



UEPB

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ERICK RAMON MORAIS DA SILVA

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CORROSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

GUARABIRA
2019

ERICK RAMON MORAIS DA SILVA

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CORROSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à/ao Coordenação /Departamento do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Professor Me. Vinícius Lúcio de Andrade.

GUARABIRA
2019

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S586m Silva, Erick Ramon Morais da.
Mutação constitucional e a corrosão da segurana jurídica
[manuscrito] / Erick Ramon Morais da Silva. - 2019.
27 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduao em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades ,
2019.
"Orientao : Prof. Me. Vinícius Lúcio de Andrade ,
Coordenao do Curso de Direito - CH."
1. Direito constitucional. 2. Mutao constitucional. 3.
Princípios constitucionais. 4. Segurana jurídica. I. Título
21. ed. CDD 342

ERICK RAMON MORAIS DA SILVA

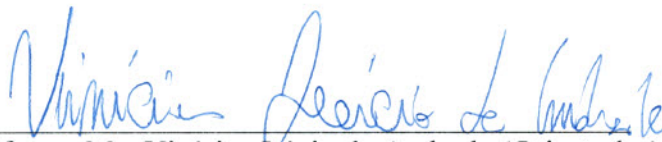
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CORROSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à/ao Coordenação /Departamento do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: 10 / 06 / 2019 .

BANCA EXAMINADORA



Professor Me. Vinicius Lúcio de Andrade (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Professor Me. Jossano Mendes de Amorim
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Professor Dr. Vinicius Soares de Campos Barros
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu filho, Miguel, com amor e carinho,
DEDICO.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
c/c	combinado com
cf.	conforme
cit.	citação
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DJe	Diário da Justiça eletrônico
DL	Decreto-lei
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ed.	edição
HC	<i>Habeas Corpus</i>
j.	juízo
LC	lei complementar
Min.	Ministro
MS	mandado de segurança
n.	Número
obs.	observação
p.	página
p. ex.	por exemplo
PDL	projeto de decreto legislativo
PEC	proposta de emenda à Constituição
PGR	Procurador-Geral da República
PLC	projeto de lei complementar
Rel.	Reclamação
rel.	relator, relatora
ss.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
v.	<i>versus</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	12
2.1	Interpretação Constitucional e Mutação Constitucional	12
2.2	O STF e a mutação inconstitucional	14
2.3	Princípios da Separação de Poderes e da Segurança Jurídica	15
3	CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	17
3.1	Origem da mutação constitucional e sua evolução nas ciências jurídicas	17
3.2	Mutação constitucional no sistema jurídico “ <i>commom law</i> ”	18
3.3	Regras <i>v.</i> Princípios	19
4	PROGRESSOS E PERVERSÕES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	20
4.1	Primeiro caso: O trancamento de pauta na Câmara por Medida Provisória ..	20
4.2	Segundo caso: A competência privativa do Senado Federal em suspender lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF	22
4.3	Terceiro caso: Execução provisória da pena após condenação em segunda instância	23
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
	REFERÊNCIAS	26

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CORROSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CORROSIÓN DE LA SEGURIDAD JURIDICA

Erick Ramon Morais da Silva *

RESUMO

O presente artigo objetiva o estudo, ainda que breve, da mutação constitucional e, a partir disso, buscar entender em que circunstâncias ela ocorre e como deve ser realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, uma vez que eventuais mudanças no entendimento do texto constitucional podem ferir a própria Constituição. Além disso, busca-se respostas sobre a mutação constitucional, tais como: onde e como surgiu, sob que circunstâncias ocorrerá, em quais sistemas jurídicos é mais comum, entre outros pontos. Demais disso, pretende-se verificar se, quando da mutabilidade das normas constitucionais, por parte da Corte Suprema e, à luz do Estado de Direito, haverá violação a princípios constitucionais basilares à manutenção do Estado. Em seguida, discorrer-se-á sobre a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, passando-se a investigar à luz de julgados da Suprema Corte brasileira, a violação ou não, de princípios constitucionais, como é o caso do princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Mutação Constitucional. Princípios Constitucionais. Segurança Jurídica.

RESUMEN

El presente artículo objetiva el estudio, aunque breve, de la mutación constitucional y, a partir de eso, buscar entender en qué circunstancias ella ocurre y cómo debe ser realizada en el ámbito del Supremo Tribunal Federal, una vez que eventuales cambios en el entendimiento del texto constitucional pueden herir la propia Constitución. Además, se buscan respuestas sobre la mutación constitucional, tales como: dónde y cómo surgió, bajo qué circunstancias ocurrirá, en qué sistemas jurídicos es más común, entre otros puntos. Además, se pretende verificar si, cuando la mutabilidad de las normas constitucionales, por parte de la Corte Suprema y, a la luz del Estado de Derecho, habrá violación a principios constitucionales básicos al mantenimiento del Estado. A continuación, se discurrirá sobre la Constitución como un sistema abierto de reglas y principios, pasando a investigar a la luz de juzgados de la Suprema Corte brasileña, la violación o no, de principios constitucionales, como es el caso del principio de seguridad jurídica.

Palabras clave: Derecho Constitucional. Mutación Constitucional. Jurisprudencia. Principios Constitucionales. Seguridad Jurídica.

* Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus III.
Endereço de e-mail: erickmorais@outlook.com

1. INTRODUÇÃO

É a Constituição a norma fundamental em um Estado de Direito com efeito, no Brasil, há pouco mais de trinta anos, em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), atualmente em vigor, a qual traz em seu bojo, em comparação com as Cartas Políticas anteriores, uma ampliação de direitos e garantias fundamentais, direitos sociais, políticos, entre outras normas inerentes ao homem e sua convivência em uma sociedade moderna, tratando, além disso, da organização e dos limites do Estado, sendo, portanto, uma Constituição analítica que lastreia todo o sistema jurídico pátrio.

Nesta toada, a Constituição de 1988 tem como seu sagrado guardião, o Supremo Tribunal Federal (STF) que, por sua vez, possui a função precípua de protegê-la, e interpretá-la sem violar os princípios e regras nela constantes. Dito isso, é a mutação constitucional um fenômeno que trata da mudança do entendimento de norma sem que a mesma tenha seu texto materialmente alterado.

O tema objeto do presente trabalho possui suma importância nas ciências jurídicas, bem como no dia a dia do direito brasileiro, digamos assim, uma vez que diz respeito à interpretação da Carta Magna, a qual norteia todo o sistema jurídico brasileiro. Para tanto, delimitou-se este trabalho no sentido de se buscar respostas sobre a mutação constitucional, não cumprindo o papel de exaurir o conteúdo estudado, e sim de se pesquisar sobre o tema, com o fito de colaborar com seu avanço.

Sendo assim, no primeiro capítulo faz-se considerações iniciais sobre a interpretação jurídica, sendo esta um importante instrumento da mutação constitucional enquanto fenômeno do Direito, trata, ainda, de apontar os importantes princípios – pilares do Estado Democrático de Direito – quando se trata de interpretação de norma constitucional, como os Princípios da separação de poderes e o da segurança jurídica, apontado em subitens próprios, que dentre outros devem ser obrigatoriamente observados pelo guardião da Constituição.

Ainda no primeiro capítulo abordar-se-á acerca do papel do STF quando da ocorrência de mutação constitucional; e também, se seria mais pertinente a mutação constitucional: em um sistema jurídico aberto tal como o “*common law*”, sistema esse que lastreia o direito norte-americano ou no sistema brasileiro (fechado) “*civil law*”, onde se tem mais normas fechadas, leia-se, regras. É ainda no mencionado capítulo que se persegue sob que circunstâncias ocorrerá a mutação e em quais sistemas jurídicos é mais comum que se ocorra.

Em seguida, no segundo capítulo, buscou-se, ainda que rapidamente, mostrar a história da mutação constitucional, ao tempo em que entender a sua natureza jurídica. Em que pese a mutação tenha origem no direito alemão, por volta do século XIX, foi nos Estados Unidos da América, no século XX, que a mutação constitucional ganhou destaque e pode se desenvolver, oportunidade na qual cumpriu importante papel no direito estadunidense, situação na qual acabou ampliando direitos e garantias fundamentais quando da interpretação das normas abertas, leia-se, princípios no direito dos norte-americanos.

Pretende-se, ainda, verificar se, quando da mutabilidade das normas constitucionais, por parte da Corte Suprema brasileira e, à luz do Estado de Direito, haverá violação a princípios constitucionais basilares à manutenção do Estado. Passando-se a investigar à luz de julgados da Suprema Corte brasileira, a violação ou não, de princípios constitucionais, como é o caso dos princípios da segurança jurídica, da separação de poderes, da unidade constitucional, da dignidade da pessoa humana, entre outros. Com efeito, é necessário que se destaque que o presente Artigo tem como principal escopo o de analisar, ainda que de forma não exaustiva, alguns julgados do STF, e apontar nos quais houve mutação constitucional ou inconstitucional; e, também, fomentar as discussões sobre os limites do Supremo quando da ocorrência de mutação constitucional.

Nesse sentido fez-se pesquisas unicamente em material bibliográfico, tais como, cursos e manuais de direito constitucional, *e-books*, artigos publicados, bem como na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as quais estão inseridas em repositório eletrônico da própria Corte. Destarte, em sede de pesquisas bibliográficas, por meio de leitura e interpretações de texto, buscou-se posicionamento fundamentado acerca dos temas para a elaboração do presente trabalho.

2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Dá-se início ao presente estudo acerca de mutação constitucional, com uma breve abordagem sobre interpretação jurídica. Isso porque, é daí que surge o fenômeno da mutação constitucional.

Com efeito, é através da interpretação da norma constitucional, que se dá sentido – diverso ou não do anterior – ao texto constitucional.

2.1. Interpretação Constitucional e Mutação Constitucional

A interpretação jurídica é tida como a atividade de atribuir sentido a texto normativo, seja regra, seja princípio, com o fito de solucionar problemas, acepção essa que se extrai do entendimento empregado por Ferraz (2001, p. 305), em sua obra de introdução ao estudo do Direito. Oportuna a transcrição do breve conceito de interpretação jurídica, conforme o trecho abaixo:

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o ser ao dever ser. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão. (FERRAZ, 2001, p. 305)

Nesta toada, é de salientar que o Direito tem por principal finalidade, senão única, a solução de conflitos. Assim, se interpreta uma norma, quando faz-se a subsunção do fato à norma, com a finalidade de se ter um decisão para pacificar um conflito entre as partes inseridas na lide.

Não obstante, a interpretação compreende um conjunto amplo de particularidades – sobretudo a interpretação da Constituição de 1988, pois esta por possuir caráter analítico, sendo em razão disso, de conteúdo extenso – deve ser interpretada como um todo, diga-se, em nome do princípio da unidade da Constituição.

Com efeito, por ser altamente complexa, eis que além de ser uma Carta Política (tratando da limitação do poder político e sua organização), a Constituição Federal assegura direitos e garantias fundamentais, direitos políticos, direitos sociais, etc., a interpretação constitucional é uma difícil tarefa, tarefa essa que compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de ações de controle de constitucionalidade.

Dito isso, a Constituição de 1988 pode ser modificada através de procedimentos formais, a exemplo das emendas constitucionais; ou, por outro lado, pode sofrer mudanças interpretativas informais, as quais não a modificam materialmente, porém, dão aos seus comandos novos significados.

Diante do entendimento pacífico do STF, a mutação constitucional poderá ocorrer em três hipóteses, são elas: (i) mudança relevante na realidade social; (ii) mudança na compreensão do direito; e (iii) ocorrência de impactos negativos decorrentes de determinada interpretação.

A este processo informal, dar-se-á a denominação de mutação constitucional. Em que pese ora ser denominada de mutação constitucional, inexistente terminologia uniforme que denomine a mudança no entendimento do texto constitucional sem que haja a mudança material do respectivo texto, assim assevera Bulos (2015, p. 436):

Sendo, portanto, comum na doutrina majoritária, encontrar termos, tais como: Vicissitude constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa, transições constitucionais, processos de fato, mudança material, processo indiretos, processos não formais, processos informais, entre outros, isso porque, expressam, de igual modo, o conteúdo dos meios difusos de modificação constitucional. (BULOS, 2015, p. 436).

Tem-se, portanto, que a interpretação das normas constitucionais constitui um meio importante e eficaz para adaptar, sem a necessidade de revisões ou emendas, a Carta Magna às supostas necessidades emergentes da sociedade. No entanto, não pode o intérprete, dar novo entendimento à norma constitucional, dando sentido oposto ou deturpado, sob pena de ferir a própria Carta Magna; havendo, nessa hipótese, uma patente anomalia jurídica, diga-se, pois, mutação inconstitucional.

Por outro lado, é necessário se atentar para a chamada mutação inconstitucional. Em seu estudo sobre mutação constitucional e inconstitucional, Anna Cândida da Cunha Ferraz (FERRAZ, 2015), preocupada com o número crescente de ações de controle de constitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal e, não somente com isso, mas com os julgados espalhados e mesmo com a jurisprudência pacífica daquela Corte Suprema, cuidou em identificar o fenômeno das mutações inconstitucionais. Nesse sentido, sustenta:

Como um processo informal resultado de mudanças não admitidas pela Constituição, dois tipos de processos estão abarcados pelo conceito de mutações inconstitucionais: (i) os processos manifestamente inconstitucionais porque mudam a Constituição contra a sua letra e o seu espírito e (ii) os processos anômalos, que se traduzem em práticas que paralisam ou impedem a aplicação das normas constitucionais. (FERRAZ, 2015, p. 213)

De outro norte, e em desacordo com o entendimento doutrinário que elenca as hipóteses de mutações inconstitucionais, Bulos (1997, p. 91) sustenta a suposta inexistência de limites às mudanças informais da Constituição, quando afirma:

A única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo, psicológica – seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o documento maior. (BULOS, 1997, pág. 91).

Todavia, a afirmativa da inexistência de limites jurídicos à mutação constitucional, aparentemente inofensiva, põe em cheque a própria existência de um sistema constitucional como sistema jurídico. Uma vez que, se por meio da mutação, for possível livremente deformar a Constituição sem nenhuma pretensão de conformidade, constitucionalidade ou respeito às instituições do Estado Democrático de Direito e aos princípios basilares da Carta

Política, já não haveria mais um sistema jurídico de Constituição rígida e dotada de supremacia; afinal, a mutação constitucional deve ser concebida como um processo informal de alteração constitucional, que atua como reforçamento e garantia da própria Constituição, e não como um instrumento político, travestido de jurídico, que deixa ao bel prazer do plenário da Suprema Corte a interpretação das normas constitucionais.

Ainda nesta seara, um dos defensores mais devotos da mutação constitucional, Barroso (2011), é contundente ao limitar a interpretação constitucional quando da mutação constitucional, nos termos em a seguir:

Assentadas essas premissas, deve-se enfatizar sua contrapartida: os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação; O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. (BARROSO, 2011, p. 326).

Para que não haja escuridão acerca do tema, deve-se se atentar que a nova interpretação deverá encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte originário ou derivado (formal), ao tempo que não poderá violentar os princípios estruturantes da Lei Maior.

2.2. O STF e a mutação inconstitucional

É de fundamental importância apontar as competências atribuídas à Suprema Corte brasileira. Eis que com o advento da Constituição Federal, promulgada no ano de 1988 e, conseqüentemente, com a reconstitucionalização do País, passou a Suprema Corte a deter, mais que um papel técnico, um papel político no seio da sociedade brasileira. É bem verdade que o STF sempre teve esse papel, todavia, é na Constituição de 1988 que se amplia esse poder da Excelsa Corte.

Dito isso, tem-se como o papel precípua do Supremo Tribunal Federal guardar a Constituição Federal e se valer do texto constitucional para manter a ordem e o equilíbrio no ordenamento jurídico pátrio.

Desta feita, é imprescindível que, ao alterar o sentido do texto constitucional, deve o STF salvaguardar os princípios constitucionais basilares, tais como: o princípio da separação de poderes, o princípio da segurança jurídica, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, o princípio da rigidez constitucional, o princípio da unidade da Constituição e tantos outros.

É ainda, da Excelsa Suprema Corte, o papel de atender as demandas jurídico-políticas que lhe são atribuídas – inclusive em respeito ao Princípio da inafastabilidade – nos termos da própria Constituição Federal de 1988. Assim sendo, é de sua competência interpretar a Constituição, respeitando os princípios que nela estão contidos e adequá-la à nova realidade social, devendo, esta ser observada à luz das ciências sociais e jurídicas.

Daí surge um questionamento, senão o mais relevante quando se trata de mutação constitucional no âmbito do STF: “Como pode o Supremo Tribunal Federal perceber as mudanças ocorridas na sociedade brasileira?”. O mesmo questionamento não se faz presente diante do processo de emenda à Constituição realizado pelo Poder Legislativo, eis que Deputados Federais e Senadores são eleitos pelo povo, sendo, representantes destes e dos respectivos entes federados, de outro norte, o mesmo não acontece com os membros do STF, eis que não são eleitos pelo povo.

Ou seja, há por parte da sociedade, quando do processo eleitoral, a busca por representantes que traduzam suas vontades no cenário político, de acordo com o parágrafo único, do art. 1º, da CRFB. No entanto, é de salientar, por fim, que os parlamentares, muitas

das vezes, representam também a sociedade organizada, leia-se, setores da indústria, sindicatos, classes de trabalhadores, entre outros.

Demais disso, repisa-se que a Constituição brasileira de 1988 foi responsável pelo rompimento com o período autoritário anterior, ampliando o rol dos direitos e garantias fundamentais e, foi também, responsável pela redemocratização do País. Como se não bastasse, criou novos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e, ainda, novos institutos jurídicos que redefiniram o direito pátrio.

Em decorrência de tais fatos, quando da interpretação da Constituição, deve o STF ter cautela, eis que em sendo a interpretação jurídica uma difícil atividade, os princípios devem ser sempre observados e, quando necessário ponderados, e jamais violados por àquela Corte.

2.3. Princípios da Separação de Poderes e da Segurança Jurídica

Um dos mais importantes princípios constitucionais, o da separação de poderes, cuida em harmonizar os poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário – entre si, de modo que, cada um deles possua funções principais (na doutrina chamadas de típicas) e funções subsidiárias (atípicas), através das quais, o Estado possa gerir todas as atividades concernentes à sua manutenção.

De acordo com esse princípio, são Poderes da República, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, como já exposto acima – tratando-se de um conceito baseado na ideia de limitação dos poderes entre si, segundo a ideia clássica de Montesquieu –, inserto como regra, no art. 2º da Constituição de 1988.

A despeito disso, faz-se imperioso destacar que os Poderes da República, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário possuem, cada um deles, funções típicas, próprias e preponderantes.

Dessa maneira, cabe ao Executivo, representado pelo Presidente da República, pelos Governadores dos Estados e pelos Prefeitos nos Municípios, entre outras funções cabe àquele primeiro, a de administrar o governo, representar o Brasil no exterior, sancionar leis aprovadas no Congresso e a administração pública no geral. E por sua vez, ao Legislativo, exercido por parlamentares (federais e estaduais), cabe a criação e aprovação de leis/normas e, ainda, a missão de fiscalizar as medidas e ações tomadas pelo poder Executivo.

Por derradeiro, cabe ao Judiciário, composto por Juízes, Desembargadores e Ministros, sendo a instância máxima de sua estrutura o Supremo Tribunal Federal, tem como principal função a de garantir o cumprimento das leis e o respeito à Constituição, sendo, ainda, o responsável por administrar a Justiça no país e tomar decisões sobre conflitos entre grupos e pessoas da sociedade.

De outra banda, destaca-se as funções atípicas dos Poderes; isso porque os órgãos também exercem funções impróprias, secundárias ou subsidiárias. Assim, o Legislativo também administra e julga (art. 51, IV e art. 52, XIII, CRFB); o Executivo julga e legisla (art. 62) e o Judiciário legisla e administra (art. 96, I, “a”).

Nada obstante, a cláusula da separação de poderes, não impede a interferência de um órgão no outro, quando se trata de assegurar o mecanismo de freios e contrapesos, garantindo, portanto, as liberdades públicas e evitando o arbítrio e o autoritarismo. Exemplo disso, reside no fato de que enquanto o Legislativo expede normas gerais, impessoais e abstratas, o Executivo participa pela iniciativa, sanção ou veto das leis. A iniciativa legislativa do Executivo, no entanto, é condicionada à possibilidade de o Congresso Nacional (CN) alterar o seu projeto por meio de emendas e até rejeitá-lo.

À luz do acima exposto, quando o Supremo se vale de sua competência, esta outorgada pela Constituição de 1988, e inova no entendimento acerca do texto normativo constitucional, diga-se, cria uma mutação constitucional, deve se atentar para não ultrapassar

suas funções e acabar por prejudicar as funções de um dos demais poderes, caso em que, incorreria em total afronta ao Princípio da separação de poderes; nesse caso, estar-se-ia diante de um claro e patente de ativismo judicial – denominar-se-á ativismo judicial, por sua vez, quando o poder Judiciário usurpa o poder Legislativo, a competência para legislar (legislador positivo) – logo, quando o STF atua como legislador positivo viola, sobremaneira, a cláusula de separação de poderes.

Defendendo a independência e a harmonização dos poderes da República entre si, afastando, por conseguinte, a possibilidade de se ter um poder que se sobressaia aos outros, causando um desequilíbrio institucional, Bulos (2015) assevera:

(...) quaisquer tentativas no sentido de instaurar instâncias hegemônicas de poder padecerão de vício de inconstitucionalidade, pois o escopo do constituinte foi claro: neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional por parte dos poderes da República. O pórtico em análise funciona como parâmetro de observância indispensável à exegese das normas constitucionais, sendo uma das vigas-mestras da Constituição de 1988. (BULOS, 2015, p. 517).

Destarte, tem-se que o Princípio da separação de poderes, insculpido no art. 2º da CRFB, possui grande importância na manutenção do Estado de Direito e deve servir de guia quando da interpretação das normas constitucionais. Tanto é a importância desse Princípio que o mesmo está inserto no rol das cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º, III, da Constituição) não podendo ser suprimido, nem podendo sequer se objeto de emenda.

Em suma, é imprescindível a observância dos Princípios norteadores da Constituição, tal como o da separação de poderes, quando da interpretação da norma constitucional, sob pena de violação ao mencionado Princípio, e por consequência, se realizar mutação inconstitucional.

Tem-se, de outro norte, um outro importante Princípio a ser observado quando da interpretação jurídico-constitucional, se trata do Princípio da segurança jurídica; sendo um dos Princípios básicos constante na Carta Maior, bem como do Estado de Direito, fazendo, portanto, parte do sistema constitucional como um todo.

Em linhas gerais, esse Princípio visa assegurar a estabilidade das relações já consolidadas, frente à inevitável evolução do Direito, tanto em nível legislativo quanto jurisprudencial. Trata-se, portanto, de um princípio com diversas aplicações, tendo como núcleo a proteção ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Além disso, é fundamento da prescrição e da decadência, evitando, por exemplo, a aplicação de sanções cíveis, penais e/ou administrativas vários anos após a ocorrência do fato. É, ainda, a base para a edição das súmulas vinculantes, buscando pôr fim a controvérsias entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarretem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, parágrafo 1º, CRFB).

Com efeito, é sabido que um dos pilares do Estado de Direito é a segurança jurídica, uma vez que só assim há a garantia de estabilidade do cenário representado pelo trinômio sócio-político-econômico. Ao revés, quando se muda a Constituição Federal por meio de mutação constitucional (processo informal), há por parte do STF uma verdadeira mitigação da segurança jurídica.

Quando se fala em Princípio da segurança jurídica em sede de mutação constitucional, se refere no sentido de que o STF, quando da realização de mutação constitucional, não pode interpretar, a seu bel prazer, normas em aberto e/ou regras constitucionais. Ao revés, deve-se portanto, atentar para a previsibilidade da visão do direito, ou seja, é uma expectativa de comportamento, à luz do exposto, Abboud (2015) é contundente:

A segurança jurídica deve ser entendida como princípio que enuncia o imperativo de garantia da certeza da ordem jurídica, nas suas dimensões de estabilidade, coerência e igualdade, permitindo aos cidadãos organizarem a sua vida individual, relacional e coletiva, no respeito pela previsibilidade ou calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e consequencialidade nas respectivas ações. (ABBOUD, 2015, p. 386)

Ainda nesse sentido, Abboud (2015) complementa:

O princípio da segurança jurídica não é somente um elemento fundamental do Estado de Direito. Dois conceitos estão atrelados a esse princípio. O primeiro é a estabilidade, que consiste em que as decisões dos poderes públicos, uma vez adotadas, em consonância com a forma e procedimentos legalmente exigidos, não podem ser arbitrariamente alteradas, sua alteração deve ocorrer tão somente diante de pressupostos materiais relevantes. O segundo conceito ligado à segurança jurídica é a previsibilidade, que exige a certeza e a calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos. (ABBOUD, 2015, p. 387).

Assim sendo, quando o STF muda o entendimento de norma constitucional, sem a alteração material de seu texto – sobretudo se viola algum comando legal inserto na própria Constituição – ocorre um impacto negativo acerca da previsibilidade sobre a norma. Tem-se como exemplo emblemático, a mutação constitucional que ocorreu no art. 52, X, da CRFB; o dispositivo constitucional é claro e objetivo, porém, o Supremo, entendeu pela sua aplicação de maneira diversa.

É necessário frisar, ainda, que quando do procedimento de mutação constitucional, deve o julgador adotar, cautelosa e precipuamente, a observância dos princípios constitucionais, sobretudo àqueles de maior peso. Dessa forma, quando do juízo de ponderação entre princípios constitucionais (entre os quais, em princípio, não há hierarquia) para mudar o sentido do texto constitucional.

3. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Decerto que o fenômeno da mutação constitucional não possui sólido e extenso estudo na história do Direito. Ao revés, trata-se de um recente instituto nas ciências jurídicas e que, ainda, não possui estreita ligação com o sistema vigente no Brasil: o “*civil law*”.

3.1. Origem da mutação constitucional e sua evolução nas ciências jurídicas

Dada as considerações acima, Bulos (2015) buscou, a origem da mutação constitucional no direito alemão do século XIX, conforme se demonstra do trecho abaixo:

Parece ter sido a doutrina alemã que primeiro detectou o problema, ao notar que a Constituição de 1871 sofria, frequentemente, mudanças quanto ao funcionamento das instituições do Reich, mas sem reformas constitucionais. Foi aí que Laband, examinando o Texto germânico de 1871, constatou a existência de mudanças informais em seu articulado, passando a distinguir a reforma da mutação constitucional (...). Mais tarde, no início da década de trinta, Hsü Dau-Lin, entendendo que a mutação constitucional seria a simbiose entre a carta maior e a realidade, concluiu que as normas constitucionais podem ser modificadas lentamente, sem a presença do poder reformador. (BULOS, 2015, p. 435-436).

Nesse mesmo sentido, Barroso (2015), categoricamente lança a seguinte afirmativa:

Coube à teoria constitucional alemã, em elaborações sucessivas, e à própria

jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o desenvolvimento e comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal. Essa admissão, é bem de ver, precisou superar a separação metodológica rígida entre o mundo do direito e a realidade fática, imposta pelo positivismo jurídico. O impacto da passagem do tempo e das transformações históricas, políticas e sociais levou ao reconhecimento dessa importante categoria teórica que é a mutação constitucional. (BARROSO, 2015, p. 158-159).

Já no direito norte-americano, o fenômeno da mudança não formal do texto constitucional se faz presente, a um só tempo, em duas circunstâncias, a saber:

A primeira está associada ao caráter sintético da constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados.

A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes e tribunais em países nos quais vigora o sistema “*commom law*”; em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras.

Não obstante isso, a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional.

Ainda nesta senda, é necessário frisar que a mutação constitucional acompanhou a criação dos sistemas jurídicos nos países que adotam o “*commom law*”, sendo intrínseco a esse sistema; eis que se trata de mudança no texto constitucional informal, sem o “empecilho” do Princípio da Rigidez Constitucional, ou ao menos com sua óbice moderada, uma vez que é da própria natureza daquele sistema tratar de normas unicamente abertas.

3.2. Mutação constitucional no sistema jurídico “*commom law*”

A mutação constitucional foi protagonista no desenvolvimento e na ampliação de direitos e garantias fundamentais, jurisprudencialmente reconhecidos no direito norte-americano, o que, poderia, equivocadamente, ou não, dar a entender que a experiência brasileira em termos de mutação constitucional pode, ainda, “dar certo”.

Daí, acerca da mutação constitucional no sistema jurídico norte-americano, Barroso (2011) relata:

No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes e tribunais em países nos quais vigora o sistema *commom law*. Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras. Não obstante isso, a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional. (BARROSO, 2011, p. 159).

Todavia, quando se sustenta que, nos Estados Unidos, a mutação constitucional cumpriu um papel fundamental no desenvolvimento e na ampliação de direitos, não se leva em consideração que, por se tratar de um sistema jurídico aberto, qual seja, o sistema

commom law, e também, ter como parâmetros conceitos abertos, a exemplo disso, princípios e costumes, o direito americano, ou melhor, o sistema jurídico norte-americano possui características que são verdadeiras peças motivadoras à mutação.

Como já dito, a mutação constitucional ocorrerá mais facilmente em determinados sistemas jurídicos, incluindo aqui, o direito norte-americano dotado de conceitos abertos.

No Brasil, o sistema adotado é o *civil law*, conhecido como sistema jurídico que tem como principal lastro as regras – norma positivada – assim, pode-se considerar que a mutação constitucional, nesse sistema, seja uma exceção, eis que não seria tarefa fácil observar os princípios norteadores do direito e, ao mesmo tempo, mudar entendimento sobre uma norma fechada (regra), pois, provavelmente haveria alguma inconsistência jurídica, logo, seria inconstitucional a mutação.

3.3. Regras v. Princípios

O direito brasileiro tem como lastro o sistema jurídico conhecido como “*civil law*”, de origem romana-germânica, o qual tem como principais características, a sobreposição de regras em detrimento de princípios, ou mesmo, que os princípios sejam interpretados e se tornem regras. Enquanto que no direito norte-americano – no qual ganhou destaque o estudo sobre mutação constitucional – é conhecido como “*commom law*” tendo como principais características o de que os princípios se sobrepõem-se no ordenamento jurídico.

Dito isso, o direito norte-americano, lastreado por uma Constituição de caráter sintético, é terreno fértil para a mutação constitucional, assim como, de fato, ocorreu nos séculos passados (séculos XIX e XX), onde àquele fenômeno ganhou destaque, nas palavras de Roberto Barroso (BARROSO, 2011, pg. 159) “a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional”.

Com efeito, à luz das diferenças entre os sistemas norte-americano e brasileiro, surge um ponto a ser “obrigatoriamente” abordado, que é a diferença de normas de textura aberta mais comum no sistema “*commom law*” e normas fechadas mais presentes no “*civil law*”. Dessa diferenciação cuidou Robert Alexy (1997, p. 162 *apud* ABBOUD, 2015, p. 59), conforme abaixo:

A distinção entre regras e princípios reside no fato de que os princípios são mandados de otimização, enquanto que as regras têm caráter de mandados de definição. Como mandados de otimização, os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, desde que respeitadas as possibilidades e os limites fáticos e jurídicos.

(...)

Por outro lado, as regras são normas que sempre são, ou não, satisfeitas. Não há possibilidade de satisfazer a ordem emanada das regras em diferentes graus, como acontece nos princípios, mas sua aplicação é uma questão de tudo-ou-nada. Assim, Alexy determina a subsunção como a forma característica de aplicação do direito que as regras realizam. (ABBOD, 2015, p. 59).

Nessa perspectiva, a ordenação principiológica pode ser satisfeita em diferentes graus, o que depende não só de suas possibilidades fáticas, mas também jurídicas. As limitações jurídicas são derivadas do fato de existirem não apenas regras, mas também princípios opostos, os quais estão em constante pressão uns contra os outros. Esse caráter oposicional dos princípios implica na suscetibilidade da ponderação. A ponderação, portanto, é a forma de aplicação dos princípios no sentido de um se sobrepor em uma determinada situação sobre o outro, assim como ocorre no direito norte americano.

Em razão disso mesmo é que se questiona a mutação constitucional no direito pátrio, isso em razão de normas de textura fechada, podendo, portanto, causar violações à segurança

jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

4. PROGRESSOS E PERVERSÕES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Levando-se em consideração os pontos já estudados, é necessário adentrar, de fato, na mutação constitucional no âmbito do STF. Com efeito, que se diga que dentre os julgados do Supremo Tribunal Federal, há importantes decisões de conteúdo relativo à política, à administração pública, à direitos e garantias fundamentais, entre outros, no que se refere às normas da Constituição Federal que tiveram mudança em seu entendimento sem a mudança material do texto normativo.

Não obstante, de modo não exaustivo, é de fundamental importância enaltecer os progressos e perversões da mutação constitucional realizados no âmbito do STF, ora estudados, abaixo expostos:

4.1. Primeiro caso: O trancamento de pauta na Câmara por Medida Provisória

De início, traz-se à baila, o caso do trancamento de pauta na Câmara quando a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias de sua publicação. Cumpre ressaltar que as medidas provisórias e seus procedimentos estão insertos no art. 62 da Constituição Federal.

O plenário do STF entendeu que o trancamento de pauta na Câmara dos Deputados por MPs não alcança todas as deliberações legislativas, e sim apenas os projetos de lei que podem ser objetos de medida provisória. Diante disso, além de enfraquecer o próprio instituto das medidas provisórias, incorreu o STF em entendimento *contra legem*, uma vez que foi frontalmente contrário ao dispositivo constitucional expresso, isso porque o parágrafo 6º, do art. 62, da CRFB, determina que:

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (BRASIL, 2018, p. 19).

É que de uma simples leitura do referido texto normativo, entende-se que não sendo apreciada em até quarenta e cinco dias, contados da publicação, a medida provisória entrará em regime de urgência e, por conseguinte, todas as demais deliberações legislativas da Câmara, ficarão sobrestadas. Assim, a correta aplicação do parágrafo 6º, do art. 62, da CRFB trancaria a pauta da Câmara de modo que os Deputados seriam obrigados a apreciar a medida provisória em regime de urgência.

O caso concreto apreciado pelo STF tratava-se de mandado de segurança (MS), na espécie preventiva, com pedido liminar, impetrado por membros do Congresso Nacional contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, à época, Michel Temer, que perante o Plenário da Câmara, formalizou entendimento no sentido de que o sobrestamento das deliberações legislativas, com previsão no parágrafo 6º da Carta Magna, somente se aplicaria aos projetos de lei ordinária.

Ocorre que, como já anunciado acima, o STF, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 27.931, relatado pelo ministro Celso de Mello, entendeu que o trancamento da pauta da Câmara dos Deputados por conta de medidas provisórias não analisadas no prazo de 45 dias, contados de sua publicação, só alcança projetos de lei sobre temas passíveis de serem tratados por MP. Colaciona-se, abaixo, a ementa do julgado (BRASIL, 2014):

Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido. (MS 32033, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330).

Nessa seara, o ato tem permitido, desde então, que a Câmara aprecie, sem bloqueio, propostas de emenda constitucional (PEC), projetos de lei complementar (PLC) e projetos de decreto legislativo (PDL).

Desta feita, em que pese o entendimento do STF acerca do parágrafo 6º, do art. 62, da CRFB aparentemente não ferir nenhum dos princípios contidos na Carta Magna de 1988, a sua interpretação foi de encontro com o texto da própria norma constitucional, eis que o enunciado do art. 62, parágrafo 6º, é categórico ao determinar que todas as demais deliberações legislativas ficarão sobrestadas.

No julgamento do referido MS, o único ministro a divergir, o ministro Marco Aurélio votou pela concessão do mandado de segurança, ao entender que o dispositivo constitucional é claro no sentido de que a não aprovação de medida provisória após 45 dias deve, sim, paralisar toda a pauta, de forma a compelir a Casa Legislativa a se pronunciar sobre o texto, seja para aprovar ou rejeitar a MP.

Em que pese, o trancamento de pauta nos termos do art. 62, parágrafo 6º, supostamente violar o Princípio da Separação de Poderes, como entendeu a maioria dos ministros na oportunidade do julgamento, a edição de medida provisória, por parte do Presidente da República é uma exceção dentro da própria Separação de Poderes.

Entende-se, portanto, que ocorreu no presente caso, uma patente mutação

inconstitucional. Essa afirmação tem como lastro os pré-requisitos que devem ser seguidos quando da mudança informal do texto constitucional.

4.2. Segundo caso: A competência privativa do Senado Federal em suspender lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF

O segundo caso diz respeito à competência privativa do Senado Federal no que se refere a suspensão de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do STF:

Trata-se de uma Reclamação de n. 4.335 ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de determinados apenados que cumpriam penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos.

Naquela oportunidade, o reclamante alegou que houve descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC n. 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos").

Para entender melhor o caso, é necessário levantar as importantes informações acerca do julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.595/SP. A lei de n. 8.072/1990, em seu parágrafo 1º, do art. 2º, determinava que os condenados por crimes hediondos ou equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado, ou seja, havia uma proibição quanto a progressão de regime em certos casos.

Ocorre que, ao julgar o referido HC, este impetrado em favor de um único preso, o STF declarou incidentalmente inconstitucional aquele dispositivo de lei, a saber: parágrafo 1º do art. 2º da lei n. 8.072/90, sob o pálio de que a referida norma violaria o Princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CRFB), ao passo em que inviabilizaria a ressocialização do apenado.

Antes de se prosseguir na explicação, é importante abrir um parêntese, e esclarecer que após a decisão no HC n. 82.959/SP e, depois de a Reclamação ter sido ajuizada (mas antes de ser julgada), o STF editou uma Súmula Vinculante afirmando que era permitida a progressão de regime em crimes hediondos; trata-se da Súmula Vinculante n. 26.

Assim, quatro Ministros (Teori Zavascki, Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello) votaram a favor da Reclamação, porém não pelo fato de a decisão do juiz do AC ter afrontado o HC 82.959/SP, mas sim em virtude de a decisão do magistrado ter ficado, posteriormente, contrária à Súmula Vinculante n. 26, o que enseja expressamente Reclamação (art. 103-A, § 3º, da CF/88). Todavia, o cabimento ou não da Reclamação não é objeto do presente estudo, devendo, esse ponto, aqui ser encerrado.

Nesse sentido, a reclamação foi conhecida pela maioria do Plenário, como se percebe da leitura da transcrição da ementa (BRASIL, 2014), conforme abaixo:

EMENTA: 1. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. (Rcl. 4.335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG. 21-10-2014 PUBLIC. 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001).

Como já dito, a decisão que consignou o entendimento da Corte nesse sentido, foi preferida em sede de processo individual, qual seja o HC n. 82.959/SP de relatoria do ministro

Marco Aurélio, produzindo efeitos àquelas partes, e não vinculantes.

Quando do julgamento da Reclamação constitucional, o STF manteve o entendimento de inconstitucionalidade do dispositivo de lei que trata de proibição de progressão de regime em caso de crime hediondos ou equiparados.

A decisão do Senado de suspender a execução da lei seria discricionária. Caso ele resolva fazer isso, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF, que eram *inter partes*, passam a ser *erga omnes*. Assim, pela teoria tradicional, a resolução do Senado ampliaria a eficácia do controle difuso realizado pelo Supremo. Portanto, o STF decidiu abandonar a concepção tradicional e fez uma nova interpretação do art. 52, X, da CF/88.

Ao entender dessa forma – que o papel do Senado Federal, atualmente, é o de tão-somente dar publicidade ao que foi decidido – o STF ultrapassou seu papel institucional e usurpou o papel do Senado Federal. Isso porque, ao revés do que fora entendido por aquela Corte, de acordo com o art. 52, inciso X, da CRFB, compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão do STF.

Assim, Abboud (2015) faz partes daqueles, que nesse caso, se posicionam em favor do texto constitucional em seus exatos termos, sem a mudança em seu entendimento:

Quando o STF realiza o controle difuso de constitucionalidade, este apenas adquire efeito erga omnes, mediante suspensão da lei considerada inconstitucional, pelo Senado Federal, nos termos da CF/1988, art. 52, X. (ABBOUD, 2015, p. 251).

Nesse caso, houve, por parte do STF uma mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Carta Maior; todavia, essa mutação acabou sendo inconstitucional, por haver, em verdade, usurpação de prerrogativa constitucional do Senado Federal por parte do STF.

Desse entendimento faz parte o Min. Celso de Mello, que quando instado a se manifestar naquela oportunidade do julgamento, afirmou que o STF fez uma verdadeira mutação constitucional com o objetivo de expandir os poderes do Tribunal com relação à jurisdição constitucional; assim, a nova interpretação do art. 52, X, da CF/88 é a de que o papel do Senado no controle de constitucionalidade é simplesmente o de, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. A eficácia vinculante, contudo, já resulta da própria decisão da Corte.

Neste diapasão, tem-se que a doutrina majoritária e parte dos ministros da Excelsa Corte entenderam por haver uma flagrante mutação inconstitucional no caso em tela.

4.3. Terceiro caso: Execução provisória da pena após condenação em segunda instância

Traz-se, por fim, ao cerne da discussão acerca de mutação constitucional no âmbito do STF, um caso diferente dos demais acima esposados.

É o caso de mutação constitucional de regra inculpada da CRFB, qual seja, o art. 5º, inciso LVII, mas também de uma norma de textura aberta, qual seja, o Princípio da presunção de inocência.

Antes de seguirmos, abre-se um parênteses para destacar que não cabe aqui discutir o cabimento ou não do HC de n. 152.752, que fora denegado, mas sim, a discussão acerca da mutação inconstitucional que houve do art.5º, inciso LVII, da CRFB.

É sabido que a Excelsa Corte brasileira considera que a mutação constitucional poderá ocorrer em três hipóteses: a) mudança relevante na realidade social; b) mudança na compreensão do direito; e c) ocorrência de impactos negativos decorrentes de determinada interpretação – não se adentrando à essa discussão, visto que já se superou nos capítulos anteriores.

Nesse contexto, a decisão tomada pelo STF, em 2009, no julgamento do HC n. 84.078 de Minas Gerais – no qual se vedou a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória – produziu, supostamente, segundo o STF, três efeitos negativos, são eles: a) incentivo à interposição infundável de recursos procrastinatórios; b) incremento à seletividade do sistema punitivo brasileiro; e c) geração de descrédito do sistema de Justiça penal junto à sociedade. Os quais, sequer poderiam ser levados em consideração em julgados posteriores, eis que se trata de fatos não necessariamente verdadeiros e, além disso, não se trata de fatores técnico-jurídicos.

O plenário do STF, em conclusão do julgamento, por maioria, denegou a ordem em *Habeas Corpus* no qual se pleiteava a vedação do início da execução provisória da pena de condenado em primeiro grau e segundo graus de jurisdição.

Ao avançar sobre a matéria de fundo, afirmou que ocorreu uma mutação constitucional relativamente ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a justificar a modificação da interpretação do princípio da presunção de inocência pelo STF.

A execução provisória da pena significa o réu cumprir a pena imposta na decisão condenatória mesmo sendo ainda uma decisão provisória (ainda sujeita a recursos). Execução provisória da pena é, portanto, o início do cumprimento da pena imposta mesmo que a decisão condenatória ainda não tenha transitado em julgado.

Assim, conforme entendimento atual do STF, é possível iniciar a execução da pena se o réu condenado somente está esperando o julgamento de recurso que não goze de efeito suspensivo. Ainda a despeito disso, em 17/02/2016, o Pleno do STF já havia decidido em sede de julgamento do HC n. 126.292 / São Paulo, de relatoria do Min. Teori Zavascki, que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência.

Logo, se um recurso tem efeito suspensivo, isso significa que a sua interposição impede a eficácia/aplicabilidade da decisão recorrida. Em outras palavras, a decisão recorrida não produzirá efeitos (não poderá ser executada) enquanto o recurso não for julgado. Assim sendo, em que pese o caráter garantista da Constituição de 1988, o STF acabou por violar o Princípio da presunção da inocência quando entendeu pela execução provisória da pena, fazendo, portanto, uma interpretação equivocada do art. 5º, LVII, da CRFB, que deveria servir, em tese, como uma garantia ao réu em matéria de processo penal, por ser a prisão a última *ratio*.

Nesse diapasão, se utilizando do mesmo sentido constante no capítulo intitulado de “*O processo constitucional como instrumento para assegurar a normatividade constitucional – A Constituição e a Geni*”, Abboud (2015, p. 51), faz uma feliz associação entre a Constituição e a personagem Geni, da Ópera do Malandro – eternizada em canção de nome *Geni e o Zepelim*, na voz de Chico Buarque, de modo que o adjetivo empregado para se referir a Geni – bendita ou maldita –, varia de acordo com o interlocutor e seus interesses, como faz o Supremo ao inverter o sentido da norma garantidora da liberdade:

Em termos comparativos, nossa Constituição tem sido posta como a Geni. Infelizmente, o argumento constitucional no Brasil tem prevalecido apenas quando útil, na primeira discordância que temos com nosso texto constitucional não hesitamos em passar a defender perspectiva contrária à Constituição, seja com base em argumento político, religioso, ideológico ou econômico. (...) Poucas personagens personificam, com tamanha exatidão, a maneira como ela vem sendo tratada. A Geni era achincalhada pela população da cidadezinha, e somente quando ela se tornou útil para proteger os interesses das pessoas é que elas mudaram radicalmente sua postura em face dela. (ABBOUD, 2015, p. 51).

É do que se trata o presente caso (terceiro caso), o STF se valendo de argumentos infundados, e além de inverter a benesse (garantia constitucional à liberdade), interpretou a Constituição a seu bel prazer, em total violação ao Princípio da presunção de inocência, incorrendo em mutação inconstitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto no presente trabalho, procurou-se analisar a mutação constitucional no Brasil, especificamente, à luz de alguns julgados do STF, e ainda, atentando para o fato da diferença entre os sistemas jurídicos vigentes nos Estados Unidos e no Brasil, eis que trata-se de sistemas jurídicos diversos.

Ademais, buscou-se firmar entendimento de que o texto constitucional, deve, ao máximo, ser preservado, sob pena de se sacrificar a independência dos poderes e a segurança jurídica.

No que tange à interpretação, apesar do forte debate e análise do fenômeno da mutação constitucional já era largamente aplicada nos Estados Unidos, a Carta Magna norte-americana segue atualizada com a utilização da mutação. Isso porque a mutação, na verdade, é o que se espera dos juízes e tribunais nos Estados Unidos, uma vez que socialmente aceitos como construtores do direito, inclusive, em razão das normas norte americanas serem de textura aberta.

Ao revés, o questionamento dá-se quando saímos do sistema da “*commom law*” e adentramos no romano-germânico, aqui incluído o Brasil, onde a lei tem prevalência como fonte de direito e onde a legitimidade na construção do direito repousa no Poder Legislativo eleito.

Na última década, as mudanças informais da Constituição brasileira tornaram-se frequentes, promovendo o Supremo Tribunal Federal ao papel principal no sistema constitucional. Não obstante, a Corte atua, por vezes, como um poder constituinte originário informal ao dar novo sentido a normas já existentes, incorrendo, portanto, como visto, em mutações inconstitucionais.

Sem embargo, apesar da informalidade da mutação constitucional, é oportuna a imposição de limites à Corte no uso do instituto. Até pelo fato de que o caráter político de muitas decisões da Corte tem de vir acompanhado por limites éticos, já que é do encontro da política com a ética que nasce o Direito.

Assim, sustenta-se que não pode o STF modificar cláusulas, mesmo que abertas à interpretação, de modo a ferir princípios consolidados, como a separação dos poderes e a soberania popular, e como foi mostrado no terceiro caso, do Princípio da presunção de inocência Também não pode violar o poder constituinte reformador ou simplesmente tomar para si o papel de constituinte originário.

Percebemos, assim, que, apesar da aceitação da mutação constitucional como instituto de atualização e modificação das normas frente as transformações econômicas, políticas e sociais da sociedade, ela ainda carece de legitimação, em especial por estar cada vez mais próxima do ativismo judicial. Sendo assim, a discussão de sua legitimidade, no Brasil, está no campo da análise subjetiva dos princípios, da ética e do espírito constitucional, para que não sejam ultrapassados os limites do poder constituinte, seja ele originário ou derivado.

Conclui-se, então, o estudo em tela, na esperança de contribuição para um debate que se acredita extremamente atual e grave, por tangenciar aspectos que dizem com o cerne do Direito e da democracia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 54º edição. São Paulo: Saraiva. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2ª edição. Osasco: Edifio, 2015. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado a capacidade física, psicológica e intelectual para concluir a graduação em Direito e ser meu refúgio para superar os momentos de mais dificuldade.

À minha mãe, Socorro Guimarães, por não ter medido esforços, desde sempre, na minha educação e por viabilizar a realização de meu sonho em me formar em uma Universidade pública, especialmente, em me tornar bacharel em Direito.

Ao meu pai, Cícero Morais, pelo incentivo, apoio e conselhos nos momentos mais difíceis da graduação.

Ao meu irmão Neto e à minha irmã Karol, pelo apoio moral e material.

Aos meus avós paternos, José Morais (*In memoria*) e Isaura (*In memoria*), pelas lições e ensinamentos, sobretudo, em minha infância;

Aos meus avós maternos, Edval Guimarães e Maria do Carmo, por me ensinarem, ainda que distantes, boas lições;

Aos meus tios, especialmente a Leopoldo Morais, pelo incentivo no início do curso.

A todos os meus demais familiares, pelas orações, incentivos e torcida pela concretização dos meus sonhos.

À minha esposa, Bianca Targino de Sena Morais – futura arquiteta e urbanista – pelo incentivo através de palavras e gestos e por acreditar na minha capacidade como estudante, e também, pela ajuda na minha jornada (exitosa) no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como a seus pais, Graça Targino e Betuel Sena, e seus demais familiares pelo apoio.

Aos funcionários da Universidade Estadual da Paraíba – *campus* Guarabira, pela presteza e atendimento.

Aos professores do Departamento do curso de Direito, pelas lições de direito em sala de aula.

Ao meu orientador e conterrâneo, Prof. Vinicius Lúcio de Andrade, pela compreensão e incentivo na orientação deste trabalho.

Aos funcionários do escritório de advocacia Humberto Félix, em especial ao próprio Humberto Félix, e aos advogados e advogadas, Brunno Siqueira, Matheus Rezende, Clara Jaiana, Gabriella Diniz, Yulle Flávia, Ana Virgínia, e também a Rondinelli, Wilson, Maria e Mônica, pelos ensinamentos e incentivo.

Aos colegas de turma, em especial, Danilo, Raphael, Artúlio, Bruno, Idalberto, Neto, Diego, Diniz e Elder, pelo companheirismo em todo o percurso da graduação.

A todos vocês, AGRADEÇO.