



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A (im)possibilidade de controle de constitucionalidade na mutação constitucional:
uma análise sob a ótica da rigidez constitucional.

Ana Carolina Ferreira Figueiredo

Rio de Janeiro
2015

ANA CAROLINA FERREIRA FIGUEIREDO

**A (im)possibilidade de controle de constitucionalidade na mutação constitucional:
uma análise sob a ótica da rigidez constitucional.**

Artigo Científico 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 Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

A (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.

Ana Carolina Ferreira Figueiredo

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo: O controle de constitucionalidade brasileiro abarca os sistemas concreto e abstrato, sendo denominado de híbrido ou misto, efetivando-se com base nos princípios da supremacia e da rigidez da Constituição. A seu turno, a mutação constitucional é como uma alteração informal da norma constitucional, não sendo alterado o seu texto expresso, mas apenas lhe conferindo uma nova interpretação. Nesse panorama, emerge a possibilidade ou não do controle de constitucionalidade em uma norma que sofreu uma mutação constitucional, sendo esse controle exercido, de fato, não sobre um texto expresso, mas sim sobre um novo sentido conferido a essa norma constitucional.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Mutação Constitucional. Princípio da Rigidez Constitucional.

Sumário: Introdução. 1. O fenômeno da mutação constitucional e a geração de uma nova interpretação constitucional. 2. O âmbito de incidência do controle de constitucionalidade: norma legal e norma constitucional. 3. O controle de constitucionalidade na mutação constitucional: à luz do princípio da rigidez constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico pretende enfrentar a questão da possibilidade ou impossibilidade de incidência do controle de constitucionalidade em uma norma que sofreu uma mutação constitucional. Tendo em vista ser o tema polêmico na medida em que a análise da rigidez constitucional é imprescindível em sede de controle de constitucionalidade.

A Constituição da República de 1988 caracteriza-se como rígida, possuindo um procedimento de reforma solene, formal, mais complexo e dificultoso que as normas infraconstitucionais. Nesse contexto, emerge a mutação constitucional como uma reforma informal da Constituição sem expressa modificação de seu texto. Sendo o controle de constitucionalidade exercido para aferir a compatibilidade entre uma norma jurídica e a norma constitucional com base na hierarquia normativa.

O tema possui destacada relevância jurídica, política, econômica e social, pois o controle de constitucionalidade das leis afeta todo o ordenamento jurídico, e, por conseguinte a sociedade, que vê uma lei perder a sua validade e eficácia, em decorrência de seu conflito com a Carta Magna. E, ainda, se tem o fenômeno da mutação constitucional, de modo a responder aos anseios políticos e sociais de uma nova interpretação normativa, que melhor se amolda a solucionar conflitos jurídicos.

No intuito de analisar esse fenômeno, o primeiro capítulo do trabalho verificará se a alteração por mutação constitucional, diante da rigidez da Constituição da República Federativa do Brasil, gera uma norma constitucional verdadeiramente nova textualmente.

Prossegue-se no segundo capítulo examinando se o controle de constitucionalidade é cabível apenas quanto a norma legal, ou seja, tendo por objeto a legislação infraconstitucional, ou, ainda quanto à norma constitucional, tendo como objeto e parâmetro o texto constitucional.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de uma norma constitucional que sofreu mutação constitucional tendo alterado o seu sentido, recebendo uma nova interpretação constitucional, poder ser objeto de controle de constitucionalidade pelo modelo de Constituição rígida adotada pelo Brasil.

De forma geral, a pesquisa versará sobre a incidência do controle de constitucionalidade em uma norma que sofreu uma mutação constitucional, não tendo o seu texto normativo sido alterado, mas sim a interpretação jurídica que lhe é conferida, podendo essa estar em dissonância com a Constituição, embora a integre formal e materialmente.

O presente trabalho será desenvolvido com base na metodologia bibliográfica, utilizando as contribuições dos autores relevantes sobre o tema, especialmente com base nos livros de doutrina e artigos científicos, e decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Ainda será descritiva, na medida em que se buscará compreender o fenômeno da

mutação constitucional em sede de controle de constitucionalidade, sem, no entanto, buscar uma solução aparente. Bem como, qualitativa, pois serão considerados os traços subjetivos do fenômeno e do instituto jurídico, assim como suas particularidades.

1. O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A GERAÇÃO DE UMA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em um primeiro momento, deve-se verificar se a alteração por mutação constitucional, diante da rigidez da Constituição da República Federativa do Brasil, gera uma norma constitucional verdadeiramente nova textualmente. Para tanto, imprescindível analisar o processo de formação e alteração da Carta Magna em um Estado Democrático de Direito como a República Federativa do Brasil.

O Estado Democrático de Direito une a democracia com o Estado de Direito. No que tange à democracia a acepção que só interessa no presente estudo é o governo do povo; desse modo, a vontade popular deve fundamentar as decisões públicas, possuindo o povo a supremacia do poder decisório, com fulcro na soberania popular, por meio do voto, momento em que o povo legitima o Poder Legislativo de representação popular concedendo a este o poder decisório. Quanto ao Estado de Direito, o Estado passa a ser regido pelo direito e pelas leis, sendo estas expressões da vontade popular, e o direito um freio ao Estado, ou seja, a soberania popular legitima a criação das leis que impõe limites ao poder estatal.

Desse modo, o Estado Democrático de Direito visa a tutelar os direitos fundamentais, a separação dos poderes, a democracia e a hierarquia normativa. Este último analisado pela pirâmide de Hans Kelsen, que explicita a supremacia constitucional.

De modo a se proceder a análise do fenômeno da mutação constitucional é necessário observar a existência de duas características na atual Constituição da República Federativa do Brasil: a supremacia e a rigidez constitucionais.

A primeira, supremacia constitucional, deriva de uma estrutura escalonada de normas no ordenamento jurídico, na qual a Constituição encontra-se no topo, como norma suprema, superior em hierarquia a todas as demais normas de um ordenamento jurídico. Sendo esta hierarquia normativa, como já mencionada, uma característica do Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil no art. 1º da Carta Magna.

A rigidez constitucional, por outro lado, versa acerca do processo que modifica uma Constituição, por meio, por exemplo, de emendas, reformas ou revisões constitucionais, sendo este um processo mais rigoroso que o processo legislativo comum, que altera, por exemplo, uma lei infraconstitucional.

Nesse sentido, supremacia e rigidez constitucionais entrelaçam-se, pois a Constituição encontra-se em uma posição de hierarquia superior as demais normas, leis e atos, regulando a validade e, em alguns casos, o modo de elaboração destes. O que propicia o processo legislativo constitucional rígido, mais complexo, característico da rigidez constitucional.

Afinal, após a Constituição ser criada pelo poder constituinte originário, apenas poderá ser reformada, de modo formal e solene, pelo poder constituinte derivado reformador, sendo este último exercido pelo Poder Legislativo, que detém poder decisório por meio da legitimidade popular.

Quando o Poder Legislativo exerce o poder constituinte derivado reformador há uma alteração não apenas no sentido ou na interpretação da norma constitucional, mas em seu próprio texto escrito, uma vez que o exercício de tal poder observa os mecanismos de alteração formal e rígida do texto normativo constitucional, exigidos pela rigidez constitucional, vindo a produzir uma norma constitucional textualmente nova.

No entanto, pela dinâmica social que evolui cotidianamente, a sociedade anseia por respostas jurídicas mais rápidas aos problemas e questões habituais, pois o ordenamento

jurídico pátrio engessa em normas jurídicas, seja constitucionais ou infraconstitucionais, a depender da matéria tratada, tornando-as estáticas, não evoluindo o direito na mesma velocidade que a sociedade; de modo que, a resposta jurídica não atende prontamente aos anseios da sociedade.

Em razão da característica constitucional da rigidez, a norma constitucional evolui mais lentamente ainda que a norma infraconstitucional, por conta de toda a dinâmica de seu processo legislativo, de modo a conferir maior segurança jurídica à sociedade, em contrapartida, retirando a celeridade e pronta resposta.

Nesse cenário, emerge a mutação constitucional que ocorre como fruto das mudanças na sociedade em decorrência de circunstâncias sociais, políticas, econômicas; bem como, pelos usos e costumes, que acabam por propiciar alterações informais na Carta Magna, por meio de novos sentidos e conteúdos que são agregados ou omitidos do texto constitucional possibilitando uma nova interpretação do dispositivo da Carta Magna¹. Em outras palavras, seria como uma reforma informal da Constituição da República sem modificação do texto e sem cumprir os procedimentos expressamente previstos para alterá-lo, como revisões ou emendas.

A autora Oriana P. A. M. Pinto define de forma clara o fenômeno da mutação constitucional, motivo pelo qual, cita-se um parágrafo de seu artigo “O Inquietante Fenômeno da Mutação Constitucional”:

O ato de interpretar pode levar a mutações constitucionais sem vulnerar a letra do Texto Maior. Todos os métodos de interpretação podem produzir mudanças difusas na Constituição, que afetam o sentido, o significado e o alcance de algum de seus dispositivos. Tais modificações são informais e silenciosas e têm por finalidade atualizar e adequar a constituição à dinâmica da realidade social, o que se evidencia

¹ BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, v.33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. de 1996. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176380/1/000506397.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2013. p. 27. De modo a caracterizar o fenômeno da mutação constitucional, transcrevo um parágrafo, do citado artigo de Uadi Lamêgo Bulos: “Assim, denomina-se mutação constitucional, o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.”

em épocas em que foram atribuídos sentidos novos a determinado preceito da constituição.²

Dessa forma, tem-se a mutação constitucional como um instrumento que pode ser exercido por diversos órgãos, em especial pelo Poder Judiciário, sendo um meio de alteração informal das normas da Constituição da República de 1988.

No entanto, deve-se observar que a alteração da norma constitucional por meio de mutação constitucional por não ser realizada pelo poder constituinte derivado reformador, através do Poder Legislativo, apenas a interpreta o texto normativo constitucional de modo a atender aos anseios sociais, sem, no entanto ter legitimação democrática popular para alterar formalmente o texto normativo constitucional, uma vez que o responsável por esta alteração não foi eleito pelo povo.

Por essa razão, a mutação constitucional não produz uma nova norma constitucional, não havendo alteração do texto normativo constitucional, mas apenas no seu significado, na interpretação constitucional, atendendo aos anseios sociais sem ferir o princípio da rigidez constitucional que exige um procedimento formal e rígido de alteração textual da norma constitucional por meio do poder constituinte derivado reformador.

De modo a corroborar todo o exposto e defendido neste capítulo, menciona-se a obra de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.³

Portanto, o intuito deste primeiro capítulo foi analisar o fenômeno da mutação constitucional no ordenamento jurídico pátrio, de modo a demonstrar que esta opera por meio

² PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *O inquietante fenômeno da mutação constitucional*. Disponível em < http://www.enm.org.br/?secao=mostra_biblioteca&bib_id=104&top=6>. Acesso em: 15 jan. 2013. p. 14.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152.

de um procedimento de alteração informal da norma constitucional apenas uma mudança na interpretação constitucional da referida norma e não uma reforma textual.

2. O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: NORMA LEGAL E NORMA CONSTITUCIONAL

O presente capítulo tem por escopo a análise do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, com vias de seu exercício sobre a norma legal, que advém da lei infraconstitucional e sobre a norma constitucional, oriunda da Constituição, nesse último caso ambas as normas, parâmetro e objeto, detém o mesmo nível hierárquico.

O controle de constitucionalidade exercido em um ordenamento jurídico que adote uma Constituição rígida, como o brasileiro, é fruto da hierarquia normativa, pois o princípio da supremacia da Constituição se interliga com a rigidez constitucional propiciando este controle⁴.

No entanto, o cerne da discussão gira em torno das normas constitucionais que possam ser passíveis de controle de constitucionalidade, uma vez que as normas tidas como objeto possuem a mesma hierarquia das normas constitucionais que serão o parâmetro para o exercício do referido controle.

De modo a entender o mecanismo do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, é imprescindível a análise dos modelos que foram adotados pela Carta Magna após uma longa evolução das Constituições, além do aprimoramento da doutrina e da jurisprudência acerca do tema, bem como do contexto histórico da época.

O primeiro a ingressar no ordenamento jurídico pátrio, com o advento da república, foi o modelo norte-americano do controle de constitucionalidade difuso, isto é, um controle

⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 168. E justamente em razão da supremacia jurídica da constituição, decorrente da necessidade, existentes nas constituições rígidas, de que os diplomas normativos sejam compatíveis com os comandos constitucionais, é que se pode pensar em controle de constitucionalidade das normas, já que não haveria sentido falar-se em referido controle caso a constituição pudesse ser alterada pela simples edição de uma lei infraconstitucional, caso não houvesse uma hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais.

exercido por qualquer órgão do poder judiciário de um determinado ordenamento jurídico quando este venha a decidir acerca das causas de sua competência, produzindo esta decisão o efeito *inter partes* da declaração de inconstitucionalidade, pois declara-se na fundamentação e não no dispositivo da sentença.

O modelo de controle abstrato de constitucionalidade ingressou posteriormente, por influência do modelo europeu de controle de constitucionalidade. Trata-se de um sistema no qual apenas um órgão do judiciário tem competência para exercer o controle, por isso também denominado controle concentrado, e, no Brasil este órgão é o Supremo Tribunal Federal, conhecido como guardião da Constituição. Por este modelo, a decisão produz eficácia erga omnes, sendo em regra exercido sobre a lei em tese, por meio das ações diretas de inconstitucionalidade, que são: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação de descumprimento de preceito fundamental e representação interventiva⁵.

Passaram, então, a conviver os dois modelos de controle judicial de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988, pois essa adotou o sistema híbrido ou misto de controle de constitucionalidade.

De um modo amplo, sem distinção de modelo, pode-se conceituar o controle de constitucionalidade das leis como um mecanismo correccional, pelo qual se verifica a compatibilidade entre uma norma da Constituição, tida como norma parâmetro, e uma norma infraconstitucional, a norma objeto, sendo esta uma lei ou um ato normativo, a partir da análise dos requisitos formais e materiais da Carta Magna.

Todavia, o exercício desse controle sobre as normas legais apenas é possível ante a presunção relativa de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, isto é, presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário. Sendo essa prova produzida por meio do exercício do

⁵ MENDES, op. cit., p. 1099-1101.

controle de constitucionalidade, que analisa se uma lei infraconstitucional está em conformidade com a Carta Magna, se não estiver afasta-se a presunção declarando o texto normativo expresso inconstitucional.

Por esse, depreende-se que para o exercício do controle de constitucionalidade é imprescindível que se esteja diante de uma hierarquia normativa, e por isso, a notoriedade de uma Constituição rígida admiti-lo, uma vez que esta só poderá ser alterada por um processo mais rigoroso que o das leis infraconstitucionais.

Contudo, a divergência emerge quanto ao cabimento do exercício do controle de constitucionalidade em face de uma norma constitucional, e é justamente essa questão que se busca analisar neste segundo capítulo.

Neste estudo, faz-se mister observar que a presunção de constitucionalidade das normas constitucionais originárias é absoluta, não sendo possível o controle de constitucionalidade entre duas normas constitucionais originárias, ante a necessidade de uma Constituição rígida que contenha uma norma parâmetro superior hierarquicamente a norma objeto que será passível do controle de constitucionalidade, sendo esta inclusive a orientação do Supremo Tribunal Federal.⁶

Em outros termos, por possuírem o mesmo nível hierárquico e por terem sido constituídas pelo mesmo poder constituinte originário, não há como haver a prevalência de

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 815 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Data de Julgamento: 28/03/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14702237/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-815-df>>. Acesso em: 22 ago. 2015. Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.

uma sobre a outra. Pois, o quando se esta diante do poder constituinte originário uma norma constitucional não seria inconstitucional quando comparada com outra norma constitucional, cabendo ao intérprete do texto constitucional proceder a compatibilização de duas normas constitucionais aparentemente conflitantes entre si, permanecendo ambas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Existem ainda as normas constitucionais que não emergem no momento de elaboração da Carta Magna, ou seja, são frutos do exercício pelo Poder Legislativo do poder constituinte derivado, por meio do qual a Constituição é passível de sofrer emendas constitucionais ou revisão constitucional, meios formais de alteração do texto constitucional.

Sendo as emendas constitucionais exercidas hodiernamente, desde que preenchidos os requisitos do art. 60 da CRFB. Enquanto que a reforma constitucional, prevista no art. 3º do ADCT, foi realizada após cinco anos da promulgação da Carta Magna.

No que concerne às emendas constitucionais, essas não podem tender a reduzir ou abolir os direitos e garantias fundamentais insculpidos como cláusulas pétreas, assim como a forma federativa de Estado; o voto direito, secreto, universal e periódico; e, a separação dos Poderes, na forma do art. 60, §4º CRFB.

O controle de constitucionalidade sobre as emendas constitucionais oriundas do poder constituinte derivado é viável e existe na prática jurídica hodierna, consoante expressou-se de forma clara e precisa o ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence:

No campo das ações diretas, nós sabemos, como diz a constituição, era inevitável que praticamente a cada emenda constitucional, se possa dizer hoje, siga-se uma ação direta, com a qual as forças políticas vencidas no processo de elaboração da emenda constitucional, suscitem perante o Supremo Tribunal, dada a amplitude das cláusulas pétreas do art. 60, a existência ou não de violação dos limites materiais, ou mesmo dos limites formais ao poder de reforma constitucional.⁷

⁷ PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *O controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal*: crônica de jurisprudência. Disponível em < http://ww3.lfg.com.br/material/2009_2S/marcelo_novelino/Int1_DConst_Novelino_aula03_18190809_matprof2.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015. p. 9-10.

Portanto, pelo analisado no decorrer deste capítulo, depreende-se que o controle de constitucionalidade exercido pelo direito pátrio abrange as normas infraconstitucionais pela supremacia e rigidez da Carta Magna; bem como, as normas constitucionais decorrentes do poder constituinte derivado, fruto de emendas constitucionais, quando não adequadas aos preceitos e princípios constitucionais mantendo em unidade o texto constitucional. Não sendo cabível o controle de constitucionalidade sobre as normas constitucionais originárias, podendo essas normas apenas figurarem como norma parâmetro em sede de controle de constitucionalidade.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: À LUZ DO PRINCÍPIO DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Este capítulo visa a examinar a possibilidade de uma norma constitucional que sofreu mutação constitucional tendo alterado o seu sentido, recebendo uma nova interpretação constitucional, poder ser objeto de controle de constitucionalidade pelo modelo de Constituição rígida adotada pelo Brasil.

Em princípio, registra-se pelo já examinado que seja a norma constitucional originária ou derivada, seja a norma infraconstitucional, essas estão expressamente previstas no texto escrito. Ademais qualquer alteração do texto normativo constitucional fruto do poder constituinte derivado procede-se por meio de uma alteração formal da norma constitucional, não apenas sendo alterado o seu sentido, embora por um processo legislativo mais complexo que o de alteração do texto expresso de uma norma infraconstitucional.

Ao passo que, quando uma norma constitucional sofre o fenômeno da mutação constitucional, ocorre uma alteração informal dessa norma, sendo-lhe conferida uma interpretação que é distinta do expresso textualmente, ou seja, a norma constitucional prevê de forma expressa um sentido, e a mutação constitucional possibilita que informalmente lhe seja atribuído outro sentido.

Dessa forma, o objeto de análise deste capítulo, como questão norteadora central, é o de entender se o controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro pode ser exercido em face de uma nova interpretação constitucional conferida à norma constitucional sem alterar em nada o seu texto expresso, ou apenas pode ser exercido em face de previsões textualmente expressas, como as acima referidas, quando se trata de uma norma infraconstitucional como objeto que tem uma norma constitucional como parâmetro comparativo para o exercício do controle de constitucionalidade, ou ainda sobre normas constitucionais oriundas do poder constituinte derivado.

O princípio da rigidez constitucional presente numa Constituição rígida como a da República Federativa do Brasil, caracteriza-se, como já analisado no primeiro capítulo, por um processo mais dificultoso, formal e solene de alteração das normas constitucionais, exigindo quórum mais elevado e o exercício do poder constituinte derivado reformador, propiciando uma maior hierarquia das normas constitucionais, estando intrinsecamente relacionado com a supremacia da Constituição frente as demais normas infraconstitucionais.

Por todo esse procedimento legislativo confere-se mais segurança jurídica ao ordenamento jurídico pátrio com a rigidez constitucional, conferindo maior credibilidade ao direito perante a sociedade. E, para se manter de forma plena e real esta rigidez, faz-se mister o exercício do controle de constitucionalidade, de modo a se resguardar as normas constitucionais frente a possibilidade de conflitos e antinomias ante as normas infraconstitucionais e até mesmo entre as normas constitucionais originárias e as normas constitucionais que não sejam originárias.

No entanto, existem normas constitucionais que sofrem alterações informais, isto é, resultam de mutações constitucionais, que implicam numa mudança de sentido da norma, sem alteração expressa de seu texto normativo. De modo que a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade em face de uma interpretação constitucional e não de um texto

constitucional expressamente previsto poderia abalar o ordenamento jurídico pátrio, no que tange a sua segurança jurídica.

Pois, se estaria diante de uma situação em que a norma objeto seria fruto de uma mutação constitucional, não sendo conflitante com outra norma constitucional o seu texto normativo expresso, mas sim a nova interpretação constitucional conferida a esta norma como resultado de uma mutação constitucional. O que tornaria muito mais complexo e dificultoso o exercício efetivo do controle de constitucionalidade.

O Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, defende a possibilidade da inconstitucionalidade superveniente nessa hipótese, pois haveria uma evolução na jurisprudência dos Tribunais ocasionado a mutação constitucional, decorrente de uma mudança fática na realidade social circundante, que propiciaria a alteração informal da norma antes considerada constitucional, tornando-se inconstitucional⁸.

Essa posição deve ser compatibilizada com a teoria da nulidade admitida para o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, que considera a norma inconstitucional como sendo nula, tendo a declaração de inconstitucionalidade natureza declaratória, pois a norma nasce com o vício insanável da inconstitucionalidade, logo, inválida, havendo apenas a declaração de que a mesma não mais será eficaz, produzindo efeitos que retroagem a criação da norma.

No entanto, a adoção desta teoria da nulidade não é feita de forma inflexível. Portanto, em alguns casos excepcionais e fundamentados, em geral, na boa-fé, justiça e segurança jurídica,⁹ admite-se uma relativização da nulidade como sanção, por meio da alteração de seu efeito retroativo, uma vez que esta é a melhor forma de preservação das relações jurídicas reguladas pela norma posteriormente declarada inconstitucional. Exemplo

⁸ MENDES, op. cit., p. 1122. "[...]No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas."

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* - exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.

de atenuação é modulação temporal dos efeitos, que segundo Luís Roberto Barroso foi expressamente prevista no art. 27 da Lei 9868/99.¹⁰

Com essa relativização, tornou-se viável em sede de controle de constitucionalidade a posição defendida pelo eminente Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, pois não haveria a declaração de nulidade com efeitos *ex tunc* no caso de inconstitucionalidade superveniente, conferindo maior segurança jurídica as decisões judiciais previamente estabelecidas.

A análise da inconstitucionalidade superveniente realizada por Gilmar Ferreira Mendes, assim como por Guilherme Peña de Moraes¹¹ sob a ótica da questão da mutação constitucional que não incide sobre o exposto textualmente no texto normativo constitucional, mas no novo sentido conferido a norma constitucional fruto de alterações na realidade fática e social, não é abarcada pela doutrina pátria, bem como pela jurisprudência da Corte Suprema.

Pois, o Supremo Tribunal Federal entende que o ordenamento jurídico pátrio não adota a tese da constitucionalidade superveniente, tendo a norma emergido sob a peja da inconstitucionalidade não é possível que venha a ser considerada constitucional, pois o vício é insanável. Todavia, esta análise realizada pela Corte Suprema incide sobre a norma constitucional objeto de emenda à Constituição, não sendo analisada quanto a mutação constitucional.¹²

¹⁰ Ibid., p. 46. Exemplo de atenuação a modulação temporal dos efeitos, que pela Lei 9868 de 1999, segundo Luís Roberto Barroso: "Nela se permitiu, de forma expressa, pela primeira vez, a atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo-se, por exceção, que a declaração de inconstitucionalidade não retroagisse ao início da vigência da lei. O art. 27 do novo diploma assim dispôs: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

¹¹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.152. "A inconstitucionalidade superveniente é exteriorizada em momento posterior à produção de norma subjugada ao controle de constitucionalidade, em decorrência de mutação constitucional ou reforma constitucional."

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 390840, Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15-08-2006 PP-00025 EMENT VOL-02242-03 PP-00372 RDDT n. 133, 2006, p. 214-215. Disponível em <

Outra interpretação conferida a inconstitucionalidade superveniente seria aquela inconstitucionalidade declarada quando da compatibilização da nova Constituição com a norma infraconstitucional anterior a sua edição, explicitada por José Afonso da Silva¹³ e o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso¹⁴. Contudo, o Supremo Tribunal Federal também não adota essa tese, entendendo que o ato normativo infraconstitucional não foi recepcionado pela Carta Magna vigente, tratando-se de hipótese de revogação.¹⁵

Por todo o exposto, depreende-se que a doutrina e a jurisprudência pátria, ainda, são incipientes quanto ao controle de constitucionalidade exercido sobre a mutação constitucional, havendo apenas posições vanguardistas que encampam uma tese, inconstitucionalidade superveniente, que não é adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Em face da análise do sistema jurisdicional brasileiro, a partir da evolução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, se procedeu a um mapeamento do fenômeno da mutação constitucional, de modo a demonstrar que esse opera

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+390840%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+390840%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a4ky4s8> >. Acesso em: 08 set. 2015.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana%20Carolina/Downloads/Dialnet-ControleDeConstitucionalidade-1975554.pdf>. Acesso em: 08 set. 2015.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62-63.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2 DF, Relator: Ministro Paulo Brossard, Data de Julgamento: 06/02/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 09 set. 2015. Ementa: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.

por meio de um procedimento de alteração informal da norma constitucional, ocorrendo apenas uma mudança na interpretação constitucional da referida norma e não uma reforma textual.

Os princípios da rigidez e da supremacia constitucionais influem no exercício do controle de constitucionalidade, alavancando de forma indireta esse fenômeno da mutação constitucional, na medida em que o processo de alteração e reforma das normas constitucionais é mais solene e dificultoso, por conseguinte, moroso em relação a realidade fática circundante, sendo necessário um mecanismo que suprisse essa morosidade, o que foi alcançado com a mutação constitucional.

O controle de constitucionalidade adotado pelo direito pátrio é misto ou híbrido, abarcando os sistemas concreto e abstrato. No entanto, seu objeto não abrange as normas constitucionais originárias podendo estas normas apenas figurarem como norma parâmetro em sede de controle de constitucionalidade.

Ao passo que as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais oriundas do exercício do poder constituinte derivado, originadas de emendas constitucionais, quando conflitantes com os princípios e preceitos, expressa e implicitamente, insculpidos na Constituição, violando a unidade do texto constitucional, são passíveis do controle de constitucionalidade, concreto ou abstrato.

Quanto ao controle de constitucionalidade exercido sobre as normas constitucionais que sofreram o fenômeno da mutação constitucional pode-se depreender do presente estudo que a doutrina e a jurisprudência brasileira são incipientes sobre o tema, não se tendo na jurisprudência uma discussão firmada, bem como na doutrina há posição de vanguarda defendendo que é cabível o exercício do referido controle, tratando-se de uma inconstitucionalidade superveniente.

No entanto, essa inconstitucionalidade para a doutrina e jurisprudência dominantes incide sobre normas textualmente expressas, não objeto de mutação constitucional, não sendo adotada pelo direito pátrio.

Portanto, de todo o exposto no presente trabalho, pode-se concluir que o controle de constitucionalidade na mutação constitucional, ainda é um desafio a ser enfrentado pelos doutrinadores e juristas brasileiros.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2015.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro - exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 815 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14702237/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-815-df>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 390840, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+390840%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+390840%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a4ky4s8>>. Acesso em: 08 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2 DF, Relator: Ministro Paulo Brossard. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 09 set. 2015.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176380/1/000506397.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORRÊA, Daniel Marinho. *Parâmetros para a mutação constitucional*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9854>. Acesso em: 07 mar. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Glauco Salomão. *A Extensão da Eficácia Erga Omnes e do Efeito Vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional*. Disponível em <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Mutacao_Glauco.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Dalton Santos. *Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade*. A importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/15074/critica-a-caracterizacao-da-atuacao-senatorial-no-controle-concreto-de-constitucionalidade-brasileiro-como-funcao-de-publicidade>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

NEGRELLEY, Leonardo Araújo. *O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático de Direito*. In: CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Disponível em <

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PAULO, Vicente.; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

_____. *Controle de Constitucionalidade*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *O controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência*. Disponível em < http://ww3.lfg.com.br/material/2009_2S/marcelo_novelino/Int1_DConst_Novelino_aula03_18190809_matprof2.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *O inquietante fenômeno da mutação constitucional*. Disponível em < http://www.enm.org.br/?secao=mostra_biblioteca&bib_id=104&top=6>. Acesso em: 07 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Ana%20Carolina/Downloads/Dialnet-ControleDeConstitucionalidade-1975554.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. atual. ampl. e reimp. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.