



LIVING CONSTITUTION: OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Lorenzo Borges de Pietro

Com a necessidade de se manter a Constituição como o centro do ordenamento jurídico, faz-se necessário torná-la elástica, sob pena de sua rigidez implicar no reducionismo desta a um mero pedaço de papel, conforme leciona Lassale (1998), isto é, apenas um documento simbólico sem normatividade alguma. No caso da Constituição brasileira, considerando seu caráter amplamente analítico com 250 artigos, sendo a segunda maior do mundo, tal necessidade sobressai-se, ainda mais ante a revolução digital verificada nos últimos anos, e para tanto são necessários mecanismos que possam alterá-la, tendo o constituinte originário previsto duas espécies formais de modificação, as emendas à constituição e as emendas de revisão. Contudo, ante a diversos entraves que afetam a primeira, como de cunho político, religioso, econômico, procedimentais entre outros, e ao exaurimento da segunda, faz-se necessária a existência de mecanismos distintos. Dessa forma surge a figura da mutação constitucional, como uma forma implícita e informação de modificação da Constituição, a qual de acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019), fora originalmente identificada por Paul Laband e Georg Jellinek, tal procedimento consiste em uma mudança constitucional que, embora altere o sentido e alcance da constituição, mantém o texto intacto, resultando de uma alternância da realidade fática, sedimentada ao longo do tempo (STERN, 1987), tal processo tomou tamanha importância que Burdeau passou a nomeá-lo como poder constituinte difuso. Diversas são as modalidades de ocorrência deste procedimento, contudo interessa ao presente estudo apenas a mutação por via da interpretação judicial, não podendo, consoante leciona Barroso (2019) esta ser entendida como uma mera forma de interpretação evolutiva, uma vez que altera o sentido da norma em relação a compreensão interior. Embora tal instituto seja reconhecido pela doutrina e jurisprudência, encontra diversas divergência, em especial no que se refere a seus limites, uma vez que por não se tratar de instituto regulamentado, e sim por criação doutrinária estrangeira, importada ao direito nacional, mostra-se tarefa demasiadamente árdua definir seus limites, existindo diversos juristas que



sustentaram determinados limites, contudo não os esgotaram, sendo alvo de diversas dúvidas, as quais exigem saneamento imediato, ante a sua importância. Assim, surgem assim os seguintes questionamentos: existem limites da mutação Constitucional no direito brasileiro? Em caso afirmativo, quais seriam? O presente artigo visa demarcar os limites da mutação constitucional no direito brasileiro; Verificar se o poder constituinte difuso encontra-se sujeito às limitações do poder constituinte derivado: Estudar a possibilidade deste contrapor as normas produzidas pelo constituinte originário de forma expressa. Na confecção da presente pesquisa fora adotada a forma exploratório-descritiva, valendo-se de abordagem qualitativa, por meio do método hipotético-dedutivo. Em resposta a esta problemática proposta identifica-se três hipóteses, as quais pode-se classificar como restritiva, ampliativa e ampliativa moderada, as quais muitas vezes acabam por atravessar o véu que as separa e acarretar em incorreções e contradições de renomados juristas. A primeira vertente, de cunho restritivo, calcada na elasticidade de interpretação do texto constitucional, isto é sua margem permissionária de interpretação, uma vez que nem toda norma permite ou necessita ser interpretada além da forma literal, sob pena de configurar excessivo ativismo judicial e de mutação inconstitucional. Seus defensores fundam-se, na concepção de Dimoulis e Lunardi (2019), em dois argumentos a interpretação sistemática da Constituição com prevalência do método gramatical e a separação dos poderes, neste lado elenca-se como expoentes Lênio Streck, Konrad Hesse e Eros Grau. A segunda hipótese, cuida da corrente ampliativa, a mais radical, que permite o exercício do poder constituinte difuso de forma mais abrangente, violando até o princípio da separação dos poderes, podendo em razão disto ser equiparado ao originário, pois o intérprete poderá tanto restringir quanto ampliar direitos, independente de implicarem em retrocesso social, exigindo apenas que derive de anseio/mudança social autêntica. Dentre seus defensores pode-se identificar o Ministro Gilmar Mendes em seu voto na Reclamação 4335 do STF e diversos ministros no HC 126.292, e fundamentam-se em argumentos de cunho consequencialista, em especialmente na celeridade, economia, visão popular entre outros, em geral em sentido contrário ao indivíduo e favorável ao Estado. Por fim, a terceira vertente, a qual pode ser chamada de ampliativa moderada, admite a



existência de mutação constitucional em sentido diverso da literalidade de determinado dispositivo da Constituição, como na anterior, contudo exige que seja observe a matriz constitucional, ou seja, vise ampliar ou assegurar direitos fundamentais, e nunca restringi-lo, além disto, necessita que haja genuína mudança da sociedade, e não da concepção do intérprete. Identifica-se seus representantes em Celso de Melo, Daniel Sarmento, Souza Neto, tendo sido reconhecida na ADPF 132. Em sede conclusiva, verifica-se que não obstante o Supremo possua adeptos das três correntes e já tenha aplicado-as indistintamente, tal posição faz-se equivocada, pois não seria passível de aceitação a corrente ampliativa, em razão de esta permitir violações dos direitos fundamentais, além de configurar severo ativismo judicial, visto que confere ao STF um poder constituinte difuso com autonomia ao mínimo igual ao do originário, quiçá maior. Da mesma forma a restritiva, já que não permite agir diante da inércia dos demais poderes, o que se mostra necessário, consoante observado na ADO 26. Logo, deve ser aceita apenas a vertente ampliativa moderada, que permite que a constituição mantenha-se viva, garantindo sua força normativa, sem que ocorra violação da separação dos poderes de forma arbitrária e fundamentadas em anseios momentâneos de restrição de direitos individuais pela sociedade.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, LUIS ROBERTO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2010

DIMOULIS, Dimitri e SORAYA Lunardi. **Curso de processo constitucional**. Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998

SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt.; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Direito Constitucional**. 8.Ed. São Paulo:Saraiva, 2019



STERN, Klaus. **Derecho del estado de la República Federal Alemana**. Tradução parcial do 1º tomo da edição alemã por Javier Péres Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987