



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O FENÔMENO DO *BACKLASH* COMO LIMITE À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ana Cristina Amaral de Laport

Rio de Janeiro

2017

ANA CRISTINA AMARAL DE LAPORT

O FENÔMENO DO *BACKLASH* COMO LIMITE À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:  
Mônica C.F. Areal  
Néli L.C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2017

## O FENÔMENO DO *BACKLASH* COMO LIMITE À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ana Cristina Amaral de Laport

Graduada pela Faculdade de Direito  
Pontifícia Universidade Católica do Rio de  
Janeiro - PUC/RJ.

**Resumo** - a mutação constitucional pode se dar de algumas formas, mas a mutação via interpretação judicial é, talvez, a mais eficaz e genuína, por promover alterações na Constituição, sem modificar-lhe o texto, ou seja, operando apenas no plano semântico. As mudanças da Constituição são essenciais à sua continuidade histórica e efetividade, pois fazem com que suas previsões não se tornem descontextualizadas frente à realidade dinâmica. No Brasil, a mutação constitucional é operada há muitos anos, embora antes não fosse assim nomeada. A contemporização da Constituição brasileira por meio das inovações jurisprudenciais tem representado importantes conquistas sociais e gerado maior segurança jurídica e credibilidade na população, concretizando os valores constitucionais e democráticos próprios do Estado Democrático de Direito brasileiro. Contudo, é necessário que essas inovações jurisprudenciais encontrem aceitação, ou respaldo social, pois só assim estarão traduzindo adequadamente os princípios e interesses preponderantes da sociedade. Daí a importância do *backlash* como movimento político-social de contestação e inconformidade com a atuação jurisdicional todas as vezes que a interpretação da ordem normativa não atenda aos anseios daquela sociedade.

**Palavras-chave** - Direito Constitucional. Mutações constitucionais. Reforma da Constituição. Textura aberta da linguagem. Estado Democrático de Direito. *Backlash*.

**Sumário** - Introdução. 1. Mutações constitucionais: A necessidade de dinamização do Direito. 2. A atividade interpretativa: Princípios vetores na aplicação da mutação constitucional. 3. O fenômeno do *backlash* como limite à mutação constitucional. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o fenômeno da mutação constitucional que se apresenta como imprescindível em face da dinâmica social, uma vez que permite manter a longevidade das normas constitucionais. Como processo de modificação informal da Constituição, a mutação constitucional permite que, sem emendas ou revisões -mudanças solenes e demoradas - as normas constitucionais adquiram significado novo trazendo soluções imediatas e eficazes para as questões sociais relevantes e urgentes que se impõem.

Para tanto, abordam-se os meios pelos quais se dá esse fenômeno, apresentando os métodos de interpretação aplicados que adicionado à elasticidade das normas constitucionais permitem que a Constituição guarde a sua dinamicidade e seu caráter prospectivo. Da mesma forma, é necessário estabelecer os princípios utilizados como vetores na interpretação constitucional que propiciarão ao intérprete manter-se fiel ao conteúdo do texto escrito pelo legislador constituinte, evitando assim os riscos de uma interpretação que venha a desvirtuar o verdadeiro significado da norma.

Além disso, é preciso analisar a existência ou não de limites à atividade interpretativa do texto constitucional, uma vez que tal prática pode ensejar verdadeiras mutações inconstitucionais. Essa colocação se faz necessária para melhor se entender a possibilidade de por um meio difuso de mudança das normas constitucionais se colocar em risco o equilíbrio do ordenamento jurídico e os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 reservou ao Supremo Tribunal Federal a função de último intérprete do texto constitucional o que concede a esse órgão do Poder Judiciário a possibilidade de decidir questões atuais e relevantes para a sociedade. Tal atuação é fundamental, pois torna efetiva as normas constitucionais. Porém, é necessário o questionamento sobre a forma como o Supremo Tribunal Federal vem exercendo essa função.

O presente trabalho traz uma análise sobre a importância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em questões relevantes para a vida política, social e econômica do país e a necessidade de que essas decisões não venham ao encontro dos anseios sociais. Tal análise leva em conta a ponderação entre a necessidade da atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão responsável por manter a Constituição como um organismo vivo a responder aos anseios da sociedade e ao mesmo tempo o dever de não extrapolar de sua competência constitucional tomando o lugar que seria próprio do Poder Legislativo, e acabar por frustrar as expectativas da sociedade.

Tal análise traz a abordagem do fenômeno do *backlash* como limite para a atuação do Supremo Tribunal Federal, sobretudo diante da crise constitucional em que vive o país. Essa crise institucional que afeta, sobretudo, o Poder Legislativo, o que fez crescer a atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão regulamentador, e que tem sido instado a se manifestar sobre questões polêmicas. Assim, o tema do trabalho apresentado traz a importância do papel institucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal nos dias atuais e, a necessidade de que a sociedade se organize de forma a demonstrar a sua desaprovação às decisões que tratem de questões polêmicas e sensíveis.

A exposição do tema não objetiva fazer uma crítica a atuação do Supremo Tribunal Federal, mas tão somente constatar a demonstração do sentimento de inconformismo social com a realidade vigente é uma forma de controlar as mutações constitucionais. As considerações finais trazem apenas sugestão para que se possa manter o equilíbrio do ordenamento jurídico e a imprescindível segurança jurídica, valor tão caro ao Estado Democrático de Direito.

A pesquisa utiliza o procedimento bibliográfico e fará uma abordagem qualitativa, porquanto para a sustentação de sua tese, a pesquisadora pretende se valer de bibliografias pertinentes ao tema em foco, além de também valer-se de uma abordagem exploratória na análise de jurisprudência, legislação e doutrina.

## **1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE DINAMIZAÇÃO DO DIREITO**

Visto como manifestação do fenômeno social, o direito deve acompanhar as evoluções valorativas não devendo restringir-se a mero elemento normativo. Ao aceitar tal redução se dissocia da sua finalidade de harmonizar a convivência social e instaura uma crise de legitimidade. Assim, face a dinâmica dos acontecimentos sociais, o direito deve estar em constante evolução na tentativa de suprir as novas demandas surgidas com o objetivo de garantir a paz social.

No que se refere ao ordenamento jurídico de um Estado, deve-se dar destaque a sua Constituição, sobretudo quando esta não se limita a reger apenas as questões de política organizacional e adentra nas questões de cunho meramente jurídico. É o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 singularizada pelo seu caráter prolixo que, segundo o prof. Guilherme Peña de Moraes: “[...] estatui prolixamente a estrutura fundamental do Estado e sociedade, por intermédio de normas material e formalmente constitucionais [...]”. Por ser uma Constituição analítica visto a sua ampla extensão, deve guardar uma maior conexão com a dinâmica social, pois só assim poderá manter o seu fundamento de validade que é a soberania popular.

Com o objetivo de salvaguardar o caráter efetivo das normas constitucionais, o legislador constituinte originário previu no texto constitucional um mecanismo formal de modificação da Constituição por meio da reforma constitucional. Esse mecanismo formal de alteração deverá obedecer um procedimento legislativo diferenciado, mais solene do que o

previsto para a alteração das normas constitucionais. Essa diferenciação de procedimento legislativo quando de sua alteração é que dá as normas constitucionais a rigidez necessária a garantir uma estabilidade maior.

Porém, há que se ressaltar que estabilidade não é sinônimo de imutabilidade. A rigidez constitucional prevê sim uma estabilidade maior às normas que integram o corpo da Constituição, porém não impede que elas sejam modificadas. A modificação das normas constitucionais deve ocorrer, caso contrário elas se transformariam em normas ultrapassadas que não mais corresponderiam as expectativas da realidade social contemporânea. Não seria justo com as gerações futuras que fossem submetidas às normas que regeram as gerações passadas sem que lhes sejam dada a oportunidade de rever essas normas.

A contemporaneidade da Constituição à realidade social é o que marca o seu papel de pacificadora das controvérsias criadas pela evolução social, além de manter a estabilidade do sistema jurídico. Adiciona-se a isso o fato de que a permanência da Constituição como vetor axiológico para o ordenamento jurídico como um todo depende da sua legitimidade diante da sociedade que ela representa. Dissociada dos valores sociais que regem as relações daquela coletividade naquele tempo, colocará em risco a sua estabilidade, assim como o seu caráter prospectivo.

Não se pode afirmar que ao prever no texto constitucional meios formais de modificação da Constituição, o legislador atendeu a essa necessidade de sincronia entre o ordenamento jurídico constitucional e a evolução valorativa da sociedade. Isso porque a formalidade do rito ao qual deverá obedecer a norma constitucional para que seja alterada poderá ter retardado o seu efeito pacificador. Como já dito, nesse caso, há a previsão de um rito solene, mais formal e rigoroso do que o previsto para as espécies normativas ordinárias, o que requer tempo para que sejam efetivadas as mudanças necessárias.

Para atender a essa necessidade de dinamização do ordenamento jurídico constitucional em face da evolução dos acontecimentos sociais, surge na prática um meio informal de modificação das normas constitucionais chamado de mutação constitucional. A dialeticidade do direito conjugada as modificações do contexto político, social e econômico constantes na sociedade em cada época trazem a necessidade da aplicação desse fenômeno da mutação constitucional. A urgência em adaptar a ordem jurídico-constitucional às demandas sociais não pode aguardar os trâmites formais previstos para a sua alteração, o que demonstra a importância desse meio informal de modificação da Constituição para a sua permanência e como fundamento do constitucionalismo moderno.

O fenômeno da mutação constitucional é definido pela renomada constitucionalista brasileira Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>1</sup>, uma das primeiras a fazer uma abordagem mais profunda sobre o tema Brasil, como a "[...] alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais ... [...]". Essas alterações semânticas são produtos de um procedimento que permite uma releitura do texto constitucional sem que este tenha sofrido nenhuma modificação. A alteração do sentido do texto faz surgir norma constitucional diversa da que antes era extraída daquele mesmo texto.

Assim, partindo da definição trazida pela referida autora, o fenômeno da mutação constitucional é conhecido como um meio informal de modificação da Constituição no qual se altera o sentido da norma constitucional, assim como o seu alcance, sem que ocorra nenhuma modificação no texto da Constituição. O fato de não haver mudança no texto constitucional em si, embora haja modificação da norma que emana daquele texto é característica marcante desse fenômeno. Por ser um meio informal de modificação da norma sem a modificação do texto, pode-se deduzir que surge da prática jurídica, não sendo previsto pelo ordenamento pátrio.

O surgimento do fenômeno da mutação constitucional se deu na Alemanha<sup>2</sup>, pela doutrina constitucionalista alemã que numa análise feita à Constituição pátria de 1871, constatou que esta havia sofrido inúmeras modificações em seu sentido e alcance sem que tivesse havido mudança em seu texto. Tal fato fez constatar que a rigidez constitucional, própria daquela Constituição, não impedia a sua alteração por outro meio que não a reforma da Constituição (meio formal de modificação do texto da Constituição).

Há que se ressaltar que o fenômeno da mutação constitucional não é percebido apenas nas Constituições rígidas, mas nestas ocupa papel preponderante, uma vez que possibilita a mudança da Constituição sem que se tenha que obedecer à forma, requisitos e limites expressos. Uma Constituição rígida, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se mostra mais inclinada a sofrer mutação constitucional, pois com isso evita-se o retalhamento de seu texto, o que pode certamente provocar ameaça a sua eficácia normativa. Sem dúvida, a rigidez constitucional apresenta-se como fator a propiciar uma maior frequência de aparição do fenômeno aqui tratado.

Uma Constituição flexível cujo procedimento para alteração de seu texto é o mesmo previsto para a alteração das leis, sem nenhuma imposição de formalidades, terá grande

---

<sup>1</sup>FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p.9.

<sup>2</sup>BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo:Saraiva, 1997, p.54

facilidade em adaptar-se às novas demandas surgidas a fim de atendê-las. Porém, a previsão de procedimento rigoroso para tal alteração, como acontece nas Constituições rígidas, fazem com que o fenômeno da mutação constitucional seja uma constante nesse processo de adaptação.

Por surgirem alterações significativas nos valores que regem as relações sociais ou no contexto fático no qual se deu a elaboração daquele texto constitucional, surge a necessidade de se fazer uma releitura dos dispositivos constitucionais. Ao haver uma dissociação entre o texto constitucional e a norma dele extraída com o quadro empírico existente naquela sociedade, apresenta-se ocasião propícia a desencadear o fenômeno da mutação constitucional. Há a alteração da norma extraída do texto constitucional sem que tenha havido nenhuma mudança semântica no dispositivo em questão.

Ao se atribuir novos significados ao texto sem que este sofra nenhuma alteração escrita, está se dando novo conteúdo a norma, o que concretiza a chamada mutação constitucional. Esses novos significados que são atribuídos ao texto constitucional aparecem como forma de acompanhar as mudanças por que passam as sociedades e atender as expectativas surgidas com os novos valores que regem essas relações. Pode se dar também por uma necessidade que surge à partir de uma modificação não dos valores sociais, mas sim por uma modificação fática na sociedade.

A contextualização do fenômeno da mutação constitucional tem importância uma vez que é essencial para a constituição do Estado Democrático de Direito, princípio expresso no art. 1º, *caput*, CRFB<sup>3</sup>. Ressalta-se que o constitucionalismo democrático traz no seu âmago uma contradição uma vez que se faz necessário conferir à Constituição um caráter de estabilidade, ao mesmo tempo em que se precisa mantê-la dinâmica para que possa atender aos anseios surgidos à partir das modificações sofridas pela sociedade. A estabilidade da Constituição, garantida por se exigir um procedimento mais rigoroso para a alteração dos seus dispositivos, cria obstáculo a que possa se proceder à mudanças que atendam o dinamismo próprio dos acontecimentos sociais.

Não se quer, com isso, afirmar que a reforma constitucional deve ser preterida todas as vezes em que for necessária uma alteração na Constituição. Apenas se quer demonstrar que ela não é necessária sempre e que se poderá utilizar de meio informal para produzir alterações de conteúdo e significado no texto constitucional sem que seja preciso alterar o próprio texto.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...]

A modificação sem alteração do texto, além de atender a necessidade de dinamização da norma constitucional resguarda a estabilidade do texto constitucional. Não se pode burlar a vontade do legislador constituinte originário se utilizando de meio informal de modificação da Constituição criado por meio de uma prática jurídica quando foi previsto expressamente meio de reforma constitucional.

Cabe colocar que a mutação constitucional por promover alterações na Constituição sem que lhe seja modificado o próprio texto, opera-se no plano semântico, sendo possibilitada pela utilização de normas de textura aberta, termos indefinidos, conceitos jurídicos indeterminados. Essa plasticidade que é dada ao texto constitucional é fruto da polissemia, característica que lhe pode ser atribuída, e que permite ao intérprete atribuir ao texto significado que melhor atenda aos interesses contemporâneos daquela sociedade. Resguarda-se dessa forma a continuidade histórica e efetividade da norma constitucional.

Essa textura mais aberta do texto constitucional que lhe concede maior plasticidade é também responsável por resguardar a eficácia da norma constitucional. Isso porque se fossem utilizados conceitos que não possibilitassem tal abertura de interpretação, com o passar do tempo e a conseqüente evolução da sociedade, a Constituição não mais conseguiria atender às novas demandas surgidas para suprir as necessidades contemporâneas. Nesse caso, estaria comprometido o caráter prospectivo do texto constitucional e sua efetiva aplicação.

Não há dúvidas de que os conceitos aceitos pela sociedade atual serão modificados com o tempo, com base nas transformações sociais que ocorrerão ao longo do tempo. Por ser o Direito, ciência jurídica calcada pelas condições sociais em que se insere, ele deverá evoluir assim como a sociedade o faz. No que diz respeito à ordem constitucional ainda com mais importância essa evolução deve se dar. A comunicação entre as normas constitucionais e a realidade daquela coletividade que ela organiza deve ser direta e efetiva, sob pena de comprometer todos o ordenamento jurídico.

O fato de que a efetividade da Constituição depende da eficácia do texto constitucional possibilitada pela atividade de seus intérpretes diante das demandas daquela coletividade é trazida por Hesse quando afirma que " [...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. (...) uma mudança das relações fáticas pode- ou deve- provocar mudanças na interpretação da Constituição" <sup>4</sup>. O desafio de manter a Constituição contemporânea às demandas surgidas é um desafio do intérprete constitucional.

---

<sup>4</sup>HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1991. p. 23.

O dinamismo dos fatores sociais determina a necessidade de realização do fenômeno da mutação constitucional e a sua frequência. Na atual Constituição da República Federativa do Brasil que traz na sua estrutura uma carga principiológica de peso e a utilização de uma textura aberta com cláusulas gerais e termos jurídicos indefinidos a prática de mutação constitucional definiu questões históricas para a sociedade. Porém, essa atividade interpretativa deve assegurar o funcionamento do sistema constitucional e, por isso, deve obedecer a princípios que serão os vetores desse mecanismo de mudança sem alteração do texto constitucional.

## **2. A ATIVIDADE INTERPRETATIVA: PRINCÍPIOS VETORES NA APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

A compreensão do fenômeno da mutação constitucional está intimamente ligada aos aspectos essenciais da interpretação constitucional, uma vez que é pela interpretação que esse fenômeno se revela. A atividade interpretativa desempenha papel fundamental, levando em conta as noções aqui explicitadas sobre as especificidades da Constituição, seus meios e limites para a sua alteração. Ao partir de conceitos jurídicos indeterminados e a textura aberta dos termos utilizados pelo legislador constituinte, configura-se situação que favorece a atividade interpretativa.

Ressalte-se a controvérsia existente quanto à natureza da atividade interpretativo-jurídica, a apontar três correntes que discorrem sobre o tema. A teoria cognitiva defende a tese de que a interpretação evidencia o sentido do texto, fundamentada em uma visão essencialista. Já a teoria cética se baseia na ideia de que a atividade interpretativa confere originariamente sentido ao texto, assim, não haveria sentidos diminutos e os símbolos utilizados no texto seriam vazios. E ainda, a teoria conciliadora, que defende a ideia que essa atividade interpretativa além de revelar significados, também os constrói, a depender das peculiaridades e da necessidade que se apresenta.

Na prática jurídica, a teoria conciliadora traz o entendimento que apresenta uma maior coerência com a realidade da interpretação jurídica e, portanto, é a teoria que predomina. Com a textura aberta da linguagem, a atividade interpretativa reconstrói sentidos, não com a utilização de significados prontos, mas levando em conta núcleos de significados mínimos

que orientam a comunicação comum à coletividade, além de considerar os critérios gramaticais<sup>5</sup>.

A interpretação da Constituição se dá diante de situações diversas como no caso de conflitos de interesse no atuar da Administração Pública. Quando se fala em interpretar a Constituição, prática hermenêutica no contexto do Direito Constitucional, quer se referir, sobretudo, à atividade principal do Poder Judiciário, principalmente prática, no desempenhar de sua função precípua conforme estabelece a própria Constituição, com o objetivo de alcançar eficácia normativa, diante de situações fáticas que se apresentam na realidade.

Com a previsão constitucional dos direitos fundamentais houve uma ascensão normativa do texto constitucional, que estendeu suas funções e conferiu a este um papel político. Estas mudanças de fundo conferiu ao texto constitucional uma estrutura de textura aberta que exigiu modificações na atividade interpretativa, o que resultou em uma nova forma de hermenêutica constitucional. Com o desafio assumido pelo Direito Constitucional que passou a aplicar a Constituição também às relações políticas, permeadas por uma estrutura de força e poder, a jurisdição constitucional passou a apresentar uma roupagem política.

Os métodos clássicos de interpretação jurídica trazem em sua essência uma visão positivista de que a atividade de interpretar é declarativa, simplesmente textual; o que lhe confere posição passiva e meramente contemplativa em face do Direito. Apresenta-se uma visão de métodos que se restringem estritamente a fazer uma interpretação estática, ou seja, revelar o conteúdo das normas jurídicas, traduzidas, até aquele momento, apenas como regras.

Já a nova hermenêutica, parte da ideia de que a interpretação é uma atividade criativa em que se reconstrói os sentidos dos símbolos jurídicos, imprimindo uma postura ativa. Por meio dessa atividade criativa se procede a uma adaptação axiológica à ordem normativa, possibilitando uma maior adaptação à realidade presente. Tal atividade geraria um maior conhecimento sobre a estrutura em si do texto normativo e uma maior coerência no seu entendimento.

A partir desse entendimento, admite-se que o Direito é, de maneira constante, influenciado por acontecimentos externos, e de igual forma a sua interpretação, de forma a racionalizar a aplicação dos dispositivos constitucionais no contexto político social. Segundo Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento<sup>6</sup>, “o pós-positivismo se caracteriza por

---

<sup>5</sup> SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.p.252

<sup>6</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Belo Horizonte:Fórum, 2012.p. 206.

buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo".

O exercício de interpretação da Constituição, apontado como espécie da interpretação jurídica, apresenta particularidades pelo conteúdo de seu texto e sua estrutura linguística. Não se pode deixar de lado o fato de que o texto constitucional é oriundo do poder constituinte e para ser modificado são previstos procedimentos especiais. A percepção das especificidades do texto constitucional alterou toda a sistemática interpretativa clássica do Direito dando origem a hermenêutica constitucional, que toma por base os diferentes sentidos da linguagem jurídica e, sobretudo, o da Constituição, para atribuir interpretação que leva em conta a situação fática, assim como o contexto social e político.

Assim, trata-se de elementos que confirmam que a aplicação da Constituição não se basta unicamente com a sua mera leitura, sendo imprescindível que o seu texto seja interpretado. É à partir desse exercício de interpretação que se poderá alcançar uma integração da norma com a realidade, com vista à adequação dos valores constitucionais com os valores sociais, políticos e morais que norteiam a sociedade. É necessário que essa atividade interpretativa tenha como base fatores axiológicos e principiológicos que possam servir de diretrizes para o intérprete.

Para se alcançar o objetivo pretendido pelo intérprete que é o de integração entre o texto constitucional, a norma dele extraída e a realidade fática presente naquela sociedade, necessário se faz a utilização de princípios instrumentais de interpretação constitucional. Esses princípios, embora sejam considerados princípios implícitos, tem importante atuação no procedimento hermenêutico, uma vez que são consideradas como normas que tratam da aplicação de outras normas. Pode-se dizer que se está a tratar de verdadeiras premissas conceituais a serem consideradas, já que permeiam toda a atividade de interpretação.

Ao ressaltar a importância dos princípios instrumentais, verdadeiros vetores na atividade de interpretação da Constituição, cabe aqui enumerá-los e proceder à uma análise de cada um deles em específico. Segundo a lógica adotada e o rol elencado por Luis Roberto Barroso em seu livro<sup>7</sup>, os princípios vetores da atividade interpretativa constitucional são: (i) o princípio da supremacia da Constituição; (ii) o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; (iii) princípio da interpretação conforme

---

<sup>7</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva. p. 165.

a Constituição; (iv) princípio da unidade da Constituição; (v) princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e (vi) princípio da efetividade.

O princípio da supremacia da Constituição (i), põe a Lei fundamental em posição hierarquicamente superior aos demais elementos do ordenamento jurídico, posto que ela, além de instituir o Estado, é o pressuposto de validade de todas as outras normas jurídicas. Este princípio faz com que a Constituição não se submeta à vontade do poder político, ou ao Estado. A supremacia da Constituição faz com que os princípios e garantias que dela emanam sejam superiores a questões políticas, devendo ser respeitados e concretizados, sobretudo, através das decisões do Poder Judiciário, guardião da Constituição. Nas palavras do Min. Celso de Mello<sup>8</sup>:

a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar porque essa realidade não seja desfigurada.

O princípio da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público (ii), parte da ideia principal de que toda lei ou ato normativo deve ser considerado constitucional, até que decisão judicial venha a apontar flagrante e incontornável desconformidade com o texto constitucional. Apenas após ser submetida ao controle de constitucionalidade, seja ele concreto ou incidental, é que poderá ser afastada a aplicação da lei ou ato normativo em questão. Antes disso, deve ser reconhecida a plena efetividade desses atos.

No que concerne ao princípio da interpretação conforme a Constituição (iii), esse também é apontado como técnica aplicada ao controle de constitucionalidade, como forma de salvar o ato normativo controlado e atribuir-lhe efetividade. Isso significa que diante de várias escolhas possíveis de interpretação de um dispositivo constitucional, o intérprete deverá escolher aquela que mais esteja em conformidade com o sentido da Constituição, levando em conta o sistema como um todo. Tal princípio tem a função de conservar o dispositivo em análise, ao imprimir a ele um sentido que lhe dê efetividade e que esteja de acordo com os ditames da Constituição.

Isso leva à análise do princípio da unidade da Constituição (iv) que nos faz ver a Constituição como um sistema que deve trabalhar em conjunto para garantir o equilíbrio e a

---

<sup>8</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 293 QO/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em:<[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=916](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=916)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

manutenção do Estado Democrático de Direito. Segundo o professor Guilherme Peña de Moraes<sup>9</sup>:

[...] as normas constitucionais, revestidas de princípios (...) ou regras (...), com relação de fundamentação a partir daqueles até estas, consistem em fundamento de validade comum de todas as normas jurídicas que integram a mesma ordem constitucional, [...]

Assim, diante de antinomias aparentes entre os dispositivos constitucionais, cabe ao intérprete levando em conta a sistematização do ordenamento jurídico, solucionar o aparente conflito de forma a resguardar o seu bom funcionamento.

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (v), tem relação com a ideia de equidade, e, sobretudo de justiça. Esse princípio é considerado mais que um critério interpretativo, ele é visto como um princípio geral de direito a ser utilizado todas as vezes que se quer coibir o excesso, em nome da prudência. Tal princípio é aplicado à partir da análise de três axiomas: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Configurada a inexistência de meios menos gravosos para alcançar os fins almejados, configura-se aí a necessidade. Já a adequação está presente na medida em que os meios escolhidos para se chegar ao fim pretendido é o mais apropriado, o mais eficaz. E por fim, se os benefícios trazidos for superior ao ônus assumido, presente estará a proporcionalidade em sentido estrito. Presentes a necessidade, a adequação proporcionalidade em sentido estrito estará atendido o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, cabe analisar o princípio da efetividade (vi), princípio em que se extrai a ideia de que a todo dispositivo constitucional deve ser dada a máxima efetividade, e, para isso, deve-se extrair de seu texto a interpretação que melhor alcançar esse objetivo. na Constituição não há palavras inócuas, todas guardam um sentido, sentido este que deve ser perseguido pelo intérprete de forma que atinja o efeito para o qual foi concebido. Ressalte-se que a efetividade das normas constitucionais darão força normativa à Constituição.

Ao apontar os princípios vetores na aplicação da mutação constitucional, importante salientar que passam eles a serem apontados como limites que devem ser respeitados pelo intérprete quando do exercício da atividade interpretativa. Alguns autores<sup>10</sup> afirmam que "em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno

---

<sup>9</sup>PEÑA DE MORAES, op.cit., p.137.

<sup>10</sup>BULOS, op.cit., p.88

é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis". Porém, tal não é o entendimento que predomina, devendo a mutação constitucional se limitar a própria normatividade da Constituição.

A questão que se põe sobre a existência de limites à atividade interpretativa do exercida tem relevância para que não se desenvolva um processo inconstitucional de mutação a ensejar uma norma em desconformidade com o sistema jurídico vigente. Portanto, os limites devem existir e quanto maior o controle sofrer o intérprete, mais se terá assegurado o equilíbrio e a manutenção do Estado Democrático de Direito. É nessa esteira que podemos trazer o fenômeno do *backlash*, que será estudado no terceiro capítulo desse trabalho e que ganha uma importância nos dias atuais, como nova forma de limites à atuação do intérprete.

### **3. O FENÔMENO DO *BACKLASH* COMO LIMITE À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

As transformações expressivas no quadro das relações sociais dão origem à mutação constitucional. Essas mudanças devem ser efetivas, geralmente derivadas de movimentos sociais de forte expressão e aderência, e que pode se dar tanto no plano fático, como também em relação às percepções surgidas e compartilhadas pela coletividade. Esse fenômeno decorre da própria organicidade do Estado, levando em conta as funções atribuídas pela própria Constituição a cada um dos Poderes do Estado e do fato de que esses não podem se sujeitar ao exercício abusivo de suas funções.

Além disso, deve ficar comprovada uma sedimentação jurisprudencial no que diz respeito ao sentido atribuído ao texto constitucional, por meio de sua interpretação. Tal exigência pode parecer um tanto quanto subjetivo, já que não há um número mínimo expresso para determinar que se configura ali uma interpretação constitucional apta a fazer surgir uma legítima mutação constitucional. Assim, esse parâmetro um tanto quanto abstrato não deve prescindir de solução reiterada que chegue a mesma interpretação.

A mutação constitucional pode ser percebida de forma manifesta, quando se trata de entendimentos sumulados, que deixa expressa a sedimentação jurisprudencial. Do contrário, outros aspectos deverão ser avaliados, tal como a aceitação social em relação aquele significado atribuído ao texto constitucional. Desse modo, a mutação constitucional deve se dar por meio de uma interpretação cujo sentido alcance certa sedimentação na consciência

coletiva, refletindo uma adesão da coletividade, para que seja possível produzir os efeitos pretendidos.

Nesse contexto, é necessário que a mutação constitucional encontre uma repercussão positiva mínima por parte da coletividade, com outras palavras, é imprescindível que o sentido atribuído ao texto constitucional e a sedimentação jurisprudencial dele decorrente encontre respaldo social. Não sendo este o caso, pode se afirmar que essa interpretação não traduz de forma adequada os princípios e interesses precípuas daquela sociedade. Deve ser feita, assim, a seguinte diferenciação<sup>11</sup>:

[...] , nem toda alteração na jurisprudência constitucional pode ser vista como uma autêntica mutação da Constituição. Muitas vezes, trata-se de mera correção de um erro judicial do passado, ou ainda do cometimento de um novo equívoco, quando o precedente superado se afigure correto, mesmo no presente.

A busca pela sintonia entre a linguagem da Constituição e a linguagem da sociedade construída, aponta para uma realidade que entra em choque com a referência de se atribuir ao Supremo Tribunal Federal a adjetivação de ser uma Corte “contramajoritária”, uma vez que as decisões proferidas supostamente encontram respaldo em concepções que vem de encontro à vontade da maioria.

Ressalte-se que, algumas vezes as posições firmadas pelo Supremo Tribunal Federal podem desencadear reações adversas tanto da sociedade como dos outros Poderes, levando a Corte a revê-las<sup>12</sup>. Tal afirmação fortalece a ideia de que as mutações constitucionais provocam alterações benéficas no ordenamento jurídico constitucional. Essas alterações oriundas de um procedimento jurídico-hermenêutico devem ser realizadas de maneira imparcial, sobretudo, para reafirmar os valores trazidos na Constituição, solidificando ainda mais a sua força normativa e afirmando a sua efetividade.

A pensar de forma contrária, poderá se insurgir diversas reações que poderiam provocar uma reversão daquela mutação constitucional que se mostra ilegítima. Isso porque não se está falando de um procedimento de alteração definitiva da Constituição; até porque, dar a ele caráter de irreversibilidade configuraria uma afronta ao ordenamento jurídico constitucional do país. Sempre será possível retomar o sentido que mais se coaduna com a realidade fática e com os valores sociais.

---

<sup>11</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 344.

<sup>12</sup>Ibid. p. 402.

Nesse contexto, assim como a sociedade, os outros Poderes do Estado tem a possibilidade de demonstrar a sua contrariedade, desde que devidamente fundamentada, com o objetivo de exercerem suas prerrogativas, e fazer valer o Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, a própria sociedade também deve demonstrar essa capacidade e desenvolver mecanismos com vista a defesa dos valores que lhe são caros; como é o caso do *backlash*.

O *backlash* tem origem no Direito norte-americano e evidencia um fenômeno que surge à partir da reação da sociedade que se opõe às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, que tratam de questões sensíveis e polêmicas. O termo era, originalmente, usado para definir situação em que, se está diante de um defeito causado por uma das rodas que faz parte de um mecanismo formado por um conjunto de rodas que, uma vez conectadas devem ter um movimento uniforme e trabalhar juntas. Porém, no momento em que uma das rodas trava ou apresenta uma folga, ela passa a travar todo o funcionamento do mecanismo.

No Brasil, a primeira vez que o termo foi utilizado, e se fez menção ao fenômeno do *backlash* no Supremo Tribunal Federal, foi no julgamento de questões afeita a Lei da Ficha Limpa, ADC 29/DF<sup>13</sup>, da ADC 30/DF<sup>14</sup> e da ADI 4578/DF<sup>15</sup>. Na ADC 29/DF, o Min. Luiz Fux utilizou como fundamento do seu voto a necessidade de se adequar a interpretação do princípio da presunção de inocência às expectativas da sociedade. Essa pode ser apontada como uma forma de atribuir às decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, uma maior legitimidade.

Dessa forma, o *backlash* deve ser compreendido como um movimento político-social de reação como forma de contestação e inconformidade com a interpretação da ordem normativa realizada pela Corte Constitucional. Portanto, trata-se de demonstração por parte da sociedade de não receptividade de determinada interpretação atribuída ao texto constitucional. É legítima reação da sociedade diante da falácia construída de que as decisões judiciais devem ser suportadas de forma passiva pelos cidadãos porque proferidas por aqueles que detém tal poder. Esta é uma visão errada do Direito, como bem expressa a doutrina<sup>16</sup>:

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 29/DF. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adc-29-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

<sup>14</sup> \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 30/DF. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adc-30-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

<sup>15</sup> \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4578/DF. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adi-4578-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

<sup>16</sup>SOUZA NETO, op. cit., p. 402.

É simplesmente errado o conhecido ditado de que “decisão judicial não se discute, se cumpre”. Sem dúvida, decisão judicial, no Estado de Direito, se cumpre. Mas, na democracia, qualquer decisão dos poderes públicos, inclusive do STF, é passível de discussão e crítica. (...) A crítica pública pode antes exprimir a vitalidade da cultura constitucional; pode significar que a sociedade se importa com a Constituição e com a gramática constitucional.

O *backlash* deve ser visto sob uma perspectiva positiva, uma vez que enriquece o diálogo constitucional, por demonstrar um momento em que o povo participa de forma ativa da construção do conteúdo da Constituição. Por meio da pressão exercida sobre as autoridades, pode-se chegar a uma interpretação constitucional democrática e efetiva. Esse é o escopo maior desse movimento, chegar a uma interpretação que reflita os verdadeiros valores sociais e traga resposta a questões sensíveis que afetam aquela sociedade.

Evidente que não se está pregando aqui a ideia de que as decisões proferidas pelos magistrados devam ser pautadas levando em conta as possíveis reações produzidas na sociedade. É indiscutível que as decisões judiciais não podem ser qualitativamente pautadas no apelo coletivo. As resistências não podem modificar uma decisão que é inequivocamente correta e juridicamente impecável.

O que se defende é que o processo de julgamento, não obstante mantenha-se intransponível em sua dimensão técnico-jurídica, permita ser permeado pelos reflexos emanados da percepção social sobre os valores constitucionais.

Partindo de uma visão consoante à acima firmada, trecho de decisão proferida pelo Min. Fux:

A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.

Há que se constatar que o entendimento cunhado pelo Min. Fux em sua decisão sobre a Lei da Ficha Limpa, plantou a semente para que recentemente a presunção de inocência fosse interpretada de forma a permitir a execução provisória da sentença. Em decisões liminares nas ADC 43<sup>17</sup> e ADC 44<sup>18</sup> o Supremo Tribunal Federal passou a relativizar o

---

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 17 abr. 2017.

princípio da presunção de inocência e a admitir que os condenados em segundo instância possam desde então cumprir suas penas restritivas de liberdade. Tal mudança de entendimento, afeta princípio caro e, por isso foi objeto de críticas.

Ainda no contexto de decisões importantes a serem tomadas temos a questão relativa à legalização do aborto, com recente decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do Min. Luis Roberto Barroso no Habeas Corpus n.124.306/ RJ<sup>19</sup>, de relatoria do Min. Marco Aurélio. Entendeu-se que não há crime de aborto se este se der nos primeiros três meses de gestação, ou seja, os artigos do Código Penal que criminalizam tal conduta foram declarados inconstitucionais. Ressalte-se que essa decisão se aplicará apenas ao caso concreto, devendo ser levada ao Plenário.

Nos dias atuais em que o Supremo Tribunal Federal é instado a se manifestar sobre questões relevantes e sensíveis à sociedade, face a crise institucional que se instaurou, sobretudo nos Poderes Executivo e Legislativo, o papel daquela Corte jurisdicional ganha ainda maior relevância. Poder-se-ia citar ainda várias questões que deverão ser enfrentadas, mas o que importa é ressaltar que as decisões tomadas para que tenham legitimidade, deverão obedecer os limites trazidos pela própria Constituição.

Quando não for esse o caso, a reação da sociedade deverá aparecer como um novo limite a impulsionar uma revisão de entendimento que abarque as expectativas depositadas no órgão supremo da nossa jurisdição. O *backlash* deve ser visto como um fenômeno que confere ao povo o poder do qual é titular, senão pelo seu exercício, pelo menos pelo seu controle. Cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir, mas cabe à sociedade controlar e exigir que essas decisões não estejam em descompasso com a realidade social.

## CONCLUSÃO

A partir da exposição de aspectos essenciais à ordem constitucional e democrática do Estado brasileiro, o presente trabalho procurou apresentar, da forma mais didática possível, as bases que não só possibilitam, como originam o fenômeno da mutação constitucional via interpretação judicial.

---

<sup>18</sup> \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 44. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 17 abr.2017.

<sup>19</sup> \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal.HC 124.306/ RJ . Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em:<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 17 abr.2017

As Constituições democráticas, por mais rígidas que sejam, jamais podem se manter imutáveis. A cristalização dos enunciados constitucionais torna, com o tempo, toda a ordem normativa obsoleta, pois que não será mais capaz de conter e dirimir os conflitos da sociedade, que natural e constantemente sofre mudanças políticas e sociais, graças ao dinamismo próprio do mundo real. Assim, as mutações constitucionais se afiguram inevitáveis, pois a prática jurídica necessita de meios eficazes para lidar com os embates entre as forças sociais e institucionais e a Constituição.

A Constituição brasileira de 1988, dotada de supremacia e rigidez, enfrenta o desafio de manter um delicado equilíbrio entre sua constância e dinâmica própria de um organismo vivo. Daí a importância do fenômeno da mutação constitucional que pode se dar por vários meios. Porém, esse trabalho designou-se a tratar da mutação constitucional via interpretação judicial, através da otimização de uma redação propriamente elástica – por sua textura predominantemente aberta, o que permite adequar a ordem constitucional à realidade fática, sem que se tenha de sucumbir aos desgastes próprios dos meios formais de reforma constitucional. A mutação constitucional permite, assim, contemporizar a Constituição, mantendo a sociedade ativa na permanente reconstrução dos sentidos do texto constitucional.

O fato de as mutações constitucionais se originarem de decisões judiciais fundamentadas e públicas faz com que, em que pese constituírem um método informal de mudança da Constituição, não sejam menos seguras. Através da fundamentação e da publicidade, tanto a soberania popular, quanto os Poderes do Estado podem exercer o controle das mutações; aquela, por meio da pressão popular na busca por progressos responsivos, exercida através de movimentos como o *backlash*.

Esse movimento político-social se revela um verdadeiro fenômeno, que colabora para revigorar a força normativa da Constituição, pois enriquece seu diálogo com o povo brasileiro, possibilitando maior engajamento social. Esta participação da população é responsável pela criação de um sentimento constitucional nos cidadãos que, influenciando ativamente a construção do Direito pátrio e a atuação estatal, garantirão maior efetividade à Constituição. Trata-se, portanto de um meio de ampliação das bases democráticas do Estado brasileiro e de concretização dos valores, direitos e deveres fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 17 abr.2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 293 QO/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=916](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=916)>. Acesso em: 20 mar.2017.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal.ADC 29/DF.Relator Min. Luiz Fux. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adc-29-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. ADC 30/DF. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adc-30-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. ADI 4578/DF.Relator Min. Luiz Fux.Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...adi-4578-df.../inteiro-teor-110525066?ref.=juris-tabs>>. Acesso em 17 abr.2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 43. Relator Min. Marco Aurélio.Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>Acesso em 17 abr.2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 44. Relator Min. Marco Aurélio.Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>Acesso em 17 abr.2017.

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

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.