

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

MATEUS RATTMANN MARCOWCZ

**DIREITO E SOCIEDADE EM CONSTANTE EVOLUÇÃO:
A INTERPRETAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

**CURITIBA
2018**

MATEUS RATTMANN MARCOWCZ

**DIREITO E SOCIEDADE EM CONSTANTE EVOLUÇÃO:
A INTERPRETAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito, do Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Professor Roosevelt Arraes

**CURITIBA
2018**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

MATEUS RATTMANN MARCOWCZ

**DIREITO E SOCIEDADE EM CONSTANTE EVOLUÇÃO:
A INTERPRETAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Roosevelt Arraes

Prof. Membro da Banca

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018

A meus pais, MARIO e EVELIZE,
pela eterna presença na construção da minha sabedoria.

*“Quando se quer mudar os costumes e as maneiras,
não se deve mudá-las pelas leis.”*
Montesquieu

RESUMO

A sociedade está em constante evolução e, por conta disso, o homem convive a cada dia com novas descobertas. Nesse contexto, o Direito também deve estar em constante evolução, a fim de não tornar-se obsoleto, o que também exige do intérprete da lei atualização contínua. O presente trabalho busca analisar de que forma o Direito acompanha essas mudanças percebidas pela sociedade, sem que, contudo, perca sua força normativa, nem mesmo abale o princípio da segurança jurídica, enquanto princípio norteador de todo o ordenamento jurídico. Em um primeiro momento, analisa-se a Constituição de forma geral, realizando uma análise histórica de suas concepções e das diversas conceituações dadas à Carta Magna ao longo dos tempos, passando por suas características, até chegar ao momento da verificação de seus mecanismos de alteração. Após, analisa-se a mutação constitucional, seu conceito, mecanismos de atuação e, por fim, suas limitações. Ao final, verifica-se como ocorre a mutação constitucional por via de interpretação no ordenamento jurídico brasileiro, para tanto, será examinado um caso concreto vivido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, abordando as principais alterações ocorridas no entendimento da Corte a respeito do princípio da presunção de inocência.

Palavras-chave: Mutação Constitucional – Interpretação Constitucional – Alteração Informal – Ficha Limpa.

ABSTRACT

Society is constantly evolving and, because of this, man is living with new discoveries every day. In this context, the law must also be constantly evolving, in order not to become obsolete, which also requires the interpreter of the law continuous updating. The present work seeks to analyze how Law accompanies these changes perceived by society, without, however, losing its normative force, nor even shakes the principle of legal security, as guiding principle of the entire legal system. At first, the Constitution is analyzed in a general way, carrying out a historical analysis of its conceptions and of the diverse conceptualizations given to the Magna Carta throughout the ages, passing through its characteristics, until arriving at the moment of the verification of its mechanisms of change. Afterwards, we analyze the constitutional mutation, its concept, mechanisms of action and, finally, its limitations. In the end, it is verified how the constitutional mutation occurs through interpretation in the Brazilian legal system. Therefore, a concrete case will be examined in the jurisprudence of the Federal Supreme Court, addressing the main changes that occurred in the Court's understanding of the principle of presumption of innocence.

Keywords: Constitutional Mutation - Constitutional Interpretation - Informal Amendment - Clean Sheet.

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

ECR – Emenda Constitucional de Revisão

LC – Lei Complementar

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A CONSTITUIÇÃO.....	12
2.1. CONCEITO.....	12
2.2. RIGIDEZ, ESTABILIDADE, SUPREMACIA.....	17
2.3. MECANISMOS DE ALTERAÇÃO.....	20
2.3.1. MECANISMOS FORMAIS.....	22
2.3.2. MECANISMOS INFORMAIS.....	24
3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	27
3.1. CONCEITO.....	27
3.2. MECANISMOS DE ATUAÇÃO.....	34
3.2.1. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	35
3.2.2. COSTUME CONSTITUCIONAL.....	41
3.3. LIMITES DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	43
4. O JULGAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 135/2010 E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR VIA DE INTERPRETAÇÃO.....	47
4.1. A INTERPRETAÇÃO COMO MECANISMO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: BREVES NOÇÕES.....	47
4.2. ARGUIÇÃO DE DESCRUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 144 E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	53
4.3. A ORIGEM DA LEI COMPLEMENTAR 135/2010 – A LEI DA FICHA LIMPA.....	59
4.4. O JULGAMENTO EM CONTROLE CONCENTRADO DA LEI COMPLEMENTAR 135/2010 E A SUA CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	60
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	69

1. INTRODUÇÃO

O tema proposto para esta pesquisa é o estudo da alteração informal da Constituição Federal de 1988, ou seja, o estudo da mutação constitucional, onde serão analisadas as suas características, mecanismos de atuação e limitações.

Para tanto, no decorrer da dissertação serão desenvolvidos conceitos teóricos fundamentais para o trabalho, contextualizando-os com a realidade política e jurídica brasileira no momento da análise de caso concreto, vivenciado nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Do Sociologismo Constitucional ao Constitucionalismo Moderno Constituição, a Constituição recebeu diversas concepções ao longo da história até ser conhecida conceitualmente como nos tempos atuais.

Dentre as diversas espécies de Constituição existentes ao redor do mundo, a Constituição Federal de 1988 está inserida no campo das chamadas Constituições rígidas, ou seja, aquelas que somente podem ser alteradas através de um procedimento mais complexo, formal e dificultoso que as demais espécies normativas.

A rigidez, portanto, tem como finalidade assegurar a estabilidade da Constituição, bem como os direitos e garantias fundamentais nela consagrados. Contudo, o instituto da estabilidade, decorrente da rigidez, não deve ser confundido com a imutabilidade de uma Constituição.

É nesse sentido que surge o estudo proposto pela presente pesquisa, uma vez que uma Constituição não é e nem deve tornar-se imutável, sendo requisito essencial para sua permanência no tempo a sua capacidade de adaptação às novas realidades resultantes da evolução da sociedade.

Tendo como base tais premissas, será abordado, de início, na presente pesquisa, os mecanismos de alteração do texto constitucional formais e informais – mutação constitucional.

Os mecanismos formais, ou seja, aqueles expressamente previstos na Constituição traduzem-se pela emenda e a revisão constitucional. Por sua vez, os mecanismos informais concretizam-se através do fenômeno denominado de mutação constitucional.

Em um segundo momento, portanto, será abordada a mutação constitucional, ou seja, o método de alteração informal da Constituição, através do qual se confere novo sentido, significado e alcance à norma sem que, contudo, haja qualquer alteração em seu texto literal.

Em seguida serão analisados os mecanismos de atuação da mutação, ou seja, os meios através dos quais há alteração informal das normas constitucionais. Nesse ponto, seguindo o entendimento da doutrina majoritária, serão abordados tão somente os mecanismos da interpretação constitucional e do costume constitucional.

Ainda dentro do segundo capítulo da pesquisa serão analisadas as limitações impostas à atuação da mutação constitucional, limitações essas que possuem a finalidade de conferir legitimidade e respeito ao poder constituinte e a soberania popular.

Em um terceiro momento, será analisada de que forma ocorre a mutação constitucional no ordenamento jurídico, através do exame de caso concreto vivenciado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Novamente será explorada a interpretação como mecanismo de mutação constitucional, contudo, de forma mais específica, explanando breves noções à respeito do instituto, abordando conceitos, formas de atuação, bem como a competência dos tribunais no exercício da jurisdição constitucional para sua aplicação.

Por fim, examinada a construção do entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da presunção de inocência na oportunidade do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 144, será, então, de igual modo, examinado o novo entendimento pacificado pela Corte acerca do princípio, quando do julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4578.

2. A CONSTITUIÇÃO

2.1. CONCEITO

Ao longo do tempo, diversos doutrinadores dedicaram-se ao estudo da natureza, significação e papel da Constituição, contribuindo cada qual com sua elaboração acerca do tema. Dentre os diversos frutos da doutrina, três concepções tiveram maior destaque: a concepção sociológica, a concepção jurídica ou positivista e a concepção normativa da Constituição¹.

Associado ao sociologismo constitucional, Ferdinand Lassalle afirma que a Constituição de um país é, em síntese, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade. Para o autor, a Constituição jurídica, seria uma mera “folha de papel” onde se juntam esses fatores reais de poder, dando-lhes expressão escrita, e os converte em instituições jurídicas, passando assim a se tornar verdadeiro Direito². Barroso, ao abordar as ideias do autor, explica que “o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado”³.

Por outro lado, a concepção positivista, formula a ideia de uma Constituição estritamente jurídica. Barroso sintetiza que Hans Kelsen, jurista associado a essa vertente, idealizou a Constituição – e até mesmo o direito – como uma estrutura formal, cujo elemento principal é o caráter normativo, a prescrição de um *dever-ser*, independente da legitimidade ou justiça de seu conteúdo e da realidade política subjacente⁴. Ou seja, a ordem jurídica é um sistema graduado de normas, no que se assemelha a figura de uma pirâmide, onde a Constituição – a norma fundamental segundo Kelsen – encontra-se no topo, acima de todas as outras, servindo como fundamento de validade para as demais normas integrantes deste sistema:

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.

² LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em: 24 mar. 2018. Não paginado.

³ BARROSO, op. cit., p. 101.

⁴ *Ibidem*, p. 102.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora⁵.

A partir dos elementos dessas concepções, construiu-se a ideia de Constituição normativa. Luís Roberto Barroso, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, ao abordar o tema explica que a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Todavia:

[...] ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, da qual derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional⁶.

Nesse sentido, Konrad Hesse aborda um conceito de Constituição como a “ordem jurídica fundamental da Comunidade”, segundo o autor:

Ela fixa os princípios diretores com relação aos quais deve-se produzir a unidade política e assumir as tarefas do Estado. Contém os procedimentos para resolver os conflitos no seio da Comunidade. Regula a organização e o procedimento de produção da unidade política e de atuação estatal. Cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Nisso tudo, a Constituição é o “plano estrutural básico, orientado por determinados princípios, que dão sentido à conformação jurídica de uma comunidade”⁷.

⁵ KELSEN, 1979 apud BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.102-103.

⁶ BARROSO, 2013, p. 103.

⁷ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p.86.

Todavia, a Constituição não é um documento que toma apenas um viés político limitando-se a ordenar a vida estatal. Suas normas compreendem também as bases de ordenação da vida não-estatal.⁸ No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, em sua obra “Curso de direito constitucional” explicam que a Constituição tem por meta não só fundar a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando suas atribuições e protegendo a sociedade contra possíveis e eventuais abusos, como também tem por alvo “criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos”⁹.

Ademais, o conceito de Constituição é carregado ideologicamente pelo constitucionalismo moderno, movimento nascido com o propósito de limitar o poder estatal absoluto buscando a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Segundo Mendes e Branco, desse movimento “a Constituição emerge como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos fundamentais. As liberdades, igualmente, são preservadas mediante a solução institucional da separação de poderes”¹⁰.

Luís Roberto Barroso, em uma visão esquemática e simplificadora, conceitua a Constituição sob dois aspectos: (a) do ponto de vista *político*, sob o qual a Constituição é “o conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade”¹¹. Por sua vez, (b) do ponto de vista *jurídico*, Barroso¹², assim como Mendes e Branco¹³, distingue duas dimensões: (i) em sentido *material*; (ii) em sentido *formal*.

Em sentido *material*, o critério definidor é o conteúdo de suas normas. Ou seja, a Constituição é um conjunto de normas que visa à organização e o exercício do poder político, instituindo e fixando as competências dos órgãos do Estado. Além disso, limita a ação desses órgãos, definindo os direitos

⁸ HESSE, 2009. p. 86.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 56.

¹⁰ *Ibidem*, p. 55.

¹¹ BARROSO, 2013. p. 97.

¹² *Idem*.

¹³ MENDES; BRANCO, op. cit, p.55-59.

fundamentais, consagrando valores e indicando fins públicos a serem realizados, a fim de preservar os indivíduos e grupos que compõem a sociedade regida por esse estatuto político.

Em sentido *formal*, o critério definidor se atém à sua posição no ordenamento jurídico. Documento escrito e solene, a Constituição é a norma fundamental e superior, e servindo como critério de validade, positiva as demais normas jurídicas de todo o sistema e limita o seu conteúdo. Contudo, devem ser elaboradas por um processo constituinte específico. Segundo Mendes e Branco:

São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo. Em suma, participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas¹⁴.

Nesse contexto, de maneira geral, podemos entender a Constituição como o *documento político-jurídico por excelência de um Estado*, que nos regimes democráticos é redigido, aprovado e publicado por uma Assembleia Constituinte eleita pelo povo¹⁵. Nas palavras de José Afonso da Silva, a Constituição do Estado é a “organização dos seus elementos essenciais”¹⁶. Todavia, conforme os ensinamentos de Hesse acerca de sua estrutura, é válido destacar que:

A Constituição, portanto, não é ordenação da totalidade da cooperação socioterritorial, que, a seu turno, não é simples “execução constitucional”. Tampouco é a Constituição uma unidade sistemática e fechada, seja de tipo lógico-axiomático, seja baseada numa hierarquia de valores. Apesar disso, seus elementos se acham numa situação de mútua interação e dependência, e somente o jogo da totalidade desses elementos produz o conjunto da conformação concreta da Comunidade por parte da Constituição. Isso não significa

¹⁴ MENDES; BRANCO, 2016. p. 57.

¹⁵ BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**, v.1: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005. p. 58-59.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 37.

que esse jogo global esteja isento de tensões e contradições, e sim que a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente quando a entendemos, nesse sentido, como *unidade*, e temos presente que o Direito Constitucional acha-se orientado muito mais no sentido da coordenação do que para o deslinde e a demarcação¹⁷.

Segundo o mesmo autor, a Constituição não codifica, apenas regula aquilo que parece importante e precisa ser determinado. É por conta desse fator que a Constituição não pretende ser isenta de lacunas e não se considera um sistema fechado. Além disso, Hesse destaca para o fato de que “a Constituição deve restar incompleta e inacabada porque a vida, que ela intenta regular, é vida histórica e, enquanto tal, submetida a mudanças históricas”¹⁸. Percebe-se então que a Constituição, por tratar-se de um documento regulador de fatos importantes à vida em sociedade, acaba por si mesmo sendo um sistema aberto e inacabado, que em função de sua realidade histórica, deve adaptar-se as mudanças vividas pela sociedade:

Essa mutabilidade caracteriza particularmente as relações existenciais reguladas pela Constituição. Daí que só ao preço de frequentes reformas constitucionais possa o Direito constitucional fazer-se preciso, evidente e previsível. Se a Constituição quer ensejar a resolução das múltiplas situações críticas historicamente mutantes, seu conteúdo terá de permanecer, necessariamente, “aberto ao tempo”¹⁹.

Apesar das diversas conceituações e concepções elaboradas ao longo do tempo, a Constituição sempre esteve ligada a ideia de um documento de ordenação máxima do Estado e da sociedade. Todavia, após o movimento constitucionalista moderno, a Constituição passou também a carregar a ideologia de um sistema assegurador das liberdades, preservadas mediante a solução institucional da separação de poderes²⁰. Desse modo, a Constituição regula não só todo o organismo estatal como todos os demais fatos

¹⁷ HESSE, 2009. p.87-88.

¹⁸ *Ibidem*, p. 88-89.

¹⁹ *Ibidem*, p. 89.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - Curso de direito constitucional**, 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.

importantes da vida em sociedade, assegurando garantias e liberdades individuais, bem como estabelecendo todo o ordenamento político-jurídico, a fim de estabelecer uma ordem efetiva e segura para os cidadãos. Por conta disso, o texto constitucional deve estar em constante evolução a fim de acompanhar as mudanças vividas pela sociedade. Contudo, a Constituição não pode estar sujeita a sofrer qualquer alteração em seu corpo, muito menos sofrê-la sob qualquer forma. Diante desse cenário, o poder constituinte originário criou certos mecanismos a fim de dificultar sua alteração, conforme será estudado à frente.

2.2. RIGIDEZ, ESTABILIDADE E SUPREMACIA

Conforme visto, a Constituição, devido ao seu caráter e à sua finalidade, pretende-se permanente e estável ao longo do tempo. A permanência do texto constitucional tem, portanto, papel fundamental para a segurança jurídica, além de favorecer a estabilidade institucional, bem como o desenvolvimento do “sentimento constitucional” pelos integrantes da comunidade²¹. Por conta disso, em que pese haja certa necessidade de adaptação do texto constitucional às novas realidades percebidas pela sociedade, Kubliskas explica que “as constantes (e muitas vezes desnecessárias) alterações das normas constitucionais têm um efeito prejudicial para o sistema constitucional como um todo”²². Por conta disso, o constituinte originário buscou assegurar a estabilidade constitucional através de alguns mecanismos, como a rigidez constitucional.

Por rigidez constitucional podemos entender a alteração do texto da Lei Maior dotada de elevado grau de formalidade²³; em outras palavras, trata-se da existência de um procedimento complexo, formal e dificultoso para a alteração do texto constitucional. Nesse sentido, Barroso explica que as constituições podem ser classificadas quanto à estabilidade do seu texto; esse critério de classificação relaciona-se com o procedimento adotado para a modificação do

²¹ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009. p. 30-33.

²² *Idem*.

²³ MENDES; BRANCO, 2016. p. 62.

texto constitucional, comparando-o com o procedimento aplicável à legislação infraconstitucional²⁴; segundo o autor “A rigidez constitucional funda-se sobre a premissa de que a Constituição é uma lei superior”²⁵. Dessa forma, conforme os ensinamentos de Gisela Maria Bester, as constituições rígidas são “as que exigem a observância de procedimento diferenciado e mais complexo para sofrerem alterações em seus textos, sempre em relação às leis ordinárias”²⁶.

Mendes e Branco explicam em sua obra que dois conjuntos de fatores influenciam a adoção desse tipo de Lei Maior: A convicção de que as constituições não devem pretender ser imodificáveis e a impressão de que a vontade do constituinte originário não deve ficar à mercê de vontades momentâneas ou de majorias ocasionais do poder²⁷.

Nessa linha de pensamento, segundo alguns autores, a rigidez tem por objetivo conferir e assegurar certa estabilidade ao estatuto constitucional do Estado²⁸. Luís Roberto Barroso afirma que “A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica”²⁹. Assim, em face da sua superioridade e de sua função de fundamento da ordem jurídica, a Constituição deve ser dotada de certa estabilidade, pois a sua alteração a qualquer forma e tempo causaria grave instabilidade político-jurídica³⁰.

Entretanto, segundo os ensinamentos de Faleiros, não se deve partir da ideia de que, quanto mais rígida uma Constituição, maior sua estabilidade e permanência no decorrer do tempo:

Não há qualquer coerência em se manter uma Constituição rígida, que não se adapte à realidade social, esta que, por sua vez, vive em constante transformação, o que acabaria por resultar no efeito contrário, pois, ao invés de estabilidade ter-se-ia inaplicabilidade por inadequação. Logo, uma Constituição inaplicável nada mais seria do que letra morta. A estabilidade das normas constitucionais só pode ser alcançada a partir de sua adequada aplicação.³¹

²⁴ BARROSO, 2013. p. 104.

²⁵ *Ibidem*, p. 177.

²⁶ BESTER, 2005. p. 86.

²⁷ MENDES, 2016. p. 116.

²⁸ VARGAS, Denise Soares. Série IDP - linha de pesquisa acadêmica - **Mutação constitucional via decisões aditivas**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 162.

³⁰ VARGAS, op. cit. p. 19.

³¹ FALEIROS, Marina Garcia. O crescente fenômeno da mutação constitucional e a atuação do supremo tribunal federal na adoção de novas interpretações constitucionais. Revista Eletrônica

Do mesmo modo, José Afonso da Silva ensina que a estabilidade não deve ser confundida como imutabilidade da Constituição:

A estabilidade das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social³².

Ademais, como marco zero da ordem jurídica estatal, como documento fundante e inaugural de um Estado, a Constituição deve servir como base de todo o seu ordenamento jurídico interno³³. Segundo Mendes “A rigidez é atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição. A supremacia fixa o status hierárquico máximo da Constituição no conjunto das normas do ordenamento jurídico”³⁴. Da mesma forma, Silva explica em sua obra que a supremacia da Constituição é consequência direta da sua rigidez:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas³⁵.

da Faculdade de Direito de Franca, ISSN 1983-4225 – v.12, n.1, jul. 2017. Disponível em <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/329/pdf>> Acesso em: 04 abr. 2018.

³² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 42.

³³ VARGAS, 2014. p. 20.

³⁴ MENDES; BRANCO, 2016. p. 62.

³⁵ SILVA, op. cit. p. 45.

Importante ainda ressaltar os ensinamentos de Barroso quanto ao assunto. De acordo com o autor, há dois fundamentos para aceitação histórica do postulado da Supremacia da Constituição: do ponto de vista *subjetivo*, temos a Constituição como uma obra que emana do povo, elaborada por ampla mobilização popular e pelo exercício consciente da cidadania; já do ponto de vista *objetivo*, a supremacia da Carta Magna decorre da transcendência dos bens jurídicos que ela tutela: a limitação do poder, os valores fundamentais da sociedade, a soberania popular e os procedimentos democráticos³⁶.

Aufere-se, portanto, que a rigidez, a estabilidade e a supremacia da Constituição estão intimamente ligadas entre si, afirmando seu caráter fundador da ordem jurídica-estatal, de superioridade diante das leis ordinárias, bem como a sua força normativa e de posituação de todo o ordenamento jurídico, além de asseguradora dos direitos e garantias fundamentais. Resultado importante desses institutos é o processo de alteração da Constituição, o qual objetiva garantir maior estabilidade ao texto constitucional, contudo, permitindo, ao mesmo tempo, sua adaptação às evoluções sociais, conforme será estudado adiante.

2.3. MECANISMOS DE ALTERAÇÃO

As transformações sociais, sejam elas vividas através da evolução ou da revolução, por vezes contribuem e até mesmo induzem modificações no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Kubliskas ensina que a sociedade e o Direito encontram-se em uma “constante relação dialética de causa e efeito, ora a sociedade determinando o Direito e suas transformações, ora o Direito definindo diretrizes da própria sociedade”³⁷, e mais:

[...] o Direito convive com a permanente tensão entre a *pretensão de permanência*, tendo em vista que uma das suas funções mais importantes é a de conferir uma certa dose de previsibilidade às relações sociais, e a *necessidade de mudança*, uma vez que as normas jurídicas em descompasso com a realidade fática perdem, em muitos casos, sua autoridade e sua eficácia.³⁸

³⁶ BARROSO, 2014. p. 178.

³⁷ KUBLISCKAS, 2009. p. 28.

³⁸ *Ibidem*, p. 29.

Uma vez que as constituições não devem ser imutáveis, necessitando de uma capacidade de se adaptar às novas realidades vividas pela sociedade, em decorrência de sua evolução, se faz presente a real e efetiva necessidade de atualização da Constituição. Nesse sentido, Barroso afirma que “Se perder a sintonia com seu tempo, a Constituição já não poderá cumprir a sua função normativa e, fatalmente, cederá caminho para os fatores reais do poder”³⁹.

Ademais, conforme salienta Jorge Miranda⁴⁰ “Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas”, o autor afirma em sua obra “Manual de Direito Constitucional – Introdução à Teoria da Constituição” que, esse fenômeno é inevitável na vida jurídica, imposto pela tensão existente entre a “realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar”. Nessa linha, afirma o autor:

O que variam vêm a ser, naturalmente, a frequência, a extensão e os modos como se processam as modificações. Uma maior plasticidade interna da Constituição pode ser condição de maior perdurabilidade e de sujeição a modificações menos extensas e menos graves, mas o fator decisivo não é esse: é a estabilidade ou a instabilidade política e social dominante no país, é o grau de institucionalização da vida colectiva que nele se verifica, é a capacidade de evolução do regime político.⁴¹

Contudo, conforme já mencionado, apesar da constante necessidade de atualização da Carta Magna, o texto constitucional não pode ficar à deriva de alterações constantes, que possam vir a ocorrer com certa facilidade, e nem mesmo estar disposto às vontades e circunstâncias momentâneas, das maiorias ocasionais. Se isso ocorrer, já não terão condições de realizar seu papel de preservar direitos e valores fundamentais em face do poder político e das forças sociais⁴². Por esse motivo, as constituições comportam mecanismos de alteração formal e informal, a fim de manter sua continuidade histórica.

³⁹ BARROSO, 2014. p. 175.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional - Tomo II: Introdução à teoria da Constituição**, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 108.

⁴¹ *Ibidem*, p. 108 – 109.

⁴² BARROSO, loc. cit.

Diante desse cenário, Luís Roberto Barroso explica que o estudo do Poder de Reforma da Constituição é guiado pela tensão permanente que se estabelece entre permanência e mudança no direito constitucional⁴³.

Acerca do tema, Kubliskas explica que:

A Constituição Federal de 1988 está submetida, basicamente, a dois mecanismos legítimos de alteração: a reforma constitucional, que é o mecanismo formal de alteração do texto máximo, cujas modalidades são a revisão constitucional e as emendas constitucionais; e a mutação constitucional, que é o conjunto das modificações constitucionais informais, representada pela interpretação – administrativa, legislativa e judicial –, pelos costumes e pelas demais formas anômalas de alteração do significado, do sentido e do alcance das normas constitucionais.⁴⁴

Sendo assim, vislumbra-se que o poder constituinte originário, prevendo a necessidade da alteração do texto constitucional, previu também mecanismos capazes de ensejar a sua modificação. Nada obstante, a Constituição ainda está sujeita a alterações em seu corpo pela via informal, em vista da dificuldade trazida pela formalidade do poder de reforma. Diante disso, a partir dos conceitos formulados acima, serão analisados os mecanismos formais e informais de alteração da Constituição, a fim de compreender como se dá a atualização do texto constitucional frente às constantes inovações vividas pela sociedade.

2.3.1. MECANISMOS FORMAIS

A fim de permitir a adaptação do texto constitucional, sem que, contudo, ficasse sujeito a constantes alterações, facilmente tangíveis pelas vontades das maiorias, o poder constituinte originário previu a possibilidade de um poder alterar a Carta Magna: o poder de reforma. Trata-se, portanto, de poder de alteração formal, previsto e regulado na própria Constituição que, ao fazê-lo, no entanto, deverá assegurar a continuidade e a identidade da Constituição⁴⁵.

⁴³ BARROSO, 2014. p. 175.

⁴⁴ KUBLISCKAS, 2008. p. 163.

⁴⁵ BARROSO, op. cit. 181.

Segundo Luís Roberto Barroso “Esse procedimento envolverá, normalmente, regras diferenciadas em relação à iniciativa, ao quórum de votação das propostas de emenda e às instâncias de deliberação”⁴⁶. Acerca do tema, Mendes e Branco explicam que:

O poder de reforma – expressão que inclui tanto o poder de emenda como o poder de revisão do texto (art. 3º do ADCT) – é, portanto, criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas. O poder constituinte de reforma, assim, não é inicial, nem incondicionado nem ilimitado. É um poder que não se confunde com o poder originário, estando subordinado a ele. Justamente a distinção entre os poderes constituinte originário e derivado justifica, conforme o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, o estabelecimento de restrições a este⁴⁷.

Os institutos formais de alteração, portanto, são expressos através da Emenda Constitucional e da Revisão Constitucional. Ambos os mecanismos estão previstos e regulamentados na Carta Magna como procedimentos específicos para a reforma do texto constitucional, dotados de grande formalidade que decorrem da rigidez constitucional.

Emenda, é o instrumento hábil a alterar o conteúdo da Carta Magna que, no direito constitucional brasileiro, designa modificações, supressões ou acréscimos feitos ao texto constitucional, mediante o procedimento específico disciplinado na Constituição⁴⁸. Contudo, devem ser respeitadas as limitações que a mesma lhe impõe: a Constituição exige quórum especialmente qualificado para a aprovação de Emenda, estabelece quem pode apresentar proposta de Emenda e proíbe a reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de Emenda nela rejeitada ou tida por prejudicada (limites formais); proíbe também a mudança em certos contextos históricos adversos à livre deliberação dos órgãos constituintes, como a intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa (limites circunstanciais); por fim, consagra as

⁴⁶ BARROSO, 2014. p. 186.

⁴⁷ MENDES; BRANCO, 2016. p. 116.

⁴⁸ BARROSO, op. cit. p. 180.

denominadas *cláusulas pétreas*, estabelecendo as matérias intangíveis, as quais devem ficar fora do alcance do poder de reforma⁴⁹.

Revisão, por sua vez, é a designação de reformas extensas ou profundas da Constituição, podendo ter dimensão quantitativa ou qualitativa⁵⁰. Jorge Miranda, em sua obra “Manual de Direito Constitucional”, ensina que a Revisão constitucional (em sentido próprio) é a “modificação da Constituição expressa, parcial, de alcance geral e abstracto e, por natureza, a que traduz mais imediatamente um princípio de continuidade institucional”:

É a modificação da Constituição com uma finalidade de autoregeneração e autoconservação, quer dizer, de eliminação das suas normas já não justificadas política, social ou juridicamente e de adição de elementos novos que a revitalizem. É a modificação da Constituição nos termos nela própria previstos ou, na falta de estatuição expressa sobre o processo, nos termos que decorrem do sistema de órgãos e actos jurídico-constitucionais⁵¹.

A partir dos conceitos acima expostos, afigere-se que ambos os mecanismos têm por objetivo a alteração do texto constitucional, seja por meio de revogação ou alteração, com o desígnio de conferir novo sentido ao conteúdo da norma, preservando assim a continuidade da Constituição no tempo. Contudo, a Constituição está sujeita à alterações que podem ser realizadas de maneira informal, ou seja, através de mecanismos não previstos no texto constitucional, os quais podem alterar seu sentido, significado e até mesmo seu alcance sem que, contudo, haja qualquer modificação no seu texto, conforme será observado a seguir.

2.3.2. MECANISMOS INFORMAIS

Não obstante o poder constituinte originário ter previsto um processo formal para a alteração do texto constitucional, as modificações da Constituição podem, ainda, resultar de processos não previstos pela Constituição, os quais podem vir a ocorrer de forma mais ou menos acentuada, a depender do

⁴⁹ MENDES; BRANCO, 2016. p. 118-119.

⁵⁰ BARROSO, op. cit., loc. cit.

⁵¹ MIRANDA, 1988. p. 113.

sistema. Acerca do tema, Barroso afirma que, apesar de todas as Cartas Políticas preverem mecanismos próprios para sua alteração e adaptação a novas realidades “Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais”⁵². Do mesmo modo, Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao citar Karl Wheare, em sua obra “Processos informais de mudança da Constituição”, explica que, segundo o constitucionalista britânico, as mudanças nas constituições podem ocorrer de dois modos:

[...] em primeiro lugar, quando surgem mudanças nas circunstâncias sociais, que, se não modificam o texto da Constituição, impõem-lhe, todavia, significado totalmente diferente do até então atribuído, ou perturbam o equilíbrio constitucional; uma segunda forma de mudança constitucional, mais patente, ocorre quando tais forças dão origem a circunstâncias que conduzem a modificações da Constituição, seja por emenda formal, seja por intermédio de uma decisão judicial, ou pelo desenvolvimento ou criação de algum uso ou convenção de natureza constitucional⁵³.

Portanto, verifica-se que a existência de uma Constituição formal e rígida não impede sua evolução ou modificação por processos não formais bem distintos do procedimento de reforma por ela contemplado⁵⁴. Segundo Vargas:

As práticas legislativas, os costumes e a jurisprudência têm sido fontes de mudança informal no texto da Carta Política, o que nos permite afirmar que a Constituição não pode ser vislumbrada apenas sob o ponto de vista formal, como se ela se restringisse a um direito fundamental de um documento solenemente estabelecido.

Muito pelo contrário, a realidade constitucional demonstra que as constituições não mudam somente em função e conformidade com os

⁵² BARROSO, 2013. p. 146.

⁵³ WHEARE, 1973 apud FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais, 2ª ed. Osasco : EDIFIEO, 2015. p. 7. Disponível em: <http://www.unifieo.br/pdfs/e-Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o_01-09-2015.pdf> Acesso em 09 abr. 2018.

⁵⁴ VARGAS, 2014. p. 26.

mecanismos formais de alteração do texto constitucional. Kubliskas explica que:

[...] em face da evolução dos hábitos, costumes e valores da sociedade, da dinâmica econômica, das inovações tecnológicas, das práticas políticas e da atuação dos grupos de pressão, dentre outros inúmeros fatores, as normas constitucionais sofrem alterações profundas e contínuas de sentido, significado e alcance, alterações estas operadas por mecanismos difusos, paulatinos, assistemáticos e que não ensejam a modificação da literalidade do texto dos dispositivos constitucionais⁵⁵.

Nessa linha, Barroso explica que a alteração por via informal se dá através da denominada *mutação constitucional*, um mecanismo que, segundo o autor, "permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto"⁵⁶, conforme será analisado a seguir.

⁵⁵ KUBLISCKAS, 2009. p. 68.

⁵⁶ BARROSO, 2014. p. 158.

3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1. CONCEITO

Conforme exposto anteriormente, o mecanismo informal de alteração do conteúdo do texto constitucional é denominado de *mutação constitucional*. Diz-se do *conteúdo* do texto, pois, a mudança ocorrida em função do fenômeno é tão somente no entendimento da norma, não ocorrendo qualquer alteração formal da mesma. Nesse sentido, Hesse explica que uma mutação constitucional “modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente”⁵⁷. Para o autor, o fato designado como mutação constitucional:

[...] consiste em que a aplicação das normas constitucionais modifica-se, lenta e imperceptivelmente, quando às palavras que permanecem sem alteração no texto constitucional atribui-se um sentido distinto do original, ou quando se produz uma prática em contradição com o texto e com qualquer sentido possível da Constituição⁵⁸.

Acerca do tema, Luís Roberto Barroso⁵⁹ ao definir a mutação constitucional como uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e também, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto, explica que:

Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular⁶⁰.

⁵⁷ HESSE, 2009. p. 151.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 152.

⁵⁹ BARROSO, 2013. p. 148.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 148-149.

Consoante os ensinamentos de Vargas, essa mudança material acarretada pela alteração do sentido, do significado e do alcance do texto, sem empreender-lhe qualquer reforma, trata-se de mudança oblíqua ou oculta, à margem do poder reformador. Para a autora, na mutação “há uma modificação informal que deixa intacto o texto, produzida por fatos que não têm de ir acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação”⁶¹. Ademais, ressalva a autora que:

Essas mudanças informais se justificam, pois o direito é feito para regular fatos subjacentes a uma realidade social cambiante que não pode esperar por procedimentos morosos e demasiadamente formais para ter plena aplicabilidade, ainda mais nas sociedades complexas, globalizadas e plurais da atualidade.

Afinal, o direito é, antes de mais nada, fato social, realidade psicológica e social em perene transformação, de modo que as normas não subsistem, nem são possíveis, sem a realidade de que resultam como conclusões necessárias que se impõem a todos, tanto aos governantes como aos governados⁶².

Diferente não é o pensamento de Anna Cândida da Cunha Ferraz, segundo a autora a mutação constitucional:

[...] consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas⁶³.

⁶¹ VARGAS, 2014. p. 30.

⁶² Ibidem. p. 32.

⁶³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**, 2ª ed. Osasco : EDIFIEO, 2015. p. 9. Disponível em: http://www.unifieo.br/pdfs/e-Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o_01-09-2015.pdf Acesso em 22 abr. 2018.

Ferraz⁶⁴ ainda divide as mutações em constitucionais e inconstitucionais: as primeiras são aquelas que não violentam a Constituição, ou seja, quando confrontadas por qualquer meio de controle, não sofrerão nenhum vício de inconstitucionalidade; por sua vez, os processos que introduzem alteração constitucional, em contradição à Constituição, ultrapassando os limites fixados pelas normas constitucionais, são denominadas por mutações inconstitucionais. E prossegue:

[...] em síntese, a *mutação constitucional* altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa característica fundamental da noção de mutação constitucional que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior⁶⁵.

Segundo Faleiros⁶⁶, alguns doutrinadores sustentam a existência do chamado poder constituinte difuso, o qual seria responsável pela origem da mutação constitucional, pois, como o próprio nome aduz, utiliza-se de meios difusos de modificação constitucional, apontando para alterações constitucionais que se operam de forma diferente daquelas definidas pelo poder reformador. Nesse sentido, importante destacar os ensinamentos de Ferraz acerca do tema:

Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de Burdeau. Esta a segunda característica a ser apontada. Destina-se a função constituinte difusa a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a *continuar* a obra do constituinte. Decorre *diretamente* da Constituição, isto é, seu fundamento flui da

⁶⁴ FERRAZ, 2015. p. 9-10.

⁶⁵ VARGAS, 2014. p. 10.

⁶⁶ FALEIROS, Marina Garcia. **O crescente fenômeno da mutação constitucional e a atuação do supremo tribunal federal na adoção de novas interpretações constitucionais.** Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. v. 12, n. 1 (2017). p. 222. Disponível em: < <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/329> > Acesso em 17 mai. 2018.

Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado.

É uma decorrência *lógica* da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita⁶⁷.

Por sua vez, Jorge Miranda⁶⁸ aborda o fenômeno através das chamadas *vicissitudes constitucionais* que, segundo o autor, trata-se de “quaisquer eventos que se projectem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas”.

Ainda mais especificamente, quanto ao tema da mutação constitucional, o autor aborda o conceito das *vicissitudes constitucionais tácitas* em que “o evento é um resultado indirecto, uma consequência que se extrai *a posteriori* de um facto normativo historicamente localizado”.

Todavia, Mendes atenta ao fato de que:

A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional⁶⁹.

Ainda segundo o mesmo autor, a mutação constitucional ocorre quando:

[...] em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto⁷⁰.

⁶⁷ FERRAZ, 2015. p. 10.

⁶⁸ MIRANDA, 1988. p. 109-110.

⁶⁹ MENDES, 2017. p. 132.

⁷⁰ *Idem*.

Acerca do tema, Kubliskas⁷¹ ensina que “tão forte quanto as razões que justificam a busca da estabilidade da Constituição são aquelas que exigem a sua aptidão para a mudança”. É nesse sentido que o autor elenca quatro importantes funções que a mutabilidade constitucional desempenha dentro do sistema: I – A possibilidade da correção de erros/imperfeições e da introdução de melhorias no texto constitucional; II – A possibilidade de atualização/adequação da Constituição à realidade socioeconômica e política; III – A renovação constante da legitimação da Constituição; IV – A garantia da permanência/estabilidade da Constituição. Para o doutrinador:

[...] é um fato inegável que as constituições sofrem, ao longo do tempo, “mudanças que não se inserem no plano do exercício da competência constitucional reformadora”, mudanças essas operadas por mecanismos que não alteram o texto literal expresso na Constituição, posto que não receberam a atribuição expressa de servir como instrumentos de reforma constitucional, mas conferem novo sentido, significado e alcance às normas constitucionais, possibilitando a sua atualização e adequação aos valores existentes na sociedade em um determinado momento⁷².

Kubliskas ainda define a mutação constitucional como:

[...] o fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da Constituição), são introduzidas, no processo de concretização/aplicação, por meio da interpretação constitucional e/ou da integração pelos costumes, alterações no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham o conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo *programa normativo*, ou seja, promovam o desenvolvimento, complementação, esclarecimento etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem a sua letra e tampouco o seu espírito⁷³.

Vargas⁷⁴, ao lecionar sobre os ensinamentos de Paulo Bonavides acerca do tema explica que, para o autor, a preservação da ordem constitucional depende da via hermenêutica como fator de atualização das normas

⁷¹ KUBLISCKAS, 2009. p.36.

⁷² *Ibidem*, p. 69.

⁷³ *Ibidem*. p. 78.

⁷⁴ VARGAS, 2014. p. 42.

constitucionais. Nesse sentido, explica que o autor parte do pressuposto de que quanto mais rígida for a Constituição, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos de interpretação, a fim de possibilitar que o texto constitucional se adeque ao meio político e social. E prossegue:

A possibilidade de se fazer a acomodação das normas constitucionais à realidade que lhe é subjacente, por intermédio da mutação constitucional, é fundamentada em sua visão, na existência de um segundo poder constituinte originário que não se sujeita à disciplina jurídica, pois atua à margem da moldura formalmente plasmada na Constituição, sendo, às vezes, fruto da função criativa do judiciário. Disso resulta a existência de uma visão dual de constituição. Aquela contida no texto e a outra na realidade⁷⁵.

Do mesmo modo, Denise Soares Vargas atenta em sua obra para os ensinamentos do autor Inocêncio Mártires Coelho sustentando que, para o autor, as mutações constitucionais “são alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”⁷⁶. Segundo Vargas, Inocêncio Mártires afirma que a mutação constitucional é provocada:

a) mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; b) pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente; c) por uma prática estatal contraditória com a Constituição; e d) por meio de interpretação, situação de anormalidade, que se normaliza ou se ultrapassa no curso da própria práxis constitucional⁷⁷.

Importante ainda destacar os ensinamentos de Ferraz que, em uma breve síntese do assunto, explica que uma Constituição existe realmente quando é aplicada e cumprida e, para isso, ela não pode se afastar da realidade. Nesse sentido, a autora explica que:

⁷⁵ VARGAS, 2014. p. 42.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 43.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 44.

O meio mais seguro, sem dúvida, para manter a Constituição como permanente reflexo da realidade é a emenda formal; o texto formal da Constituição capta o momento, as circunstâncias presentes à época da elaboração; se estas mudam, se os tempos mudam, as Constituições também devem mudar.

Porém, nem sempre as reformas constitucionais podem ocorrer com a frequência desejável ou necessária. Por outro lado, nem sempre as mudanças são substanciais, a ponto de exigirem novo texto constitucional.

Daí o recurso a outros meios, entre os quais a interpretação constitucional.⁷⁸

Conclui-se, portanto, que, além daquelas modificações previstas na Constituição, o texto constitucional está também sujeito a alterações no seu conteúdo, através de mecanismos não previstos na lei fundamental. Nas palavras de Barroso, trata-se de uma terceira modalidade de poder constituinte: “o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos”⁷⁹. Tais modificações justificam-se na qualidade do Direito como instrumento de regulamentação de fatos sociais, subjacentes a uma realidade social em constante transformação. Em razão disso, novas percepções são dadas ao Direito, bem como se verificam alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma⁸⁰. Surge então a necessidade de adaptação e adequação da norma a essas novas realidades, entretanto, a morosidade e o formalismo dos procedimentos de alteração fixados na Constituição por vezes são uma barreira que dificultam esse processo de adaptação/adequação da norma às novas exigências oriundas da evolução social. Verifica-se, portanto, a necessidade e a efetividade dos mecanismos informais de alteração do conteúdo do texto constitucional a fim de adequar a norma à nova realidade percebida pela sociedade. A fim de aprofundar o tema da presente pesquisa, passamos agora a analisar as modalidades desse fenômeno, em outras palavras, os mecanismos de atuação da mutação constitucional.

⁷⁸ FERRAZ, 2015. p. 59.

⁷⁹ BARROSO, 2014. p. 162.

⁸⁰ BARROSO, 2013. p. 160.

3.2. MECANISMOS DE ATUAÇÃO

Os mecanismos de atuação, ou espécies de mutação constitucional, são os meios através dos quais ocorre a alteração do sentido, significado ou alcance das normas constitucionais sem que, contudo, haja modificação do seu texto. A doutrina diverge quanto ao assunto, de maneira que não há um tratamento uniforme quanto às espécies de mutação constitucional, em razão disso é possível encontrar diversas classificações baseadas em diferentes critérios. Por conta disso, para fins da presente pesquisa, será utilizada a classificação mais recorrente, a qual caracteriza como mecanismos de atuação a *interpretação constitucional* e o *costume constitucional*; sendo que, mais a frente, a interpretação constitucional será abordada detalhadamente como instrumento de mutação constitucional.

Acerca do tema, Luís Roberto Barroso ensina que a adaptação da Constituição a novas realidades pode dar-se por ações estatais ou por comportamentos sociais. E prossegue:

A interpretação constitucional, normalmente levada a efeito por órgãos e agentes públicos – embora não exclusivamente –, é a via mais comum de atualização das normas constitucionais, sintonizando-as com as demandas de seu tempo. Em segundo lugar vem o costume constitucional, que consiste em práticas observadas por cidadãos e por agentes públicos, de maneira reiterada e socialmente aceita, criando um padrão de conduta que se passa a ter como válido ou até mesmo obrigatório⁸¹.

Diante deste cenário, analisar-se-á, de forma sucinta, ambos os mecanismos mencionados a fim de dar seguimento ao presente tópico. Nada obstante, o mecanismo da *interpretação constitucional* – objeto do presente estudo – será estudado de forma aprofundada mais à frente, quando será analisada a mutação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁸¹ BARROSO, 2013. p. 163.

3.2.1. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL⁸²

Segundo Barroso, a interpretação constitucional “é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto”⁸³. Entretanto, cumpre ressaltar que, segundo o autor, a interpretação é limitada à exploração do texto. Para ele:

O objeto da interpretação constitucional é a determinação dos significados das normas que integram a Constituição formal e material do Estado. Essa interpretação pode assumir duas modalidades: a) a da aplicação direta da norma constitucional, para reger uma situação jurídica — por exemplo: a aposentadoria de um funcionário, o reconhecimento de uma imunidade tributária, a realização de um plebiscito sobre a fusão de dois estados etc.; b) ou a de uma operação de controle de constitucionalidade, em que se verifica a compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. No primeiro caso, a norma constitucional incide como qualquer outra, e, se for instituidora de um direito subjetivo, ensejará a tutela judicial, caso não seja cumprida espontaneamente. No segundo, a norma não vai reger qualquer situação individual, não vai ser aplicada a qualquer caso concreto, funcionando como mero paradigma em face do qual se vai aferir a validade formal ou material de uma lei inferior⁸⁴.

Nesse sentido, Vargas explica que os doutrinadores da hermenêutica jurídica e filosófica divergem quanto às suas visões e estudos à respeito do tema:

De um lado, estão aqueles que enxergam a interpretação como um processo formal de se buscar, na literalidade do texto contido nas disposições legais, o significado e alcance, com o intuito de se preservar o intento legislativo contido na *mens legis* ou na *mens legislatoris*.

De outro, estão aqueles que enxergam a interpretação como um recurso não só para se buscar o real alcance e sentido do texto, mas,

⁸² VARGAS, 2014. p. 46: Segundo a autora: “Na atualidade, um dos temas que mais tem chamado a atenção dos juristas é o da interpretação constitucional. E o real problema da interpretação constitucional é *explicar como as normas constitucionais criadas pelo poder constituinte se transformam em direito judicial concretizado pela intervenção dos tribunais de justiça constitucional.*”

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 7ª edição. Saraiva, 2008. p. 107.

⁸⁴ *Ibidem*. p. 110.

igualmente, para que o intérprete exerça sua atividade criativa no ato hermenêutico, dado o caráter aberto do sistema constitucional, permitindo, pois, uma mutação constitucional por interpretação judicial no momento de concretização da norma.⁸⁵

A autora, seguindo essa segunda visão, argumenta que a interpretação constitucional implica uma adaptação judicial. Para ela “A atividade criativa, no processo hermenêutico, é uma realidade a que não se pode negar. Afinal, interpretar não é apenas revelar, mas produzir um sentido”⁸⁶.

Kubliskas⁸⁷ explica que a Constituição é um documento composto por enunciados normativos, os quais precisam ser interpretados e compreendidos de modo a possibilitar a sua aplicação a um caso concreto específico. Entretanto, a Constituição não é uma norma comum explica o autor: “Ela apresenta uma série de particularidades que a diferenciam das demais normas do ordenamento jurídico, o que ensejou o desenvolvimento de técnicas, métodos e princípios próprios e peculiares destinados à sua interpretação”. Segundo o autor a interpretação constitucional pode ser definida como “a interpretação jurídica que, em virtude do objeto sobre a qual incide – os preceitos constitucionais –, apresenta princípios e métodos próprios, diferentes daqueles aplicáveis às normas jurídicas em geral”⁸⁸. Dentre esses princípios, o autor destaca⁸⁹:

a) Princípio da unidade da Constituição: consoante o princípio da unidade da Constituição, a Carta Magna deve sempre “ser interpretada na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

b) Princípio da concordância prática ou da harmonização: o princípio da concordância prática ou da harmonização significa que o intérprete consitucional deve sempre buscar “a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns com relação aos outros”.

⁸⁵ VARGAS, 2014. p. 46-47.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 47-48.

⁸⁷ KUBLISCKAS, 2008. p. 99.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 105-108.

c) Princípio da força normativa da Constituição: consoante o princípio da força normativa da Constituição, diante dos casos concretos postos à sua análise, o intérprete/aplicador deve “dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental”. Conforme a concepção atual, a Carta Magna é, antes de tudo, uma norma jurídica que deve ser respeitada e cumprida em sua integralidade.

d) Princípio da máxima efetividade: conectado ao princípio da força normativa surge o princípio da máxima efetividade da Constituição.

Conforme ensina a doutrina, o princípio da máxima efetividade da Constituição significa que “a uma norma fundamental deve ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê”, uma vez que, em decorrência do princípio da força normativa, não há nem deve haver em uma Constituição dispositivos dotados de mero valor moral – conselhos, avisos ou lições. Referido princípio é particularmente importante em matéria de direitos fundamentais.

e) Princípio do efeito integrador: segundo o princípio do efeito integrador, o intérprete/aplicador deve, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Tal princípio destina-se principalmente a solucionar, de modo pacífico, as questões relacionadas aos poderes, competências e limites de atuação de cada órgão estatal *in concreto* (conflitos verticais e horizontais de competência, intervenção entre entes etc.)

f) O princípio da justeza ou da conformidade funcional: intimamente relacionado ao princípio do efeito integrador encontra-se o princípio da justeza ou da conformidade funcional cujo objetivo principal é o de impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida.

Luís Roberto Barroso, explica que a interpretação constitucional é um fenômeno múltiplo sobre o qual exercem influência o contexto cultural, social e institucional, a posição do intérprete e a metodologia jurídica. Nesse sentido, o autor identifica em sua obra, “Interpretação e Aplicação da Constituição”, os principais elementos da interpretação jurídica, com ênfase nas especificidades

da interpretação constitucional. São os chamados Métodos ou Elementos Clássicos de Interpretação Constitucional, dentre os quais destacam-se⁹⁰:

a) A interpretação gramatical – segundo a qual toda interpretação jurídica deve partir do texto da norma, da revelação do conteúdo semântico das palavras. Barroso explica que esse método cuida de atribuir significados aos enunciados linguísticos do texto constitucional, trata-se do momento inicial do processo interpretativo. Para ele, “Embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo”⁹¹.

b) A interpretação histórica – a qual consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*. Segundo o autor “Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos”⁹².

c) A interpretação sistemática – trata-se da interpretação através da qual “o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas”⁹³. Barroso explica que a interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico.

d) A interpretação teleológica – é o método interpretativo através do qual as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Segundo o doutrinador esse método “procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito”⁹⁴.

Anna Cândida da Cunha Ferraz, por sua vez, leciona que a interpretação constitucional:

⁹⁰ BARROSO, 2008. p. 130.

⁹¹ *Ibidem*. p. 131-132.

⁹² *Ibidem*, p. 136.

⁹³ *Ibidem*, p. 140.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 143.

[...] é uma espécie do gênero interpretação jurídica, porém revestida de características e critérios peculiares, derivados, especialmente, da natureza e das notas distintivas das disposições constitucionais: supremacia e rigidez constitucional, diferentes conteúdos das normas constitucionais, caráter sintético, esquemático e genérico da Constituição, etc.⁹⁵

Nesse sentido, Mendes explica que interpretar a Constituição é buscar conhecer um ato normativo, uma lei⁹⁶. Entretanto, a interpretação constitucional possui características próprias e distintas quando comparada com a interpretação dos outros ramos do Direito. Segundo o autor, os interesses apanhados pela fixação do entendimento de um preceito da Lei Fundamental tendem a ser mais amplos e de projeção estrutural mais avultada, se comparados com os interesses que, ordinariamente, estão em jogo, quando se cuida de definir normas de outros setores do mundo jurídico:

[...] é típico das constituições atuais a incorporação de valores morais ao domínio jurídico, não se limitando as Cartas a simplesmente discriminar competências e limitar a ação do Estado – indo-se além, para injetar índole jurídica a aspirações filosóficas e princípios ético-doutrinários. As constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito debates políticos e morais. As pré-compreensões dos intérpretes sobre esses temas, tantas vezes melindrosos, não têm como ser descartadas, mas devem ser reconhecidas como tais pelos próprios aplicadores, a fim de serem medidas com o juízo mais amplo, surgido da detida apreciação dos vários ângulos do problema proposto, descobertos a partir da abertura da interpretação da Constituição a toda a comunidade por ela afetada. Decerto, porém, que esse exercício não pode conduzir à dissolução da Constituição no voluntarismo do juiz ou das opiniões das maiorias de cada instante. A força da Constituição acha-se também na segurança que ela gera – segurança inclusive quanto ao seu significado e ao seu poder de conformação de comportamentos futuros⁹⁷.

Nesse ponto, importante ressaltar os ensinamentos de Jorge Miranda quanto ao assunto. Segundo o autor, a interpretação jurídica deve ser não só objetivista como também evolutiva por várias razões, como a necessidade de congregar as normas interpretadas com as restantes normas jurídicas, além da

⁹⁵ FERRAZ, 2015. p. 25.

⁹⁶ MENDES, 2017. p. 79.

⁹⁷ *Ibidem*, p.79 – 80.

necessidade de atender aos destinatários e de reconhecer um papel ativo ao intérprete:

E também a interpretação constitucional deve ser, e é efetivamente, evolutiva – pois qualquer Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Não obstante, não pode a interpretação evolutiva servir para *matar* um número maior ou menor de normas, mas pelo contrário, para, preservando o espírito da Constituição, as manter *vivas*; aquilo, no limite, poderá ocorrer por virtude de costume constitucional, não por virtude de atividade interpretativa⁹⁸.

Consoante os ensinamentos de Ferraz acerca do tema, a Constituição não é como qualquer outra lei que “boa ou má, tendo deixado de corresponder às necessidades do momento, pode ser modificada sem grandes dificuldades”⁹⁹. Segundo a autora:

As classes sociais, os grupos de pressão, os interessados, sempre encontram veículo adequado para acolher suas reivindicações, a tempo e a hora. A reforma constitucional, contudo, configura problema mais complexo, particularmente se se considerar a matéria de natureza constitucional propriamente dita, isto é, aquela referente à organização do poder, atribuição de competências, e aos direitos individuais. Essa matéria constitucional não é facilmente identificada pelo povo. Há, mesmo, na maior parte dos Estados, um certo distanciamento do povo relativamente a essas questões. Somente as forças políticas, comprometidas com tendências determinadas, se interessam por elas.¹⁰⁰

Nesse contexto, conclui a autora que as reformas constitucionais substanciais não se produzem, ainda que necessárias, sendo em relação a essa matéria que a interpretação constitucional irá atuar com maior intensidade, no sentido de adaptar a norma à nova realidade social.¹⁰¹

Conforme mencionado no tópico anterior, o mecanismo da interpretação constitucional será estudado novamente mais à frente. Em função disso,

⁹⁸ MIRANDA, 1988. p. 116-117.

⁹⁹ FERRAZ, 2015. p. 60.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ *Idem*.

passamos agora a analisar a atuação do costume constitucional como mecanismo de mutação constitucional.

3.2.2. COSTUME CONSTITUCIONAL

Já quanto à mutação por via de *costume constitucional*, Luís Roberto Barroso explica que nos países em que se tem Constituição escrita e rígida, a existência de costumes constitucionais não é pacífica. E prossegue:

A ideia do costume como fonte do direito positivo se assenta na adoção de uma prática reiterada, que tenha sido reconhecida como válida e, em certos casos, como obrigatória. O costume, muitas vezes, trará em si a interpretação informal da Constituição; de outras, terá um papel atualizador de seu texto, à vista de situações não previstas expressamente; em alguns casos, ainda, estará em contradição com a norma constitucional. Diante de tais possibilidades, a doutrina identifica três modalidades de costume: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório¹⁰².

Do mesmo modo, Ferraz leciona que “Há três espécies ou categorias de costume: o *secundum legem*, o *praeter legem* e o *contra legem*”:

O primeiro é previsto ou admitido pelo direito positivo que a ele se refere ou manda observá-lo em certos casos, sendo também elemento auxiliar na interpretação do texto escrito; o *praeter legem* preenche as lacunas das normas positivas, substitui a disciplina legal quando a lei silencia a respeito e serve, também, como elemento de interpretação; o costume *contra legem* forma-se em sentido contrário ao das disposições escritas.

O costume *secundum legem* é também designado como costume interpretativo quando, sem assumir o caráter de fonte do direito, permite inovar sobre a norma depreendida do texto. O *praeter legem* recebe a denominação de introdutivo ou integrativo porque se desenvolve para cobrir ou preencher o silêncio do texto escrito, ou para complementá-lo; e o *contra legem* é chamado de derogatório¹⁰³.

¹⁰² BARROSO, 2013. p. 157.

¹⁰³ FERRAZ, 2015. p. 180-181. Ainda segundo a autora “Vigorosa oposição, tanto na prática como na doutrina, enfrenta o costume *contra legem*. O costume *contra legem* abrangeria na sua conceituação, não apenas o *usus* ou a *prática* contrários às leis, mas também o chamado *desuso* ou seja a inobservância uniforme, constante e prolongada do texto escrito? Nessa indagação a questão fundamental que se coloca a propósito do *desuso* é se ele importa *revogação* do texto escrito. Há divergências doutrinárias a respeito. Corrente mais cautelosa se pronuncia no sentido de que a não aplicação prolongada de textos escritos não importa em *revogação* ou *ab-rogação* do mesmo, configurando, apenas, o *desuso* da norma que, todavia, vez que não foi revogada, poderá, a qualquer momento, ser aplicada; vozes discordantes,

Além disso, a autora define o *costume constitucional* como:

[...] expressão do Poder Constituinte difuso, atuado pelos órgãos constituídos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras. Tal costume consistirá na prática constitucional, reiterada ou não, porém consentida e desejada, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem forma prevista ou consagrada na Constituição. Cede, todavia, diante da norma constitucional escrita¹⁰⁴.

Por sua vez, Kubliskas define o costume constitucional como:

um uso ou convenção constitucional tido como obrigatório pela comunidade em geral e que é empregado pelos órgãos constitucionais competentes no preenchimento de lacunas ou na interpretação de normais constitucionais obscuras, sempre em conformidade com as normas constitucionais escritas¹⁰⁵.

O autor ainda leciona que os costumes constitucionais são mecanismos eficientes de mutação constitucional, pois “são instrumentos aptos a produzir, dentro de certos limites, mudanças no sentido, significado e alcance das disposições constitucionais”¹⁰⁶. E prossegue:

Por meio do costume constitucional, em qualquer um dos seus tipos válidos, interpretam-se as normas constitucionais, dando-lhes novos sentidos e alcance; complementam-se suas disposições; preenchem-se lacunas constitucionais, criando-se norma para situações não previstas no texto, sem todavia feri-lo; suprem-se omissões, propositais ou consentidas, das normas constitucionais. Em outras

todavia, levantam-se no sentido de que ambos - contrariedade à lei e desuso - são aspectos de um mesmo fenômeno, pois nos dois casos se está defronte de uma norma consuetudinária formada ao arripio da norma escrita”.

¹⁰⁴ FERRAZ, 2015. p. 185.

¹⁰⁵ KUBLISCKAS, 2008. p. 137.

¹⁰⁶ *Ibidem*. p. 145.

palavras, são introduzidas mudanças difusas e silenciosas na Constituição¹⁰⁷.

Diante de todo o exposto, inegável que a interpretação e o costume constitucionais atuam e apresentam-se como eficientes mecanismos de mutação constitucional. Como já dito, a sociedade apresenta-se em constante evolução. Diante disso, a própria sociedade, de forma geral, assim como os grupos políticos, os grupos de pressão, a mídia e a opinião pública, entre outros grupos que formam o cenário político e social, agem sobre os intérpretes da Constituição e, indiretamente, sobre a própria Carta Magna, de modo que influenciam sobre a atuação destes agentes condicionando as suas decisões, o que pode resultar, seja por via de interpretação ou costume, em uma mutação constitucional.

3.3. LIMITES DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

De maneira óbvia, assim como os mecanismos formais de alteração possuem limitações impostas à sua atuação a fim de conferir legitimidade e respeito às normas constitucionais, protegendo o próprio povo, os mecanismos de mutação constitucional também sofrem limitações, e caso sejam ultrapassados estarão violando o poder constituinte, bem como a soberania popular¹⁰⁸.

Kublisckas¹⁰⁹ explica que os primeiros doutrinadores a abordar o tema das mutações constitucionais entendiam que, dada a sua natureza fática e à ausência de um mecanismo de controle de constitucionalidade, estas não poderiam ser limitadas juridicamente. Porém, mais tarde, os autores posteriores, “admitindo a ideia de que as mutações constitucionais não são um fenômeno meramente fático, mas também jurídico, começaram a traçar-lhe limites”¹¹⁰.

¹⁰⁷ KUBLISCKAS, 2008. p. 145.

¹⁰⁸ BARROSO, 2014. p. 162.

¹⁰⁹ KUBLISCKAS, op. cit. p. 148.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 149.

Nesse sentido, Barroso¹¹¹ ensina que as normas constitucionais, assim como as demais normas jurídicas, libertam-se da vontade subjetiva que as criou, passando a ter uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Contudo, essa capacidade de adaptação não pode alterar o espírito da Constituição. Em função disso, segundo o autor, a mutação constitucional esgota-se diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. E prossegue:

Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário¹¹².

Entretanto, podem vir a ocorrer, em situações excepcionais, mutações que contrariem a Constituição, gerando mutações inconstitucionais. Quando essas vierem a ocorrer, em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade, explica o autor:

Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente¹¹³.

Além desses limites, Teresa Melo aponta, lembrando os ensinamentos de Nadja Machado Botelho, para outra limitação ínsita ao sistema constitucional brasileiro, que corresponde às cláusulas pétreas:

¹¹¹ BARROSO, 2014. p. 162.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ *Ibidem*. p. 163.

Atenta aos limites e possibilidades da mutação constitucional, Nadja Machado Botelho leciona que, “mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites à mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido ou alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição”. E conclui afirmando que “aplica-se à mutação incidente sobre cláusulas pétreas o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente à reforma; o que não se pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda”¹¹⁴.

As mutações constitucionais, portanto, apresentam limitações tanto de ordem subjetiva como de ordem objetiva.

Segundo Kubliskas, o primeiro limite de ordem subjetiva é a *postura ética* do aplicador da norma constitucional em não estar desrespeitando ou contrariando a Constituição. Em outras palavras, é a consciência do aplicador de não estar operando a uma mutação inconstitucional. O segundo limite de ordem subjetiva trata-se da *consciência jurídica geral*; por força desse princípio o aplicador da Constituição que não age isoladamente no corpo sociopolítico, não possui total liberdade na definição do sentido, significado e alcance das normas constitucionais, mas está vinculado à consciência jurídica geral.

Já quanto aos limites objetivos, o primeiro que se tem é o *programa normativo*; Kubliskas explica que o intérprete não pode inserir no programa normativo significados que ele evidentemente não comporta, além de não poder dar interpretações ao texto que sejam forçadas ou antinaturais da linguagem constitucional, em razão da interpretação das normas constitucionais não ser anárquica – embora as normas constitucionais sejam, em grande parte, abertas, polissêmicas e indeterminadas. Outra limitação objetiva é a necessidade da própria mutação ser *fundamentada e razoável*. Ou seja, o intérprete não pode utilizar, para defender seu ponto de vista, soluções hermenêuticas desprovidas de argumentação compreensível e racionalmente sustentável. Kubliskas disserta que a obrigatoriedade da motivação está presente em todas as atividades que potencialmente pode gerar mutação constitucional; contudo “não basta que o ato ou a decisão que introduz uma

¹¹⁴ MELO, Teresa. **Breve reflexão sobre mutação constitucional no Brasil e nos Estados Unidos**. Publicações da Escola da AGU, V. 2, N. 16 (2012). p. 313-314. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1642>> Acesso em 13 mai. 2018.

mutação constitucional seja motivado. Ele também deve ser racional de modo a que seja possível fazer o seu controle”¹¹⁵. Em síntese:

[...] uma mutação constitucional apenas é aceitável quando o ato que a origina (i) não contraria de modo evidente a letra ou o espírito da Constituição; (ii) está devidamente fundamentado nos preceitos constitucionais interpretados; (iii) é racional; e (iv) é legitimamente aceito pela comunidade (jurídica e não-jurídica).

Dessa forma, a estrutura e as peculiaridades inerentes às normas constitucionais possibilitam a sua alteração mediante a interpretação constitucional e/ou costumes, ou seja, por meio dos processos informais de mudança da Carta Política. Contudo, a mutação constitucional operada por estes mecanismos não é ilimitada na medida em que os órgãos do Estado submetem-se à normatividade do diploma fundamental, não podendo subverter o conteúdo das normas constitucionais¹¹⁶.

Ferraz, por sua vez, explica que a mutação constitucional, por ser um exercício de função constituinte implícita, é forçosamente limitada:

Seus limites são necessariamente mais amplos e definidos do que os limites que se impõe ao constituinte derivado, isto é, ao poder de reforma constitucional, na medida em que este, com permissão expressa da Constituição, atua precisamente para reformá-la, emendá-la, modificando o texto e o conteúdo constitucional. O poder constituinte difuso, porque não expressamente autorizado, porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição. Sua atuação se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem todavia vulnerar a letra constitucional¹¹⁷.

Assim, em que pese as mutações constitucionais sejam caracterizadas pela informalidade, elas não são absolutamente ilimitadas, possuindo tanto limites de ordem subjetiva quanto objetiva, os quais são responsáveis por conferir legitimidade à sua atuação. Outrossim, os limites impostos à atividade da mutação constitucional também são importantes mecanismos para se estabelecer quando uma mutação constitucional pode ser, na verdade, uma mutação inconstitucional.

¹¹⁵ KUBLISCKAS, 2008. p. 155.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 153.

¹¹⁷ FERRAZ, 2015. p. 11.

4. O JULGAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 135/2010 E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR VIA DE INTERPRETAÇÃO

4.1. A INTERPRETAÇÃO COMO MECANISMO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: BREVES NOÇÕES

Antes de adentrarmos à análise da atuação do Supremo Tribunal Federal frente à ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, cumpre esclarecer algumas características acerca da mutação constitucional operada por via de interpretação.

Quanto às normas constitucionais, Kubliskas explica que devido à sua estrutura, elas demandam uma interpretação que as densifique, precise e/ou as complemente. Por conta disso, esta interpretação assume, por vezes, uma função *criadora* “na medida em que o intérprete/aplicador se vê obrigado a preencher, com pautas valorativas e opções ideológicas próprias, o espaço de conformação que o constituinte, consciente ou involuntariamente, deixou ‘em aberto’”¹¹⁸. Porém, segundo o autor:

[...] não quer dizer que o intérprete está autorizado a gerar *ex nihilo* a norma constitucional, mas que, nos casos em que esta se apresenta polissêmica ou obscura, o intérprete, dentro dos limites de sua discricionariedade, inevitavelmente tomará decisões inovadoras com base em suas próprias convicções.

Desse modo, a atividade de interpretação/aplicação das normas constitucionais envolve necessariamente um *quê* de criação, uma vez que, embora tenha como ponto de partida a expressão linguística da norma, o intérprete/aplicador muitas vezes tem que lhe atribuir um novo sentido, um novo significado ou um alcance diferente daquele imaginado originalmente pelo constituinte. A indeterminação das normas constitucionais permite, pois, que o intérprete/aplicador descortine novos horizontes que o legislador constituinte não havia cogitado no momento da elaboração do texto constitucional, bem como conduz à revelação de normas *não-expressas* mas existentes de modo implícito no ordenamento.¹¹⁹

¹¹⁸ KUBLISCKAS, 2008. p. 116.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 118.

Portanto, segundo o autor, é possível verificar a interpretação atuando como um mecanismo de mutação constitucional quando o intérprete/aplicador, visando a desdobrar, complementar ou aperfeiçoar regras e princípios inseridos na Constituição, promove, dentro dos limites impostos por ela, bem como em sua conformidade, alteração no sentido, significado e alcance das normas constitucionais sem que haja qualquer alteração do seu texto.

Nesse sentido, o Kubliskas então conclui que, a mutação constitucional por via interpretativa é um fenômeno que somente pode ser percebido na concretização/aplicação das normas constitucionais aos casos concretos:

Em síntese, ao analisar uma norma constitucional cujo conteúdo é predominantemente aberto, o intérprete/aplicador muitas vezes tem que lançar mão de interpretação *criadora*, desde que juridicamente razoável e socialmente admissível, de modo a obter uma *norma de decisão* adequada para o caso concreto. Desse modo, o intérprete/aplicador, por sua atividade interpretativa, aponta para novas possibilidades de incidência da norma e/ou extrai dela consequências e princípios até então não vislumbrados, ensejando assim mudanças informais na Constituição¹²⁰.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, explica que a mutação constitucional por via de interpretação consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Segundo o autor “Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada”¹²¹.

Ferraz registra que ocorre mutação constitucional por via da interpretação toda vez que, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição:

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações antes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma

¹²⁰ KUBLISCKAS, 2008. p. 120.

¹²¹ BARROSO, 2013. p. 153.

constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da *mutação constitucional*. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional¹²².

Nesse ponto a autora ressalta o fato de que a mutação constitucional por via interpretativa não atinge a letra da Constituição e também, não altera o conteúdo positivado expressamente na norma constitucional; uma vez que, nas constituições rígidas, somente se admite a mudança da letra do texto constitucional quando decorrente de reforma¹²³.

A exemplo de como se opera a mutação por via interpretativa, Kubliskas explica ser possível percebê-la claramente quando¹²⁴: a) há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) se modifica interpretação anterior e se-lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional (*overruling*)¹²⁵; d) há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional; etc.

Acerca da mutação ocorrida pela mudança de interpretação é de suma importância para a pesquisa destacar os ensinamentos de Kubliskas acerca do tema. O autor observa que a mudança de interpretação nem sempre atua como um mecanismo de mutação constitucional. Em alguns casos o intérprete unicamente altera o seu entendimento para realizar uma correção, pois descobre que a interpretação anterior era equivocada ou imprecisa à luz do texto constitucional. No entanto:

¹²² FERRAZ, 2015. p. 56-57.

¹²³ *Ibidem*, p. 58.

¹²⁴ KUBLISKAS, 2009. p. 119.

[...] surge uma mutação constitucional sempre que o intérprete/aplicador imprime uma nova interpretação a determinado dispositivo constitucional em virtude da modificação da realidade que cerca a aplicação da Constituição. No caso, não é que a interpretação antiga estava incorreta, mas as circunstâncias fáticas ensejaram uma releitura, uma modificação informal da Constituição.¹²⁶

Cumpra aqui esclarecer, ainda, posto que à frente será feita a análise da mutação ocorrida através de caso concreto vivenciado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que para fins da presente pesquisa, o enfoque da mutação constitucional por via da interpretação será dado tão somente através da interpretação judicial¹²⁷, ou seja, a interpretação realizada pelos tribunais no exercício da jurisdição constitucional. Diante disso, importante ressaltar os seguintes ensinamentos de Kubliskas acerca do assunto:

A jurisdição constitucional – a atividade de interpretação e aplicação da Constituição – é exercida na atualidade tanto por tribunais comuns quanto por Tribunais Constitucionais e se dá, basicamente, de dois modos: (a) pela aplicação direta de um preceptivo constitucional (*questão constitucional*) ou (b) pela verificação de incompatibilidade de uma norma em face da Constituição (*controle de constitucionalidade*). Suas principais finalidades são as de exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, assegurar a proteção dos direitos fundamentais, permitir o controle das regras da democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos), promover o controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais e de garantir o equilíbrio da Federação (no caso dos países que adotam este sistema).¹²⁸

Barroso, por sua vez, explica que, a exemplo, no caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando:

¹²⁶ KUBLISCKAS, 2009. p. 119.

¹²⁷ A interpretação judicial da Constituição, por sua alta relevância, tem sido considerada, pela doutrina, como a de maior importância dentre as espécies de interpretação constitucional orgânica. A relevância atribuída à interpretação constitucional judicial deve, em grande parte, ser atribuída à repercussão das decisões judiciais e às características de que se reveste essa modalidade de interpretação constitucional. Por outro lado, nos ordenamentos jurídicos de Constituição rígida, que admitem a revisão judicial dos atos dos poderes constituídos, o controle jurisdicional de constitucionalidade dilata o campo de atuação do intérprete, abrindo caminho para uma complexa controvérsia sobre a natureza, os princípios e os instrumentos da atividade interpretativa. Acentue-se a importância da interpretação judicial no controle de constitucionalidade da atuação do legislador ordinário, intérprete também autorizado da Constituição, que elabora leis de aplicação constitucional. (FERRAZ, 2015. p. 102)

¹²⁸ KUBLISCKAS, 2008. p. 125.

[...] o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito.¹²⁹

Contudo, vale lembrar que a atribuição da função judicial de interpretar a Constituição pode variar conforme o ordenamento em que ela se encontra. Segundo Ferraz, essa função:

Pode ser exercida, indistintamente, por juízes e tribunais, sendo, nesse caso, tanto mais importante e de maior repercussão quanto mais alta for a competência do órgão que a exerça; pode ser atribuída a órgãos jurisdicionais especiais, ou pode ser reservada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Revela-se a interpretação judicial nas decisões - sentenças, arestas, acórdãos - que aplicam a Constituição ao caso concreto, o que pode ocorrer de dois modos: ou mediante a aplicação pura e simples da norma constitucional para solucionar a lide; ou nos casos em que o exercício da função jurisdicional visa ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos.¹³⁰

Importante nesse ponto ressaltar que, à interpretação constitucional judicial aplicam-se de igual modo os mesmos limites que incidem sobre a interpretação constitucional em geral, estudada anteriormente. Contudo, Ferraz explica que a interpretação judicial reveste-se de algumas características peculiares quanto à extensão e aos limites da atividade interpretativa constitucional:

- a) Observe-se, em primeiro lugar, que quanto mais concisa, sintética e genérica for a Constituição, mais ampla, profunda e extensa é a atividade interpretativa judicial, especialmente onde há possibilidade de contrastar, em juízo, leis e atos de aplicação constitucional frente à Constituição.
- b) Por outro lado, se a Constituição impõe muitas Limitações aos poderes constituídos, e em particular, ao Poder Legislativo, tanto

¹²⁹ BARROSO, 2013. p. 153.

¹³⁰ FERRAZ, 2015. p. 103-104.

maior é a frequência com que se recorre à interpretação constitucional perante os tribunais.¹³¹

Assim, extrai-se que, a mutação constitucional operada por via da interpretação pode ser facilmente visualizada quando da concretização/aplicação da norma pelo intérprete que, nesse momento, promove, em conformidade com a Constituição, uma alteração no sentido, significado, alcance, abrangência das normas constitucionais sem qualquer alteração do seu texto. Outrossim, afigura-se que esse fenômeno é papel da jurisdição constitucional que, no ordenamento jurídico brasileiro, externa-se através do Supremo Tribunal Federal na aplicação pura e simples da norma constitucional para solucionar a lide; ou nos casos em que o exercício da função jurisdicional visa ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Considerando as premissas exposta acima, será agora analisado o fenômeno da mutação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, através do exame de caso concreto, especificamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em razão da alteração de seu entendimento acerca do princípio da presunção de inocência, após o julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”.

¹³¹ Ibidem, p. 105.

4.2. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 144 E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em 26/06/2008 a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) protocolou, no Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 144 objetivando que, nos processos de registro de candidatura, fosse assegurada efetividade ao princípio da exigência da vida pregressa compatível com a magnitude da representação popular, mediante a declaração da auto aplicabilidade da norma do § 9º do artigo 14 da CF/88, com a redação dada pela ECR nº 4/94, bem como o reconhecimento de revogação de parte das alíneas “d”, “e”, “g” e “h” do inciso I, do artigo 1º, e do artigo 15, todos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Em síntese, a ação foi ajuizada na Suprema Corte com o intuito de permitir que juízes eleitorais pudessem barrar a candidatura de políticos que estivessem respondendo a processos judiciais ou que haviam sido condenados sem trânsito em julgado.

Após um julgamento que durou cerca de oito horas, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADPF nº 144, entendendo que não poderiam ser consideradas culpadas pessoas que não tivessem contra si decisões condenatórias definitivas. Em razão disso, a Corte decidiu que a Justiça Eleitoral não poderia negar registro de candidatos que respondessem a processo, sem condenações transitadas em julgado, para que pudessem concorrer a cargos eletivos, conforme se verifica da ementa do acórdão:

E M E N T A: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – (...) MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA – REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO – PROIBIDADE ADMINISTRATIVA,

MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, “VITA ANTEACTA” E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) – (...) – PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA – (...) O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE – ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) – RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR “OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE” – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) – IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (...) - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRIVEL – (...).

(ADPF 144, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215-01 PP-00031).¹³²

Importante destacar, nesse momento, que o enfoque da presente pesquisa reflete-se na alteração da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à garantia constitucional da presunção de inocência (princípio da presunção de inocência). Sendo assim, será analisado, nesse momento, o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao referido princípio no julgamento da ADPF nº 144, e, posteriormente, o entendimento verificado na oportunidade do julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010.

O Relator da ADPF nº 144, Ministro Celso de Mello, teve seu voto de improcedência acompanhado pela maioria do Tribunal. Após explanar a relevância do princípio constitucional da publicidade como um dos vetores básicos que regem a gestão republicana e, por consequência, a importância do direito do eleitor à informação, o Ministro iniciou sua construção argumentativa

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144**. Brasília, 06 de Agosto de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf> > Acesso em: 08 Set. de 2018.

sobre o objeto da ADPF. Logo de início, o Relator apresenta duas relevantes indagações provocadas pela controvérsia exposta na demanda, as quais servem como importante instrumento para balizar a fundamentação do tema, quais sejam:

(a) o postulado da não-culpabilidade ou do estado de inocência restringe-se, unicamente, ao domínio penal ou, ao contrário, irradia os seus efeitos para além dos limites em que se delinea o processo penal de natureza condenatória?

(b) em caso de projeção extrapenal, esse postulado constitucional impede que situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado provoquem, em decorrência da exigência de moralidade e de probidade administrativa, inelegibilidade ou obstem candidaturas para mandatos eletivos?¹³³

Diante desse cenário, o Ministro Celso de Mello iniciou sua fundamentação buscando as raízes históricas do princípio da presunção de inocência. Após profunda análise, o Ministro asseverou que a presunção de inocência, uma vez consagrada constitucionalmente como um direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade:

[...] uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral.¹³⁴

Para o Relator não é plausível afirmar que a garantia fundamental da presunção de inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e processual penal. Embora historicamente vinculada ao processo penal, a garantia também irradia seus efeitos para

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008. fl. 9-10.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008. fl. 32.

outros campos do Direito no intuito de proteger as pessoas contra o abuso de poder e a prepotência do Estado.

Esse efeito irradiante da presunção de inocência teria, então, o condão de impedir que se formulem ou, até mesmo, se imponham, precipitadamente, medidas gravosas à esfera jurídica de qualquer pessoa, com base em juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas, sendo estas indevidamente tratadas como se culpadas fossem:

[...] porque presumida, por arbitrária antecipação fundada em juízo de mera suspeita, a culpabilidade de quem figura, em processo penal ou civil, como simples réu!¹³⁵

Celso de Mello também destacou, em referência ao RE 482.006/MG, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que o Supremo Tribunal Federal já havia observado essa mesma diretriz da incidência da presunção constitucional de inocência também ao domínio extrapenal, expondo que essa garantia constitucional “alcança quaisquer medidas restritivas de direitos, independentemente de seu conteúdo ou do bloco que compõe, se de direitos civis ou de direitos políticos”¹³⁶.

O Ministro ainda ressaltou que o postulado constitucional da presunção da inocência representa uma *prerrogativa de caráter bifronte*:

[...] cujos destinatários são, de um lado, o Poder Público, que sofre limitações no desempenho das suas atividades institucionais, e, de outro, o próprio cidadão, que encontra, nesse princípio, o fundamento de uma garantia essencial que lhe é reconhecida pela Constituição da República e que se mostra inteiramente oponível ao poder do Estado, neutralizando-lhe, por isso mesmo, qualquer iniciativa que objetive impor, ao cidadão, restrições à sua esfera jurídica, sem que exista, para tanto, qualquer título judicial definitivo.¹³⁷

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008. fl. 35.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008. fl. 36.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008. fl. 48.

Nesse sentido, o Relator asseverou que esse postulado impede que se atribuam à denúncia penal, processos pendentes ou sentenças recorríveis “consequências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação definitiva, transitada em julgado”, bem como faz recair sobre o órgão de acusação o ônus substancial da prova “fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador”. Segundo Celso de Mello:

Daí (...) a regra de prudência estabelecida no art. 15, III, da Constituição da República, a exigir, para efeito de suspensão temporária dos direitos políticos, notadamente da capacidade eleitoral passiva, vale dizer, do direito de ser votado, o trânsito em julgado da condenação judicial.¹³⁸

O Ministro ainda observou que meras conjecturas não se revestem, seja no domínio processual penal ou extrapenal, de idoneidade jurídica. Por conta disso, e tendo em vista a garantia da presunção de inocência, não é possível:

[...] atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole extrapenal, compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade.¹³⁹

Portanto, a exigência da coisa julgada, que representa um “valor de essencial importância na preservação da segurança jurídica”, não se choca e nem representa impedimento a incidência das exigências concernentes as cláusulas que se referem à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato eletivo, uma vez que:

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008. fl. 41.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008. fl. 43.

[...] a determinação de que se aguarde a definitiva formação da autoridade da “res judicata”, além de refletir um claro juízo de prudência do legislador, quer o constituinte (CF, art. 15, III), quer o comum (LC nº 64/90, art. 1º, I, “d”, “e”, “g” e “h”, e art. 15), encontra plena justificação na relevantíssima circunstância de que a imposição, ao cidadão, de gravíssimas restrições à sua capacidade eleitoral, deve condicionar-se ao trânsito em julgado da sentença, seja a que julga procedente a ação penal, seja aquela que julga procedente a ação civil por improbidade administrativa.¹⁴⁰

Portanto, conclui o Relator asseverando que, a privação temporária dos direitos políticos encontra-se “condicionada à observância do trânsito em julgado do respectivo ato sentencial”.

A perda da elegibilidade, portanto, é situação de caráter excepcional que inibe o exercício da cidadania passiva do cidadão, impedindo o mesmo de ter “efetiva participação na regência e na condução do aparelho governamental”. Em razão disso, observa o Relator que:

[...] o constituinte impôs, como requisito necessário à suspensão dos direitos políticos, na hipótese de condenação criminal, o trânsito em julgado da respectiva sentença, pois a gravidade dos efeitos inibitórios que resultam da sentença penal condenatória mostra-se tão radical em suas conseqüências, na dimensão político-jurídica do cidadão, que tornou imprescindível, por razões de segurança jurídica e de prudência, a prévia formação da coisa julgada.¹⁴¹

Sendo esses os principais argumentos utilizados pelo Relator em seu voto, é possível extrair as seguintes importantes conclusões acerca do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na oportunidade do julgamento da ADPF nº 144: a) O princípio da presunção de inocência se trata de um Direito Fundamental que age sobre o domínio civil e no âmbito político; b) o referido princípio possui efeito irradiante que o torna aplicável a processos destituídos de natureza criminal (incidência penal e extrapenal do princípio); c) a existência seja de inquéritos policiais ou de processos judiciais em andamento ou até mesmo de sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado, não configura, por si só, hipótese de inelegibilidade, e

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008. fl. 55.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008. fl. 66-67.

também não impede o registro de candidatura; d) em decorrência dessas premissas, é necessário que haja o trânsito em julgado para que possa haver a suspensão dos direitos políticos.

4.3. A ORIGEM DA LEI COMPLEMENTAR 135/2010 – A LEI DA FICHA LIMPA¹⁴²

A Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) foi fruto de um projeto de iniciativa popular, lançado em abril de 2008, com o objetivo de coletar assinaturas de mais 1% dos eleitores no País para que o projeto pudesse ser levado ao Congresso Nacional. A iniciativa significou verdadeira resposta à insatisfação e ao descontentamento da sociedade brasileira provocado pelos rumos tomados pela política do país.

A adesão popular ao projeto foi tão grande que, no dia 29 de setembro de 2009, um ano e cinco meses depois do início da campanha, foi entregue ao presidente da Câmara dos Deputados - Michel Temer há época – o Projeto de Lei, em conjunto com 1 milhão e 300 mil assinaturas presenciais, atendendo ao requisito para apresentação de proposta de lei de iniciativa popular.¹⁴³

Ainda depois de ser entregue, o número de adesões continuou aumentando, chegando a 1,6 milhões de assinaturas. Assim, deu-se início ao trâmite do projeto de lei como qualquer outro no Brasil, passando pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal, até ser sancionada pelo Presidente da República – Luiz Inácio Lula da Silva há época – em 4 de junho de 2010, transformando-se na Lei Complementar nº 135, e entrando em vigor na data da sua publicação 7 de junho de 2010.

Segundo Djalma Pinto e Elke Braide Petersen:

¹⁴² < <http://www.politize.com.br/lei-da-ficha-limpa-entenda/> >. Acesso em: 03 set. 2018; < <http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-4-ano-5/digressoes-sobre-as-doacoes-de-campanha-oriundas-de-pessoas-juridicas> >. Acesso em: 03 set. 2018.

¹⁴³ Art. 61, § 2º, CF/88 – A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. (BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 08 Set. de 2018).

Sob a óptica da realidade fria dos fatos, a conclusão da ADPF no 144 liberou o acesso ao poder a infratores do Código Penal, desde que evitassem o trânsito em julgado de sua condenação. Justamente contra essa tolerância excessiva, assegurando elegibilidade aos violadores da lei, intensificou-se o movimento de reação da sociedade. Culminou essa indignação com o encaminhamento, à Câmara Federal, do Projeto de Lei Complementar de iniciativa popular nº 518/2009, considerando inelegíveis aqueles que tivessem contra si condenação, em primeira ou única instância, ou denúncia recebida por órgão judicial colegiado, pela prática de determinados crimes.¹⁴⁴

Em que pese o projeto original tenha sido modificado na Câmara dos Deputados, foi aprovado o texto substitutivo que resultou na Lei Complementar nº 135/2010, segundo o qual tornam-se inelegíveis os cidadãos que se enquadrem nas hipóteses de inelegibilidade previstas naquela Lei. A exemplo, aqueles que venha, a sofrer, contra si, condenação criminal por órgão colegiado ou por decisão penal transitada em julgado, pela prática dos crimes relacionados na Lei.

4.4. O JULGAMENTO EM CONTROLE CONCENTRADO DA LEI COMPLEMENTAR 135/2010 E A SUA CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A grande alteração advinda da Lei da Fica Limpa foi a relativização da exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória para a aplicação da inelegibilidade, a partir da nova redação dada ao art. 1º, I, “d”, “e”, “h”, “j”, “l”, “n”, “p”, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, ao impossibilitar a candidatura dos indivíduos condenados por decisão proferida por “órgão colegiado”, ainda que não haja trânsito em julgado da decisão.

A Lei Complementar 135/2010 foi então submetida ao controle de constitucionalidade e, na oportunidade do julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e ADI 4578 pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴⁵, foi analisada, nesse ponto, a

¹⁴⁴ PINTO, Djalma, PETERSEN, Elke Braid. **Comentários à lei da ficha limpa**, 1ª ed. São Paulo : ATLAS, 2014. pg.3.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento Conjunto: Ação Declaratória de Constitucionalidade 29, Ação Declaratória de Constitucionalidade 30 e Ação Direta de**

constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa face ao princípio da presunção de inocência, uma vez que, em razão da mudança de paradigma advinda do diploma legal referido, o cidadão que desejasse candidatar-se nas eleições futuras, poderia tornar-se inelegível por conta de decisão condenatória colegiada proferida contra si, mesmo que ainda houvesse a possibilidade de recorrer da decisão.

O Ministro Relator dos processos, Luiz Fux, afirmou, logo de início, que não caberia discutir, nas ações em julgamento, o sentido e o alcance do princípio da presunção de inocência quanto à esfera penal e processual penal, pois, segundo ele:

Cuida-se aqui tão-somente da aplicabilidade da presunção de inocência especificamente para fins eleitorais, ou seja, da sua irradiação para ramo do Direito diverso daquele a que se refere a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988.¹⁴⁶

Reconhece o Ministro que o amadurecimento institucional do país face a crise do sistema representativo brasileiro, sugere uma revisão da jurisprudência da Corte acerca da garantia constitucional da presunção de inocência no âmbito eleitoral:

Propõe-se, de fato, um **overruling dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência vis-à-vis inelegibilidades**, para que se reconheça a legitimidade da previsão legal de hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não definitivas.¹⁴⁷

Para o Relator, a presunção de inocência que sempre foi tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/10, uma vez que o referido diploma legal não está a serviço das perseguições políticas, bem

Inconstitucionalidade 4578. Brasília, 16 de Fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342> > Acesso em: 08 Set. de 2018.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012. fl. 9.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012. fl. 10. (Grifos do autor).

como a própria *ratio essendi* do princípio é resguardada não somente pelo processo penal, mas também por todo um conjunto de normas constitucionais.

Ademais, o Ministro Luiz Fux assevera que a presunção de inocência deve ser reconhecida como uma regra desprovida de conteúdo principiológico, ou seja, trata-se de:

[...] norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória.¹⁴⁸

Diante disso, o Relator observa que o princípio sofreu uma ampliação no seu alcance como resultado da interpretação extensiva dada à regra pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, em razão do momento histórico vivido pela sociedade, sustenta a necessidade de uma *redução teleológica* do princípio, “que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria literalidade, da qual se distanciou em demasia”. O Ministro, ao citar os ensinamentos de Karl Larenz afirma que:

[...] a redução teleológica pode ser exigida “*pelo escopo, sempre que seja prevalecente, de outra norma que de outro modo não seria atingida*”. Ora, é exatamente disso que se cuida na espécie: a inserção, pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, da previsão do art. 14, § 9º, atualmente vigente estabeleceu disposição constitucional – portanto, de mesma hierarquia do art. 5º, LVII – que veicula permissivo para que o legislador complementar estabeleça restrições à elegibilidade com base na vida pregressa do candidato, desde que direcionadas à moralidade para o exercício do mandato.¹⁴⁹

Portanto, o art. 5º, LVII, não pode ser concebido como impeditivo à imposição de inelegibilidade a cidadãos condenados criminalmente por decisões colegiadas ainda não transitadas em julgado, de modo que, ao contrário:

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012. fl.15.

¹⁴⁹ *Idem*.

[...] esvaziaria sobremaneira o art. 14, §9º, da Constituição Federal, frustrando o propósito do constituinte reformador de exigir idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, decerto compatível com o princípio republicano insculpido no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal.¹⁵⁰

Para o Ministro Luiz Fux, portanto, a garantia constitucional de presunção de inocência não obsta a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, de modo que a recondução do princípio aos efeitos próprios da condenação criminal “se presta a impedir que se aniquile a teleologia do art. 14, §9º, da Carta Política”.

O Ministro Joaquim Barbosa, de igual modo, repeliu a alegação de que o princípio configura óbice à constitucionalidade do diploma legal em comento. Segundo Barbosa, a inelegibilidade não é uma pena e por esse motivo não guarda pertinência com o princípio da presunção de inocência, ou seja:

[...] não exigem, para a sua configuração, que se dê margem a especulações de caráter subjetivo a respeito do fato que as gerou. A inelegibilidade não constitui uma repercussão prática da culpa ou do dolo do agente político, mas apenas a reprovação prévia, anterior e prejudicial às eleições, do comportamento objetivamente descrito como contrário às normas da organização política.¹⁵¹

Por essa mesma razão, assevera que não se aplica o princípio da presunção de inocência às hipóteses de inelegibilidade. Aliás, as inelegibilidades não representam sequer o agravamento das limitações a direitos fundamentais.

Para o Ministro, as hipóteses de inelegibilidade, por partirem de um ato ou fato público e notório, configuram-se de imediato, bastando mera previsão legislativa para que isso ocorra, além disso:

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012. fl. 16.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012. fl. 9.

Não se exige, para que seja considerada constitucional, o respeito a outros princípios manifestamente associados à persecução penal, os quais foram inseridos na Constituição com objetivo de conferir proteção ao mais importante bem da vida, a liberdade individual de ir e vir.¹⁵²

Joaquim Barbosa ainda relembra que por muito tempo o Supremo Tribunal Federal considerou possível o afastamento da garantia de presunção de inocência inclusive no campo do Direito Penal, desse modo, tendo em vista o momento de desolação vivido pela sociedade face aos rumos da política nacional, alega ser incompreensível a pretensão de retirar o princípio do seu campo próprio de aplicação (Direito Penal) e trazê-lo para o domínio eleitoral.

Outro voto que também assumiu grande importância durante o julgamento em tela foi o voto da Ministra Rosa Weber que, embora tenha acompanhado o Relator, com fundamento na unicidade da Constituição, sustentou que o princípio da presunção de inocência produz efeitos além do campo do direito penal, inclusive na seara eleitoral, contudo, comportando mitigações.

Para a Ministra, por comportar mitigações inclusive no campo do direito penal como, por exemplo, na possibilidade da prisão provisória antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória – o que pode ser visto nos mais diversos sistemas processuais modernos – o princípio da presunção de inocência não é absoluto. Segundo a Ministra:

Se, no próprio processo penal, onde está em jogo a liberdade de ir e vir, admite-se que sejam estabelecidas restrições ao princípio da presunção de inocência, como a imposição, antes do julgamento, de prisão provisória, não me parece, data vênia, correto concluir que, em outros ramos do Direito, seria vedado em absoluto também estabelecer restrições a direitos de outra natureza antes de um julgamento.¹⁵³

Ademais, cumpre ressaltar que para Rosa Weber, os casos de inelegibilidade não possuem caráter de sanção, seja penal ou não, mas configuram-se como condição negativa de elegibilidade. Segundo ela:

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012. fl. 9.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012. fl. 16.

O escopo da inelegibilidade não é punir. A norma jurídica não tem no indivíduo seu destinatário primeiro – outro o foco – é sim a coletividade, buscando preservar a legitimidade das eleições, a autenticidade da soberania popular e, em última análise, a assegurar o processo de concretização do Estado Democrático de Direito.¹⁵⁴

Nesse sentido, a imposição das inelegibilidades guarda relação com a imposição de restrições ao direito do acusado, sendo que a imposição de tais restrições não é, em si, incompatível com a garantia constitucional da presunção de inocência.

Ademais, uma vez que no âmbito do Direito Eleitoral cujo fim constitucional último é o de assegurar o exercício da soberania popular, prevalecendo, dessa forma, a proteção do público e da coletividade em detrimento ao direito individual de ser candidato, a presunção de inocência comporta mitigações ainda mais intensas. Por conta disso, a Ministra sustenta não afrontar o referido princípio a dispensa do trânsito em julgado em caso de condenação colegiada.

Ao final do julgamento, por maioria de votos (sete votos a quatro), prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento em favor da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa face ao princípio da presunção de inocência, havendo a possibilidade de declarar a inelegibilidade do candidato condenado por órgão colegiado, ainda que não haja o trânsito em julgado da decisão.

Sendo esses os principais votos proferidos no julgamento em controle concentrado da constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, no que tange ao princípio da presunção de inocência, ora em análise, adefere-se que houve uma nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao referido princípio na seara eleitoral.

O princípio, que antes configurava óbice à possibilidade de declarar inelegível o candidato que tivesse, contra si, condenação ainda suscetível de recurso, passou a ser interpretado de forma a possibilitar a inelegibilidade do cidadão/candidato condenado por órgão colegiado, ainda que a decisão

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012. fl. 8.

comporte recurso, configurando assim um verdadeiro caso de mutação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

É possível perceber, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional (verificação de incompatibilidade de uma norma em face da Constituição) alterou a sua interpretação quanto ao alcance e aplicabilidade do princípio constitucional em tela.

Desse modo, o princípio anteriormente entendido como de caráter absoluto e com aplicabilidade extrapenal, passou a ser interpretado de forma relativa e, para alguns ministros, até mesmo sem qualquer incidência no campo do Direito Eleitoral.

Notadamente a mutação é constitucional uma vez que atende aos seus limites de ordem subjetiva (postura ética do aplicador e a consciência jurídica geral) e de ordem objetiva (programa normativo, fundamentação e razoabilidade).

Há de se notar ainda que a mutação ocorrida aparentemente esbarra em uma limitação ao passo que vai de encontro à uma cláusula pétrea. Entretanto, a alteração produzida no dispositivo constitucional não atinge o conteúdo essencial nem mesmo favorece a abolição do núcleo duro da Constituição¹⁵⁵. Motivo pelo qual, prevalece a constitucionalidade da mutação em tela.

Além disso, conforme já mencionado, a mutação não veio a alterar em momento algum a redação da lei, atuando, portanto, dentro de sua restrição de precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance da norma sem alteração literal de seu texto.

Diante de tudo que foi exposto, possível observar a ocorrência da mutação constitucional operada via interpretação, uma vez que modificou-se a interpretação dada anteriormente a um princípio, imprimindo-lhe novo sentido.

A mutação ocorrida, portanto, encontra embasamento na doutrina, conforme demonstrado ao longo da pesquisa, posto que é aceita quando o Supremo Tribunal Federal vem a modificar sua jurisprudência – técnica de superação de precedente amplamente conhecida como *overruling*.

¹⁵⁵ Vide p. 45 (3.3. Limites das Mutações Constitucionais).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa objetivou analisar de que forma o Direito pode acompanhar a evolução da sociedade.

No primeiro capítulo ficou demonstrado que a Constituição é o documento responsável por regular todo o Estado e a vida em sociedade, preservando e assegurando todas as garantias fundamentais e liberdades individuais dos cidadãos. Não obstante, a Constituição estabelece, ainda, todo o ordenamento jurídico-político do Estado. Por essas razões, o texto constitucional não deve ser imutável a fim de não tornar-se obsoleto. Contudo, também não deve estar sujeito a sofrer qualquer alteração.

Por conta disso, as constituições comportam mecanismos de alteração de seu texto, sejam eles formais ou informais, capazes de manter a continuidade histórica da Constituição. Contudo, os mecanismos formais, têm o condão de trazer alterações substanciais no texto constitucional, além de possuírem grande formalidade para sua concretização, o que, por vezes, pode dificultar a necessidade de rápida adequação da Constituição às novas situações decorrentes da evolução da sociedade.

Ao contrário destes, os mecanismos informais de alteração da Constituição, denominados de *mutação constitucional*, desempenham importante papel na atualização do texto constitucional frente às evoluções históricas.

A mutação constitucional, portanto, seja operada por meio de práticas legislativas, de interpretação ou pelos costumes, é capaz de alterar o sentido, significado e alcance do texto, sem que, contudo, haja qualquer alteração de sua redação. Dessa forma, o fenômeno é um importante instrumento na atualização do texto constitucional, responsável por manter a Constituição constantemente atualizada, permitindo que a Constituição formal e rígida não se torne imutável e obsoleta.

Diante de tais fundamentos, buscou-se observar de que forma a mutação constitucional ocorre na prática em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, foi escolhido um caso concreto vivido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Analisando o ocorrido constatou-se que anteriormente na Corte havia sido pacificado certo entendimento acerca do princípio da presunção de inocência, consagrado no texto constitucional. Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal na época, os cidadãos não poderiam sofrer restrições à sua capacidade eleitoral passiva sem que houvesse, contra si, decisão condenatória transitada em julgado.

Contudo, posteriormente, em razão das mudanças nas circunstâncias sociais, o Tribunal Superior veio a modificar a sua jurisprudência acerca do princípio. Nesse momento, foi possível observar uma grande alteração da interpretação dada ao princípio pela Corte, principalmente no que diz respeito à aplicabilidade do princípio. Diversas foram as fundamentações construídas sobre a aludida garantia até ser proferida decisão em sentido contrário ao entendimento até então pacificado. Ao final, por maioria de votos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi modificada determinando a possibilidade da declaração de inelegibilidade de candidato condenado por órgão colegiado, ainda que não haja o trânsito em julgado da decisão.

Restou, portanto, demonstrada a ocorrência da mutação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, em um emblemático caso concreto vivido pelo Supremo Tribunal Federal onde, através do mecanismo da interpretação, a Corte modificou seu entendimento anteriormente pacificado, conferindo novo entendimento ao princípio da presunção de inocência.

Conclui-se então que o Direito possui mecanismos capazes de mantê-lo alinhado às evoluções da sociedade, de modo que, através desses mecanismos, possibilita-se a sua atualização aos novos tempos, sem que, contudo, perca sua legitimidade e mantenha, ainda, a rigidez, supremacia e estabilidade da Constituição.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 7ª edição. Saraiva, 2008.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**, v.1: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >
Acesso em: 08 Set. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144**. Brasília, 06 de Agosto de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf> > Acesso em: 08 set. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento Conjunto: Ação Declaratória de Constitucionalidade 29, Ação Declaratória de Constitucionalidade 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578**. Brasília, 16 de Fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342> > Acesso em: 08 set. 2018.

FALEIROS, Marina Garcia. **O crescente fenômeno da mutação constitucional e a atuação do supremo tribunal federal na adoção de novas interpretações constitucionais**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. v. 12, n. 1 (2017). Disponível em: < <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/329> >
Acesso em: 04 abr. 2018.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**, 2ª ed. Osasco : EDIFIEO, 2015. Disponível em: < http://www.unifieo.br/pdfs/e-Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o_01-09-2015.pdf > Acesso em: 09 abr. 2018.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

< <http://www.politize.com.br/lei-da-ficha-limpa-entenda/> >. Acesso em: 03 set. 2018.

<<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n-4-ano-5/digressoes-sobre-as-doacoes-de-campanha-oriundas-de-pessoas-juridicas>> Acesso em: 03 set. 2018.

KELSEN, 1979 apud BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicaool.html>> Acesso em: 24 mar. 2018.

MELO, Teresa. **Breve reflexão sobre mutação constitucional no Brasil e nos Estados Unidos**. Publicações da Escola da AGU, V. 2, N. 16 (2012). p. 313-314. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1642>> Acesso em: 13 mai. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - Curso de direito constitucional**, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional - Tomo II: Introdução à teoria da Constituição**, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

PINTO, Djalma, PETERSEN, Elke Braid. **Comentários à lei da ficha limpa**, 1ª ed. São Paulo : ATLAS, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

VARGAS, Denise Soares. Série IDP - linha de pesquisa acadêmica - **Mutação constitucional via decisões aditivas**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.