



**MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Luís Roberto Barroso

Doutor pela UFRJ e Professor da UERJ

SUMÁRIO

I. Conceito e generalidades. II. Fundamento e limites. III. Mecanismos de atuação; III.1. A interpretação como fundamento de mutação constitucional; III.2. Mutação constitucional pela atua o do legislador; III.3. Muta o constitucional por via de costume. IV. Mudança na percep o do Direito e mudança na realidade de fato. V. Conclusão.

1 CONCEITO E GENERALIDADES¹

As Constituições têm vocação de permanência². Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios³. Os mortos não podem governar os vivos⁴. Porque assim é, todas as Cartas Políticas prevêm mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades. Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais.

Com efeito, a modificação da Constituição pode se dar por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da *reforma constitucional*, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a *rigidez constitucional*. Já a alteração por via informal se dá pela denominada *mutação constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.

Na Europa, a doutrina tradicional, originária da teoria constitucional francesa, só admitia modificações na Constituição por via do procedimento próprio de

¹ Alguns trabalhos de relevo sobre o tema podem ser destacados: ZANDONADE, Adriana. *Mutação constitucional*, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 35:194, 2001; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, 1986; ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1995; e *We the people: transformations*, 1998; DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional*, 2005; JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*, 1991; TEIXEIRA, J.J. Meirelles. *Curso de direito constitucional*, 1991, p. 141 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. II, 2000, p. 131 e ss.; SILVA, José Afonso da. *Mutações constitucionais*. In: *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*, 2000; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*, 1986; HESSE, Konrad. *Limites de la mutación constitucional*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983; MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*, mimeografado; ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. *Mudança constitucional: o Brasil pós-1988*, 2003; HORTA, Raul Machado. *Permanência e mudança na Constituição*. In: *Curso de direito constitucional*, 2002; e BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*, 1997.

² HORTA, Raul Machado. *Permanência e mudança na Constituição*. In: *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 97: "A permanência da Constituição é a idéia inspiradora do constitucionalismo moderno".

³ A Constituição francesa de 1791 instituía uma fórmula excessivamente rígida para sua alteração, tendo sido tragada pela dinâmica revolucionária. Já a Constituição de 1793 trazia, no seu art. 28, a seguinte proclamação: "Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras".

⁴ É conhecida a veemência com que Thomas Jefferson e Thomas Paine se opunham aos privilégios reivindicados por uma geração sobre a outra, pelo fato de haver elaborado uma Constituição. Escreveu PAINE, em seu *The rights of man*, 1969 (a 1ª. edição é de 1791): "A vaidade e a presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias". V. DORSEN, Norman, ROSENFELD, Michel, SAJÓ, Andrés e BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism*, 2003, p. 82; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999, p. 40-1; e VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1999, p. 58.



reforma do seu texto⁵. Coube à teoria constitucional alemã, em elaborações sucessivas⁶, e à própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal⁷, o desenvolvimento e comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal. Tal admissão, é bem de ver, precisou superar a separação metodológica rígida entre o mundo do Direito (o *ser*) e a realidade fática (o *dever ser*), imposta pelo positivismo jurídico⁸. O impacto da passagem do tempo e das transformações históricas, políticas e sociais levou ao reconhecimento dessa específica categoria teórica que é a mutação constitucional⁹.

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

Não obstante isso, a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional. Dois deles são referidos a seguir. A jurisprudência

⁵ DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional**, 2005, p. 3. Autores franceses contemporâneos, no entanto, reconhecem o papel do *coutume constitutionnelle* (costume constitucional), que pode ser mais importante que o das reformas formais. V. CHANTEBOUT, Bernard. **Droit constitutionnel et science politique**, 1991, p. 45; e CADART, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, v. 1, 1990, p. 127.

⁶ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**, 1991 (a edição original em alemão é de 1906): "*Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación*". V. tb. DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**, 1998 (a edição original em alemão é de 1932); e HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983.

⁷ BVerfGE 2, 380 (401). V. tb. HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983, p. 88.

⁸ Nesse sentido, HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983, p. 97: "*Una teoría jurídica de la mutación constitucional y de sus límites sólo hubiera sido posible mediante el sacrificio de uno de los presupuestos metódicos básicos del positivismo: la estricta separación entre 'Derecho' y 'realidad', así como lo que constituye su consecuencia, la inadmisión de cualesquiera consideraciones históricas, políticas y filosóficas del proceso de argumentación jurídica*".

⁹ Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. II, 2000, p. 131 e ss.) utiliza a expressão *vicissitudes constitucionais*, que divide em expressas (e.g., revisão constitucional) e tácitas. Na categoria das vicissitudes constitucionais tácitas aloca o costume constitucional, a interpretação evolutiva e a revisão indireta (que identifica como sendo o reflexo sofrido por uma norma em razão da alteração formal de outra, por via de revisão direta). J.J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 2003, p. 1.228) emprega a locução *transição constitucional*, referindo-se "à revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto".



formada a partir do *New Deal* rompeu frontalmente com o entendimento constitucional vigorante ao longo da denominada era *Lochner*, passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então se havia entendido que tais leis violavam a liberdade de contrato assegurada pela Constituição¹⁰. Um segundo exemplo: a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*, julgado em 1954, que impôs a integração racial nas escolas públicas. Até então, prevalecia o entendimento constitucional, firmado em *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896, que legitimava a doutrina do “iguais mas separados” no tratamento entre brancos e negros. Nessas duas hipóteses, a Constituição material mudou substancialmente, sem que houvesse alteração de seu texto¹¹.

Em denso artigo publicado em 2007, Bruce Ackerman retornou ao tema das mutações constitucionais nos Estados Unidos. Nele voltou a reconhecer que, sobretudo ao longo do século XX, as principais modificações constitucionais americanas não se deram por via de emenda formal, tal como disciplinada pelo art. 5º da Constituição. Relembrou, nesse contexto, os casos em que a Suprema Corte foi agente das transformações constitucionais, pelo estabelecimento de nova interpretação, superadora de entendimento anterior, como nos dois exemplos citados acima. Foi adiante, no entanto, para demonstrar o argumento de que uma das principais mudanças constitucionais experimentadas pelos Estados Unidos – a revolução em favor dos *direitos civis*, também conhecida como “Segunda Reconstrução”¹² – foi implementada por meio da aprovação de um conjunto de leis ordinárias ao longo da década de 60 do século passado, como o *Civil Rights Act*, de 1964, o *Voting Rights Act*, de 1965, e o *Fair Housing Act*, de 1968. Portanto, segundo ele, já não é o sistema formal de emendas que marca as grandes mudanças constitucionais dos últimos setenta e cinco anos, mas as decisões judiciais e a edição de leis¹³.

¹⁰ Sobre o tema da mutação constitucional nos Estados Unidos e sobre o episódio do *New Deal*, especificamente, v. os trabalhos notáveis de ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1991; e *We the people: transformations*, 1998. Ainda sobre a mesma temática, v. tb. GRIFFIN, Stephen. “Constitutional theory transformed”, *Yale Law Journal* 108:2115, 1999; e SUNSTEIN, Cass. *The second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, 2004. Em língua portuguesa, v. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 2006, p. 52 e ss.; DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional**, 2005, p. 10 e ss.; e MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade**, 2005, p. 178 e ss.

¹¹ Sobre a evolução da jurisprudência sobre a igualdade nos EUA, v. GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**, 2001.

¹² *Direitos civis*, na terminologia americana, diz respeito ao direito de igualdade – *equality* ou *equality under the law* –, sendo a expressão empregada, normalmente, em um contexto de reação à discriminação racial, especialmente em relação aos negros. A *Reconstrução* foi o período subsequente à Guerra de Secessão, que resultou no banimento do regime de escravidão e na aprovação das 13ª e 14ª emendas. A *Segunda Reconstrução* é a expressão empregada para identificar a conquista de direitos civis pelos negros, por meio de movimentos sociais, políticos e atos legislativos que tiveram lugar na década de 60, tendo como uma de suas principais lideranças Martin Luther King. V. HALL, Kermit L. **The Oxford companion to american Law**, 2002; v. tb. FISS, Owen. *Between supremacy and exclusivity*. In: BAUMAN, Richard W. e KAHANA, Tsvi (eds.). **The least examined branch**: the role of legislature in the constitutional state, 2006. Como se anotará mais à frente, Fiss não endossa a tese de Ackerman.

¹³ ACKERMAN, Bruce. “The living Constitution”, *Harvard Law Review* 120:1.738, 2007, pp. 1.741-2 e 1760:



À vista dos elementos expostos até aqui, é possível dizer-se que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

2 FUNDAMENTO E LIMITES

O tema da mutação constitucional tem o seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. Já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático, assim como o dissociava, igualmente, da filosofia, da ética e de considerações em torno da idéia de justiça. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, produziram modificações profundas no modo como o Direito é pensado e praticado e redefiniram o papel da interpretação jurídica e do intérprete, especialmente em matéria constitucional.

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco entre norma e realidade¹⁴.

"[T]he formal system of amendment no longer marks the great changes in constitutional course ratified by the American people over the last seventy-five years. (...) It is judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution. (...) A second great pathway involves the enactment of landmark statutes that express the new regime's basic principles: the Social Security Act, for example, or the Civil Rights Acts of the 1960s".

¹⁴ Sobre o tema, v. o trabalho seminal de HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983. Um desenvolvimento específico dessa questão foi dado por Friedrich Muller, para quem a norma jurídica deve ser percebida como o produto da fusão entre o programa normativo e o âmbito normativo. O *programa normativo* corresponde ao sentido extraído do texto constitucional pela utilização dos critérios tradicionais de interpretação, que incluem o gramatical, o sistemático, o histórico e o teleológico. O *âmbito normativo*, por sua vez, identifica-se com a porção da realidade social sobre a qual incide o programa normativo, que tanto condiciona a capacidade de a norma produzir efeitos como é o alvo de sua pretensão de efetividade. V. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, 2005. V. tb. SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**, 2005, trabalho que inclui uma exposição didática da chamada metódica estruturante desenvolvida por Friedrich Muller (v. p. 123 e ss.). Sobre a relevância dos fatos para a interpretação constitucional, v. PARDINI, Jean-Jacques. **Le juge constitutionnel e le 'fait' en Italie et en France**, 2001.



Feita a digressão, retoma-se a linha de raciocínio. A mutação constitucional se realiza por via da interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas políticas socialmente aceitas. Sua legitimidade deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma.

A conclusão a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Esta terceira via já foi denominada por célebre publicista francês como *poder constituinte difuso*¹⁵, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas esta capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

¹⁵ BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**, v. 4, 1969, p. 246-7: “Se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. (...) Há um exercício quotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse *poder constituinte difuso*, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo” (tradução livre, destaque acrescentado). V. tb. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**, 1986, p. 10: “Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de Burdeau”.



As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente.

3 MECANISMOS DE ATUAÇÃO

A adaptação da Constituição a novas realidades pode se dar por ações estatais ou por comportamentos sociais. A *interpretação constitucional*, normalmente levada a efeito por órgãos e agentes públicos – embora não exclusivamente¹⁶ –, é a via mais comum de atualização das normas constitucionais, sintonizando-as com as demandas de seu tempo. Em segundo lugar vem o *costume constitucional*, que consiste em práticas observadas por cidadãos e por agentes públicos, de maneira reiterada e socialmente aceita, criando um padrão de conduta que se passa a ter como válido ou até mesmo obrigatório.

A interpretação constitucional, como é corrente, é levada a efeito pelos três Poderes do Estado. Embora a interpretação judicial desfrute de primazia, devendo prevalecer em caso de controvérsia, é fora de dúvida que o legislador e o administrador também têm sua atuação fundada na Constituição, precisando interpretá-la na rotina de suas funções. De fato, é nela que deverão colher os princípios inspiradores de sua conduta e os fins a serem realizados com sua atividade. Há, todavia, um traço distintivo nítido no objeto de atuação de cada Poder: é que ao Legislativo incumbe a *criação* do direito positivo, ao passo que ao Judiciário e à Administração compete sua *aplicação*¹⁷. Embora já se reconheça que aplicar o Direito envolve sempre alguma dose de subjetividade e, em certos casos, de co-participação do sujeito na criação da norma, convém ter em mente a diferença de grau existente entre as atividades de legislar originariamente e interpretar a partir de um texto existente. Devido às especificidades de cada instância, os mecanismos de mutação constitucional serão aqui sistematizados em: interpretação (judicial e administrativa), atuação do legislador e costumes.

3.1 A interpretação como instrumento da mutação constitucional

A interpretação constitucional consiste na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas à sua aplicação. Em

¹⁶ A propósito, v. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, 1977.

¹⁷ V. FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 2005, p. 3 (atualiz. BINENBOJM, Gustavo).



qualquer operação de concretização do Direito haverá aplicação da Constituição, que se dará de maneira direta ou indireta. Será direta quando uma determinada pretensão se fundar em um dispositivo constitucional. Por exemplo: alguém vai a juízo em defesa de sua liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) ou na defesa do seu direito de privacidade (CF, art. 5º, X). E será indireta sempre que uma pretensão se basear em uma norma infraconstitucional. É que, nesse caso, a Constituição figurará como parâmetro de validade da norma a ser aplicada, além de pautar a determinação de seu significado, que deverá ser fixado em conformidade com ela.

Algumas características das normas constitucionais dão especificidade à sua interpretação. Notadamente, a presença de enunciados normativos de textura aberta, como os *conceitos jurídicos indeterminados* – e.g., ordem pública, dano moral, interesse social, abuso de poder econômico, calamidade pública – e os *princípios* – e.g., dignidade da pessoa humana, igualdade, moralidade – tornam o intérprete co-participante do processo de criação do Direito. Sua função já não consistirá apenas em um papel de conhecimento técnico, voltado à revelação de soluções integralmente contidas no texto normativo. O enunciado normativo, por certo, fornece parâmetros, mas a plenitude de seu sentido dependerá da atuação integrativa do intérprete, a quem cabe fazer valorações e escolhas fundamentadas à luz dos elementos do caso concreto.

Esta função integrativa do sentido das normas pelo intérprete dá margem ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva. A propósito, nenhuma delas se confunde com a mutação constitucional. A *interpretação construtiva* consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa¹⁸. Já a *interpretação evolutiva* se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional¹⁹. A diferença essencial entre

¹⁸ Por exemplo: da cláusula constitucional que assegura o direito de o preso permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII) extraiu-se, por construção jurisprudencial, o direito à não auto-incriminação de qualquer acusado (e não apenas o preso), inclusive dos que prestam depoimento em Comissão Parlamentar de Inquérito, que não é sequer uma instância penal (STF, *Informativo 209*, HC nº 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Foi também por interpretação construtiva que se desenvolveram no Brasil as teses de proteção da concubina e do reconhecimento de efeitos jurídicos às relações homoafetivas estáveis. Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”, *Revista de Direito do Estado* 5:167, 2007. No direito norte-americano, um dos mais importantes institutos do constitucionalismo moderno – o controle de constitucionalidade – foi criado por construção jurisprudencial da Suprema Corte, inexistindo qualquer previsão expressa no texto constitucional relativa ao desempenho dessa competência pelo Poder Judiciário. V. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁹ Por exemplo: quando da elaboração da Constituição de 1988, não se cogitou do fenômeno que se tornou a rede mundial de computadores (a *internet*). Não obstante isso, as normas relativas à liberdade de expressão e ao sigilo da correspondência aplicam-se inequivocamente a esse novo meio tecnológico. Da mesma sorte, os princípios que regem a programação das emissoras de televisão que se utilizam da radiodifusão



uma e outra está em que, na interpretação construtiva, a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que, na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito²⁰. O mesmo se passará em relação à interpretação administrativa, cuja alteração, inclusive, tem referência expressa na legislação positiva²¹.

Exemplo emblemático de mutação constitucional por interpretação judicial ocorreu em relação ao denominado foro por prerrogativa de função, critério de fixação de competência jurisdicional previsto constitucionalmente²². Por muitas décadas, inclusive sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o *foro privilegiado* subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo inclusive consolidado esse entendimento no enunciado nº 394 da Súmula da Jurisprudência Dominante²³. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função²⁴. Neste exemplo, como se constata singelamente, atribuiu-se

(CF, arts. 221 e 222) – único meio tecnológico de transmissão de sons e imagens contemplados no texto constitucional – aplicam-se à difusão de sons e imagens por outros meios tecnológicos, como o satélite ou o cabo.

²⁰ É bem de ver que a mutação constitucional é um fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência, que pode se dar por mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal.

²¹ Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), art. 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. V. tb. o Código Tributário Nacional, art. 146.

²² A Constituição de 1988, assim como faziam as Cartas anteriores, atribuiu a determinados Tribunais a competência originária para o conhecimento de ações penais ajuizadas contra certos agentes públicos. Ao tratar do Supremo Tribunal Federal, a Constituição prevê (art. 102, I, b e c) que a ele competirá conhecer de ações penais propostas em face, dentre outros, do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Deputados Federais e dos Senadores. Essa figura, tradicional no direito constitucional brasileiro, é frequentemente denominada de prerrogativa de foro ou de função.

²³ Súmula nº 394: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

²⁴ STF, *DJU* 9 nov. 2001, QO no Inq nº 687/DF, Rel. Min. Sydney Sanches. Em comprovação da natureza controvertida da matéria, assinala-se que ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Néri da Silveira e Ilmar Galvão, que votaram no sentido de modificar a redação da súmula apenas para



ao mesmo dispositivo – o art. 102, I, *b* da Constituição – sentidos diametralmente opostos ao longo do tempo, sem qualquer alteração de seu texto²⁵.

No plano da interpretação administrativa, mutação constitucional igualmente emblemática materializou-se na Resolução nº 7, de 14.11.2005, do Conselho Nacional de Justiça. Nela se considerou ilegítima a investidura de parentes de magistrados, até o terceiro grau, em cargos em comissão e funções gratificadas da estrutura do Poder Judiciário. A Resolução, que veio a ser declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal²⁶, determinou a exoneração dos ocupantes de tais cargos que incorressem nas vedações por ela estabelecidas. O nepotismo, na hipótese aqui descrita, constituía prática centenária, corriqueira e socialmente tolerada, que se viu proscrita, retroativamente, por uma clara mudança na valoração do significado dos princípios da impessoalidade e da moralidade.

3.2 Mutação constitucional pela atuação do legislador

Uma das funções principais do Poder Legislativo é a de editar leis que atendam às demandas e necessidades sociais. Deverá fazê-lo sempre levando em conta os valores da Constituição e a realização dos fins públicos nela previstos. Normalmente, a aprovação de novas leis envolverá uma faculdade discricionária do legislador. Em certos casos, no entanto, ele atuará em situações expressamente determinadas pela Constituição, que requerem a edição de legislação integradora. Pois bem: em um caso ou noutro, a mera edição de normas de desenvolvimento ou complementação do texto constitucional, ainda quando inovem de maneira substancial na ordem jurídica, não caracterizará, de ordinário, mutação constitucional²⁷. Nesses casos, o próprio constituinte conferiu ao legislador a prerrogativa de desenvolver e concretizar a Constituição, fazendo uma escolha valorativa dentro dos limites impostos pelas possibilidades semânticas do enunciado constitucional.

que ela refletisse mais fielmente o teor dos precedentes que lhe deram origem. A redação proposta era a seguinte: “Cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional”.

²⁵ De fato, durante longo período, a norma constitucional foi interpretada no sentido de que a competência do Supremo Tribunal Federal estava associada ao ato praticado pelo agente público, sendo indiferente que o réu houvesse deixado o cargo ou função após a sua prática. A partir da decisão no Inq. 687, a Corte passou a entender, justamente ao revés, que a competência está vinculada à circunstância de o agente público encontrar-se no exercício do cargo ou função. Note-se que a Constituição de 1988 nada diz de forma expressa sobre esse aspecto da questão, limitando-se a descrever a competência do STF sem maiores considerações, assim como também não o diziam as Cartas anteriores.

²⁶ STF, *DJU* 1º nov. 2006, ADC-MC nº 12, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. V. tb. BARROSO, Luís Roberto, Petição inicial da ADC nº 12: Constitucionalidade da Resolução nº 7, do Conselho Nacional de Justiça, **Revista de Direito do Estado** 1:349, 2006.

²⁷ Suponha-se, por exemplo, que a jurisprudência entenda que da letra do art. 196 da Constituição – que prevê acerca do direito à saúde – não se extrai a exigibilidade do fornecimento gratuito, pelo Estado, de medicamento para lidar com determinada doença. Imagine-se, no entanto, que uma lei ordinária, a propósito de desenvolver o conteúdo do direito à saúde, venha a impor a obrigatoriedade nesse caso. A hipótese não se situa no plano da mutação constitucional e sim no âmbito do princípio da legalidade.



Haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo. Suponha-se, por exemplo, que o § 3º do art. 226 da Constituição – que reconhece a união estável entre *homem e mulher* como entidade familiar – viesse a ser interpretado no sentido de se considerar vedada a união estável entre pessoas do *mesmo sexo*. Se a lei ordinária vier a disciplinar esta última possibilidade, chancelando as uniões homoafetivas, terá modificado o sentido que se vinha dando à norma constitucional²⁸. Como intuitivo, esta lei estará sujeita a controle de constitucionalidade, no qual se irá determinar se esta era uma interpretação possível e legítima. A última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal.

Tome-se o já mencionado exemplo da fixação de competência por prerrogativa de função. Após a decisão cancelando o verbete nº 394 da Súmula do STF, o Congresso Nacional aprovou, e o Presidente da República sancionou, a Lei nº 10.628, de 24.12.2002, que, em última análise, restabelecia a tese jurídica anterior: a da subsistência da competência especial mesmo após a cessação do exercício da função pública que a determinou²⁹. A lei, portanto, desfazia a mutação constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Contestada a constitucionalidade dessa lei, a Corte veio a entender, por maioria apertada, que ela era inconstitucional³⁰. A

²⁸ A superação do preconceito em razão da orientação sexual das pessoas vem percorrendo uma trajetória lenta, mas constante, que tem levado ao progressivo *reconhecimento* das diferenças. A mutação referida no texto vem sendo anunciada pela jurisprudência, em precedentes significativos. Veja-se, exemplificativamente, decisão do TRF4, DJ 10 ago. 2005, AC nº 2000.71.00.009347-0, Rel. Des. João Batista Pinto Silveira: "A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. (...) A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas".

²⁹ A Lei nº 10.628, de 2002, alterava a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, prevendo no § 1º o seguinte: "A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública".

³⁰ STF, DJU 19 dez. 2006, p. 37, ADIn nº 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresce o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição –



posição majoritária, contudo, não é imune a crítica: se o dispositivo constitucional – art. 102, I, *b* – comportava mais de uma interpretação, como bem demonstrou a variação de posição do STF, é discutível que ao legislador não fosse facultada a escolha de uma delas³¹.

Relembre-se, aqui, a tese de Bruce Ackerman de que, nos Estados Unidos, a conquista dos *direitos civis* pelos negros, na década de 60, se materializou em legislação ordinária que operou verdadeira mutação constitucional na matéria. De fato, depois da decisão proferida em *Brown v. Board of Education*, em 1954, o Congresso aprovou diversas leis anti-discriminatórias, envolvendo o direito de voto, de acesso a lugares públicos e à moradia. O ponto de vista, todavia, não é pacífico. Owen Fiss sustenta, por exemplo, que na clareira aberta por *Brown*, veio a se firmar o entendimento de que a posição da Suprema Corte significava um mínimo de proteção, o que não impedia o Congresso de expandir os direitos de igualdade³².

3.3 Mutação constitucional por via de costume

A existência de costumes constitucionais em países de Constituição escrita e rígida, como é a regra no mundo contemporâneo, não é pacífica. A idéia do costume como fonte do direito positivo se assenta na adoção de uma prática reiterada, que tenha sido reconhecida como válida e, em certos casos, como obrigatória. O costume, muitas vezes, trará em si a interpretação informal da Constituição; de outras, terá um papel atualizador de seu texto, à vista de situações não previstas expressamente; em alguns casos, ainda, estará em contradição com a norma constitucional. Diante de tais possibilidades, a doutrina identifica três modalidades de costume: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório³³.

Exemplo de costume constitucional, no direito brasileiro, é o reconhecimento da possibilidade de o Chefe do Executivo negar aplicação à lei que fundamentalmente considere inconstitucional. Outro caso é o do voto de liderança nas Casas

como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”.

³¹ V. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004, p. 177: “A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes. No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Judiciário deverá ser ainda mais contida. É que, nesse caso, além da excepcionalidade de rever atos de outros Poderes, o Judiciário desempenha função atípica, sem cunho jurisdicional, pelo que deve atuar parcimoniosamente”.

³² V. FISS, Owen. Between supremacy and exclusivity. In: BAUMAN, Richard W. e KAHANA, Tsvi (eds.). **The least examined branch: the role of legislature in the constitutional state**, 2006, p. 453: “In creating these rights to be free from discrimination by private actors, Congress did not dispute the authority of the Court as the final arbiter of the Constitution. Rather, Congress viewed the Court’s ruling on the scope of equal protection as a minimum or baseline and sought to build on it”.

³³ ZANDONADE, Adriana. “Mutações constitucionais”, **Revista de Direito Constitucional e Internacional** 35:194, 2001, p. 221; e BULOS, Uadi Lammêgo, **Mutações constitucionais**, 1997, p. 175 e ss.



Legislativas, sem submissão da matéria a Plenário. Algumas situações tangenciam a linha de fronteira com a inconstitucionalidade. Assim, por exemplo, a reedição de medidas provisórias, anteriormente à Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001. Prática antiqüíssima, mas intermitentemente questionada, envolve as delegações legislativas, notadamente as que envolvem a ampla e poderosa competência normativa do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional.

O costume contrário à Constituição (*contra legem* ou *contra constitutionis*), como intuitivo, não pode receber o batismo do Direito. Recentemente, um caso de costume inconstitucional foi expressamente rejeitado por ato administrativo, chancelado judicialmente. Tratava-se do chamado nepotismo no Poder Judiciário, conduta amplamente adotada de nomear parentes de juízes para cargos que independiam de concurso. Há casos de outros costumes inconstitucionais ainda não superados, como a rotineira inobservância por Estados e Municípios das regras constitucionais relativas aos precatórios, notadamente do dever de fazer a inclusão nos seus orçamentos de verba para o respectivo pagamento (CF, art. 100, § 1º); a consumação da desapropriação sem pagamento efetivo da indenização (CF, art. 5º, XXIV); ou descumprimento de regras orçamentárias, como a que veda o remanejamento de verbas sem autorização legislativa (CF, art. 5º, VI).

Um caso de mutação constitucional importante ocorrida na experiência histórica brasileira por força de costume foi a implantação do sistema parlamentarista durante o Segundo Reinado. À míngua de qualquer dispositivo constitucional que provesse nesse sentido, o Poder Executivo passou a ser compartilhado pelo Imperador com um Gabinete de Ministros. Há um outro exemplo expressivo contemporâneo, relacionado com as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Nos últimos anos, uma prática política persistente expandiu os poderes dessas comissões e redefiniu suas competências. Passou-se a admitir, pacificamente, a determinação de providências que antes eram rejeitadas pela doutrina³⁴ e pela jurisprudência³⁵, aí incluídas a quebra de sigilos bancários, telefônicos e fiscais³⁶.

4 MUDANÇA NA PERCEÇÃO DO DIREITO E MUDANÇA NA REALIDADE DE FATO

Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução pré-estabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver. Reconhece-se nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo. Tais circunstâncias são potencializadas pela presença, no

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito: política, Direito e devido processo legal. In: **Temas de direito constitucional**, 2002.

³⁵ STF, *DJU* 12 mai. 2000, p. 20, MS nº 23.452/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

³⁶ Todas essas medidas são hoje pacificamente admitidas. Para um levantamento das linhas jurisprudenciais firmadas pelo STF nessa matéria, v. BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**, 2006, p. 503-10.



relato das normas constitucionais, de cláusulas gerais e enunciados de princípio cujo conteúdo precisará ser integrado no momento de aplicação do Direito. Conceitos como ordem pública, dignidade da pessoa humana ou igualdade poderão sofrer variação ao longo do tempo e produzir conseqüências jurídicas diversas.

A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A idéia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser³⁷. Na experiência brasileira, é sempre invocada a mutação que no primeiro quarto de século sofreu o instituto do *habeas corpus*, que transmutou-se de um remédio processual penal em uma garantia geral dos direitos³⁸. A posição jurídica da concubina sofreu, igualmente, transformação importante ao longo do tempo, inclusive com a reformulação conceitual para distinguir concubinato de companheirismo. Superados os preconceitos, passou-se da negativa radical ao reconhecimento de direitos previdenciários e patrimoniais³⁹. Processos semelhantes ocorreram no tocante à responsabilidade civil, à igualdade entre os filhos e às relações entre pessoas do mesmo sexo. Em alguns casos foram editadas leis formais para ratificar as mudanças.

A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro. Intervenções estatais a favor de mulheres, negros ou índios deixarão de ser legítimas se não houver mais qualquer situação objetivamente desfavorável que a justifique. Outro

³⁷ Por muito tempo, por exemplo, entendia-se válida a vedação da inscrição em concursos públicos de pessoas com idade superior a 45 ou 50 anos.

³⁸ Desenvolvida por Rui Barbosa, a denominada *doutrina brasileira do habeas corpus*, precursora do mandado de segurança, serviu para assegurar a posse de governadores e outros ocupantes de cargos públicos, assim como para garantir a liberdade de imprensa, a imunidade parlamentar, o direito de greve e as prerrogativas da magistratura. Sobre o tema, vejam-se: MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**, 2003, p. 142-3; e MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. **Constituição e realidade**, 2004, mimeografado, p. 25.

³⁹ Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: "*A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos*" (art. 167). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida em que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família, que seguiu as seguintes etapas principais: a) primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção; b) em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par; c) em seguida, insere-se este tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato; d) num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união-de-fato entre companheiros, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.; e) por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento.



exemplo: uma lei limitadora da responsabilidade civil das empresas de determinado setor econômico, por haver interesse social no seu desenvolvimento e consolidação, deixará de ser válida após ele se tornar hígido e auto-sustentável.

Em mais de uma situação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infra-constitucional com a Constituição. E, *a contrário sensu*, admitiu que a mudança da situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida. Citam-se a seguir dois precedentes. A Corte entendeu que a regra legal que assegura aos defensores públicos a contagem em dobro dos prazos processuais deve ser considerada constitucional até que as Defensorias Públicas dos Estados venham a alcançar o nível de organização do Ministério Público⁴⁰. Em outra hipótese, o STF considerou que o art. 68 do Código de Processo Penal ainda era constitucional, admitindo que o Ministério Público advogasse em favor da parte necessitada para pleitear reparação civil por danos decorrentes de ato criminoso, até que a Defensoria Pública viesse a ser regularmente instalada em cada Estado⁴¹.

O fenômeno da mutação constitucional por alterações da realidade tem implicações diversas, inclusive e notadamente no plano do controle de constitucionalidade. Ali se investigam categorias importantes, desenvolvidas sobretudo pela jurisprudência constitucional alemã, como a inconstitucionalidade superveniente, a norma ainda constitucional e o apelo ao legislador, por vezes invocadas pelo Supremo

⁴⁰ STF, *DJU* 27 jun. 1997, HC nº 70.514-6, Rel. Min. Sydney Sanches: “1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 5.2.1950, acrescentado pela Lei nº 7.781, de 8.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão da acusação, no processo de ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso (...).” A tese de que uma norma pode tornar-se progressivamente inconstitucional já havia sido levantada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no HC 67.390, Rel. Min. Moreira Alves (*DJU* 6 abr. 1990). Para uma densa análise e reflexão da decisão cuja ementa foi acima transcrita, v. a dissertação de mestrado de MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. **Constituição e realidade**, 2004, mimeografado.

⁴¹ STF, *DJU* 20 abr. 2001, RE nº 135.328-7, Rel. Min. Marco Aurélio: “INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento”. O curso do julgamento foi modificado após o voto visto do Min. Sepúlveda Pertence, no qual argumentou: “A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa, entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc, faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”.



Tribunal Federal brasileiro⁴².

5 CONCLUSÃO

É possível condensar as idéias aqui desenvolvidas em uma proposição objetiva, enunciada a seguir. A modificação da Constituição pode se dar por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional. Já a mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Obra de um assim chamado *poder constituinte difuso*, a mutação constitucional se realiza por meio da interpretação – isto é, pela mudança do sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente – ou por intermédio dos costumes e práticas socialmente aceitos. Funcionam como limite, na matéria, as possibilidades semânticas do relato da norma e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição.

⁴² Sobre o tema, em língua portuguesa, vejam-se MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, 2005, pp. 296 e ss. e 364 e ss.; ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**, 2001, p. 115-6; e STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, 2002, p. 468-9.

