

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:

Um estudo sobre a influência norte-americana da Common Law no sistema romano-germânico brasileiro e na práxis do STF.

Mariana Gomide

RESUMO

O ritmo acelerado da evolução social, política e econômica impõe uma mudança nos mecanismos de atualização da Constituição, para que ela esteja em constante progresso, de acordo com a nova sociedade que surge. Os processos formais, a revisão e a reforma, ficam prejudicados em função da sua rigidez e morosidade. As mudanças informais despontam como uma forma de suprir essa necessidade e é aí que se insere a *mutação constitucional*. O termo, apesar da origem germânica, é utilizado de forma ostensiva pela jurisprudência norte-americana, desde os primórdios da promulgação de sua Constituição. O Brasil, apesar das diferenças notórias que possui em relação ao sistema jurídico estadunidense, vem, ao longo dos anos, baseando-se em aspectos constitucionais daquele país. Assim, observando as lições que o sistema americano fornece e os reflexos no Brasil da mudança informal da Constituição, o presente trabalho se propõe a analisar a mutação constitucional e o seu uso no contexto norte-americano e brasileiro, com o intuito de averiguar a legitimidade desse instituto no Direito pátrio.

Palavras-chave: mutação constitucional; Poder Judiciário; Constituição; Suprema Corte; Supremo Tribunal Federal; limites constitucionais; legitimidade.

1. INTRODUÇÃO

A matéria Mutação Constitucional, apesar de usada desde a Constituição bismarckiana¹, pela Escola Alemã de Direito, ainda é controversa, dividindo a doutrina sobre a melhor forma de sua utilização na atualização das Constituições. O recurso é adotado para a manutenção de uma Constituição viva (a noção de *living constitution*², como é chamada por David Strauss), sem a necessidade de um processo formal e, por vezes, demorado.

Uma sociedade evolui com o passar do tempo, transforma padrões e até mesmo alguns

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

² STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 17.

costumes. Desta feita, as regras que a regem não podem ficar estagnadas, precisam acompanhar o dinamismo da realidade político-social. Para tal, existem meios formais, revisão e emenda, e informais, a mutação, de modificação das normas fundamentais de um país.

No Brasil, a emenda constitucional é a forma mais utilizada pelos legisladores para realizar as modificações necessárias para a adaptação formal de uma norma. Entretanto, observamos uma crescente do uso da mutação constitucional, ou seja, a mudança do sentido da Constituição, sem que seja alterado o texto formalmente. O fenômeno também é visto frequentemente nos Estados Unidos, onde a Constituição é sintética, dando brechas para uma maior interpretação. Contudo, a utilização da mutação nos dois países difere no que se refere ao sistema jurídico: enquanto o norte-americano se desenvolveu no Common Law, o Brasil está fundado no sistema romano-germânico.

O que observamos, com a influência da mutação constitucional no sistema jurídico brasileiro, é uma crise de legitimidade do legislador, já que o mesmo é o principal responsável pela criação e edição das normas. A recente decisão do ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal de fatiamento de uma norma para a votação, no caso do Impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, serviu para fazer aflorar o debate.

A utilização da mutação nos Estados Unidos tem grande influência sobre o mundo inteiro, mas, em especial, sobre o Brasil. Desta feita, trata-se de tema atual, visto que a atuação do STF tem se intensificado ultimamente. Ademais, é assunto de suma importância, pois toca na separação e autonomia dos poderes do Estado, pilar da democracia que almejamos. Assim, este estudo se dedica, com a utilização de revisão bibliográfica, ao estudo da mutação constitucional e sua utilização em duas famílias jurídicas: a *Common Law* e a Romano-germânica, observando, principalmente, a influência da Suprema Corte norte-americana na práxis do Supremo Tribunal Federal quando do uso do fenômeno.

Por fim, a mutação constitucional tem por objetivo resolver um problema, uma certa inércia das normas jurídicas escritas em relação à situação real, ainda que a estabilidade jurídica possa ser afetada em função da modificação informal, assim como a legitimidade do legislador. Mesmo que tenhamos como exemplo de sucesso a mutação constitucional nos Estados Unidos, os limites para a utilização do fenômeno no Brasil precisam ser analisados de forma específica e conjuntural, em função de diferenças significativas nos sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro, o que, mais uma vez, justifica a feitura da presente pesquisa, que, espera-se, possa contribuir para a elucidação do tema proposto.

2. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1. Conceito e evolução da mutação constitucional

O constituinte originário elabora as normas com o intuito de durabilidade das mesmas, de permanência no tempo, para que não seja necessária a frequente modificação das regras, ou até mesmo, a mudança de Constituição, dando maior estabilidade jurídica ao povo. Entretanto, nenhuma Carta Magna é imutável, ou, no mínimo, não deveria ser. A sociedade evolui e se modifica a todo tempo e as regras que a regem precisam estar adaptadas.

O Direito vive conforme a realidade, não há lei que rejeite conduta inexistente e não há conduta sem norma que a rejeite. A necessária estabilidade da Lei Fundamental faz um contraponto com as mudanças do contexto no qual ela está inserida. "A relação entre estabilidade e mudança, ou entre a estática e a dinâmica constitucional, se apresenta qualquer que seja o tipo de ordenamento constitucional positivo."³. Desta feita, "uma Constituição jamais se exaure no momento de sua criação, porquanto sofre o influxo de fatores sociológicos, políticos, econômicos, culturais."⁴. É através de tal entendimento que Uadi Lammêgo Bulos indica que as Constituições são "organismos vivos"⁵, tem caráter dinâmico, ou seja, se transformam, se transmudam, para estarem de acordo com as novas realidades. "Se o Direito não pode se dissociar dos fenômenos sociais, tampouco se limita a reproduzi-los acriticamente, devendo promover uma valoração do fato social (...)."⁶

As Constituições, em especial as mais rígidas, preveem em seu corpo mecanismos de alterações de suas normas, através da reforma constitucional. Essas modificações são as chamadas formais, com limites expressos e requisitos específicos. Entretanto, nem sempre é possível acompanhar as demandas sociais desta forma, pois não há a agilidade muitas vezes necessária. Sendo assim, além da emenda e da revisão (modificações formais), existem outras possibilidades de transformação de uma norma constitucional, sendo possível observar um número massivo de mudanças informais que acabam vindo à tona no mundo inteiro.

O fenômeno pelo qual a Lei Fundamental é transformada apenas em seu sentido, sem qualquer modificação da letra da lei é conhecido como mutação constitucional. Constitui na necessidade de adaptação da mudança na percepção do direito e na realidade de fato, inerentes ao texto constitucional. A norma passa a ter um significado diferente daquele anterior,

³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição** [recurso eletrônico]: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2ª. Ed. Osasco: Edifício, 2015, p. 5.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

⁵ Idem, p. 3.

⁶ BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 8.

como explica Barroso:

(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. 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.⁷

O termo mutação constitucional foi utilizado pela primeira vez em meados do século XIX, por Paul Laband. Após a unificação da Alemanha, em 1871, a nova Constituição se sobrepuja aos principais preceitos dos Estados que, antes com diferenças atenuantes, agora caminhavam juntos. O autor, analisando a Constituição do *Reich* da época de Bismarck, identificou que havia uma distinção entre a reforma constitucional (*verfassungänderung*) e a mutação constitucional (*verfassungswandlung*)⁸, entretanto, a última estava inserida em um contexto de interesses políticos.

Georg Jellinek, também um dos pioneiros no assunto, conseguiu desenvolver e aprofundar o tema. Segundo o autor, a transformação da lei sem a modificação do texto normativo estava ligada a uma ação imperceptível, quase que inconsciente. Para ele, a diferença entre reforma e mutação consiste na intenção da modificação.

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.⁹

O autor chinês, Hsü Dau Lin, afirmou, posteriormente, que o fenômeno ocorria, em especial, naqueles Estados onde havia maior rigidez e formalidade para a modificação das normas fundamentais. De acordo com ele, quando a Constituição é flexível é possível acompanhar a realidade, com as transformações formais da lei, de forma mais ágil, ficando assim, menos necessária a utilização da mutação constitucional. Por fim, ele afirma que a mutação "(...) estriba en la relación, entre la Constitución escrita y la situación constitucional

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.

⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54 – 55.

⁹ JELLINEK, 1991 apud BULOS, Uadi Lammêgo, **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

real (...)”¹⁰.

De acordo com Anna Cândida Ferraz, a mutação constitucional é a alteração do significado, do sentido e do alcance da norma, sem a modificação do texto. Ela ressalta que o processo para tais mudanças é lento 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 diversas.”¹¹

José Gomes Canotilho reafirma a necessidade da transformação da Constituição, em que pesem as alterações da realidade, para que a mesma não se torne um texto estático e rígido, mas ressalta a possibilidade de uma inconstitucionalidade como consequência. Neste sentido:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente incompatíveis pelo programa da norma constitucional.¹²

Com o passar do tempo, outros autores passaram a perceber que o fenômeno, mesmo que informal, deveria estar dentro dos limites impostos pela própria Constituição. A mutação constitucional poderia ocorrer para que a norma alcançasse as mudanças da realidade de fato, porém sem deixar de lado a característica principal de toda e qualquer Constituição, que é a de reger a sociedade estando acima de todas as outras normas do ordenamento jurídico.

Da evolução do conceito e da utilização da mutação constitucional em diferentes sociedades ao longo do tempo, como visto até aqui, percebe-se uma atual preocupação: apesar do caráter informal e do intuito que rege o fenômeno (o condicionamento entre norma e realidade), o mesmo deve estar equalizado dentro dos padrões do sistema normativo em vigor, mantendo a legitimidade do sistema jurídico. Sendo assim, passaremos a analisar como são vistos os limites deste fenômeno de mudança da Constituição pelos doutrinadores e estudiosos.

¹⁰ DAN-LIN, Hsü, **Mutación de la Constitución**. Tradução Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: IVAP, 1998, p. 31.

¹¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição** [recurso eletrônico]: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2ª. Ed. Osasco: Edifio, 2015, p. 09.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254.

2.2. Limites da mutação constitucional

Como vimos anteriormente, a mutação constitucional, que é a mudança do sentido, significado e alcance das normas da Constituição sem a utilização dos mecanismos previstos para a reforma ou emenda, passou a ser utilizada como fenômeno informal de mudança da Carta Magna recentemente. Em virtude disso, foram poucos os estudiosos que se debruçaram sobre o tema para tratar sobre os limites e os parâmetros de tais processos.

Os primeiros autores que trataram do fenômeno da mutação constitucional entendiam que, por ser uma mudança informal de natureza fática, ou seja, baseada na mudança da realidade em comparação com um texto de norma defasada, não deveria incorrer de limites jurídicos.

Entretanto, posteriormente, diversos autores passaram a perceber a importância do tema. Ora, se a mudança da interpretação do texto constitucional se faz necessária frente as mudanças advindas da realidade, a mesma não pode estar desvinculada do direito pátrio.

Sendo assim, para o alemão Hermann Heller, os limites da mutação constitucional se encontram dentro da própria normatividade, ou seja, as mudanças devem ser realizadas apenas no interior da norma. Assim, o limiar da mutação constitucional se dá "cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio 'en el interior' de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividade de la Constitución (...)".¹³

Konrad Hesse destacou que o limite das mutações constitucionais se dá através da separação entre a realidade e o direito, afinal, a mudança informal da Constituição não pode estar baseada apenas em um caráter apenas político, mas principalmente jurídico.¹⁴

Para Uadi Lammêgo Bulos o único limite possível para a mutação constitucional seria subjetivo, a consciência do intérprete, já que as mutações não se produzem através de meios convencionais e por isso a dificuldade em determinar formas de controle para não incorrer em mudanças informais inconstitucionais:

O problema da interpretação da norma constitucional, como forma de aproximar o texto jurídico das mudanças fáticas, é visto por José Joaquim Gomes Canotilho com preocupação, em especial quando há uma radical mudança do entendimento normativo. Segundo o autor, a mutação constitucional encontra seu limite quando trata de um assunto *normativo-endogenético*, para que não haja a criação de um "concentrado constitucional paralelo", ao se

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 89.

¹⁴ Idem, p. 88

reconduzir a evolução normativamente *exogenética*.¹⁵

Luís Roberto Barroso afirma que sem a limitação das mutações constitucionais, haveria a violação do poder constituinte e até mesmo da soberania popular. A necessidade de adaptação à nova realidade não pode ultrapassar o espírito da Constituição. Assim, Barroso encontra duas limitações imperiosas para as mudanças informais:

Por assim dizer, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado o afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.¹⁶

Wellington Márcio Kubliskas também ressalta a necessidade do controle das mutações constitucionais. O autor identifica dois grandes grupos de limites: os subjetivos e os objetivos. O controle da mutação constitucional de forma subjetiva se dá através da (i) "postura ética do aplicador da norma", ou seja, da consciência daquele que aplica o Direito, e da (ii) "consciência jurídica geral", já que, dentro daquele contexto onde a norma está inserida, há influências externas que precisam ser observadas pelo aplicador em busca da aceitação da mudança informal da Constituição. Em se tratando dos limites subjetivos, Kubliskas identifica o primeiro como sendo o (i) "programa normativo", reforçando aquilo que outros autores já haviam explicitado, que as mutações constitucionais não podem contrariar a letra e o espírito da Constituição. Por fim, o autor identifica a (ii) necessidade de fundamentação e razoabilidade da mutação constitucional para que a mesma seja aceita socialmente.

Como foi possível observar, ainda é bastante restrita a análise dos limites da mutação constitucional. Poucos autores se dedicaram ao estudo, e os que o fizeram tiveram dificuldade em identificar as limitações que, na sua grande maioria, são mais subjetivas do que objetivas. Visto isso, vamos verificar agora as modalidades identificadas de mutações da Constituição.

2.3. Modalidades de Mutação Constitucional

As modalidades de mutação constitucional são os meios pelos quais acontece a mudança do sentido das normas constitucionais, sem a modificação expressa do texto. A doutrina identifica uma variedade de classificações bastante distintas, sem uma uniformidade.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1192.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

Cada autor identifica diferentemente as formas com as quais é possível realizar a modificação informal da Constituição.

Georg Jellinek, por exemplo, determina que são quatro as modalidades de mutação da Constituição: (i) por atividade legislativa; (ii) por práticas judiciais; (iii) por práticas administrativo-governamentais; (iv) por desuso das faculdades estatais.¹⁷

Segundo o chinês, Hsü Dau-Lin, também são quatro as modalidades, mas com algumas definições diferentes: (i) por meio de prática que não viola formalmente a Constituição; (ii) por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; (iii) em decorrência de prática que viola preceitos da constitucionais; (iv) através da interpretação.¹⁸

Uadi Lammêgo Bulos, por sua vez, classifica as mutações em: (i) por interpretação constitucional; (ii) decorrente de práticas constitucionais; (iii) por construção constitucional; (iv) mutações inconstitucionais.¹⁹

Como visto, há várias hipóteses previstas de mutação constitucional. Entretanto, a doutrina dá ênfase a duas, as quais vamos analisar a partir de agora: (i) aquela que ocorre por interpretação (em suas diferentes modalidades) e (ii) aquela por usos e costumes constitucionais. Inicialmente vamos averiguar como se dá a mutação constitucional por via da interpretação.

Toda e qualquer norma jurídica está atrelada a uma interpretação e com a Constituição não seria diferente. A interpretação constitucional é apontada pela doutrina como um dos maiores desafios do Direito já que ela acaba antecedendo até mesmo a aplicação da norma.²⁰ Barroso reforça a importância da interpretação das normas constitucionais para o ordenamento jurídico: “A interpretação constitucional consiste na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas à sua aplicação. Em qualquer operação de concretização do Direito haverá aplicação da Constituição, que se dará de maneira direta ou indireta.”²¹

Geralmente, a interpretação constitucional é realizada pelos três poderes do Estado, ou seja, por órgãos e agentes públicos e costuma ser a forma mais comum para a atualização das normas constitucionais. Através desse ato é que em muitos casos, de forma informal, ocorre a mutação da Constituição, ampliando ou dando um novo sentido a norma. Bulos ainda reforça que a interpretação constitucional como forma de mutação é evidente se analisarmos tempos

¹⁷ JELLINEK, 1991 apud BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação Constitucional: A Constituição viva de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32.

¹⁸ DAU-LIN, Hsü, **Mutación de la Constitución.** Tradução Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: IVAP, 1998, p. 31.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 93 - 188.

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 94.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152

distantes um do outro, “Como mudanças silenciosas que são (*stillen verfassungswandlungen*) apenas tornam-se evidentes quando cotejamos o entendimento atribuído aos preceptivos constitucionais em períodos afastados um do outro no tempo, em duas ou mais épocas diferentes.”²²

A mutação constitucional por via da interpretação ocorre sempre que é alterado o significado, o sentido ou o alcance da norma constitucional, sem que se modifique o texto normativo. Neste trabalho, interessa-nos a interpretação judicial, que tem crescido em nosso país. Passamos agora a analisar uma segunda modalidade de mutação constitucional, bastante citada pela doutrina que são os costumes.

O costume interage no âmbito jurídico através de uma norma de relação de fato resultante da prática da coletividade. Como consequência, por não ser uma norma escrita, é dispensado o texto normativo. A Constituição, não tem como pretensão o regramento de todas as situações fundamentais de uma sociedade. Assim, sendo espontâneo e originário da necessidade de regulação de algum fato, surge o costume.

Apesar de não ser pacífica a possibilidade dos costumes, em especial nos países de Constituição escrita e rígida, José Afonso da Silva identifica que eles complementam as lacunas deixadas pelo constituinte originário, sendo a expressão do Poder Constituinte difuso.²³

De acordo com Anna Candido da Cunha Ferraz, nos costumes são observados dois elementos: um objetivo, que trata da uniformização de um comportamento da maioria; e um subjetivo, que faz referência ao entendimento de obrigatoriedade de tal ação (ou omissão) por essa mesma coletividade.²⁴ Para Uadi Bulos, ele pode ser caracterizado como uniforme, constante, público e geral.²⁵

Luís Roberto Barroso reforça o entendimento da doutrina, que identifica três formas diferentes de utilização dos costumes constitucionais:

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 derogatório.²⁶

Os costumes, como se sabe, são a principal fonte de Direito na *Common Law*, tendo,

²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 119.

²³ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 166.

²⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição** [recurso eletrônico]: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2ª. Ed. Osasco: Edifio, 2015, p. 178.

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 175.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157.

contudo, papel subsidiário na ordem jurídica pátria. A seguir, atentaremos ao caso norte-americano, para, posteriormente, analisarmos o brasileiro.

3. A APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA COMMON LAW NORTE-AMERICANO

3.1. Caracterização da Common Law nos Estados Unidos

Uma das práticas que auxiliam o entendimento do universo do Direito e que se torna cada vez mais comum entre juristas se denomina Direito Comparado. Sendo assim, o que pretendemos, a partir de agora, é estudar duas importantes famílias jurídicas do mundo moderno para, posteriormente, compreendermos como a mutação constitucional se comporta em cada uma delas.

René David utiliza uma classificação, bastante comum na atualidade, dos grandes sistemas ou famílias, classificando assim: (i) o sistema romano-germânico, conhecido também como *civil law*, no qual se encontra o direito brasileiro; (ii) o sistema da *Common Law*, que se originou na Inglaterra, mas hoje se aplica a vários outros países, incluindo os Estados Unidos; (iii) o sistema dos direitos socialistas, com fatores ideológicos fortes, utilizado por países da antiga Europa do Leste e hoje já abandonado; e por fim, outras concepções da ordem social e do direito, englobando aqueles países que têm a forte influência religiosa como fonte principal de direito.²⁷

Neste momento, vamos nos deter a estudar a Common Law aplicada nos Estados Unidos, para posteriormente podermos comparar como a mutação constitucional é utilizada pelo aplicador do direito norte-americano e o do brasileiro, no contexto do sistema romano-germânico.

A *Common Law* originou-se da evolução do direito elaborado na Inglaterra. Na acepção livre da palavra significa "direito comum". Nasceu do direito dos Tribunais de Westminster, que tinham como objetivo criar uma lei comum a todos, acabando, assim, com as normas costumeiras presentes em cada comunidade.

De acordo com John Gilissen, a *Common Law* originou-se a partir dos *writs*, que é o documento de resposta a uma questão da comunidade. A solicitação era feita ao Rei e o Chanceler aplicava a jurisdição real. Com o passar do tempo, os *writs*, que eram elaborados caso a caso, passaram a constituir uma verdadeira jurisprudência. Quando o documento era

²⁷ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, Tradução Hermínio A. Carvalho. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 17-21.

entregue ao réu continha todos os procedimentos necessários para o cumprimento da pena.²⁸

Como acabamos de constatar, é indiscutível o papel de protagonista dos juízes na afirmação do direito oriundo da *Common Law*, pois este acontece por meio das decisões nos tribunais, e não pelo legislativo ou executivo. O entendimento inicial, de acordo com William Blackstone, era o de uma teoria declaratória, ou seja, que o juiz apenas declarava o direito através dos precedentes existentes, mas não o criava.²⁹ Entretanto, John Gilissen, determina a *Common Law* como "um *judge-made-law*", um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais."³⁰

A *Common Law* se expandiu para além das fronteiras inglesas com a colonização de outros povos. Sendo assim, apesar das características iniciais, ela ganhou particularidades em cada país onde passou a ser aplicada posteriormente. Nos Estados Unidos, os primeiros núcleos da população inglesa datam do século XVII. Com a decisão do *Calvin's Case*, em 1608, foi determinado que as colônias na América se submetiam a *common law* e às leis da Coroa Britânica. Entretanto, de acordo com René David, as regras eram de difícil aplicação para a realidade na qual os colonos estavam inseridos.³¹

Sendo assim, com a insatisfação dos colonos, eles passam a redigir seus próprios códigos, diferentemente do entendimento da Inglaterra, que via na lei escrita "um perigo de arbítrio e uma ameaça para as suas liberdades."³² Imposições feitas pela Coroa, sanções e restrições às atividades políticas e econômicas fizeram com que a relação fosse estremecida e, em 1774, resultaram na convocação do Primeiro Congresso Continental, palco das decisões que culminaram na revolução americana. Dois anos mais tarde, a Declaração de Independência foi assinada.³³

Desta forma, um novo direito passa a ser criado. Numerosos territórios são anexados, muitos deles oriundos de colônias francesas e espanholas, nas quais nunca se havia ouvido falar em *Common Law*. Entretanto, devido à origem primária dos primeiros colonizadores, a língua falada e as obras de diversos juristas, os Estados Unidos se manteve com esse sistema. Evidentemente que a influência romano-germânico vinda dos demais povos trouxe características específicas à *Common Law* norte-americana.

²⁸ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 210.

²⁹ BLACKSTONE, 1765 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n.º 49, 2009. P., 12-13.

³⁰ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 208.

³¹ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 360.

³² DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 360.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

Surgiu, então, um texto rígido e sintético com aspecto essencialmente principiológico e político. Como destaca Luís Roberto Barroso, o Texto Magno concluiu, de forma simbólica, a revolução americana com a definição de três aspectos: "a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação dos Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of the law*)."³⁴ A ideia de supremacia da Constituição não estava presente apenas nos ideais que a impulsionavam, mas também positivada, no artigo VI, cláusula 2^a:

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding.³⁵

De acordo com Jorge Miranda, a Constituição dos Estados Unidos pode ser considerada rígida, sendo a alteração complexa e diferente do processo de elaboração das leis ordinárias, e elástica, já que aceita uma maior interpretação das normas devido ao texto sintético e principiológico.³⁶ Além disso, o autor reforça o papel dos costumes e dos Estados federados que agregam para os valores constitucionais do país:

É ainda essencial ter em conta as grandes decisões judiciais sobre interpretação e aplicação da Constituição e embora menos que na Grã-Bretanha, o costume, bem como (porque se trata de Estado federal) as Constituições dos Estados federados de larguíssima importância em numerosos domínios (eleições, participação popular, poder local, educação).³⁷

Os estados federados norte-americanos são responsáveis pela maior parte da legislação. São eles que estabelecem os assuntos sobre direito penal, comercial, contratos, responsabilidade, sucessões, entre outros. Ou seja, a União tem sua competência legislativa limitada e expressa.³⁸

Visto como a *Common Law* originou-se na Inglaterra e como, posteriormente, adaptou-se às necessidades dos Estados Unidos, através de uma Constituição escrita, veremos agora

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

³⁵ UNITED STATES. **Constitution of the United States**. Philadelphia, 1787. Tradução: Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário. (BEARD, Charles Austin. **A Suprema Corte e a Constituição**. 2^a. Ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1965, p. 130.)

³⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5^a. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, tomo I, p. 140.

³⁷ Idem, p. 140.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

como o fenômeno da mutação é utilizado na mudança informal da Constituição americana. Isto levando em consideração os importantes aspectos deste sistema jurídico e o papel da Suprema Corte para o uso do instituto.

3.2. O processo de evolução e o protagonismo da Suprema Corte

Como vimos, a Lei Fundamental dos Estados Unidos é sintética, com apenas sete artigos e, ao longo dos anos, comportou um número pequeno de emendas devido à sua rigidez. A dificuldade em emendar a Constituição, conforme o artigo V da Carta Magna, acaba sendo determinante para o uso frequente de outras formas de mudança informal da constitucional.³⁹ O texto baseado em princípios abre uma maior possibilidade a interpretação das normas. Desta feita, ao longo dos anos, a mutação, ou seja, a mudança do sentido da norma sem a alteração do texto, foi utilizada como forma de atualização da Constituição.

René David reforça que a *Common Law* nos Estados Unidos necessita da aplicação da norma pelos tribunais para a validação da mesma:

(...) as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo *normal* da regra do direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciárias que as aplicaram. Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: "*There is no law on the point*" (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que preveja.⁴⁰

Sendo assim, uma das principais características da *Common Law* são as decisões judiciais (*Stare Decisis*), que auxiliam na evolução do direito em relação ao desenvolvimento social. Tem como objetivo a força vinculante das decisões proferidas pelos juízes em casos repetitivos, ou seja, a criação de jurisprudência para decisões já tomadas pelos tribunais em casos que se assemelham de fato e de direito.

³⁹ O artigo V da Constituição Americana determina a forma de emenda à Constituição: "Sempre que dois terços dos membros de ambas as Casas julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes de 1808, afetar de qualquer maneira as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, art. I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de igualdade de sufrágio no Senado." (BEARD, Charles Austin. **A Suprema Corte e a Constituição**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1965, p. 130).

⁴⁰ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 367

Deste modo, a formação de precedente judicial pela Suprema Corte tem efeito vinculante para os tribunais inferiores.⁴¹ Não é por menos que, mesmo após tantos anos, a Constituição americana tenha sido emendada poucas vezes e, apesar disso, consiga evoluir de acordo com as necessidades de seu povo, como ressalta Barroso:

É certo que o sistema jurídico americano, fundado na tradição do *common law*, dá aos tribunais um amplo poder de criação e adaptação do Direito e que, por isso mesmo, a Constituição tem hoje um sentido e um alcance que se distanciam de sua concepção original. Em diversas matérias é possível afirmar que o direito constitucional mudou substancialmente, sem que para isso se operasse uma alteração no texto originário.⁴²

Apesar da importância do *Stare Decisis*, a Suprema Corte norte-americana passou a ter mais protagonismo a partir da decisão em *Marbury vs. Madison*⁴³, ganhando o status de guardião da Constituição, a lei maior.

A Carta Magna como conceito de lei suprema de uma sociedade foi a motivação que deu legitimidade aos juízes para que controlassem a constitucionalidade das leis. No entanto, para que houvesse um resultado efetivo desta ação, era necessário o uso do controle nos casos. De acordo com Gilmar Mendes, "Só há supremacia da Constituição quando se extraem consequências concretas para as normas com pretensão de validade opostas à Carta (...)." ⁴⁴

De acordo com Nadja Machado Botelho, "(...) a Suprema Corte considerou que a superação de precedentes é apropriada quando ocorrem mudanças nas circunstâncias fáticas ou na compreensão desses fatos (...)." ⁴⁵. O sistema do *Judicial Review*⁴⁶ formou-se a partir do famoso caso *Marbury v. Madison*, em 1803 e foi a consagração da supremacia da Constituição e do poder do judiciário que passou a ter dever de controlar as leis inconstitucionais. O juiz passou a ter o papel de interpretar tais leis e, em caso de conflito com a lei suprema, aplicar a lei constitucional e rejeitar as demais. A decisão do *Chief Justice John Marshall* criou o controle de constitucionalidade utilizado até hoje no mundo ocidental. Em sua decisão, Marshall justifica

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editó, 1984, p. 80.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40 - 41

⁴³ O caso *Marbury vs. Madison* é fruto de uma questão política ocorrida com as eleições presidenciais de 1800, quando o partido federalista de John Adams perdeu pela primeira vez, desde que a Constituição havia entrado em vigor, em 1787. (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição** [recurso eletrônico]: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2ª. Ed. Osasco: Edifício, 2015, p. 130).

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226.

⁴⁵ BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 19.

⁴⁶ "O reconhecimento de que a Constituição é norma jurídica aplicável à solução de pendências foi decisivo para que se formasse a doutrina do *judicial review*, pela qual o Judiciário se habilita a declarar não aplicáveis normas contraditórias com a Constituição." (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26).

a importância do *Judicial Review*:

Aqueles que aplicam as regras aos casos particulares devem, por necessidade, expor e interpretar a regra. Se duas leis estão em conflito, as cortes devem decidir sobre a aplicação de cada uma. Então, se uma lei estiver em oposição à constituição; se ambas, a lei e a constituição, forem aplicáveis ao caso particular, então a corte deve decidir o caso conforme a lei, desconsiderando a constituição; ou conforme a constituição, desconsiderando a lei; a corte deve determinar qual dessas regras em conflito governa o caso. Essa é a essência do dever judicial. Se, então, as cortes devem observar a constituição, e a constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a constituição, e não o ato ordinário, deve governar o caso ao qual ambas são aplicáveis.⁴⁷

A decisão de *Marshall* foi baseada na teoria criada por Alexandre Hamilton, no livro *O Federalista*, publicado em 1787. Ele, juntamente com outros doutrinadores, criou o sistema de *Checks and Balances* (freios e contrapesos), que tinha por objetivo dar esse lugar de destaque ao judiciário no controle da Constituição:

Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.⁴⁸

Para Uadi Bulos, "a Suprema Corte dos americanos exerce a maior de todas as suas funções - a função criadora através da interpretação lata ou *construction* da Constituição e das leis."⁴⁹ Não obstante, o controle da constitucionalidade não fica a cargo apenas da Corte. Independente de qual seja a natureza do litígio, qualquer juiz ou Tribunal tem competência para averiguar o cumprimento das disposições constitucionais.⁵⁰

Já tendo analisado as principais características da *common law* e o papel da Suprema Corte no direito americano, estudaremos, a partir de agora, alguns casos concretos da mutação constitucional nesse sistema jurídico.

⁴⁷ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 37.

⁴⁸ HAMILTON, Alexander. **O Federalista**. 1 Ed. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 471

⁴⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 150.

⁵⁰ É o chamado controle difuso de constitucionalidade, "(...) a via de exceção ou de defesa, dar-se-á quando, no curso de qualquer ação judicial, uma das partes pretende aplicar uma lei e a outra parte defende-se dessa pretensão, alegando a inconstitucionalidade da aludida lei. É nessa hora que surge o controle difuso, realizado por todo e qualquer juiz ou tribunal, precisamente para resolver a questão prévia, qual seja, a inconstitucionalidade da norma." (BULOS, Uadi Lammêgos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Editora Saraiva. 2010, p. 200.)

3.3. A mutação constitucional nos Estados Unidos

Apesar do termo mutação constitucional ter sido utilizado pela primeira vez apenas em meados do século XIX, na Alemanha, a mudança informal da Constituição já era amplamente encontrada no direito constitucional norte-americano.

Um dos primeiros usos da mutação constitucional, quando o termo e até mesmo o conceito ainda não haviam sido claramente definidos, é citado por Hsü Dau-Lin: a ampliação do poder da União a partir de uma interpretação da Suprema Corte, com a livre emissão de notas do Tesouro (*Greenbacks*) para o financiamento da Guerra de Secessão (1861-1865). O governo federal emitiu em torno de um milhão e meio de dólares dessas notas. Contudo, a Suprema Corte julgou inconstitucional a utilização retroativa da nova moeda.⁵¹

A tradição norte-americana de controle de constitucionalidade, com extrema proteção aos direitos fundamentais, desenvolveu-se de forma extensa, sendo exemplo, inclusive, para as constituições europeias, apesar das diferenças notórias entre os sistemas jurídicos. O amadurecimento constitucional dos Estados Unidos trouxe à tona diversos exemplos de mutação, como exemplifica Barroso:

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 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 da *common law*.⁵²

Outro exemplo do sistema judicial americano ocorreu na década de 30, após o início de uma grave crise econômica. O presidente Franklin Roosevelt lançou um programa de intervenção econômica, chamado de *New Deal*. No entanto, a Suprema Corte anulou diversos textos por inconstitucionalidade, baseada em princípios que haviam sido construídos com o conhecido caso *Lochner*⁵³, julgado em 1905. Na ocasião, a Suprema Corte entendeu que o legislador não poderia intervir nas relações contratuais de trabalho. Com o *New Deal*, uma nova jurisprudência foi criada em busca da adaptação a nova realidade política, econômica e

⁵¹ DAU-LIN, Hsü, **Mutación de la Constitución**. Tradução Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: IVAP, 1998, p. 47-48.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

⁵³ O caso *Lochner vs. New York*, julgado em 1905, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ficou marcado pela interferência do Judiciário na política legislativa do Estado. Através dele, garantiu-se a um padeiro a liberdade contratual no que tange à jornada de trabalho, decidindo-se que o Estado de Nova Iorque não poderia legislar acerca de limitação da carga horária.

social nos Estados Unidos, como explica Barroso:

A jurisprudência formada a partir do New Deal rompeu frontalmente com o entendimento constitucional vigorante ao longo da denominada Era Lochner, passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então, se havia entendido que tais leis violavam a liberdade de contrato assegurada pela Constituição.⁵⁴

Um dos casos mais emblemáticos de mutação constitucional norte-americana é *Brown v. Board of Education*⁵⁵. Versando sobre o direito de igualdade, a Suprema Corte declarou inconstitucionais as leis estaduais que segregavam brancos e negros nas escolas públicas e modificou o entendimento sobre a questão. O julgamento, à época, atendeu as necessidades provenientes da população, já que, até então, prevalecia o entendimento firmado no caso *Plessy vs. Ferguson*⁵⁶, de 1896, que criou a doutrina do *Separate but equal*, "iguais mas separados", que determinava a possibilidade da segregação nos casos que serviços ofertados a brancos e negros tivessem a mesma qualidade.

O próprio caso *Marbury vs. Madison*, que citamos anteriormente, é uma ocorrência de mutação constitucional, por meio de construção do sistema americano, já que criou a figura do controle judicial de constitucionalidade. Desta feita, é possível perceber que a história constitucional americana é repleta de mudanças informais à Constituição, sendo esse um fenômeno ocorrido desde os seus primórdios.

Compreender o processo de mutação no sistema constitucional que a utiliza por mais tempo e no qual se desenvolveu com mais profundidade é fundamental para entendermos a influência que se tem no Brasil. Sendo assim, no próximo capítulo vamos traçar o perfil constitucional brasileiro, desde o seu sistema jurídico até as mudanças informais de uma Constituição recente, se comparada com a centenária norte-americana.

4. O SISTEMA BRASILEIRO ROMANO-GERMÂNICO

4.1. Principais características da família romano-germânica

Nesta terceira e última parte de nosso artigo, vamos trabalhar com aquela que foi uma

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

⁵⁵ UNITED STATES. Supreme Court. **47 U.S. 483** *Brown v. Board of Education*, 1954.

⁵⁶ No caso *Plessy vs. Ferguson*, a Corte decidiu que a reserva de acomodações "separadas, mas iguais" para negros nos transportes ferroviários seria compatível com o princípio da isonomia. Segundo os juízes, constitucionalidade da lei que segregava brancos e pretos está fundada na ótica da razoabilidade. Para os eles, ferir costumes já arraigados na sociedade seria danoso para a paz social e a ordem pública.

das primeiras famílias de direitos do mundo contemporâneo: a família romano-germânica. Em oposição à inglesa *Common Law*, é também chamada por alguns doutrinadores, em especial pelos britânicos, de *Civil Law*.

Como o próprio nome já identifica, a tradição romano-germânica tem como origem o direito da antiga Roma, associado aos costumes dos povos germânicos, que chegaram na Europa central após o século V d.C. No entanto, com o passar dos anos, houve um grande progresso até chegar ao modelo que conhecemos hoje. O sistema jurídico teve início no século XIII, época do Renascimento da Europa Ocidental, quando uma reorganização tomou conta das cidades e do comércio da região e, assim, surgiu a ideia de que apenas com o direito seria possível evoluir com ordem e segurança. O pensamento renascentista também incorporou a separação entre direito e religião, trazendo autonomia jurídica.⁵⁷

É importante ressaltar que, diferentemente da *Common Law*, que baseou-se no progresso do poder e dos tribunais fortemente centralizados, a *Civil Law* surgiu da necessidade de uma comunidade cultural, sem qualquer intenção política que a guiasse para seu desenvolvimento.⁵⁸ John Gilissen salienta que a principal característica dos direitos de matriz romana, em geral, é a influência da ciência jurídica oriunda dos bancos universitários.⁵⁹

As universidades ganharam destaque no aprendizado do direito, sendo a primeira delas a Universidade de Bolonha, na Itália. Através de um estudo baseado nos direitos romano e canônico, a ciência jurídica passou a influenciar o direito aplicado nos tribunais da Europa.⁶⁰ Esse direito teórico, erudito, apresentava vantagens com relação aos demais, pois era um direito escrito, comum a todos (*jus commune*⁶¹), mais completo e mais evoluído, já que refletia a vida de uma sociedade desenvolvida.⁶²

Contudo, a consolidação desse novo modelo jurídico se deu apenas no século XIX, com a Revolução Francesa, resultante dos abusos de privilégios de nobres, clero e magistrados. Baseada na separação dos poderes, surge a necessidade do controle da atuação judicial através da própria lei, como explica Marinoni:

⁵⁷ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 31.

⁵⁸ Idem, p. 32

⁵⁹ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 205.

⁶⁰ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 33-34.

⁶¹ "As universidades não fazem, e não pretendem fazer, uma obra de direito positivo, não têm competência, de resto, para fixar regras que, em todos os países, juizes e práticos deveriam necessariamente aplicar. (DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 35)

⁶² GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 203.

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis.⁶³

A lei passa a representar a vontade do povo, mas restringe a atuação do magistrado ao texto legal. A regra não mais é formulada pelo juiz para o caso concreto, como no caso da *Commun Law*. Para Montesquieu, “o julgamento não poderia ser mais que o texto exato da lei”⁶⁴. Tal movimento resultou no processo de codificação do Direito.

A igualdade, pretendida pela Revolução Francesa, foi associada no *Civil Law* à estrita aplicação da lei, com a limitação do papel do juiz, já que haveria à disposição uma legislação clara e completa para uma atuação com segurança jurídica, ou seja, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Foi através desse processo que o direito romano-germânico se expandiu para além da fronteira da Europa, trazendo mudanças tanto positivas quanto negativas para o Estudo do Direito.⁶⁵

A codificação atua como controle e vinculação ao poder político, trazendo a estabilidade do direito até mesmo no direito privado, entretanto, ela não é a única responsável pela distinção entre *Common Law* e *Civil Law*. A grande diferença entre as duas está no valor, no significado dado a esses códigos. Na *Common Law* os códigos não tem como objetivo acabar com a interpretação da lei, dando ao juiz tal prerrogativa quando for necessário, é o costume cristalizado pela jurisprudência. Enquanto aqui a fonte principal é a lei.⁶⁶

Apesar disso, René David ressalta que as regras da *Civil Law* consistem em um equilíbrio entre a aplicação das mesmas e o caso concreto. “A regra de direito romano-germânica situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada como uma aplicação concreta da regra, e os *princípios* dotados de uma elevada generalidade, de que pode, ela própria, ser considerada como uma aplicação.”⁶⁷

Contudo, apesar de notadamente inserido no contexto do sistema jurídico romano-germânico, o direito brasileiro possui uma particularidade que o aproxima do sistema americano: o controle de constitucionalidade difuso, aquele que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. Ou seja, no Brasil, até mesmo o juiz de primeiro grau tem o poder de

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009, p. 46

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54.

⁶⁵ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 51.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56

⁶⁷ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 81.

negar a aplicação de uma lei que fere a Constituição, quando estiver averiguando um caso concreto. Neste aspecto, a diferença entre os dois países a ser frisada é que, no caso americano, a decisão do juiz deve estar de acordo com os precedentes e a decisão da Suprema Corte e, no caso brasileiro, a decisão está vinculada à Constituição.⁶⁸

Vistas as características do sistema romano-germânico e como ele foi adaptado à realidade brasileira, passamos agora à análise do papel do Supremo Tribunal Federal neste contexto para, por fim, entendermos como a mutação constitucional é utilizada no Brasil.

4.2. O papel do Supremo Tribunal federal

O Supremo Tribunal Federal, órgão judicial brasileiro mais antigo. Foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 a responsável pela origem do Supremo Tribunal Federal, trazendo em seu corpo⁶⁹ a forma de composição e de escolha de seus membros. Tendo como inspiração o constitucionalismo americano, receberam como atributo a guarda da Constituição e da federação, através de Recurso Especial.

Buscando ainda mais proximidade ao modelo norte-americano, a Carta Magna de 1934 muda a denominação do tribunal constitucional para "Corte Suprema".⁷⁰ A Constituição de 1937 manteve, de forma geral, as atribuições da Corte e voltou a utilizar a denominação de Supremo Tribunal Federal⁷¹. Contudo, o contexto histórico da Era Vargas, marcado pelo centralismo do poder, o nacionalismo, o anticomunismo e o totalitarismo, trouxe um retrocesso no controle de constitucionalidade brasileiro.⁷²

A Constituição de 1946 assegurou ao STF o direito de apreciação de recurso extraordinário, no caso de contrariedade à Lei Fundamental, o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Também ganhou escopo a declaração do ato de inconstitucionalidade. Sem previsão processual, a jurisprudência se consolidou em torno da questão e se tornou referência.⁷³

Com a revolução de 1964, uma nova Constituição é instituída, em 1967, trazendo mudanças significativas para o STF e para o direito constitucional brasileiro. O controle de

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

⁶⁹ Art. 56. O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. (BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: 1891.)

⁷⁰ ABREU, Iduna Weinert. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília: 1976, p. 5.

⁷¹ "Art 90 - São órgãos do Poder Judiciário: a) o Supremo Tribunal Federal; (...)" (BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: 1937.)

⁷² MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4 Ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 984-985.

⁷³ Idem, p. 985-986.

constitucionalidade é ampliado para além dos casos concretos, podendo também agora ser averiguado em *tese*⁷⁴. Contudo, tais modificações não foram seguidas no âmbito político e o Supremo teve seu papel reduzido em função do perfil autoritário do Governo.

Reconhecendo a influência da Suprema Corte americana no tribunal constitucional brasileiro, Uadi Bulos nos traz parte de um discurso do ministro Evandro Lins e Silva, na posse do presidente da casa, ministro Xavier Albuquerque, em 1980:

O modelo que inspirou o nosso Supremo Tribunal Federal, não esqueçamos, é a Corte Suprema dos Estados Unidos. Ao nosso ver, o legislador brasileiro esteve bem inspirado no momento em que adotou, e nosso país, aquilo que fora na verdade uma genial formulação do constituinte americano: a criação de uma Corte de Justiça com funções políticas. O modelo norte-americano é, realmente, a melhor forma de assegurar o predomínio da Constituição (...).⁷⁵

Apesar da importância que o Supremo Tribunal Federal conquistou com o passar das constituições que fizeram parte da história do direito brasileiro, foi com a Carta Magna de 1988, que remodelou o Poder Judiciário, trazendo maior independência com relação aos demais poderes, que a Corte alcançou seu ápice.

O Supremo Tribunal Federal cada vez mais tem se tornado o protagonista no que concerne ao direito constitucional brasileiro. Hoje, além de ser órgão de última instância, de corte de apelação⁷⁶, é também uma Corte Constitucional, que tem como função julgar a constitucionalidade das leis, se tornando assim um tribunal híbrido⁷⁷. Tal característica é bastante discutida pela doutrina, já que uma das premissas dos tribunais constitucionais é a autonomia, sendo ele independente de qualquer autoridade estatal e, de acordo com Hans Kelsen, atuando dessa forma como uma espécie de "legislador negativo"⁷⁸. Conquanto, não aprofundaremos o assunto neste momento, cabe aqui apenas a reflexão da característica peculiar do STF.

Nós analisamos, anteriormente, que uma das principais características da família romano-germânica de direito é a vinculação com a lei. Entretanto, Uadi Bulos analisa que há debates constitucionais e políticos no STF, atuando a Corte, muitas vezes, como o construtor

⁷⁴ Art. 114, I, "I" - "Compete ao Supremo Tribunal Federal: processar e julgar originariamente: a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;" (BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: 1937.)

⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 151.

⁷⁶ Conforme previsto no art. 92, I: "São órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal (...)." (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988)

⁷⁷ Tal característica se deve ao fato de que no Brasil são adotados dois tipos de controle de constitucionalidade: o difuso, como já vimos anteriormente, característico do modelo norte-americano e o concentrado, utilizado em diversos países da Europa onde há um Tribunal Constitucional.

⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 135.

de um novo direito:

A análise das decisões do colendo Supremo Tribunal federal demonstra a presença do construcionismo judiciário, permitindo-lhe desprender-se do rígido formalismo legal, possibilitando a existência de amplos debates sobre problemas constitucionais (...). Daí invocar-se, a título comparativo, a Suprema Corte dos estados Unidos, com o *judge made law* e com a *jurisprudential construction*, para evidenciar que o Supremo Tribunal federal chega a exercer autêntica atividade supletiva, através de precedentes firmados por decisões de enorme repercussão.⁷⁹

O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem o poder de controlar a aplicação e a interpretação da Constituição brasileira, tanto nos casos concretos quanto *in abstracto*, pois adotamos um sistema misto de controle, que casa o controle concentrado com o difuso. Sendo assim, a nossa "Suprema Corte" acaba que por ser a grande responsável pelas modificações informais feitas na Carta Magna. Na tentativa de adequar a Constituição aos novos tempos, no acontecimento de divergências, os magistrados utilizam do fenômeno da mutação em seus julgados.

Além disso, nós já contemplamos, ao longo deste trabalho, que o processo de emenda à Constituição brasileiro, apesar de ser considerado rígido por muitos doutrinadores, é mais flexível quando comparado aos procedimentos necessários para emendar a Constituição americana, como é o caso de Nadja Botelho:

(...) o procedimento de emenda à Constituição (art. 60, CF/88) não se afigura demasiado dificultado, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, em que o art. 5º da Constituição praticamente inviabiliza a mudança formal. Ademais, se a reforma em geral, formal ou informal, é decorrente da linguagem constitucional polissêmica e da necessidade de adaptar a Constituição às mudanças sociais, a menor longevidade e o maior detalhamento da Constituição Federal de 1988 apontam para uma menor indeterminação interpretativa e maior cautela nas mutações constitucionais brasileiras quando em comparação com as norte-americanas (...).⁸⁰

Sendo assim, vamos averiguar como essa atuação do Supremo Tribunal Federal gerou casos concretos de mutação no direito constitucional brasileiro.

4.3. A mutação constitucional no Brasil

⁷⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 152.

⁸⁰ BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 39.

Desde a entrada em vigor da Constituição de 88, no Brasil, diversas foram as modificações feitas no documento através de emendas. De acordo com o que consideramos neste trabalho até aqui, apesar do intenso processo de reforma constitucional, um novo fenômeno, de mudança informal foi ganhando espaço no constitucionalismo brasileiro.

Neste tópico buscamos exemplificar, através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, casos concretos onde ocorre mutação. São exemplos da incidência do fenômeno que transformou o sentido, o significado ou o alcance da norma constitucional, sem que houvesse alteração da letra.

Um exemplo de mutação constitucional e que voltou ao debate nacional recentemente é o foro por prerrogativa de função, previsto no art. 102, I "b"⁸¹. Contudo, a letra da lei permaneceu inalterada, como explica Luís Roberto Barroso:

Por muitas décadas, inclusive sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o foro privilegiado subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo inclusive consolidado esse entendimento no enunciado n. 394 da Súmula da Jurisprudência Dominante. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função.⁸²

Um segundo exemplo bastante recente e significativo de mutação constitucional, que gerou um grande debate na sociedade, ocorreu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54⁸³. A ação, que tinha como relator o ministro Marco Aurélio Melo, versava sobre o aborto em caso de feto anencéfalo. Oito anos depois da sua propositura, o Supremo autorizou a interrupção terapêutica do parto nestes casos. Neste caso, os magistrados do Tribunal padronizaram a interpretação, que, por vezes, era dissonante em outros tribunais, sem, no entanto, modificar ou acrescentar dispositivo na Constituição. É um exemplo claro de como a abertura dos princípios pode levar a diferentes interpretações nos casos em concreto.

Dando seguimento aos exemplos, o *Habeas Corpus* (HC) 82.959/SP⁸⁴, impetrado em

⁸¹ Art. 102 – “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988)

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54** Distrito Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>.

⁸⁴ O HC 82.959 foi impetrado por Oséas de Campos, condenado a 12 anos e três meses de reclusão por atentado violento ao pudor. Na ocasião, por seis votos a cinco, o Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade do

2003, e que foi responsável por suscitar o questionamento da aplicação do art. 52, X da Constituição Federal⁸⁵, traz à tona o debate sobre a legitimidade das decisões informais do STF. O veredito do referido HC afastou a vedação legal à progressão de regime em crimes hediondos, que estava presente no artigo 2º, §2º da Lei 8.072/90⁸⁶.

Na ocasião, o Supremo entendeu pela inconstitucionalidade da lei, de acordo com o controle difuso, tendo a decisão efeito apenas *inter partes*, ou seja, com eficácia apenas para o caso concreto. No entanto, caberia ao Senado Federal, após comunicação do STF, a suspensão da eficácia do dispositivo, com base na prerrogativa constitucional já referida, fornecendo efeito *erga omnes*.

Frente a inércia do parlamento, e devido às reclamações contra decisões que não aplicavam a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime que chegaram ao Supremo, a Corte tem julgado tais reclamações como procedentes, dando efeito *erga omnes* à decisão do HC 82.959.⁸⁷ De acordo com Gilmar Mendes, é “(...) possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988.”⁸⁸

Todavia, a doutrina não é pacífica quanto à constitucionalidade diante da mudança informal do artigo 52, X da CF. Nadja Botelho ressalta que o posicionamento do STF pode ser visto como de caráter político, além de colidir com um dos princípios estruturantes do Estado de Direito, a separação dos poderes. Ademais, a norma em voga não teria lacunas para essa interpretação.⁸⁹

Por fim, um exemplo de clara mutação inconstitucional, de acordo com diversos juristas, ocorrida recentemente, em agosto de 2016, em meio ao julgamento do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff. Na ocasião, o presidente STF, ministro Ricardo Lewandowski,

parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. (BRASIL. Supremo Tribunal federal. **Habeas corpus n. 82.959-7**. Voto Ministro Gilmar Mendes).

⁸⁵ Art. 52. “Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal,” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.)

⁸⁶ Lei 8.072/90 Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: § 2o A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

⁸⁷ Pedro Lenza reforça que “O efeito erga omnes da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante (EC n. 45/2004) e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do art. 52, X, da CF/88, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 300.)

⁸⁸ MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional, Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

⁸⁹ BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional**: a Constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 160.

aceitou o pedido do Partido dos Trabalhadores para o fatiamento da votação. Ou seja, o Senado julgou⁹⁰ separadamente a condenação de Dilma por crimes de responsabilidade e sua inelegibilidade por oito anos.⁹¹

O dispositivo constitucional⁹² estabelece que “nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. O presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e também ministro do STF, em entrevista aos jornalistas, reiterou que a norma é clara: “Em suma, não é bom precedente. Se há um texto que parece transparente, seguro, é esse. Nunca houve dúvida em relação a essa questão, a não ser no caso Collor, pela peculiaridade”⁹³

Contudo, de forma geral, identificar as mutações constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro não é tarefa simples, visto que, diferentemente do que ocorre com as emendas constitucionais, que são colocadas em um rol, as mudanças informais encontram-se dispersas nas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal.

Fato é que elas existem e demandam atenção de nossa parte, uma vez que podem afetar não só a separação dos poderes, como se disse, mas também a segurança jurídica, valor supremo protegido pela Constituição.

5. CONCLUSÃO

No presente trabalho, procuramos analisar a mutação constitucional nos Estados Unidos e no Brasil, atentando para o fato de que trata-se de sistemas jurídicos diversos. É evidente que, em um mundo globalizado, os sistemas sofrem mútua influência um do outro. Contudo, certas características originais devem ser preservadas para não sacrificarem-se a independência dos poderes e a segurança jurídica.

No Brasil, é digno de nota que, apesar de sermos adeptos da Civil Law, optamos por criar

⁹⁰ Como resultado, o Senado Federal aprovou o impeachment da presidente Dilma Rousseff, mas rejeitou a inelegibilidade por oito anos. (<http://istoe.com.br/senado-rejeita-inelegibilidade-e-perda-de-funcoes-publicas-de-dilma/>)

⁹¹ Veja Online Disponível em <<http://veja.abril.com.br/politica/lewandowski-fatia-votacao-do-impeachment/>>

⁹² Art. 52, parágrafo único: “Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.)

⁹³ Valor Econômico Online. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4696045/para-gilmar-mendes-fatiamento-de-impeachment-e-%3Fbizarro%3F>>

um papel híbrido para nossa corte suprema, que funciona tanto controlando difusamente em sede de recurso a constitucionalidade, como também segue o modelo europeu do controle concentrado por via de ação. Ficamos a meio caminho entre os dois sistemas e, no quesito da hermenêutica constitucional, também cada vez mais nos apropriamos de mecanismos utilizados pela Common Law.

No que tange à interpretação, apesar do forte debate e análise do fenômeno pelos doutrinadores alemães e europeus, a mutação constitucional já era largamente aplicada nos Estados Unidos, mesmo que sem a utilização do termo. Com mais de duzentos anos, a Carta Magna norte-americana segue atualizada com a utilização da mutação. Isto 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.

O questionamento dá-se quando saímos do sistema da Common Law e adentramos no romano-germânico, 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. Além disso, observa-se que a hermenêutica constitucional está geralmente atrelada a questões políticas, sendo então, a política também um fator determinante do sistema constitucional.

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. Também não pode violar o poder constituinte reformador ou simplesmente tomar para si o papel de constituinte originário.

Dessarte, um dos poucos autores que trabalha com limites ao poder constituinte é Uadi Bulos, que frisa tratarem-se de limites implícitos. São eles divididos em três modalidades: (i) limites transcendentais à constituição, que são as normas gerais de Direito internacional e as próprias condições econômicas, técnicas e geográficas do Estado; (ii) limites imanentes à constituição, relacionados aos direitos e garantias fundamentais e separação e harmonia dos Poderes; por fim, (iii) os limites implícitos intermediários à constituição, concernentes à validade

do poder constituinte.⁹⁴

Acreditamos que tais limites implícitos são aplicáveis ao papel que nossa Corte Suprema vem desempenhando através da mutação constitucional.

Outrossim, a doutrina também reforça a ética do aplicador do direito como limite à mudança informal da Constituição. Wellington Márcio Kubliskas aduz a consciência do aplicador e a consciência jurídica da sociedade como limitações à mutação constitucional.⁹⁵ Enquanto Konrad Hesse destaca que um dos limites da mutação é a separação entre a realidade e o direito, já que a mutação, mesmo tendo influência de um caráter político, deve estar calcada no Direito.⁹⁶

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.

6. REFERÊNCIAS

ABREU, Iduna Weinert. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília: 1976

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

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

BEARD, Charles Austin. **A Suprema Corte e a Constituição**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1965.

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988**. Rio de

⁹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 304-305

⁹⁵ KUBLISKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 154.

⁹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 89.

Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: 1891.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 22 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: 1937.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>
Acesso em 22 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 1967.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>
Acesso em 22 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>
Acesso em 22 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Distrito Federal.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>.
Acesso em 27 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797-2**. Distrito federal.

Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>
Acesso em 27 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4227 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Voto Ministro Ayres Britto.

Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>
Acesso em 30 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 82.959-7**. Voto Ministro Gilmar Mendes.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>
Acesso em 30 de maio de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1984,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Jurisdição constitucional**: uma combinação dos modelos americano e europeu. Site: Consultor Jurídico, 19 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-19/jurisducao-constitucional-combinacao-modelos-americano-europeu>>. Acesso em 08 de setembro de 2016.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DAN-LIN, Hsü, **Mutación de la Constitución**. Tradução Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Oñati: IVAP, 1998.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição [recurso eletrônico]**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2ª. Ed. Osasco: Edifício, 2015.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995,

GRINOVER, Ada. **Controle da constitucionalidade**, RePro 90/11.

HAMILTON, Alexander. **O Federalista**. 1 Ed. Campinas: Russel Editores, 2003

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

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 17. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2013

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil.** Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional.** 4 Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional,** Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 5ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, tomo I.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da constitucionalidade das leis.** 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998

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

STRAUSS, David A. **The Living Constitution.** New York: Oxford University Press, 2010.

UNITED STATES. Constitution (1787). **Constitution of the United States.** Philadelphia, 1787.

UNITED STATES. Supreme Court. **47 U.S. 483 Brown v. Board of Education,** 1954

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez, **Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto.** Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 20, núm. 58, enero-abril de 2000.

Disponível em:

<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79672.pdf>> Acesso em 18 de abril de 2017.

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