

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE MESTRADO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

**O USO DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

FÁBIO RODRIGUES DA SILVA

SÃO PAULO

2020

FÁBIO RODRIGUES DA SILVA

**O USO DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada como exigência para obtenção do Título de Mestre em Direito ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Nove de Julho – UNINOVE

Orientador: Prof. Dr. Bruno Dantas Nascimento

SÃO PAULO

2020

**O USO DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção
do Título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Bruno Dantas Nascimento

PRESIDENTE – Orientador

Profa. Dra. Renata Mota Maciel Madeira Dezem

UNINOVE

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

IDP-DF

São Paulo, 24 de abril de 2020.

A Deus!

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pois ele não seria possível a concretude de mais essa etapa.

Agradeço à minha mãe Fátima de Castro Silva e à minha irmã Milca Fernanda de Castro Silva por suportarem a minha ausência durante este projeto.

À Eluma Rodrigues Guimarães, porque suportou, com muita paciência, as renúncias decorrentes do tempo para a realização desta pesquisa.

Aos meus amigos professor Dr. Claudio Mikio Suzuki, professor Dr. Eudes Vitor Bezerra e professor Dr. Sérgio Pereira Braga, aos quais eu serei eternamente grato, pelos incentivos ao ingresso no Programa de Mestrado em Direito e direcionamento aos estudos.

Ao meu orientador, professor Dr. Bruno Dantas Nascimento, por quem tenho a mais profunda admiração e respeito, pela oportunidade deste aprendizado e, principalmente, pela confiança que em mim foi depositada.

À professora Dra. Samantha Meyer-Pflug pelo incentivo e dedicação em relação à academia, e, em especial, pelo apoio prestado durante toda a realização deste projeto.

Ao professor Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva Coordenador do Programa Mestrado em Direito da UNINOVE, por quem tenho a mais profunda admiração.

Ao professor Dr. André Guilherme Lemos Jorge, pela oportunidade concedida e por conduzir com maestria a Diretora do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto principal de estudos o exame sobre a atuação específica do Supremo Tribunal Federal consistente em aplicar expressamente em determinados julgados a teoria da mutação constitucional, assim concebida como o processo informal de alteração do significado das normas constitucionais, sem a supressão do seu texto, a fim de conformá-las às novas realidades sociais e reconhecer novos direitos. Partiu-se da hipótese de que a alteração informal das normas constitucionais promovida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisões nas quais se fez o uso expresso e literal da teoria da mutação constitucional, não colabora para o alcance de uma justiça equilibrada e eficiente, porquanto não se utilizou de critérios claros e objetivos para a aplicação da mencionada teoria. O método utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa é documental, bibliográfica e jurisprudencial, mediante a leitura e revisão conceitual das fontes coletadas em livros e trabalhos científicos sobre o tema. Privilegiou-se a forma qualitativa de coleta dos dados, a partir da análise de julgamentos específicos pelo Supremo Tribunal Federal. A ideia é refletir sobre a eficiência da Justiça na promoção da justiça social porque conjuga o desafio do enfrentamento da ponderação entre o valor da segurança jurídica com o paradigma da eficiência da Jurisdição Constitucional, inter-relacionando-a à uma atividade judicial específica, qual seja a aplicação da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos.

Palavras-chave: Mutação Constitucional; Normas Constitucionais; Supremo Tribunal Federal; Segurança Jurídica; Eficiência.

ABSTRACT

The present work has as main object of studies the examination on the specific performance of the Supreme Federal Court, consisting in applying expressly in certain cases the theory of constitutional mutation, thus conceived as the informal process of changing the meaning of constitutional norms, without the suppression of the its text, in order to conform them to the new social realities and recognize new rights. We started from the hypothesis that the informal alteration of constitutional norms promoted by the Supreme Federal Court, in decisions in which the express and literal use of the theory of constitutional mutation was made, does not contribute to the achievement of a balanced and efficient justice, as it does not clear and objective criteria were used for the application of the aforementioned theory. The method used was the deductive and the research technique is documentary, bibliographic and jurisprudential, through the reading and conceptual review of the sources collected in books and scientific papers on the subject. The qualitative form of data collection was privileged, based on the analysis of specific judgments by the Federal Supreme Court. The idea is to reflect on the efficiency of Justice in promoting social justice because it combines the challenge of facing the weighting between the value of legal security with the paradigm of efficiency of Constitutional Jurisdiction, interrelating it to a specific judicial activity, whatever the application of the theory of constitutional change by the Federal Supreme Court in its judgments.

Keywords: Constitutional Mutation; Constitutional Norms; Federal Court of Justice; Legal Security; Efficiency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 FUNÇÕES ESTATAIS	15
1.1 Sigificados da expressão “função”	16
1.2 A Separação dos Poderes como uma técnica de ascensão ao Poder	22
1.2.1 Fundamentos para a superação de um dogma.....	27
2 TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	39
2.1 Considerações iniciais.....	39
2.2 Processo formais e informais de alteração da Constituição	43
2.3 Mutação constitucional: terminologias.....	46
2.3.1 Mutação constitucional: conceito formalista	51
2.3.2 Mutação constitucional: concepções posteriores	54
2.3.3 Mutação constitucional: formas de manifestação.....	60
2.3.4 Mutação constitucional via interpretação constitucional	63
2.3.5 Mutação constitucional: limites.....	71
2.4 Mutações inconstitucionais.....	82
3 O USO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:	89
3.1 Recorte metodológico	89
3.2 A declaração expressa da ocorrência da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.....	94
3.3 O uso da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal como argumento direto de persuasão	108

3.4 O uso da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal como argumento indireto de persuasão	110
3.5 O uso inócuo da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal	116
3.6 Análise dos resultados obtidos.....	118
3.7 A crítica da doutrina brasileira	121
CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS.....	134

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto principal de estudos o exame sobre a atuação específica do Supremo Tribunal Federal consistente em aplicar expressamente em determinados julgados a teoria da mutação constitucional, assim concebida como o processo informal de alteração do significado das normas constitucionais, sem a supressão do seu texto, a fim de conformá-las às novas realidades sociais e reconhecer novos direitos.

A alteração de uma Constituição é um processo natural na vida institucional dos Estados, a fim de que ela possa adaptar-se às novas demandas e ao progresso social. Mas diante da superioridade das normas constitucionais em relação às demais espécies normativas e para alcançar certo nível de permanência, estabilidade e segurança às instituições jurídicas, este processo de alteração deve ser mais dificultoso.

Há alteração formal quando houver modificação sobre o texto da Constituição, o que o ocorre, na perspectiva brasileira, com a edição de Emendas Constitucionais ou mediante a Revisão Constitucional. O processo de alteração ou reforma da Constituição pela via informal, por sua vez, é aquele que não atenta contra a letra ou o seu texto expresso; muda-se apenas o significado, o sentido e o alcance das disposições constitucionais, por meio de mutações constitucionais, que se manifestam pelo costume, pela atuação do legislador infraconstitucional, ou ainda mediante a via interpretativa, não exclusivamente pelo órgão jurisdicional.

O presente trabalho dissertativo, neste trilhar, delimita-se a partir da análise da interpretação constitucional conferida pelo Supremo Tribunal Federal a específicos casos, a partir dos quais se verificou o uso expresso e literal da teoria da mutação constitucional.

Tendo em perspectiva que a Constituição Federal de 1988 é do tipo analítica, escrita e rígida, assim como a sua força normativa, busca-se investigar com a pesquisa até que ponto o uso expresso e literal desta técnica de decidir, com

alto potencial para promover alteração do sentido literal das normas constitucionais, colabora para o alcance de uma justiça mais equilibrada e eficiente.

A hipótese desenvolvida ao longo da pesquisa foi obtida após a análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas quais se fez uso expresso e literal da teoria da mutação constitucional, como forma de alterar o significado das normas constitucionais, sem a supressão do seu texto.

A partir da leitura destes julgados, partiu-se da ideia de que a alteração informal das normas constitucionais promovida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisões nas quais se fez o uso expresso e literal da teoria da mutação constitucional, não colabora para o alcance de uma justiça equilibrada e eficiente, porquanto não se utilizou de critérios claros e objetivos para a aplicação da mencionada teoria.

A problematização do tema será o norteador da pesquisa e visa responder em que medida a aplicação da teoria da mutação constitucional contribui para a produção de uma tutela jurisdicional mais justa e equilibrada e uma Justiça mais eficiente, em termos de segurança jurídica.

Experimentamos no Brasil um estágio de crise político-institucional sem precedentes que provoca indigesta situação de descrédito em relação às instituições estatais, desencadeadora de uma cultura que conduz à progressiva judicialização das controvérsias sociais. Em tempos de incertezas, em que se acentua o nível da percepção de insegurança jurídica, natural depositar esperanças nos órgãos encarregados da função de distribuir justiça.

Não bastasse, o dinamismo e instantaneidade que marcam a sociedade contemporânea exigem dos órgãos estatais agilidade no trato de questões inéditas que se apresentam para serem resolvidas, mas cujas possibilidades o legislador, no entanto, não consegue alcançar a priori.

Todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo dos órgãos do Poder Judiciário. Por decidir temas impactantes na vida política da sociedade brasileira e apor avocar certo nível de poder normativo diante da omissão

dos demais poderes constituídos, o Supremo Tribunal Federal tem assumido a tarefa de conformar a nova realidade à Constituição Federal.

A abordagem pressupõe uma metodologia de trabalho que subministre premissas gerais e válidas à verificação, ou não, das hipóteses levantadas, o que pode ser feito como auxílio de premissas específicas a partir da análise das decisões coletadas.

O método dedutivo seria, neste sentido, o mais adequado aos propósitos da pesquisa, porquanto a específica conclusão de que a aplicação da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal não confere a segurança jurídica necessária à promoção de uma justiça mais justa equilibrada e eficiente, somente seria considerada cientificamente válida se amparada nas premissas desenvolvidas durante o trabalho, quais sejam a de que a Corte não observa critérios claros e específicos a serem adotados para o reconhecimento de uma mutação constitucional.

Explicar o conteúdo das premissas gerais de ordem conceitual sobre a aplicação concreta da teoria da mutação constitucional é tarefa da qual não poderíamos nos furtar.

A técnica de pesquisa é documental, bibliográfica e jurisprudencial, mediante a leitura e revisão conceitual das fontes coletadas em livros e trabalhos científicos sobre o tema, apoiando-se, como referencial teórico, nos estudos sistematizados sobre a teoria das mutações constitucionais elaborados, inicialmente, por Hsü Dau-Lin, Paul Laband, Georg Jellinek e Konrad Hesse.

O exame sobre a aplicação expressa da teoria da mutação constitucional sobre julgamentos específicos na perspectiva da interpretação constitucional exercida especificamente pelo Supremo Tribunal Federal informará o recorte da pesquisa.

Privilegiou-se a forma qualitativa de coleta dos dados, pois a análise se deu em torno de determinadas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de pesquisas feitas no sítio eletrônico da Corte, a partir da expressão

“mutação constitucional” no campo “Pesquisa de Jurisprudência”, através do link a seguir: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

Procuramos identificar quais os precedentes correlatos aos julgados encontrados, visando também encontrar apenas as decisões nas quais se fez uso expresso da teoria em estudo, qualquer que seja a condição dessa referência.

Constatamos que a teoria da mutação constitucional é amplamente utilizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, nem todas as decisões aplicaram a teoria para promover alteração informal da Constituição, a influir no sentido, significado ou alcance da norma.

Percebemos não ser incomum a confusão entre mutação constitucional com outros institutos, tais como a emenda à constitucional, a mudança de orientação do Tribunal, a correção de posição anterior ou até mesmo interpretações distintas dadas pelos juízes constitucionais.

Daí, portanto, que a opção mais adequada seria uma análise em torno de decisões nas quais se fez expressa menção ao fenômeno da mutação constitucional.

A abordagem, portanto, é do tipo qualitativa e não quantitativa.

Os critérios aos quais nos vinculamos para a análise das decisões foram identificados e traduzidos na forma das três perguntas a saber: (i) de que forma a tese da mutação constitucional foi utilizada na decisão ou voto do órgão que expressamente a invocou? (ii) a sua incidência está mais presente em ações de controle de constitucionalidade, no exercício da função de tribunal recursal ou no âmbito da fiscalização do cumprimento das normas constitucionais ou de suas decisões? (iii) em que medida a referência expressa à tese da mutação constitucional promove efetiva alteração informal das normas constitucionais? E quando isto ocorre, esta alteração do sentido, significado ou alcance da norma constitucional ocorre por nova percepção do direito ou por constatação de alteração na realidade fática?

Estruturalmente, a pesquisa se divide em três partes.

No primeiro capítulo será feita uma digressão histórico-filosófica que apresente as origens e fundamentos legitimadores da teoria da separação dos Poderes segundo as atividades desempenhadas na concretização dos objetivos estatais.

No segundo capítulo, delimitou-se a pesquisa a partir do estudo sobre a teoria da mutação constitucional, a partir do resgate à origem do conceito a partir dos estudos de Laband e Jellinek, para os quais a norma constitucional cede em face da realidade fática. Na doutrina de Hsü Dau-Lin, sistematizou-se os estudos acerca do fenômeno de mutação constitucional, porém, sem a devida preocupação em torno da fixação de limites, o que pode ser constatado a partir na doutrina de Konrad Hesse segundo a teoria estrutural da norma jurídica.

No terceiro e último capítulo, a partir da análise de determinados julgados buscou-se sustentar que a aplicação da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de identificar o significado atribuído à teoria da mutação constitucional em cada um deles.

Espera-se com a presente dissertação contribuir para o debate que se trava na LINHA DE PESQUISA 1 do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, designada JUSTIÇA E O PARADIGMA DA EFICIÊNCIA, na perspectiva de avaliar a sustentabilidade do sistema de Justiça no Brasil sobre o prisma da observância da Constituição Federal, promulgada em 1988.

A ideia é refletir sobre a eficiência da Justiça na promoção da justiça social porque conjuga o desafio do enfrentamento da ponderação entre o valor da segurança jurídica com o paradigma da eficiência da Jurisdição Constitucional, inter-relacionando-a à uma atividade judicial específica, qual seja a aplicação da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos, a partir das peculiaridades próprias das atividades jurisdicionais, conteúdos estes essenciais debatidos ao longo do Programa de stricto sensu.

1 FUNÇÕES ESTATAIS

A demarcação e sistematização das tarefas desempenhadas por diferentes órgãos que dividem entre si o poder político são temas de extrema importância para a Filosofia Política e a Teoria do Estado, assim como para o Constitucionalismo moderno.

Neste sentido, um estudo que se enverede a tratar de uma atividade estatal, como se pretende no presente trabalho, deve revisitar estes dois relevantes aspectos que marcam a vida institucional da sociedade estatal.

Na medida em que a presente pesquisa tem por objetivo investigar uma específica atividade do Estado, qual seja, a forma como o Supremo Tribunal Federal aplica em suas decisões uma determinada teoria, a da mutação constitucional, a fim de adequar as normas constitucionais às novas realidades ou reconhecer novos direitos, profícuo iniciar uma abordagem que trate da natureza e dos critérios a serem observados no exercício da função que lhe compete quando especificamente assim procede.

Inicia-se, porém, o estudo sobre as funções estatais a partir do sentido que se deve atribuir nesta pesquisa à palavra “função”, a fim de que não se perca em vagueza ou falta de exatidão.

Da mesma forma para evitar qualquer sorte de confusão deve ser apresentada a classificação das funções que o Estado assume, reconhecendo-se a existência das várias teorias acerca das atividades que marcam a vida da sociedade estatal na história.

Este capítulo ainda terá por objeto de estudos a teoria da separação dos poderes e os fundamentos de superação dos seus postulados.

Na medida em que esta pesquisa trata da atividade exercida por um órgão encarregado de exercer a Jurisdição Constitucional no Brasil, também se faz necessário tecer os principais aspectos da função política que desempenha no âmbito de sua atuação.

1.1 Os significados da expressão “função”

A fim de atender ao rigor metodológico que deve qualificar uma pesquisa acadêmica e de elidir quaisquer dúvidas acerca do assunto a ser investigado, qual seja, a aplicação da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, necessário se faz extrair inicialmente os significados da expressão “função”.

É comum definir as funções dos elementos que estuda a partir daquilo que efetivamente fazem ou pretendem fazer, para que servem ou para o que foram criados e aperfeiçoados, a partir da sua utilidade em um caso ou ocasião específica, ou ainda para destacar os seus usos, aplicações, consequências, efeitos ou atributos. (PESSOA, 2008, 17-18)

Uma perspectiva pouco reflexiva sobre a questão concernente à atribuição dos variados significados ao termo “função”, em face da sua amplitude conceitual, pode dar ensejo a controvérsias, ambiguidades, vagueza etc. Assim, visando alcançar precisão científica, profícuo admitir a necessidade de apresentar, dentre as várias conotações que poderia a expressão assumir, qual o sentido se emprega na pesquisa.

É honesto admitir, por outro lado, ser impossível apresentar um conceito de “função” universalmente válido e irrefutável para toda e qualquer análise sobre as funções que o Estado possa assumir, mas a apresentação adequada e válida que atenda aos objetivos gerais da presente pesquisa e que forneça o recorte necessário é uma tarefa da qual não podemos nos escapar.

Além disso, uma análise científico-sistemática sobre a semântica da expressão “função” seria meramente acidental, e por que não dizer, secundário à abordagem. Nesta senda, não se afigura enfadonho ratificar que o propósito de delimitar o sentido de “função” na pesquisa visa, em última análise, evitar controvérsias, ambiguidades, vagueza etc. a suscitar eventual contradição ou incompreensão.

Ciente da variedade de sentidos que o vocábulo “função” pode apresentar (MELLO, 1993, p. 53), dentre as várias acepções atribuídas à palavra, apenas interessa à presente pesquisa fazer a distinção entre os mais frequentes sentidos apresentados no âmbito do Direito Constitucional quando vinculadas ao Estado. O vocábulo em exame pode ser empregado nos seguintes sentidos:

Função no sentido de <<atividade função>> (função judicial, função do Tribunal Constitucional); função como <<tarefa>> (função da imprensa num Estado democrático, função constitucional das Forças Armadas); função como equivalente a <<dimensões>> ou <<aspectos>> de uma norma jurídica (função objetiva e função subjetiva das normas conservadoras de direito fundamentais); função identificada com eficácia jurídica (mudança de função das normas programático constitucionais de simples <<apelo ao legislador>> para norma impositivas de tarefas); função como sinônimo de <<poder>> (função de Estado); função equipara a <<competência>> (poderes de regulamentação ou conformação jurídica atribuídos a um órgão); função técnico-formalmente entendida como <<relação de referência>> entre fim e efeito de uma norma (uma das funções das normas de competências é a função de proteção dos cidadãos através da delimitação e distribuição do exercício do poder por vários órgãos). (CANOTILHO, 2003, p. 543)

Convém, portanto, fazer a diferença apenas entre função no sentido de “atividade”, “tarefa”, “competência” e “poder” porque quaisquer destas expressões podem associar-se de forma ampla ao próprio Estado; ou especificamente a uma instituição, como o Supremo Tribunal Federal; órgão ou ainda a um agente específico, como um juiz de direito. Exatamente por se referirem a situações distintas, embora interligadas, imperioso fazer a devida análise para melhor aproveitar à presente pesquisa.

As duas primeiras conotações, “função como atividade” e “função como tarefa”, aparecem por vezes inter-relacionadas quando tomada no mesmo contexto, na medida em que podem corresponder às “atividades” necessárias que o Estado, instituição, órgão ou agente político específico pode adotar para o alcance de certas “tarefas”, isto é, cumprir certas finalidades. Nos dois sentidos serem tomados como função.

São dois os sentidos possíveis de função do estado: como fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social; e como atividade com características próprias, passagem ação, modelo de comportamento. (...) No primeiro sentido, função não tem

que ver com o Estado enquanto poder; tem também que ver com o estado enquanto comunidade: tanto pode ser perseguida só pelos seus órgãos constitucional ou legalmente competentes e por outras entidades públicas como ser realizada por grupos e entidades da sociedade civil (...). No segundo sentido, a função não é outra coisa senão uma manifestação específica do poder político, um modo tipicizado de exercício do poder (...). (MIRANDA, 2002, p. 230)

A fim de destacar a atuação que as instituições políticas exercem no âmbito de uma sociedade estatal, a primeira acepção da palavra “função” é utilizada frequentemente apenas para destacar a ação concreta de um agente no exercício de uma determinada atividade, sem qualquer referência ao aspecto legal que a delimita, nem aos interesses aos quais pela própria lei se vincula.

Tomada neste sentido, um aspecto parece ser útil à presente delimitação do sentido de função: em se tratando de Estado ou de quem lhe faça as vezes, a ideia de função enquanto “atividade” pode expressar a ideia de poder-dever, atrelando-se ao exercício de um poder de agir, que se vincula a um dever. Nesta configuração pode expressar-se como o “exercício no interesse alheio de um poder exercido em conta de dever legal” (MELLO, 1993, p. 53).

Outro aspecto é que a acepção de função “enquanto atividade” refere-se ao fato de que o Estado deve atuar dentro da legalidade, pois suas ações concretas devem estar demarcadas pela lei abstrata, sempre a serviço de um fim (*telos*) normativo, isto é, atender a uma finalidade imposta na norma, não necessariamente expressa no texto, mas que com ela não se identifica.

Um exemplo que parece servir bem ao sentido proposto de “função-atividade” pode ser extraído da Constituição Federal quando atribui privativamente ao Ministério Público a promoção da ação penal pública (Artigo 129, inciso I). Apesar de não exprimir em seu texto, quis o constituinte demarcar o sistema acusatório no processo penal brasileiro. Ou seja, impor ao *Parquet* a titularidade da ação processual penal implica em inaugurar um novo sistema em contraposição ao sistema inquisitorial para a persecução penal.

Outrossim quando a Constituição (Artigo 144, §4º) atribui às polícias civis as funções de polícia judiciária quer definir que que aos delegados de polícia devem

exercer aquelas atividades referidas na lei para o cumprimento de certas finalidades.

A utilização do sentido de função como “atividade”, no entanto, parece um tanto quanto restrita às ações concretas dos agentes estatais, no exercício de um poder organizado e legal ou constitucionalmente delimitado.

Tomando como exemplo as ações de um juiz no exercício da judicatura, não se faz muito esforço para compreender que a sua atividade principal é de caráter decisório, pois, de fato, para cumprir seu mister de solucionar os conflitos, profere inúmeras decisões ou emite seus votos para compor acórdãos em segunda instância.

Longe de qualquer rejeição, função enquanto “atividade” não se revela o sentido mais completo para cumprir o que se almeja na presente pesquisa, porquanto nem a lei, nem a Constituição Federal atribui expressamente ao Supremo Tribunal Federal a alteração informal do texto constitucional, mediante a técnica da mutação constitucional.

Útil para a presente pesquisa; porém, deve ser complementada.

A segunda acepção a ser destacada é a de função como “tarefa”, no sentido atrelado à ideia de finalidade ou fins do Estado. (PESSOA, 2008, p. 29)

Nesta perspectiva, funções do Estado seriam as atividades que o Estado ou determinado órgão exerce para atingir, de forma eficiente, seus fins, assim entendidos como o bem comum da sociedade.

Do trecho abaixo se infere claramente que função também pode significar missão, objetivo ou propósito do elemento estudado, isto é, as finalidades que persegue.

Qual é a essência, o *telos*, de uma constituição escrita? De pronto lhe corresponde uma função de ordem (Oedungsfunktion) ao fixar as regras do jogo segundo as quais, por uma parte, se desenvolve o processo político - que não é senão a luta pelo poder político no Estado - e, por outra, se forma a vontade estatal obrigatória. Porém, por outro lado, a constituição promove a liberdade dos destinatários do poder ou cidadãos ao estabelecer as normas que distribuem as funções estatais entre os

diferentes detentores do poder - a famosa técnica da separação dos poderes (LOEWENSTEIN, 1964, p. 151)

Não é outro o sentido quando se afirma que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tem a finalidade de proteger direitos fundamentais contra atos do Governo e instruir indivíduos de seus direitos; que “a Constituição, quando procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (...) não configura (...) apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser” (HESSE, 1991, p. 15) ou ainda que o neoconstitucionalismo busca “limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania” (STRECK, 2011, p. 37)

Assim como no caso de função enquanto “atividade” de uma instituição política, a expressão função como “tarefa” seria perfeitamente adequada por se atrelar a um agente estatal, por exemplo quando se pretende referir à finalidade constitucionalmente atribuída a uma instituição para estabelecer suas funções.

Num primeiro momento, a utilização do sentido de função como “tarefa” afigura-se apropriada para a presente pesquisa, na medida em que estabelece a finalidade de uma instituição no âmbito de uma sociedade estatal.

Expressão desta conotação pode ser encontrada quando a própria Constituição brasileira define que a função exercida pelas Forças Armadas é a de zelar pela defesa da Pátria, pela garantia dos Poderes constitucionais, pela lei e pela ordem. (CANOTILHO, 2003, p. 543), assim como das polícias civis na apuração de infrações penais. (Artigo 144, §4º)

Não se desconhece existirem autores que rejeitam a sinonímia entre “função” e “finalidade”:

As funções não se confundem com as finalidades. Elas são as constâncias determinadas pelas afinidades, as classes ou padrões segundo os quais se agrupam atividades necessárias à consecução das finalidades; também não se confundem com as agências (corpos, órgãos, sistemas ou outras figuras) que as desempenham, nem com o processo pelo qual se desempenham. (CUNHA, 2004, p. 215)

Porém, nas situações retro apresentadas apenas a título de exemplificação, resta evidente que o sentido da expressão “função” é o mesmo que a expressão finalidade.

Incorporando este conceito à presente pesquisa, evidente que a função primordial do Supremo Tribunal Federal seria a garantia da integridade e a guarda da Constituição Federal porque assim lhe confia o artigo 102.

Entretanto, tal acepção é incompleta e pode tornar-se um tanto quanto superficial, pois a sua resposta pode muito bem ser extraída da própria leitura do texto constitucional.

Portanto, apesar de útil, deve ser ainda complementada.

O terceiro significado aplicado ao conceito de “função” é a junção entre as duas acepções anteriormente analisadas porque o concebe como atributo afeto ao poder estatal a fim de designar, no âmbito político-jurídico, o conjunto de atividades que o Estado exerce no alcance de um determinado fim, tarefa ou finalidade, previamente atribuídas e delimitadas pela lei.

A palavra “função”, neste caso, vincula-se à ideia de “competência” ou atribuição de um órgão para o exercício de uma “atividade” ou “finalidade”.

A tarefa mais não é que um fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material. Por seu turno, a função enquanto atividade (a descobrir por via de uma análise espectral da obra do Estado, dos seus órgãos, agentes e serviços) não vem a ser senão um meio para atingir esse fim. (MIRANDA, 2002, p. 231)

A diferença entre função como “atividade” e no sentido de “competência” é que esta última pressupõe que a titularidade e a finalidade tenham sido previamente reconhecidas e delimitadas por uma norma jurídica, de forma que a ordem jurídica reconhece-lhe poderes e especifica os limites de sua atuação ou confere a algum poder ou órgão poderes de regulamentação ou conformação jurídica. (PESSOA, 2008, p. 27-28)

A utilização do sentido de função como “competência” parece ser, por conseguinte, a mais completa para a compreensão do conceito de função do Estado

que se utiliza na presente pesquisa por trazer a ideia de imposição aos limites postos à “atividade” da instituição política no atingimento de suas “finalidades”. Portanto, é sob esta perspectiva que se trabalha a expressão função na presente pesquisa.

Resta ainda uma quarta acepção para o sentido da expressão “função”. Entretanto, sua análise conduz ao estudo da teoria da separação dos poderes estatais como técnica de exercício do poder político na sociedade estatal, vinculada à atividade ou competências de governo. Neste sentido, por exemplo se diz que “a divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes” (SILVA, 2019).

Diante da importância, por evidente histórica na organização das sociedades políticas, e porque a presente pesquisa trata da alteração da Constituição, tipicamente atribuída ao Congresso Nacional, profícuo apresentar um estudo apartado sobre a teoria da separação dos poderes, a fim de satisfazer a necessidade de um exame mais acurado, o que será feito mais adiante, em tópico específico.

1.2 A separação dos Poderes como uma técnica de ascensão ao Poder

Conquanto se vincule as raízes da teoria da separação dos poderes à Antiguidade, não se pode descuidar que ela representa um aspecto importante para o constitucionalismo moderno.

Conforme adiante se verá, muito mais por razões ideológicas do que para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, a filosofia que promoveu a separação dos poderes estatais no final do século XVIII conferiu o substrato teórico necessário para a emergência do Estado Moderno, em substituição ao Estado Absolutista, de sorte a permitir a abertura de espaço para a participação do exercício do poder político.

A assertiva acima impõe, portanto, que seja feito um estudo sobre a teoria da separação dos poderes, com fim específico de destacar o fundamento que a notabilizou enquanto técnica de ascensão e de exercício do poder estatal.

Sob o aspecto político, a doutrina da reparação dos poderes pode ser apontada como uma das mais importantes contribuições teóricas para o surgimento do chamado Estado de Direito e um dos dogmas políticos mais famosos do constitucionalismo moderno.

Sua relevância para o rompimento com a tradição do “Ancien Régime” pode ser extraída da leitura do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, *in verbis*: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Enquanto teoria política, encontrou fundamento na contradição ideológica entre os pensadores jusnaturalistas da moderna teoria do Estado que buscavam a legitimação do poder estatal em termos absolutos, de um lado, e os filósofos que também se apoiavam na doutrina do direito natural e, sobretudo, do liberalismo para sustentar a primazia do valor da liberdade como limite a este mesmo poder estatal, de outro.

Decerto, da doutrina jusnaturalista servira-se tanto os defensores da liberdade individual, como foram Locke e Montesquieu, quanto os teóricos da filosofia do poder absoluto da realeza monarca, como ocorreu com a filosofia de Hobbes e com a teologia de Bossuet. (BONAVIDES, 2013, p. 44)

Mas o fato é que o processo de formação dos Estados Nacionais desconheceu a teoria da separação dos poderes, pois o absolutismo, forma política predominante na Idade Média, concentrava nas mãos do déspota a totalidade do poder político.

O Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar, o potencial de legitimação. Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as ideias de supremacia interna independência externa, essenciais à afirmação do Estado Nacional sobre os senhores

feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (românico-germânico), no plano internacional. Com Jean Bodin e Hobbes, a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a revolução inglesa ela se transfere para o parlamento. Com Rosseau e as Revoluções francesa e Americana o poder passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se. (BARROSO, 2009, p. 9)

Mediante análise histórica, a partir da qual desenha o caráter evolutivo da construção teórica do organismo estatal, a doutrina sintetiza, segundo as condições sociais do momento em que se desenvolvera, as formas pelas quais o Estado de Direito assumiria no evoluir da sociedade após romper com o modelo estatal apresentado pelo absolutismo: Estado liberal, Estado socialista, Estado social com a primazia dos meios intervencionistas do Estado e Estado social com hegemonia da sociedade e máxima abstenção possível do Estado. (BONAVIDES, 2013, p. 63-67)

Interessa-nos ao momento a primeira figura, o Estado liberal, o qual surge a partir do século XVIII, notadamente com a investidura do “terceiro estado” burguês no poder, por forte influência do princípio liberal e do desenvolvimento da proteção dos indivíduos pela teoria dos direitos naturais. Nesta configuração, há forte cunho de resistência em face do poder absolutista dos Estados monárquicos medievais, pois “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo” (BONAVIDES, 2013, p. 40).

O conceito de soberania desenvolvido no século XVI que a concebia como o poder absoluto do chefe de Estado de legislar aos súditos, sem necessidade de sujeição às leis que editava diante da impossibilidade de não poder dar ordens a si mesmo (BOBBIO, 2007) fora apresentado pelos filósofos afinados com o direito natural do Estado que legitimou o poder absoluto e perpétuo do Estado-Nação.

Da mesma teoria dos direitos naturais a então revolucionária classe burguesa em ascensão também tirou proveito e logrou, na contramão dos autores antecessores, conter os poderes da coroa e ruir com os privilégios decorrentes da cultura feudal que não mais cabiam mais naquele cenário de mundo porvir, para defender seus interesses, notadamente de cunho econômico. (BONAVIDES, 2013, p. 44)

Daí, portanto, que o modelo teórico criado pelas doutrinas dos direitos do Homem, que em suma se apoiaram no sucesso da teoria do pacto social, não podia ser outro senão um modelo de Estado limitado apenas ao exercício de condições indispensáveis às necessidades do indivíduo, isto é, um modelo que o posicionasse na condição de aparato a serviço dos fins individuais. (BONAVIDES, 2013, 71)

Despido de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum, o papel fundamental deste Estado não seria outro senão apenas a preservação e organização da liberdade individual, instintiva e ilimitada, transformando-a em liberdade civil, a fim de que os homens a exercessem dentro de um ambiente propício a uma fruição limitada: a sociedade.

Manifestação desta forma de se conceber a liberdade civilizada pode ser encontrada em Kant, quando assinalou que:

O ato pelo qual um povo se constitui num Estado é o contrato original. A se expressar rigorosamente, o contrato original é somente a ideia desse ato, com referência ao qual exclusivamente, o contrato original é somente a ideia desse ato, com referência ao qual exclusivamente podemos pensar na legitimidade de um Estado. De acordo com o contrato original, todos (*omnes et singuli*) no seio de um povo renunciam à sua liberdade externa para reassumi-la imediatamente como membros de uma coisa pública, ou seja, de um povo considerado como um Esta (*universi*). E não se pode dizer: o ser humano num Estado sacrificou uma parte de sua liberdade externa inata a favor de um fim, mas, ao contrário, que ele renunciou inteiramente à sua liberdade selvagem e sem lei para se com sua liberdade toda não reduzida numa dependência às leis, ou seja, numa condição jurídica, uma vez que esta dependência surge de sua própria vontade legisladora. (2003, p. 158)

Não é de se estranhar, portanto, que as doutrinas jusnaturalistas dos direitos do Homem, baseadas no liberalismo exacerbado daquele estágio social, procuraram abster de coação a máquina que criavam, mediante técnicas de limitação e contenção do poder, das quais fizeram parte a doutrina dos direitos e liberdades individuais e a teoria da separação dos poderes. (BONAVIDES, 2013, p. 63-67)

Na sua formulação mais difundida, a divisão do poder estatal assume a forma tripartida como resultado dos atos praticados pelos Poderes Legislativo,

Executivo e Judiciário, segundo a sistematização teórica de Montesquieu, em obra a partir da qual descrevera o sistema político inglês. (SILVA, 2008, p. 589)

O gênio de Montesquieu, porém, não se deve tanto pela sua originalidade, já que a clássica doutrina da desconcentração dos poderes tem por antecedente remoto a tipologia bipartida de Aristóteles, desenvolvida posteriormente por Locke, além de sustentada por outros contratualistas tais como Hobbes, Bacon, Rousseau, Políbio, Home. (BULOS, 2011, p. 1051)

É bom lembrar que legitimadores teóricos do absolutismo monárquico também a ela fizeram referência, conforme se vê em Maquiavel a divisão de poderes entre o parlamento e o rei e a presença de um Judiciário independente, assim como em Bodin com a divisão das funções do Estado segundo os órgãos que as exercem em senado, os oficiais, os magistrados e os colegiados.

A genialidade de Montesquieu, no entanto, notabilizou-se pela clareza e perfeição de sua divulgação (BASTOS, 1999, p.153) e, sobretudo, porque foi capaz de atender aos anseios da classe burguesa em ascensão que, assumidamente influenciada pela ideologia liberal, lutava pelo seu espaço no poder.

Em meados do século XVIII, com Montesquieu, esta teoria teve como objetivo impedir que o poder fosse exercido pela mesma pessoa a fim de enaltecer o valor da liberdade individual quer perante os governos arbitrários das monarquias absolutistas, quer em face de outro indivíduo. Decerto, em sua doutrina o primado da liberdade era o alicerce do controle ao arbítrio:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os

crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Em suma, o aperfeiçoamento da doutrina da repartição do poder do aparelho estatal foi o principal instrumento de luta em face do poder absoluto e arbitrário do poder do monarca, em prol da proteção da liberdade política, reivindicada por uma classe social.

1.2.1 Fundamentos para a superação de um dogma

Não obstante aspectos de índole emancipatória, que desde o final do século XVIII a consagraram (LOEWENSTEIN, 1964) e que justificaram a sua existência, imperioso trazer à pesquisa os fundamentos de ordem teórica que permitiram a superação dos postulados da teórica da separação dos poderes setecentista.

A concepção de Montesquieu (2000) traz consigo o propósito ideológico de uma classe em ascensão. Evidência disso é que a liberdade anunciada por ele não tinha como finalidade precípua atender ao povo em geral, mas meramente formal, na medida em que visava assegurar apenas a liberdade do indivíduo burguês, indispensável para que a classe em ascensão mantivesse o domínio do poder político sob suas mãos e afastados das outras classes sociais.

Conforme sustenta Nohara (2012), após a conquista do poder político, a burguesia se ocupou de garantir também a hegemonia de sua ideologia, de uma forma a tonar a igualdade, antes postulada, ao direito à generalidade formal e abstrata da lei.

Obviamente não se pode desprezar a importância histórica que se lhe atribui. Não obstante, é preciso fazer uma releitura desta configuração, pois evidentemente a concepção atual de igualdade não se confunde com aquela perseguida pelos burgueses.

Mister, portanto, a apresentação de um quadro de alterações teóricas que permitiram o rearranjo da doutrina apresentada pelo ideal burguês do século XVIII.

Para além do aspecto político que marcara o surgimento do chamado “Estado de Direito”, a justificar a doutrina a partir da qual identifica um direito do ponto de vista da sua função promocional, Bobbio (2007, p. 2-12) parte da consideração de que a imagem do direito proposta pela teoria geral pressupõe uma forma específica de Estado, concebido a fim atender determinados interesses senão dominantes ao seu tempo, ao menos para fomentar a sua predominância.

Porque procurou sempre apresentar uma imagem de direito que se identifique com a ideologia política dominante no Estado liberal, a tradicional teoria geral do direito sempre procurou desenvolver seus dogmas a partir de uma visão um tanto quanto simplista do direito, enquanto conjunto de normas negativas, que atendam uma função meramente protetora e/ou repressiva.

Esta teoria negativa do direito servia a uma concepção de Estado, desenvolvido para atender aos ideais da classe burguesa. Logo, sua finalidade essencial seria a proteção da ordem pública em relação aos atos nocivos aos interesses econômicos da classe em emergência ou abstenção para a satisfação destes interesses, na medida em que “a defesa da máxima liberdade individual criava um Estado que nada fazia para refrear a ação opressora dos economicamente poderosos nas relações privadas” (NOHARA, 2012, p. 21).

Por se tratar de uma teoria pura e objetiva, dedicada às estruturas lógicas da ciência jurídica, isentou-se da tarefa de apresentar arcabouço conceitual complexo para além dos objetivos perseguidos pela ideologia dominante, a fim de abrir espaço para a consolidação de uma atividade pautada em termos econômicos.

São de duas ordens as teorias que concebem o direito a partir de uma imagem simplificada, segundo o ponto de vista da função protetiva ou repressiva que exerce.

A primeira corrente tem como expoentes Thomasius, para quem o direito atinge uma finalidade meramente protetiva, por meio do emprego de comandos negativos, e Herbert Spencer, sociólogo e defensor da diminuição das tarefas do Estado.

Thomasius formulou sua teoria visando estabelecer um critério que diferenciase as normas jurídicas das normas da moral individual e moral social. Assim, apresentou um conceito que tinha em sua essência a ideia de um ordenamento jurídico que se expressa pela existência de normas proibitivas, mas em última análise correspondia a uma imagem de Estado protetor da liberdade recíproca.

As demais teorias que sobrevieram à teoria de Thomasius também apresentaram uma visão simplificada de contenção do Estado liberal. De Kant à Hegel, todos sustentaram que o fundamento do direito seria a proibição. Nesta configuração, a propósito, é predominante a atuação do direito penal em relação a outros ramos do direito.

Já a segunda corrente teórica corresponde àquela que concebe o direito a partir de uma finalidade repressiva, pelo emprego de sanções negativas, isto é, por meio da coação. Professada por representantes do positivismo jurídico, tais como Austin, Jhering e Kelsen, esta corrente parte da ideia de que os sistemas jurídicos caracterizam-se por serem ordenamentos coercitivos.

Neste aspecto, a teoria que compreende o direito segundo a sua função repressiva também se desenvolveu para atender aos reclamos de uma sociedade em surgimento, cuja atividade econômica estivesse desembaraçada de qualquer interferência do poder político.

Jhering, por exemplo, estabeleceu critérios tendentes à distinção entre Estado, de um lado, que expressa os interesses políticos dos cidadãos, e sociedade civil, de outro, correspondente ao âmbito dos interesses econômicos da burguesia e que levaram ao contraste entre a sociedade antiga e incipiente sociedade industrial.

Seja qual for o modelo teórico que se analise, o fato é que esta imagem simplista do direito foi sistematizada para legitimar os postulados do ideal jusnaturalista, de contenção da atividade do Estado, e demarcar um âmbito mínimo de atuação do seu ordenamento jurídico.

Vale lembrar, portanto, que o modelo simplificado de ordenamento jurídico que atendia às expectativas de um Estado liberal deveria apresentar um arcabouço conceitual limitado à existência de técnicas de desencorajamento, por meio de categorias estruturais internas, dentre as quais se destacaram as normas e sanções negativas.

É certo que Bobbio não ignorou a construção sugerida por Hayek que estabelece a distinção entre Estado liberal de Estado social a partir do contraste entre normas de conduta e normas de organização. Nesta distinção, enquanto o Estado liberal apoiava-se em um ordenamento jurídico que expressava normas de conduta, o Estado assistencial representava um ordenamento jurídico constituído de normas de organização.

Segundo Hayek, uma das formas que pôs termo à destruição da ordem liberal foi a substituição contínua das normas de conduta por normas de organização. No Estado liberal havia um ordenamento jurídico composto predominantemente por normas de conduta. Já o Estado assistencial contemporâneo contém um ordenamento jurídico composto por normas de organização, mediante as quais o Estado regula a sua própria atuação. Neste modelo, não existem apenas normas e sanções positivas de encorajamento, mas sobretudo, normas que permitem a “ação direta do Estado”.

Todavia, a formulação de Hayek padece porque ignora o crescimento contínuo de normas e sanções positivas durante a passagem do Estado liberal para o Estado assistencial.

Além desta, mais duas objeções são apontadas por Bobbio perante este modelo que leva em conta as normas de organização estatal.

A primeira é que o interesse do pensamento jurídico das normas de sobre as normas dirigidas aos funcionários do Estado é antigo, pois fora desenvolvida desde Jhering; já a segunda é que há evidente contradição entre o discurso que propõe o crescimento de normas de organização do Estado e o pensamento liberal clássico, assumido por Hayek, na medida em que as duas propostas podem representar certa limitação da liberdade individual.

Não obstante esta tentativa de apresentar critérios que atendam a esta nova configuração de Estado, também é fato que o crescimento das normas de organização não propõe eficazmente uma ruptura com o direito enquanto ordenamento protetor e repressivo correspondente ao Estado de tradição liberal.

O que em verdade caracteriza em sua essência o Estado contemporâneo e que atribui um novo desenho ao direito é a necessidade de utilização de novas técnicas de controle social, de encorajamento do comportamento esperado, por meio da função promocional do direito (BOBBIO, 2007, p. 13).

Ao contrário do Estado liberal, o Estado contemporâneo é um aparato menos limitado. O ordenamento jurídico neste modelo estatal está legitimado por uma teoria que fornece categorias que favorecem tanto a conservação do *status quo* quanto a mudança, a transformação, por meio de leis de incentivo, por exemplo.

É possível identificar no raciocínio abaixo a importância das transformações provocadas pelo chamado Estado assistencial sobre o rearranjo das categorias propostas pela teoria do Direito:

Não há dúvida de que a técnica das sanções negativas é a mais adequada para desenvolver esta função, a qual é ao mesmo tempo, protetora em relação aos atos conformes e repressiva em relação aos atos desviantes. Contudo, a partir do momento em que, devido às exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tende a estimular atos inovadores – e, portanto, a sua função não é mais apenas protetora, mas também promocional –, surge, paralelamente ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, as quais constituem a técnica específica da repressão, um emprego não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos. (Bobbio, 2007, p. 24)

Por consequência do raciocínio acima, infere-se que a fórmula tradicional tripartida das funções que o Estado desempenha em compartimentos estanques não atende às mais sofisticadas demandas de uma sociedade contemporânea, cuja racionalidade opera de uma maneira bem mais complexa do que aquela que experimentou o século XVIII.

Evidente que as modernas constituições repetiram a tradição de contemplar expressamente a teoria da separação dos poderes. Tradicionalmente tanto no Brasil como em outros países da América Latina, a doutrina clássica da separação dos poderes é geralmente concebida de forma estanque e rígida (SILVA, 2008, p. 589), na medida em que distingue a legislação, a administração e a jurisdição, a partir das funções típicas atribuídas a órgãos distintos e independentes entre si.

No modelo brasileiro, o constituinte de 1988 trouxe no bojo do art. 2º da Constituição Federal da República a opção pela tripartição de poderes da União no âmbito Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, cuja aplicabilidade não pode ser afastada ou abolida sua consagração, por força da cláusula proibitiva constante do dispositivo do artigo 60, §4º, inciso III.

Ao Poder Legislativo caberia a função legiferante de editar regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras do ordenamento jurídico. Ao Judiciário cumpriria a função jurisdicional, isto é, aplicar o direito ao caso concreto a fim de dirimir os conflitos de interesses. E por fim, a função executiva competiria ao Poder Executivo, cuja função consistiria em resolver, consoante as leis, os problemas concretos e individualizados, mediante a doção de atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral ou imparcial.

Porém, a aplicação rígida dos seus postulados, por representar a contradição da configuração hodierna dos direitos sociais (BONAVIDES, 2013, p. 68), mostra-se insuficiente para atender aos fins perseguidos pelos modelos políticos atuais.

Não cabe tomar cada uma dessas funções de forma absolutamente estanque uma da outra, pois apesar da preservação das características que lhes são próprias e intrínsecas à sua natureza, hoje em dia é necessário lançar olhares às atividades atípicas que as tem destacado no mister da proteção das liberdades constitucionais. (BULOS, 2011, p. 1051)

Silva (2008, p. 589), por exemplo, afirma ser mais profícuo, compatibilizar a ideia de separação de poderes, com destaque para o papel dos juízes nesta

separação, e a dicotomia Estado Liberal/Estado Social, baseado na distinção entre deveres negativos e deveres positivos.

Do que se viu, pode-se inferir que a releitura da teoria da separação de poderes sugere o estabelecimento de instrumentos de cooperação, harmonia e equilíbrio entre os diversos detentores do poder político, oficiais e não oficiais para a construção de um ambiente institucional apto à realização da promoção dos direitos fundamentais e consequente bem comum.

Mas há outro aspecto que não pode ser desconsiderado.

O sucesso obtido pelo projeto liberal com as lutas contra o Absolutismo monárquico e com as Revoluções Industriais durante os séculos XVIII e XIX abriu espaço não apenas para a ascensão política da burguesia, como se viu, senão também viabilizou o seu fortalecimento econômico, além do que, provocou significativas transformações nos arranjos sociais e políticos da época.

Em nome do lucro, o desenvolvimento da tecnologia repercutiu na produção em larga escala das grandes indústrias e promoveu degradações no meio ambiente natural, com a exploração desenfreada dos biomas resultando na escassez dos recursos naturais, extinção de espécies, redução da qualidade do ar, poluição de rios etc.

Com o aumento populacional, da produção e do consumo, e após longo período de exploração irresponsável dos recursos naturais, fortaleceu-se no seio da comunidade internacional a conscientização de que os recursos ambientais são escassos, sinalizando para a inviabilidade de se conceber um capitalismo pautado somente no lucro e de consumo ilimitado.

Diante de tais transformações, sentiu-se uma necessidade de uma nova concepção de desenvolvimento, capaz de atender às necessidades de uma sociedade que se orienta a partir de uma lógica diferente da sociedade liberal e sedenta por lucro, que refletiu a realidade das pessoas durante os últimos séculos.

Isso porque sabemos que o liberalismo tornou-se um sistema inoperante diante do fenômeno da revolução das massas. Em face da transformação sociopolíticaeconômica-tecnológica, percebeu-se a necessidade de um

modelo estatal intervencionista, com a finalidade de reequilibrar o mercado econômico. Com isso, a noção e o conceito de desenvolvimento, formados num Estado de concepção liberal, alteraram-se, porquanto não mais encontravam guarida na sociedade moderna. (FIORILLO, 2013, p. 88)

Por não ser mais admitido pela sociedade, aquele modelo tradicional de desenvolvimento cedeu espaço para uma concepção que se orienta pela conjugação de outros aspectos não exclusivamente econômicos.

Na formulação deste novo conceito repousa, inclusive, a ideia de sustentabilidade porque associa à face econômica do conceito de desenvolvimento uma dimensão social de fomento à implementação e execução de políticas públicas e outra dimensão ambiental que se atém à preocupação com a preservação dos recursos naturais, de sorte a formar o que se entende por desenvolvimento sustentável, ou “desenvolvimento socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado” (SACHS, 2009, p. 28).

Na busca de encontrar o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e da ordem social, mediante a observância de critérios sustentáveis para a proteção do meio ambiente, esta concepção orienta-se pela solidariedade sincrônica, porque regula as relações que objetivam satisfazer as necessidades da geração atual, mas sem comprometer as necessidades das futuras gerações, norteado pela solidariedade sincrônica. (SACHS, 2009, p. 28)

Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável visa regular e garantir a relação entre os homens e entre eles com o seu ambiente, a fim de que as gerações futuras gozem das mesmas oportunidades do desfrute dos recursos disponíveis na atualidade. (FIORILLO, 2013)

A doutrina também emprega o termo solidariedade integracional para expressar os vínculos solidários entre as gerações atuais com as futuras gerações. (MILARÉ, 2011, p. 1066)

Sob esta perspectiva, o tripé da sustentabilidade, que considera aspectos econômico, ambiental e social, é um conceito que vincula tanto as ações políticas dos Estados como a de outros setores sociais, inclusive a da empresa, para que

suas atividades estejam voltadas ao engajamento contínuo na construção de uma sociedade, conscientemente sustentável, mais preocupada com o porvir.

Atualmente, o modelo teórico de sustentabilidade que tem conferido substrato a este conceito de desenvolvimento, tomado a partir de seus vieses social, econômico e ambiental, advém do chamado *triple bottom line* (ELKINGTON, 2004) ou da teoria dos 3 P's, orientado a partir de três pilares fundamentais: *people, planet and profit* (pessoas, planeta e lucro).

Por meio de uma sustentabilidade social propõe igualdade de condições para que classes sociais desfavorecidas em termos econômicos experimentem o progresso, inclusive culturalmente, com a concretização das necessidades essenciais das pessoas, como o acesso ao emprego, à alimentação, à energia, ao saneamento básico etc, de sorte a proporcionar-lhes bem-estar e qualidade de vida.

Por conseguinte, propõe, à empresa e ao governo, a adoção de políticas éticas de planejamento redutoras dos danos ao meio ambiente (SANCHS, 1993, p. 28-60), visando o fortalecimento dos recursos naturais por meio de gerenciamento de riscos, mediante a utilização de tecnologia limpa, por exemplo.

Sustentabilidade em termos econômicos implicaria na alocação e no gerenciamento eficiente de recursos, associados a investimento de setores públicos e privados, a partir de parâmetros exclusivamente microeconômicos de rentabilidade e lucro empresarial, mas sobretudo pela eficiência econômica macrossocial. (SACHS, 1993, p. 38-40)

Uma das principais preocupações atuais dos líderes mundiais e com ampla ressonância no âmbito das resoluções das Nações Unidas e nas diversas conferências sobre meio ambiente, à teoria dos 3 P's foram incorporados, por ocasião dos ODS's, na Agenda 2030, a Paz e a Parceria como pilares do desenvolvimento sustentável, de sorte a abranger outras dimensões da sustentabilidade para além das questões ambientais.

O desenvolvimento da teoria do *triple bottom line* permitiu a irradiação da defesa do desenvolvimento sustentável aos mais variados âmbitos (MATA DIZ, 2003), inclusive pelo Poder Público, pois “um dos desdobramentos do

desenvolvimento sustentável dá-se por intermédio do reconhecimento da integração da dimensão ambiental em todos os planos, programas, projetos e ações do Estado”. (MATA DIZ; CALDAS, 2016, p. 251)

Portanto, sob o viés do *triple bottom line*, assim como as atividades empresariais devem adotar como parte integrante do seu modelo de gestão e de negócio práticas sustentáveis, as ações do Estado, haja vista as consequências das mudanças climáticas e demais agressões ambientais, devem pautar-se segundo as exigências inerentes ao conceito de sustentabilidade, devendo refletir sobre a preservação dos ecossistemas e a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, submetendo seu planejamento estratégico, ações e relacionamento com a sociedade às exigências deste novo conceito de sustentabilidade, visando o bem comum e melhoria de vida não apenas da comunidade atual em que se inserem, mas também no bem-estar da sociedade futura.

Atento à necessidade premente de se ajustar a uma agenda sustentável em suas relações, cada vez mais, o Brasil pauta suas ações em direção à proteção ambiental, como se verifica no plano internacional, mediante a participação de conferências internacionais e assinando convenções ou outros atos internacionais, como a Declaração decorrente da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – CNUMAD. (MATA DIZ; CALDAS, 2016)

É neste sentido que, para além do reconhecimento do princípio do desenvolvimento sustentável enquanto fonte principiológica do sistema normativo brasileiro, o Estado, em sua integralidade, deve vincular suas ações a critérios sustentáveis nas contratações públicas enquanto instrumentos de desenvolvimento sustentável em promoção do bem comum. (MATA DIZ; CALDAS, 2016)

Aliada aos fatores acima mencionados, também é fundamental trazer, ainda que, a título de ilustração, a criatividade jurisdicional como fator de reconfiguração da teoria da separação dos poderes idealizada no século XVIII.

Se no modelo liberal clássico, a jurisdição, enquanto poder estatal, cumpria uma função meramente declarativa da lei, porquanto os juízes eram considerados como meros *bouche de la loi*, atualmente, a função do Judiciário no Estado

contemporâneo também assume nova roupagem, de forma a dar ensejo a dois movimentos: o ativismo judicial e a judicialização da política.

Embora ocupem o mesmo ambiente, no caso o espaço judicial, não estão no mesmo patamar. Portanto, é fundamental apresentar os seus aspectos fundamentais a fim de extrair suas diferenças, pois, de fato, são bastante semelhantes.

Num sentido amplo, o vocábulo “judicialização” designa a manifestação do exercício da garantia do acesso à justiça, sempre que uma pretensão seja deduzida em juízo.

Há, porém, certa a preferência pelo uso da expressão “judicialização da política” para caracterizar a transferência do debate sobre temas de amplitude social e política questões antes tratadas no âmbito político são transferidas para serem debatidas no campo do Judiciário.

Decorrente de uma exponente expansão da atuação do Poder Judiciário para uma atividade de revisão dos atos administrativos e legislativos como consequência da constitucionalização dos direitos e políticas públicas, assim como da harmonia dos poderes, a judicialização da política é o fenômeno universal, de sorte que o Brasil dele não escaparia. (NALINI, 2002)

Apesar de bem ampla, porquanto permite transferir a discussão sobre qualquer questão política ou moralmente relevante ao Poder Judiciário, a judicialização da política, segundo Barroso (2009, p. 335), no modelo brasileiro “tem nos servido bem”.

Nos últimos anos, foram judicializados perante a Suprema Corte brasileira temas envolvendo políticas governamentais; as relações entre os Poderes; e direitos fundamentais.

Três significativos fatores de surgimento são apontados como causas para a sua promoção na vida institucional do Estado.

O primeiro foi a importante fase de redemocratização porque atravessou o país após promulgação da Constituição de 1988, que fortaleceu e expandiu

institucionalmente o Poder Judiciário, o Ministério Público e a criação da Defensoria Pública para alcançar diferentes partes do Brasil, além de fortalecer a cidadania, ampliando o nível de informação e de consciência de direitos à população com a facilitação do acesso à justiça na proteção de seus interesses perante os tribunais.

O segundo fator segue uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978). Assim como estas, a Carta brasileira é analítica e previu situações muito particularizadas, de forma a promover uma constitucionalização abrangente de inúmeras matérias anteriormente deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, em um movimento que transformou a Política em Direito.

O terceiro fator de promoção à judicialização é o desenho atual do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que segundo Mendes (2005, p. 146), é um dos mais abrangentes do mundo, pois conjuga aspectos do sistema o americano e o europeu e ainda prevê uma ampla legitimidade ativa para o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade, segundo a disciplina constante do art. 103 da Constituição Federal.

No contexto brasileiro, a Constituição Federal conferiu a guarda de suas normas ao Supremo Tribunal Federal, já que da leitura do artigo 102 infere-se que à Suprema Corte cabe exercer o controle incidental de inconstitucionalidade por meio da apreciação dos recursos extraordinários e da edição de súmulas vinculantes, assim como o controle abstrato por meio da apreciação das ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e de inconstitucionalidade por omissão, representação interventiva e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal atua, portanto, como um legislador negativo, na medida em que, em sede de controle abstrato de inconstitucionalidade das normas, as suas decisões têm o poder de excluir a norma do ordenamento jurídico, tendo em vista o efeito *erga omnes* e vinculante que possuem, ou ainda por meio da sua interpretação, conferir novos sentidos às normas constitucionais que analisa.

Deste último aspecto a presente pesquisa se ocupará doravante.

2 TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Até aqui, os estudos empreendidos na presente pesquisa analisaram um dos temas fundamentais da vida constitucional dos Estados, a teoria da separação dos poderes, a partir da sua origem, culminando com a referência aos fundamentos teóricos de superação aos seus postulados.

Já os temas do presente capítulo estão relacionados ao reconhecimento e à aplicação da teoria da mutação constitucional, a partir da análise do seu conceito, suas características e um quadro geral acerca da fixação de limites a esta atividade.

Reflexamente, visitou-se outros aspectos da prática constitucional relacionados à teoria da mutação constitucional, tais como o processo de normatização dos valores e positivação dos direitos; os processos formais e informais de alteração da Constituição; a ideia de rigidez, supremacia e hierarquia das normas constitucionais perante as demais espécies legislativas.

2.1 Considerações iniciais

O Direito, enquanto ciência, insere-se no contexto das chamadas ciências sociais (LYRA FILHO, 1973) e por ser um produto idealizado pelo homem, é concebido como uma ciência cultural na medida em que se orienta através dos valores dominantes em dada realidade social, os quais variam de acordo com o momento social e histórico em que se insere.

Reale (2000, p. 574) bem sintetizou o Direito como “um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, jamais se exaurir em soluções normativas de caráter definitivo”, delimitando, dessa forma, sua teoria tridimensional do Direito no âmbito do culturalismo jurídico (GONZALEZ; QUILICI; OLIVEIRA, 2015, p. 279).

Atribui-se à concepção culturalista do Direito, também chamada de culturalismo jurídico, o entendimento de que o Direito consubstancia-se em uma ciência cultural. A ciência jurídica, para esta concepção, é um objeto cultural, que se orienta pelos valores sociais dominantes em certo momento e em determinada sociedade.

Disso resulta a importância da influência da realidade social na tarefa de proteção conferida pelo direito ao desenvolvimento da vida em sociedade e, sobretudo, no processo de criação, desenvolvimento e modificação de novos direitos.

Este processo de adequação do Direito, enquanto fenômeno cultural, à realidade social foi bem delineado pelo mencionado jurisfilósofo ao tratar do caráter tridimensional, porque leva em consideração três aspectos fundamentais e complementares, da ciência jurídica: fato, valor e norma (REALE, 2003, p. 91).

Com a mesma configuração, mas com ênfase sobre o processo por meio do qual alguns valores morais e éticos, historicamente, são positivados, dando forma a um corpo normativo que compõe os direitos humanos, em cujo núcleo encontra-se o valor ao respeito à dignidade humana, há a chamada Teoria da dinamogêneses dos direitos humanos (SILVEIRA, 2010, p. 184-202).

Sob o enfoque desta teoria, fundamental no processo de surgimento e desenvolvimento de novos direitos a complementação dos seguintes aspectos: (i) a realidade social, no seio de onde eles emergem e que por eles será regulada; (ii) os valores éticos e morais que representam; e, por fim, (iii) os textos normativos e instituições que lhes dão vida.

Facilmente perceptível a coincidência entre as duas concepções por tratarem da influência direta das circunstâncias sociais sobre a técnica do Direito de disciplinar a vida social onde se concretiza.

Em ambas, acentua-se o dinamismo que marca essa realidade e a imprevisibilidade dos acontecimentos, relacionando o movimento que esta mesma realidade produz na interferência direta sobre o surgimento, consolidação e modificação dos direitos; logo, do próprio Direito.

Este é dinâmico, pois percorre a natural mobilidade que marca o ineditismo dos acontecimentos fáticos na sociedade e também atravessa a fluidez dos valores políticos, econômicos, culturais que os indivíduos estimam ser valiosos.

Na configuração de um processo dinamogênico dos direitos, o ordenamento jurídico não deve ter senão por tarefa proteger o que sociedade atribui valor, isto é, o conjunto de valores sociais que corporifica o sentimento axiológico da sociedade, e em favor do qual exige proteção.

Este sentimento axiológico da sociedade não permanece em sua configuração inicial para sempre, mas ao contrário, é flutuante e assume novos significados, conforme as circunstâncias sociais do momento histórico em que se manifesta.

A fim de corresponder aos interesses socialmente reclamados e se adequar à nova realidade que regula, o Direito deve concretizar o sentimento axiológico em normas e instituições jurídicas, sob pena de abrir-se um abismo entre a realidade e o acervo normativo, tornando-se, por fim, obsoleto.

Esta compreende a última etapa do processo dinâmico de criação dos direitos e consiste na atividade de normatização, quando então os valores sociais eleitos pela sociedade como valiosos ingressam no ordenamento jurídico por meio de instituições jurídicas.

Este processo de normatização dos valores na sociedade do tipo estatal tem na Constituição do Estado seu destino mais elevado, pois nela é que a oscilante vontade do povo e os valores sociais considerados fundamentais de determinado momento estão expressos e que “apontam para o existir da comunidade” (SILVA, 2019. p. 41)

A Constituição, tomada numa perspectiva jurídico-positiva, ocupa o ápice no sistema hierárquico das normas vigentes em um ordenamento jurídico e consiste na lei fundamental e suprema do Estado de Direito (KELSEN, 1998). Por força do seu primado, as demais normas estatais e todo poder ou autoridade submetem-se aos cânones constitucionais.

Este ideal de submissão do Poder Político a normas consideradas superiores e de sua conseqüente limitação pelo respeito aos direitos fundamentais é marca característica do Constitucionalismo moderno em contraposição ao Estado Absolutista. Ou seja, é criação dos séculos das luzes (FERREIRA FILHO, 2012, p. 21).

Sob a influência das experiências constitucionais norte-americana e francesa, este movimento, a fim de conferir concretude aos seus ideais, utilizou-se da técnica de normatização dos valores sociais e da vontade popular expressos em um documento escrito.

Não obstante existirem ordenamentos cujo direito não está positivado em um documento escrito, como é o caso da experiência inglesa que se baseia nos costumes, na jurisprudência e em disposições constitucionais esparsas (SILVA, 2019), a Constituição do Estado representa este documento escrito de normatização dos valores sociais de uma comunidade.

Para assegurar certa estabilidade e razoável segurança da ordem jurídico-constitucional do Estado, mas sobretudo para consolidar os valores que pretende consagrar, as Constituições devem guardar a rigidez necessária para evitar incongruências sociais em relação às suas disposições, isto é, não podem sofrer alteração com a mesma facilidade com que são modificadas as demais normas jurídicas da ordenação estatal.

Como os valores sociais são mutáveis, isto é, variam de acordo com os movimentos históricos, políticos e sociais, impõe-se que as Constituições também não devam ser eternas e imutáveis, já que precisam acompanhar o processo de modificação da realidade social, e por consequência dos seus valores, a fim de que o próprio Direito se conforme à transformação de uma sociedade em constante fluidez (BAUMAN, 2000), pois como já referido, o próprio fenômeno jurídico é influenciado pelo ineditismo da realidade e pelas transformações ocorridas no seio da sociedade.

Esta concepção, no sentido de se acentuar o dinamismo da realidade social e o seu reflexo sobre a própria Constituição, pode ser bem compreendida na doutrina, no sentido de que:

Cada constitución es un organismo vivo, siempre em movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclitiano de todo lo viviente (LOEWENSTEIN, 1976, p. 164).

Existe, assim, nesta movimentação uma fórmula elástica o suficiente para “permitir que a evolução da sociedade seja acompanhada pela evolução da Constituição.” (PEDRA, 2017, p. 97)

Convém, no ensejo, trazer as formas pelas quais as Constituições se movimentam no decorrer dos tempos, isto, é estudar as hipóteses de alteração do conteúdo de seus preceitos.

2.2 Processos formais e informais de alteração da Constituição

É clássica a distinção doutrinária que se faz entre as Constituições, quanto à estabilidade de suas disposições, em rígidas, de um lado; flexíveis, de outro; e ocupando uma posição intermediária, as Constituições semiflexíveis (SILVA, 2019, p. 44).

Diante da superioridade das normas constitucionais em relação às demais, seu processo de alteração também deverá ser diferenciado a fim de alcançar certo nível de permanência e estabilidade, de sorte a conferir segurança às instituições jurídicas.

A distinção acima não sugere, porém, a imutabilidade das Constituições; ao contrário, leva em conta o grau de dificuldade no processo de alteração, isto é, esta rigidez é meramente relativa, porquanto “a rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”. (SILVA, 2019, p. 45)

Não obstante, as Constituições podem - e até devem - sofrer alteração a fim de se adaptarem às novas necessidades e ao progresso social, pois

Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um *novo espírito*, a uma imprevista *ratio juris*, que atribui nova direção aos enunciados jurídicos (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p.188)

Existem dois processos de alteração das normas constitucionais: um que se desenvolve pela via formal e outro que se procede através da via informal.

Ao perceber a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional a doutrina alemã tratou de distinguir os processos formais e informais de alteração da Constituição. Segundo os critérios da voluntariedade e da consciência, Jellinek traçou as diferenças entre a reforma constitucional da mutação constitucional:

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. (1991, p. 7)

Ou seja, para o autor, a reforma, que caracterizaria o processo de modificação formal, pode ocorrer com atos de vontade, tendentes à alteração na literalidade do texto da Constituição, isto é, com a consciência da modificação do seu texto; já na mutação, que corporifica o processo de modificação informal, não existe a consciência desta prática.

Ferraz (2015) identifica os processos de mudança da Constituição Federal em formais e informais segundo a previsão deste processo de modificação no próprio texto constitucional.

Nesta categorização, o processo de alteração ou reforma da Constituição pela via formal é realizado pelo poder constituinte derivado reformador e poder constituinte derivado revisor, respeitando limites, formalidades e procedimentos próprios contidos na própria Carta Política.

A alteração da Constituição é uma prática normal na vida constitucional do Estado, quer seja pela via formal, com a reforma e revisão constitucionais, quer seja mediante o processo informal, sem modificação do seu texto, como o fenômeno das mutações constitucionais, doravante estudadas.

A este propósito, inclusive, observa a doutrina que “este tipo de mutaciones constitucionales se da em todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales”. (LOEWESTEIN, 1986. p. 165)

A Constituição Federal de 1988 é do tipo escrita e classificada como rígida, pois, conforme se extrai da leitura do seu artigo 61, admite a edição das Emendas Constitucionais, mediante exigências formais, diversas e mais dificultosas do que os processos comuns de iniciativa das leis ordinárias e complementares. Enquanto as emendas constitucionais pode ser editadas mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República, de mais de metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (Artigo 60, I, II, III), o mesmo não se exige no caso da legislação ordinária.

Ademais, permite a figura da Revisão Constitucional, a que se refere o artigo 3.º dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Registre-se que há certas cláusulas que não podem ser abolidas. São elas a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. (Artigo 60, IV)

Não apenas pela via das emendas ou outra técnica jurídica será possível alterar uma Constituição, mas também por processo não elencados pelas modalidades organizadas de exercício do poder constituinte derivado.

Trata-se de alteração ou reforma da Constituição pela via informal que não atenta contra a letra ou do texto expresso, mas promove a mudança do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, mediante os usos,

costumes e práticas constitucionais ou pelo emprego dos recursos de interpretação da norma constitucional.

2.3 Mutação Constitucional: terminologia

Mutação constitucional é o fenômeno por meio do qual ocorre a alteração da Constituição de um Estado, à margem das formalidades e dos procedimentos de reforma contidos na própria Carta Política. Tudo isto sem promover mudanças no texto constitucional, seu principal aspecto.

É informal porque não é realizada pelo poder constituinte derivado reformador, mediante emendas constitucionais, nem pelo poder constituinte derivado revisor (PEDRA, 2017, p. 128).

A este fenômeno costumam se atribuir diversas terminologias. Pedro Cruz Villalon, na Introdução da obra “Escritos de Derecho Constitucional”, de Konrad Hesse (1983) observa que a confusão de expressões surgiu após a tradução dos termos “Verfassungswandlung” e “Verfassungswandel”, do alemão para o castelhano:

Los comienzos de la traducción al castellano han sido un tanto erráticos: La traducción de F. DE LOS RIOS de la ‘Teoría General de Estado’, de Georg JEELINEK (reimpresión de 1978, buenos Aires, páginas 405 y ss.) se inclina por el término ‘modificación’; la de L. LEGAZ LACAMBRA de la ‘Teoría General del Estado’, de Hans Kelsen (reimpresión de 1979, México, pág. 332) se inclina por ‘cambio de constitución’; la de Luis TOBIO de la ‘Teoría del Estado’, de Herman HELLER (México, 1934, pág. 278) se inclina por ‘reforma constitucional’. Quizá a la vista de este estado de cosas GARCIA-PELAYO propuso en su ‘Derecho constitucional comparado’ (*cit.* n. 53, pág. 137) el término ‘mutación constitucional’, seguido por A. GALLEGU ANABITARTE en su traducción de la ‘Teoría de la Constitución’, de Karl Loewenstein (*cit.* n. 51, pág. 165). Siguiendo este intento de afianzar una sola versión castellana, la traducción del trabajo de HESSE se atiene estrictamente al término propuesto por GARCIA-PELAYO, por encima de la personal preferencia por el término ‘mudanza constitucional’ que me permito emplear ocasionalmente en esta nota de forma alternativa. Por lo demás, la doctrina alemana utiliza indistintamente los términos ‘Verfassungswandlung’ y ‘Verfassungswandel’. (HESSE, 1983, p. XXVI, nota 60)

Em autores de língua portuguesa destacam-se os seguintes vocábulos: “vicissitude constitucional tácita” (MIRANDA, 2002, p. 389-390), “processos oblíquos”, “processo indireto, não formal ou informal da Constituição” (FERRAZ, 2015, p. 12), “mudança constitucional silenciosa” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 165), “transição constitucional”, “revisão informal” (CANOTILHO, 2002, p. 1212), “meios difusos de alteração constitucional” (BULOS, 1996, p. 29).

Todas estas expressões trazem o mesmo resultado, isto é, a ideia de mudança do conteúdo normativo-constitucional, sem vulnerar o texto da Constituição.

Conquanto exista posição no sentido de que o vocábulo “mutação” não seria o mais adequado para designar as mudanças silenciosas sobre as normas constitucionais (LALANDE, 1993, p. 715), preferencialmente, e a fim de facilitar a compreensão do presente trabalho, adotaremos na presente pesquisa a tradicional expressão “mutação constitucional”, sem prejuízo da utilização das expressões sinônimas, ao longo do texto, para facilitar a compreensão.

Consequência desta observação, outro aspecto em torno da sua terminologia deve ser esclarecido, neste ponto, para evitar incompreensão e ambiguidades posteriores.

As referências à expressão “mutação constitucional”, em geral, não deixam claro se ela representa uma modalidade de processo informal de alteração da Constituição, ao lado de outras espécies, ou se consiste num único processo de alteração do seu texto.

Em outros termos, mutação constitucional consiste em mais uma espécie de processo de alteração da Constituição; é o próprio gênero, da qual se extraem suas modalidades; ou ainda é uma única forma de alteração das normas constitucionais?

À primeira vista, deduz-se que mutação constitucional é um gênero quando se afirma que ela se manifesta por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado, pelo costume; pela atuação do

legislador infraconstitucional; ou ainda mediante a via interpretativa, não exclusivamente pelo órgão jurisdicional. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015)

Cada forma de manifestação abrangeria uma modalidade de mutação constitucional: mutação por costume; mutação por atuação legislativa, mutação pela interpretação dos tribunais etc.

A confusão tem início quando se diz que a mutação constitucional consiste em um dos meios legítimos de mudança informal da Constituição (PEDRA, 2017, p. 127), ou ainda que as mutações constitucionais, no plural, “nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 188).

A dedução neste caso é a de que seria mais uma modalidade de processo informal de alteração da Constitucional, ao lado de outras figuras.

Por outro lado, a singularidade da própria expressão “mutação constitucional”, por si só, sugere ser este um processo único, não se cogitando, nem sequer, de outras formas de alteração informal. É o raciocínio que se extrai quando se define mutação constitucional como o “fenômeno pelo qual os textos constitucionais são alterados sem revisões ou emendas”. (BULOS, 2010, p. 118)

Para esclarecer esta situação, na presente pesquisa a expressão “mutação constitucional”, no singular, não significa que é um processo único de alteração do texto constitucional, mas sim que é tomada em um sentido amplo, para designar uma determinada situação, da qual se extraem diversas modalidades, que, inclusive, serão objeto de estudo em capítulo à parte no presente trabalho dissertativo. Neste caso, estas várias hipóteses materializam as várias formas de mutações constitucionais e por meio delas é que se obtém as suas espécies.

Uma outra observação deve ser feita.

Considera-se que a mutação constitucional é fruto do chamado poder constituinte difuso, denominado “pejorativamente de poder constituinte evolutivo”

(BRITTO, 2003, p. 77), exercido pelo povo, quem constrói a evolução social da realidade.

Entretanto, a referência a um Poder Constituinte difuso não é uníssona.

Barroso, acolhendo a tese de George Burdeau, relaciona o conceito de mutação constitucional à noção de Poder Constituinte Difuso, pertencente ao povo, presente no cotidiano das práticas institucionais e sociais.

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. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês “poder constituinte difuso”, 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. (BARROSO, 2010, p. 128)

Rechaçando não apenas a sinonímia apresentada, mas também a própria legitimidade atribuída ao Poder Judiciário de exercer o Poder Constituinte, Streck pondera:

Outra discordância minha diz respeito à relação que Lenza faz entre "mutação constitucional" e "Poder Constituinte Difuso". Tenho o dever de mostrar isso, em face, exatamente, da dimensão que a obra do autor assume no âmbito, principalmente, dos concursos públicos, cursinhos de preparação, etc, de todo o Brasil. Não esqueçamos que é dos concursos públicos que nascem juízes, promotores e demais agentes estatais. Nos termos apresentados por Lenza, o Poder Constituinte Difuso seria aquele que deriva a mutação constitucional, verbis: “o poder constituinte difuso pode ser caracterizado como um poder de fato e se manifesta por meio das mutações constitucionais” (Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 16a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 197.). Na medida em que a mutação constitucional acontece, no mais das vezes, através da ação do Poder Judiciário, seria de se perguntar: Pela tese do Poder Constituinte difuso, o judiciário seria um poder constituinte de fato? Mas, se assim o é, qual a importância do Poder Constituinte “de direito”? Ora, a teoria do Poder Constituinte tem uma razão de ser: Precisa justificar e legitimar a origem do poder político, fora dos contextos eclesiais ou aristocráticos dos modelos tradicionais. Nesse sentido, de que modo é possível justificar – coerentemente – a existência de um poder constituinte “de fato” (difuso) ao lado do poder constituinte “de direito” (originário/ de reforma)? Aliás, seria de se perguntar: Se o poder é difuso, ele é constituinte? Esse tipo de questão é cobrada em concursos públicos. A prova oral do Ministério Público de São Paulo, por exemplo, tematizou

exatamente essa questão. Todavia, o fato de ter sido cobrada em concurso não atribui ao conceito o caráter de verdade científica. Ao contrário, nesse caso mostra como os concursos estão longe da ciência do direito. Por isso, penso que as obras de direito que se destinam a concursos deveriam ter notas de rodapé dizendo se a posição é só do autor, é de fulano, beltrano, do tribunal tal, é majoritária, etc. (STRECK, 2012)

Daniel Sarmiento (2012, p. 308) também aponta a sua discordância em relação à adoção do conceito de Poder Constituinte difuso como sinônimo de mutação constitucional, por obra do Supremo Tribunal Federal.

De toda sorte, é indiscutível que o Poder Judiciário representa um importante agente no processo de mutação constitucional. Nada obstante, não nos parece correta a visão que o converte no grande protagonista deste processo, transformando-o numa espécie de poder constituinte permanente. Neste ponto, há que se discordar da afirmação de que, como “intérprete final” da Constituição, o STF poderia ser concebido como uma espécie de poder constituinte. Trata-se de equívoco similar ao perpetrado pelo juiz da Suprema Corte norte-americana Charles Evan Hughes quando afirmou que “a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é”. Se, por absurdo, o STF afirmasse em algum momento que a ordem constitucional brasileira permite a escravidão ou adota o regime monárquico, isso não seria mutação constitucional, mas um grave erro da Corte. A visão excessivamente judicialista da mutação constitucional, conquanto frequente no Brasil, é equivocada, seja pelo ângulo descritivo, seja pelo prescritivo. Em outras palavras, ela não descreve corretamente como o fenômeno da mutação opera no mundo real, nem tampouco fixa uma orientação adequada sobre a forma como ele deveria funcionar. (SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 305)

Feitas tais observações, seguiremos com as mais variadas definições atribuídas ao fenômeno da mutação constitucional, seguida do capítulo que trata dos pelos quais se manifesta.

2.3.1 Mutação Constitucional: conceito formalista

Neste tópico apresentaremos o conceito de mutação constitucional através de uma história da teoria em três recortes: a origem teórica, na fase do império alemão, com Paul Laband e Georg Jellinek; após as tentativas de sistematização com os estudos de Hsü Dau-Lin; e no período pós Segunda Guerra, com a doutrina de Konrad Hesse, fortalecendo a ideia da força normativa da Constituição.

Inicia-se a partir da análise empírica deste fenômeno por obra do positivismo-formalista da Escola de Direito Público Alemã, no final do século XIX.

Conforme lembram Lima, Oliveira e Streck (2007, p. 60) o fenômeno das mutações constitucionais foi constatado em fins do século XIX e inícios do século XX por Laband, em 1895; Jellinek, em 1906, em face das transformações da Constituição do Império Alemão de 1871.

O primeiro, Laband, não teria se preocupado em sistematizar e estuar com profundidade as hipóteses de alteração das normas constitucionais, mas concentrou-se apenas em identificar a ocorrência do fenômeno, enumerando os possíveis fatores que lhe dão azo.

Após a constatação da transformação da Constituição sem o acionamento dos mecanismos institucionais de reforma constitucional, Laband observou, segundo sintetiza Urrutia, as seguintes situações geradoras de mutação constitucional:

La inexistência de definición de la posición política de los ministros del Reich, la no previsión de un procedimiento de incorporación de nuevos territorios a la Unión Alemana, la regulación constitucional de los criterios de distribución competencial entre los Länder y el Reich. Así, para Laband, la mayoría de las leyes suponían, em la práctica, um cambio de la situación constitucional del Reich. (URRUTIA, 2000, p. 108-109)

Ademais, por reconhecer que a Constituição é composta por normas com pouco interesse para a população, reconhece que a ação do Estado poderia transformar a Constituição sem a necessidade de sua modificação formal. (URRUTIA, 2000, p. 108)

Laband então percebeu três meios distintos de alteração informal da constituição: 1) por meio de leis que regulam elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de maneira colateral pela Constituição; 2) por leis que modificam elementos centrais do Estado em contradição com o conteúdo da Constituição; 3) por usos e costumes do Poderes Públicos que modificam elementos centrais do Estado. (URRUTIA, 2000, p. 108-109)

Jellinek, por sua vez, constatou que a rigidez constitucional era insuficiente para assegurar a força normativa da Constituição, diante das transformações, incompatíveis com a prescrição escrita.

A partir de então tratou de elaborar uma diferenciação entre reforma e mutação constitucional, segundo o critério da voluntariedade:

Por reforma de la Constitución entendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la constitución, entendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, ou consciência, de tal mutación. (JELLINKE, 1991, p. 7)

Ou seja, para Jellinek a reforma constitucional é fruto de atos voluntários e intencionais realizados por agentes legitimados a tanto, já a mutação constitucional relaciona-se às mudanças ocorridas devido à força normativa dos fatos, sem uma consciência de tais alterações.

Em sua concepção, por exemplo, a subversão total à Constituição, por meio da revolução, adequar-se-ia ao seu conceito de reforma (JELLINEK, 1991, p. 9); mas a alteração da Constituição sem a consciência deste efeito caracterizar-se-ia o fenômeno da mutação constitucional. (DAU-LIN, 1998, p. 29)

Seriam estas alterações involuntárias produto das forças políticas reais que em determinadas situações agem independentemente das normas positivadas, possuindo força autônoma para a conformação da realidade e mesmo do direito.

As duas análises acima serviram de base para o desenvolvimento de um conceito formalista de mutação constitucional, segundo a observação dos

fenômenos e transformações existentes no Império Alemão (*Deutsches Reich*), palco ideal para o surgimento e constatações das mutações.

Primeiro porque o ordenamento alemão de 1871, àquela época, abarcava a união federativa de vários Estados (*Länder*), distintos entre si, dentre os quais incluem-se a Prússia, de tradição monárquica; Mecklemburgo-Schwerin, onde ainda vigorava a experiência absolutista; assim como as chamadas cidades livres republicanas como era o caso de Hamburgo.

O resultado desta união, então, foi uma adaptação de cada regime ao ordenamento do Império, com a possibilidade de revisão da nova Constituição, o que somente seria possível sem a exigência de um mecanismo rígido; daí então as transformações informais sem afetação ao texto da Constituição do Império Alemão de 1871. (URRUTIA, 2000, p. 106-107)

Segundo que o tema das mutações constitucionais desenvolveu-se no contexto da Escola Alemã de Direito Público, entre o fim do século XIX e início do século XX, quando se inicia uma tradição científica do Direito, tendo como ponto de partida metodológico o estudo dogmático do direito público, que propunha a separação entre direito e política, desconectando-o dos fenômenos políticos cambiantes. (URRUTIA, 2000, p. 106)

Sob um enfoque formalista, esta contradição fora recebida pelos publicistas alemães como uma desvalorização das normas jurídicas. (DAU-LIN, 1998, p. 24 e 29)

A esse respeito, em comentário aos estudos de Jellinek, Bonavides comenta que

o jurista sufocava ou reprimia o sentido criador e modificador contido no chamado 'espírito da Constituição' de natureza dinâmica e flexível para unicamente realçar o aspecto estático e rígido e só admitir a introdução de preceitos constitucionais materiais por via formal. Como não importa a espécie de conteúdo que vai ser posto na Constituição, tudo é admissível, desde que se não viole a forma e elaborativa estabelecida, essência de toda a juridicidade. As Constituições formais, vistas tão-somente pelo ângulo avaliativo do positivismo e de sua metodologia, caíram debaixo da crítica impiedosa dos antiformalistas. (BONAVIDES, 2006, p. 173)

Terceiro que apesar de o último terço do século XIX ficar marcado pelo descobrimento da concepção de rigidez constitucional e a compreensão da Constituição como instrumento normativo, conforme observa Urrutia (2000, p. 106-107), o positivismo legalista da teoria constitucional do Império Alemão de 1870 concebeu a mutação constitucional como um fenômeno empírico, apenas.

A esse propósito sustentam Lima, Oliveira e Streck (2007, p. 60) que Jellinek não tratou do tema com profundidade normativa, senão limitou-se somente a fazer uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais, sem reconhecer a influência das realidades sociais sobre o Direito.

Natural, portanto, que, diante da dissociação entre a norma constitucional e a situação jurídica real, as explicações de Laband e Jellinek ao fenômeno da mutação constitucional colocassem-no como um problema. (PEDRA, 2017, p. 124-127).

Caracterizada pela involuntariedade de sua ocorrência, pelo caráter abrangente que expressa e por carecer de explicações científico-normativas, o conceito formalista de mutação constitucional, foi complementado pelos autores da teoria constitucional de Weimar, o que será visto no capítulo que se sucede.

2.3.2 Mutação Constitucional: concepções posteriores

Ao contrário do que ocorreu no Império Alemão de 1871 a 1919, as explicações para o fenômeno da mutação constitucional, durante a vigência da Constituição de Weimar, foram marcadas por uma filosofia contrária ao positivismo publicista alemão.

O resultado desta reação à Escola de Direito Público Alemã é que as explicações às questões político-sociais, antes ignoradas pelos positivistas da Escola Alemã de Direito Público, por considerá-las metajurídicas, assumiram contornos antiformalistas. (VERDÚ, 1987, p. 24-25)

Inserem-se no contexto destas questões os estudos de Smend sobre a teoria científico-espiritual da Constituição (BONAVIDES, 2006, p. 178), o seu conceito dinâmico de Constituição (Pedra, 2017, p. 112), assim como a sua análise sobre a relação entre a dinâmica política e a Constituição escrita, culminando na conversão do conceito de mutação constitucional elaborado por Laband e Jellinek. (URRUTIA, 2000, p. 116)

O trecho da obra de Smend corporifica a movimento de superação à lógica formalista

... todo formalismo jurídico precisa de una elaboración metodológica previa de los contenidos materiales – por no decir, sociológicos y teleológicos – que son la premisa y la base de sus normas. Lo que la teoría jurídica del Estado precisa es, pues, una teoría material del Estado. Uma teoría del Estado que, independientemente de todo lo anterior, posee además una justificación propia, em cuanto ciencia del espíritu que abarca el ámbito cultural y espiritual de la dinámica estatal. (SMEND, 1985, p. 47-48)

Considerado um dos fundadores da doutrina constitucional alemã no pós-segunda guerra, e um dos pioneiros a falar em princípios, Smend teve o mérito de ser o primeiro a falar sobre a interpretação da Constituição. (LIMA, OLIVEIRA e STRECK, 2007, p. 60)

Quanto às transformações informais da Constituição, porém, apenas relacionou-as como elemento integrante do seu conceito de Constituição, concebida a partir do seu movimento de contínua interação com a realidade política.

Da mesma forma que o Estado não se limita à realidade contemplada pela Constituição, a Constituição não poderia abranger e regular todas as funções vitais do Estado. (SMEND, 1985, p. 132-133)

Neste sentido, observa que a mutação pode ocorrer fora do próprio Direito Constitucional, no contexto social das forças espontâneas ou “extraconstitucionais”; pode afetar a Constituição modificando gradualmente a relação de peso e hierarquia que se estabelece entre os diferentes fatores, instituições e normas constitucionais; ou ainda pode introduzir um fator novo na vida constitucional. (SMEND, 1985, p. 201-202)

Este gran dinamismo de la vida política no puede ser apreendido y normado plenamente por unos cuantos artículos recogidos en la Constitución, las más de las veces de corte esquemático, y que, en ocasiones, son el producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano; en todo caso, los artículos de la Constitución inspiran la dinámica políticas, que por lo que se refiere a su capacidad integradora, puede resultar estimulada; bien entendido que la finalidad integradora se realiza fuera de los canales institucionales. (SMEND, 1985, p. 133)

Ou seja, sua análise não se concentrou nas mudanças ocorridas na vida institucional do Estado, mas representou a conversão da constatação de Laband e Jellinek acerca das mudanças informais em um elemento ambivalente de Constituição, por estar a ela inerente.

Ainda partindo das análises empíricas dos mesmo autores, Laband e Jellinek, a respeito das transformações informais sobre a Constituição e, sobretudo, do desenvolvimento do conceito dinâmico de Constituição por Smend, Dau-Lin (1998) desenvolveu seu estudo sobre o fenômeno da mutação constitucional, segundo a relação de incongruência existente entre as normas constitucionais escritas, de um lado, e a realidade dos fatos no campo do Direito Constitucional de outro.

Para dar un concepto que corresponda, del mismo modo a diferentes casos generalmente designados como 'mutación constitucional', quizás podría hacerse diciendo que se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro (DAU-LIN, 1998, p. 29)

Não obstante os debates com Konrad Hesse e Böckenförde, Dau-Lin (LIMA, OLIVEIRA e STRECK, 2007, p. 60), seu conceito de mutação constitucional é de extrema importância porque decorre de uma análise sistemática, por meio da qual identificou uma tensão produzida entre a intenção da Constituição escrita e a situação constitucional real.

Em seu diagnóstico, a mutação constitucional não seria um problema nos países onde as constituições sejam do tipo não escritas, pois a própria realidade estatal é a sua Constituição, porém, assume relevância quando não há coincidência entre a constituição do tipo escrita com a situação constitucional real. (DAU-LIN, 1998, p. 30)

Conforme suas palavras,

El significado de esse problema resulta de la naturaliza e intención de la Constitución escrita. Porque em el caso de una mutación de la Constitución, ésta como tal se cuestiona em su significado fundamental: Aquí normas que deben abarcar la vida estatal em su totalidad y exigen que su validez sea superior a la de las leyes ordinárias se reducen a letra muerta. En efecto, la realidade para la cual se emanaron estas normas, ya no coincide com ellas. Reina una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional. (DAU-LIN, 1998, p. 30)

Dau-Lin (1998, p. 169) ainda diferenciaria mutação formal da mutação material. Em seu entendimento, a mutação formal sugere a mudança do conteúdo da norma constitucional, quando as normas positivadas em uma Constituição escrita não guardam congruência com a situação constitucional real. Já a mutação real ocorreria nas hipóteses nas quais se desenvolvem relações jurídicas na realidade da vida estatal contrárias ao sistema, de forma a provocar a alteração das ideias essenciais da Constituição.

Se o mérito de Smend foi ser o pioneiro a imergir sobre a tarefa de interpretação da Constituição, o mérito de Lin foi ter sido o pioneiro na sistematização do conteúdo sobre a teoria da mutação constitucional. (PEDRA, 2017, p. 118), tendo produzido, segundo Urrutia, “la monografía más importante que se há escrito sobre mutaciones constitucionales es la que elaboró Hsü Dau Lin em la época de Weimar.” (2000, p. 125)

Apesar disso, quando publicara seu estudo, *Die Verfassungswandlung*, somente em 1932, isto é, no contexto da República erigida sob as bases da Constituição de Weimar, não considerou o caráter principiológico, fundamental para o pós-segunda guerra e para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade. (LIMA, OLIVEIRA e STRECK, 2007, p. 60)

A menção aos autores acima referidos, quanto ao desenvolvimento inicial do estudo das mutações constitucionais, é válida por considerarmos a sua insuficiência, consequência do que não nos exime do dever de apresentar na atualidade as definições sobre o fenômeno da mutação constitucional.

Atualmente, a doutrina observa dois aspectos na concepção de um conceito sobre o tema: um de caráter fático-causal, porque dá causa ao segundo fator, que por sua vez, é de ordem procedimental.

Quando se diz que a “mutação constitucional” consiste na possibilidade de alteração do sentido da norma constitucional não previsto expressamente na Constituição de um Estado (PEDRA, 2017, p. 124-132), sem que se opere a modificação do seu texto ou do seu espírito, de forma a não contrariá-lo (FERRAZ, 2015, 9-11), faz-se referência ao aspecto procedimental, isto é, à uma forma como ela ocorre.

Além da referência ao procedimento por meio do qual se materializa, são considerados nas definições os fatores ensejadores das modificações do sentido, do significado ou do alcance da das normas constitucionais as causas que as propiciaram.

É neste sentido que se diz fundamentar-se no caráter dinâmico da realidade e das normas jurídicas como resultado da interação entre as circunstâncias de ordem econômica, social e cultural com as normas de índole constitucional, que pretendem regulá-las, mas que por sua mutabilidade, recebem resignificações adaptadas à realidade social e jurídica mais atual em relação àquela idealizada pelo poder constituinte originário.

O mesmo ocorre quando se diz que as mudanças informais decorrem da natureza fática dos meios difusos de alteração constitucional (BULOS, 1996, p. 29) e quando se menciona que as alterações informais decorrem

Da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia – intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 130)

Com base nestes dois aspectos, diversos autores apresentaram definições ao fenômeno da mutação constitucional.

Ao enfrentar a questão conceitual Ferraz refere-se a processos informais, processos-não-formais, ou processos indiretos “para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado”. (2015, p. 12)

Para Bulos

... 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. (BULOS, 1996, p. 27)

A mutação constitucional nos ensinamentos de Silva

consiste num processo não formal de mudanças das Constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33 ed. Atual. São Paulo. Malheiros, 2019, p. 61-62)

Igualmente considera-se que as mutações constitucionais são “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático axiológico em que se concretiza a sua aplicação.” (BRANCO, COELHO, MENDES, 2008, p. 130)

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 isto ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 152)

A síntese das definições acima trazidas, trazem a ideia de que a mutação constitucional é a resignificação do conteúdo, transformação do sentido e do alcance das normas de índole constitucional, sem qualquer modificação no seu texto, em razão de mudanças naturais sobre a realidade fática que outrora legitimara o exercício do poder constituinte originário e provocara a ruptura com o

regime anterior, com a finalidade de fazê-las acompanhar e se adequar às novas circunstâncias que marcam a conjuntura social, cultural, política e econômica, no período em que se inserem, ou ainda em virtude de uma nova percepção sobre o direito.

Sobre este último aspecto falaremos nos capítulos posteriores devido a sua dependência em relação à uma declaração por quem tenha a legitimidade de afirmar qual deva ser a nova compreensão sobre o direito.

2.3.3 Mutação Constitucional: formas de manifestação

As mutações constitucionais são classificadas, didaticamente, segundo os meios ou modos pelos quais se manifestam, a partir da experiência constitucional dos Estados, em situações concretas.

Não obstante careça de uma sistematização doutrinária, uniforme e definitiva em relação às suas modalidades (BULOS, 1996, p. 30), esta é uma tarefa da qual não podemos nos eximir.

Assim, apresentaremos, a título de ilustração, as classificações mais recorrentes na doutrina, sem a pretensão de exaurir o rol de todas as possíveis hipóteses de alteração informal da Constituição, até porque não seria possível prever todas as possibilidades que a experiência cotidiana possa proporcionar.

Conforme se viu, Laband e Jellinek são considerados os pioneiros no exame das mutações constitucionais. Porém, faltaram-lhe a sistematização na apresentação dos dados referentes às mudanças informais das Constituições de sua época. (URRUTIA, 2000, p. 111)

Jellinek pronunciou que as mutações constitucionais não ocorrem unicamente pela atividade legislativa, mas também através das práticas judiciais, parlamentares, administrativas-governamentais, assim como pelo desuso das faculdades estatais.

Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, tomo conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. (JELLINEK, 1991, 15-16)

Atribui-se, porém, esta tarefa à Dau-Lin, considerado a principal referência teórica quanto à sistematização do estudo deste fenômeno, ao contrário de Smend, que somente se referiu ao conceito genericamente como parte do conceito de Constituição (PEDRA, 2017, p. 112-116), e de Laband ou Jellinek que apenas descobriram sua existência e mostraram sua perplexidade diante das contradições entre a realidade fática e o estabelecido pela letra da constituição. (URRUTIA, p. 113)

Como consequência da amplitude da sua definição de mutação constitucional, Dau-Lin apresenta os casos a partir dos quais poderiam ocorrer a incongruência entre norma escrita e realidade fática.

Sua tipologia abrange as seguintes modalidades: 1ª) mutação da Constituição mediante uma prática que não viola formalmente a Constituição; 2ª) mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercer determinada atribuição constitucional; 3ª) mutação da Constituição mediante uma prática contraditória com a Constituição; 4ª) mutação da Constituição mediante sua interpretação. (DAU-LIN, 1998, p. 30)

No Brasil, Milton Campos ressaltara as seguintes hipóteses: complementação legislativa, construção judiciária e consenso costumeiro. (CAMPOS, 1960, p. 19)

Bulos (1996, p. 34 e 38) também trouxera sua divisão a partir das formas pelas quais as mutação se manifestam: a) mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos;

b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais; c) as mutações através da construção constitucional; d) as mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais.

Teixeira (1991, p. 146) indica a interpretação da Constituição, os costumes e a lei ordinária complementar, podem modificar o sentido original e autêntico das cláusulas constitucionais, alterando-o por vezes substancialmente, admitindo que nem todos os dispositivos da Constituição são autoexecutáveis, desde logo, mas ao contrário, grande número deles necessita da complementação da lei ordinária para sua aplicação.

Também podem gerar mutações constitucionais a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias, e até mesmo a influência dos grupos de pressão, provenientes de aspirações corporativas como as associações, sindicatos, entidades de classe, partidos políticos, grupos artísticos, religiosos, filosóficos, organizações civis, militares etc. (BULOS, 1996, p. 32)

Ferraz (2015, p. 13) apontou como hipóteses de processos informais de mudança da Constituição a interpretação constitucional, em suas várias modalidades, e os usos e costumes constitucionais.

Mais recente, a doutrina sintetiza que a mutação constitucional se manifesta a partir da interpretação judicial, pelo costume e pela atuação do legislador. (BARROSO, 2009, p. 128-135)

Para além destas situações, Barroso (2009, p. 130) registra que a mutação constitucional também ocorrerá a partir da alteração interpretação prévia existente, por obra do Supremo Tribunal Federal em virtude da mudança da realidade social ou de uma nova percepção do direito.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 156) destacam três modelos de mutação constitucional: (i) mutação por meio da interpretação, em destaque, a dos órgãos jurisdicionais; (ii) mutação mediante o costume; e (iii) mutação constitucional por obra da legislação infraconstitucional.

Para Pedra (2017, p. 140-171), são meios de realização da mutação constitucional a interpretação constitucional oficial e não-oficial; a interpretação legislativa; a interpretação administrativa; a interpretação judicial e por meio das práticas constitucionais.

Todas as formas acima mencionadas são efetivamente emolduradas nas tipologias das mutações informais sobre as normas constitucionais.

Interessa-nos, ao momento, as hipóteses de interpretação das normas constitucionais que dão ensejo à mutação constitucional.

2.3.4 Mutação Constitucional via interpretação constitucional

A atividade interpretativa configura um processo de mutação constitucional sempre que se atribui à norma constitucional sentido diverso, significado ou conteúdo novos para alcançar situações, comportamentos ou fatos não contemplados anteriormente por ela. Ou seja, quando, na sua aplicação, a norma constitucional revestir-se de um caráter mais abrangente. (FERRAZ, 2015, p. 56 e 57)

Um aspecto inicial e de relevante consideração em relação à interpretação que se faz das normas constitucionais a ensejar um processo informal de alteração da Constituição diz respeito à pertinência subjetiva para o exercício desta atividade.

A interpretação de tais normas pode ser feita pelo Poder Legislativo, Administrativo e Judiciário, mas também pode ser realizada por outras instâncias, a quem a Constituição, eventualmente, possa não conferir, pelo menos de forma expressa, esta legitimidade.

Sob este mesmo aspecto subjetivo, a doutrina classifica a interpretação constitucional em orgânica e não orgânica.

A interpretação constitucional realizada por órgão que retira da própria Constituição a incumbência para aplicá-la é denominada pela doutrina como

interpretação constitucional orgânica, da qual são espécies a interpretação constitucional administrativa, legislativa e judicial. (FERRAZ, 2015, p. 65)

Fazem parte da interpretação não orgânica a interpretação doutrinária, autêntica e a popular. (FERRAZ, 2015, p. 53-55)

A primeira modalidade de interpretação orgânica é a que decorre de atos dos órgãos do Poder Executivo, a quem incumbe, embora não exclusivamente, o desenvolvimento da interpretação constitucional administrativa, quando a prática destes atos demande a interpretação prévia, quando se refira ao exercício da atividade normativa, ou quando suas atribuições lhe são conferidas pela própria Constituição.

A interpretação constitucional administrativa dá-se, por exemplo, na elaboração de políticas governamentais e no cumprimento de atos normativos, efetivando os fins constitucionais.

Nada impede que a interpretação por órgãos administrativos decorra da própria lei, como ocorre, por exemplo, nos processos administrativos nos quais a Administração Pública deve conferir a interpretação que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, por força do art. 2º, § único, inciso, XIII, da Lei 9.784/99. (BARROSO, 2009, p. 130)

Considerando a revisão da, já comentada, teoria divisão de poderes, o Executivo não apenas aplica a lei em vigência, mas também participa do processo de elaboração da lei, desde o início, com a sua iniciativa, sugere o resultado do procedimento e, enfim, produz a lei. (Clève, 2011, p. 118).

Ademais, verifica-se a mutação constitucional via interpretação constitucional administrativa quando o Estado, nas suas diversas formas de atuação, pratica atos administrativos de caráter político, isto é, aqueles que tenham finalidade política. (FERRAZ, 2015, p. 89)

De qualquer forma, a configuração da mutação constitucional no âmbito da administração não decorre de qualquer prática elementar do Executivo, mas de atividades que estejam vinculadas, de modo mediato ou imediato, à sua

competência constitucional, nas ocasiões em que a interpretação constitucional administrativa promova a concretização, integração e a aplicação da Constituição, transformando-lhe o sentido, o significado e o alcance para se ajustar às novas necessidades sociais, sem lhe alterar o texto. (FERRAZ, 2015, p. 157),

A próxima modalidade de interpretação orgânica é a que decorre de atos do Poder Legislativo.

A interpretação constitucional legislativa é tomada no sentido amplo como as atividades desenvolvidas por órgão do Poder Legislativo de interpretação e de integração da Constituição.

Dá-se o nome de integração à edição de uma lei que visa a solução normativa de uma norma não regulada; e interpretação, ao processo de atribuição de significado de uma norma já regulada. (BASTOS, 2002, p. 80)

A interpretação tem incidência no plano normativo no campo normativo, podendo ocorrer, por exemplo, quando o Congresso Nacional durante o processo legislativo pratica atos de interpretação para aprovar determinado projeto de lei; quando exerce o controle de constitucionalidade mediante a atuação da Comissão de Constituição e Justiça.

A integração, por sua vez, resolve a questão das omissões constitucionais.

O constituinte deixou muitas das normas com conteúdo aberto, a ser criteriosamente preenchido pelo legislador ordinário. Neste sentido, integração é o processo normal de regulamentação da Constituição, por meio de sucessivas normas. Assim, na Constituição vários temas são deixados expressamente para o legislador ordinário regulá-los de acordo com as regras e princípios impostos pela Constituição, mas sempre atendendo a evolução socio histórica em curso. A integração aqui é concebida no sentido de uma íntima composição de duas vontades legislativas vocacionadas para incidirem no caso concreto. Trata-se da fusão de uma norma constitucional (de escalão superior) com uma norma infraconstitucional (de escalão inferior). Através da edição de uma lei ordinária há composição da vontade constitucional e o preenchimento do então vazio semântico. (BASTOS, 2002, p. 77)

Em quaisquer destas hipóteses haverá campo para a ocorrência da mutação constitucional, sempre que pela via legislativa ocorrer alteração do conteúdo, significado, sentido ou do alcance de uma norma constitucional, ou

quando, por ato normativo, o legislador faz uma escolha política, modificando-se o entendimento já conferido a alguma norma constitucional. (BARROSO, 2009a, p. 220)

Um exemplo de mutação constitucional legislativa apontado pela doutrina, decorrente da necessária edição de uma legislação integradora ocorreu com a garantia do direito ao voto feminino no Brasil, após o advento do Código Eleitoral em 1932, porquanto tal garantia era omissa na Constituição Republicana de 1891. (PEDRA, 2017, p. 150-151)

Outro exemplo é o que se deu com a definição de consumidor conferida pelo artigo 2.º da Lei 8078/90, em complemento ao artigo 5.º, inciso XXXII e ao comando previsto no artigo 48 da Constituição de 1988. (PEDRA, 2017, p. 150)

Também haverá mutação por atividade do legislador quando se modificar a interpretação dada anteriormente a uma norma constitucional no controle de constitucionalidade incidental que pode exercer o Tribunal de Contas, a teor do que dispõe a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.

Não havendo mudança de sentido da norma constitucional, inexistente a mutação constitucional, senão mera complementação legislativa constitucional, pois como sustenta Barroso (2009, p.132), não há mutação constitucional nos casos em que a norma complementadora do texto constitucional inove de maneira substancial na ordem jurídica.

Tanto a interpretação pelos órgãos administrativos quanto a interpretação realizada pelo legislador ficam sujeitas ao controle de constitucionalidade judicial para determinar a validade da mutação constitucional, conferido ao Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2009, p. 132-133)

Por último, convém discorrer sobre a mutação judicial por interpretação dos órgãos jurisdicionais. Esta modalidade seria o resultado de um processo hermenêutico de atualização do significado da norma a partir da constatação de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos que a Constituição regulamenta.

A interpretação constitucional não representa apenas a aplicação de uma norma jurídica, senão também exerce a relevante função de promover a constante atualização e até mesmo a renovação de toda a ordem jurídica, adaptando as normas jurídicas às mudanças ocorridas no seio da sociedade, à sua natural evolução, ou até mesmo ao surgimento de novos valores e ideologias.

Nesta perspectiva, aduzem Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug que

... é a partir do conteúdo e da função dos princípios como polos norteadores e informadores de todo o texto constitucional e como veiculadores dos valores e das diretrizes fundamentais deste último, bem como da aceção dos princípios como normas dotadas de um alto grau de generalidade e abstratividade, que se faz possível demonstrar a função da atividade interpretativa como forma de atualização da constituição. Isso porque é nessas 'zonas moles', abstratas e genéricas, que o intérprete tem sua competência alargada, na exata medida em que essas normas possuidoras de um alto grau de vaguidade e imprecisão possibilitam sua flexibilização em face das novas realidades históricas e sociais. É dizer: elas possuem uma maior maleabilidade e adaptabilidade frente às novas situações. O intérprete pode assim, agregar novos elementos – tais como mudanças de valores, evoluções tecnológicas – ao conteúdo abstrato da norma constitucional sem, contudo, violar a letra da lei ou seu conteúdo essencial. Desta forma, as normas constitucionais vão sendo atualizadas sem que se faça necessário utilizar a via formal – qual seja, a edição de uma emenda constitucional. (BASTOS; MEYER-PFLUG, 2005, p. 146-147)

Em uma concepção mais elástica, a mutação pela via interpretativa de um juiz ou tribunal ocorre quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; quando se modifica a interpretação anterior e se imprime novo sentido, atendendo a evolução da realidade constitucional; quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; quando se preenche, por via interpretativa, lacunas no texto constitucional. (FERRAZ, 2015, p. 59)

Trata-se de interpretação inclusa no grupo das interpretações orgânicas, dentre as quais é considerada de maior utilização e relevância no direito brasileiro para a incidência de mutação constitucional, pois quando postas em comparação, as mutações constitucionais implementadas pela via interpretativa recebem especial destaque sobre as demais formas de manifestação de mutação. (FERRAZ, 2015, p. 55)

No que tange ao aspecto subjetivo, isto é, ao órgão que a exerce, convém registrar, desde o início, que a interpretação das normas constitucionais não ocorre apenas pelos órgãos encarregados da jurisdição constitucional. Pode ser exercida também, por qualquer juízo ou tribunal, dentro de sua esfera de competência, inclusive via de controle difuso de constitucionalidade, porquanto “atualmente, no sistema jurídico brasileiro, todos os órgãos jurisdicionais integram a denominada justiça constitucional, já que se instituiu o controle difuso conjuntamente com o concentrado”. (TAVARES, 1998, p. 129).

A propósito, quando as mutações constitucionais foram constatadas pelos publicistas alemães, durante a Constituição do Império Alemão, nem sequer havia, como na perspectiva atual, tribunais constitucionais e o único sistema de controle de constitucionalidade era o dos Estados Unidos da América (URRUTIA, 2000, p. 112), não existindo em tal período controle de constitucionalidade das leis no território europeu até o advento do Tribunal Constitucional austríaco, o pioneiro de que se tem conhecimento histórico.

Fato é que desde que Jellinek constatou as hipóteses de mutação constitucional no Império Alemão, a jurisprudência é apontada como uma das possibilidades de transformação informal da Constituição.

Não se trata, porém, de correção de um entendimento anteriormente fixado ou de mera variação jurisprudencial, que variar segundo o ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal. (BARROSO, 2009a, p. 218)

Trata-se, ao contrário, da adaptação dos sentidos possíveis da letra da constituição às mudanças observadas no seio da sociedade, marcada pela complexidade e pelo pluralismo, conforme externado no voto proferido pelo Ministro

Gilmar Ferreira Mendes no julgamento, no dia 03 de dezembro de 2008, do Recurso Extraordinário n.º 466343, de relatoria Ministro Cezar Peluso, por obra do intérprete que declara a obsolescência do entendimento pretérito em virtude de mudanças ocorridas na sociedade. (LUNARDI, 2008, p. 228).

Sob este aspecto, importante trazer a diferença doutrinária (BARROSO, 2009, 128-130) entre interpretação construtiva e interpretação evolutiva, e entre elas e as mutações constitucionais.

Originária dos Estados Unidos da América (BULOS, 1996, p. 64), a interpretação construtiva amplia o sentido, a extensão ou o alcance da norma constitucional, a fim de criar uma nova hipótese de incidência não prevista expressamente, como por exemplo, o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis homoafetivas, assim como a cláusula constitucional prevê o direito à não autoincriminação de qualquer usado foi estendida não apenas ao preso, mas também aos que prestam depoimento em comissão parlamentar de inquérito, apesar de não configurar uma instância penal. (BARROSO, 2009a, p. 217-218).

Para Bulos, a construção constitui uma fase do processo interpretativo. Não seriam, portanto, atividades distintas e nas duas atividades, são extraídos o sentido, alcance e significado de dispositivos constitucionais.

Ou seja, é o “expediente supletivo, por meio do qual se constrói ou recompõe o direito aplicável, nas circunstâncias de premência e necessidade, para suprir as deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária”. (BULOS, 1996, p. 64)

Já a interpretação evolutiva ocorre com a aplicação da Constituição a situações não previstas e imprevisíveis, ou seja, que não poderiam ser antecipadas, mas que se ajustam ao espírito da Constituição, como as normas constitucionais relativas à liberdade de expressão e ao sigilo da correspondência foram também estendidas às novas tecnologias da informação como a internet.

A interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças

históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes. Essa interpretação evolutiva se concretiza, muitas vezes, através de normas constitucionais que se utilizam de conceitos elásticos ou indeterminados, como os de autonomia, função social da propriedade, redução das desigualdades etc., que podem assumir significados variados ao longo do tempo. (BARROSO, 2003, p. 145)

A diferença entre as duas situações reside no fato de que, na interpretação construtiva, a norma alcança a situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que, na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia nem sequer ter sido prevista.

Por sua vez, as mutações constitucionais são alterações ocorridas dentro da própria norma constitucional, porquanto decorrem de alterações a vidas no âmbito normativo, isto é, no campo de incidência da norma, na medida em que este se sujeita às alterações que ocorrem com o passar do tempo e, com isto, os resultados da concretização da norma podem modificar-se.

Logo, a mudança social é imprescindível para a ocorrência da mutação constitucional. (LUNARDI, 2008, p. 228).

Portanto, a mudança de sentido da norma em posição oposta ao entendimento preexistente pode caracterizar a mutação constitucional quando, por exemplo, a Corte Constitucional inove ao interpretar o mesmo dispositivo em sentido diverso do que então assentara, sem que tenha havido supressão ou acréscimo de texto, em virtude de mudança na realidade social ou por uma nova percepção do direito. (BARROSO, 2009, 128-130)

Ao discorrer especificamente sobre a mutação constitucional decorrente da interpretação jurisprudencial específica do Supremo Tribunal Federal, Barroso observa que

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. 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 Direito. (BARROSO, 2015, p. 165).

A mutação constitucional é o fenômeno mediante o qual se produz uma mudança na aplicação das normas constitucionais, a partir da qual lhes é atribuída pouco a pouco um sentido distinto daquele que lhes havia sido atribuído originariamente, sem que haja modificado o seu texto.

Como se disse, o enfoque da presente pesquisa repousa nas mutações constitucionais via interpretação das normas constitucionais efetivada pelo Supremo Tribunal Federal sobre as quais se atribuiu novos sentidos e significados, alterando o conteúdo, sem, contudo, afetar o seu texto, de modo a aplicá-las à nova realidade social, política, econômica, etc, a fim de que não sofram de um processo de desatualização progressiva.

Os exemplos de manifestação da mutação constitucional por obra do Supremo Tribunal Federal serão apresentados em tópico específico deste trabalho.

2.3.5 Mutação constitucional: limites

Um problema que a doutrina publicista do império alemão não respondeu satisfatoriamente foi a questão da imposição de limites às mutações constitucionais e isto se deu por dois fatores.

Primeiro, a concepção de mutação constitucional, enquanto produto das forças imprevisíveis da realidade fática sobre funcionamento do Estado, formulada à época do Reich, dificultou a sistematização de um exame mais acurado sobre possíveis limites.

Conforme se demonstrou, o fenômeno da mutação constitucional foi constatado em fins do século XIX, a partir das análises empíricas de Laband e Jellinek a respeito da influência que a constituição real exercia sobre a Constituição jurídica e do poder das novas situações, fatos sociais e os usos e costumes de transformação direta do Estado.

Nesta análise, os publicistas alemães atestaram que diversamente da reforma e da revisão, a mudança difusa da Constituição surgiria espontaneamente, sem previsões de quando haveria de ocorrer, por ser resultado da atuação de forças reais cambiantes, isto, é, decorrentes dos fatos sociais em constante transformação, sobre o direito.

Se, para Jellinek (1991, p. 29), a norma fundamental não estaria imune às ingerências da realidade; para Laband (URRUTIA, 2000, p. 109-110), as mutações seriam incontroláveis juridicamente, porque são o resultado de forças irresistíveis contra as quais o direito haveria de se submeter.

Ou como observou Hesse (2009, p. 154), a alteração informal seria a expressão da constante e natural evolução da sociedade, contra a qual a Constituição escrita haveria de sucumbir.

Segundo que o método de investigação ao qual Laband e Jellinek se vinculavam contribuiu para a construção de uma concepção de mutação constitucional que sugere a separação extrema entre o dever ser da norma constitucional, isolado de um lado, e o ser da realidade, distanciado do outro.

Influenciados pela perspectiva positivista do direito, os referidos autores desenvolveram uma concepção de mutação constitucional baseada na tese de que as situações do mundo fático são capazes de alterar o conteúdo normativo da Constituição, ainda que contrárias ao texto constitucional. Tal postura tornou impossível a formulação de limites jurídicos aos fenômenos capazes de provocar a alteração informal sobre a Constituição.

Ao refletir sobre o assunto Hesse aduz que

Esta conclusão é conseqüente com o positivismo-jurídico da última passagem do século. Uma teoria jurídica da mutação constitucional e de seus limites só seria possível com o sacrifício dos pressupostos metodológicos básicos do positivismo: a estreita separação entre Direito e realidade, assim como o que constitui sua conseqüência, a rejeição de quaisquer considerações históricas, políticas e filosóficas do processo de argumentação jurídica. (HESSE, 2009, p. 157)

Nem mesmo o trabalho de Dau-Lin, de reconhecida importância para a sistematização da teoria, trouxe critérios úteis para o estabelecimento de limites às mutações constitucionais (URRUTIA, 2000, p. 125-135).

Ao contrário das teses até então formuladas, Hesse entende que a norma constitucional não possui existência fora da realidade, porquanto parte da ideia de que a Constituição jurídica e a realidade fática convivem sob um condicionamento recíproco, numa relação de interdependência.

Em seu entender o problema da mutação constitucional está vinculado ao problema da relação entre “realidade” e “norma” (HESSE, 2013, 165).

Afirma que

Do ponto de vista dessa ‘realização’ do Direito Constitucional, como assinalou F. Müller, a ‘norma’ não pode ser isolada da ‘realidade’; pelo contrário, a ‘realidade’ em suas circunstâncias (o ‘âmbito normativo’), as quais são afetadas pelo mandato da norma (o ‘programa normativo’), é parte integrante e constitutiva da norma mesma.” (HESSE, 2013, 166-167)

Na tentativa de resolver juridicamente o problema dos limites à influência da realidade sobre o conteúdo normativo não solucionado pelos seus antecessores, Hesse (2013, p. 166-168) parte da teoria desenvolvida por Müller (2008), segundo a qual a norma se expressa em um modelo que se estrutura em duas categorias: programa normativo e âmbito da norma.

O programa normativo composto pelo texto normativo e como expressão do elemento real, a facticidade da norma, o contexto histórico e social, enfim, a realidade social o âmbito normativo.

As suas estruturas habitariam a norma, numa condição recíproca: a realidade constitucional situando-se dentro do âmbito normativo que, por sua vez, é definido e determinado pelo programa normativo, contido no texto da norma constitucional.

Em face dessa reciprocidade e por serem elementos integrantes e constitutivos da própria norma, não haveria enfrentamento entre realidade e norma, mas sim uma relação de complementariedade entre direito e realidade.

As mutações constitucionais decorreriam das alterações ocorridas no elemento da realidade, isto é, no âmbito normativo desde que compatíveis com as diferentes e possíveis compreensões do texto da norma, o programa normativo.

Ou seja, a elasticidade que o texto pode suportar é quem estabelecerá os limites da mutação constitucional.

Entende que a realidade encontra-se parcialmente no interior da própria norma constitucional, de forma que as mudanças sociais não seriam ingerências extrajurídicas externas sobre o interior da norma; seriam, ao contrário, interferências jurídicas componentes da própria norma.

Em suas palavras, “a ‘realidade’ em suas circunstâncias (o ‘âmbito normativo’), as quais são afetadas pelo mandato da norma, (o ‘programa normativo’), é parte integrante e constitutiva da norma mesma”. (HESSE, 2009, p. 166-167)

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. [...] Onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma, assim encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional [...]. Portanto, o texto da Constituição se erige em limite absoluto de uma mutação não só do ponto de vista da relação entre “Direito” e “realidade constitucional”, a qual encontra expressão na estrutura da norma constitucional, como também do ponto de vista das funções da Constituição. (HESSE, 2013, 168-169)

Devido à correlação entre estas duas estruturas, conclui que as modificações ocorridas dentro do âmbito é que levarão a uma modificação do conteúdo da norma.

Sob esta perspectiva, a mudança de sentido não decorre de uma modificação no mundo exterior, mas sim de uma alteração no âmbito da norma que, por sua vez, é selecionado e conformado pelo seu programa.

É esta mudança no interior da norma que materializa a mutação constitucional, pois “a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração no interior da norma constitucional mesma, não como consequência de

desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição.” (HESSE, 2009, p.166-167)

Na medida em que o programa normativo determina e define o âmbito da norma, este mesmo deve ser o ponto de partida para o estabelecimento de limites à ocorrência das mutações constitucionais.

Mas exatamente por considerar a existência de uma correlação lógica entre estas estruturas, a Constituição jurídica também teria o poder de determinar a realidade social.

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (HESSE, 2009, p. 128-129)

Na teoria de Hesse, o próprio programa normativo forneceria os limites à mutação constitucional, pois o autor condiciona a incidência da mutação constitucional à comprovação de que a alteração na realidade fática esteja diretamente relacionada à realidade que a norma tenha sido imposta a regular.

Em outras palavras, a mutação, neste caso, somente poderá ser reconhecida caso não ultrapasse os limites impostos pelo o programa normativo, contido no próprio texto da norma, daí que os dados linguísticos da norma são fundamentais para a definição do programa normativo e como fator limitante à alteração informal (HESSE, 2009, p. 154).

...se a norma abarca os dados da realidade afetados pelo “programa normativo” como parte material integrante da mesma, o “âmbito normativo” e as modificações deste último devem levar a uma alteração do conteúdo da norma. Nem todo fato novo pertence ao setor da realidade regulado pela norma; o âmbito objetivo é capaz de provocar tal modificação. A instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional (e que deve ser interpretado com os instrumentos tradicionais). Só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma. (HESSE, 2009, p. 167)

Dessa forma, nem toda mudança fática levará à modificação do âmbito normativo e, assim, do conteúdo da norma, assim como nem toda modificação decorrente da interpretação dos princípios constitucionais promove a mutação constitucional, pois o resultado da interpretação do texto determina se a modificação dos fatos reais altera também o conteúdo da norma.

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma norma constitucional. (HESSE, 2009, p. 168)

A realidade constitucional, que se encontra no âmbito normativo, por outro lado, não pode afrontar o texto da Constituição e “tudo o que se situe além dessas possibilidades já não será mutação constitucional, e sim quebra da constitucional ou anulação da Constituição”. (HESSE, 2009, p. 170)

Neste sentido, a interpretação acha-se vinculada a algo estabelecido. Por isso, os seus limites situam-se onde não existe algo estabelecido de forma vinculante pela Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou uma determinada solução está em clara contradição com esse texto. (HESSE, 2009, p.116)

No Direito Constitucional brasileiro, a doutrina também se debruça sobre a questão dos limites impostos pela literalidade do texto constitucional ao intérprete e dos perigos que desta se extraem e das distorções que o abuso ou a falta de controle no uso desse processo podem acarretar.

Neste ponto, destacamos as lições de Streck, para quem

A afirmação “a norma é sempre produto da interpretação do texto”, ou que “o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngerburg*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder dizer

“qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentido de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). (STRECK, 2004, p. 122).

Também no sentido de que a alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional, pela via interpretativa, não pode gerar deformações subversivas à vontade ou ao espírito da Constituição, sob pena de incorrer o intérprete em indevida criação normativa, entende-se que

...a atividade interpretativa não é absoluta - é dizer, sem limites. Por mais que uma norma constitucional possua um alto grau de abstratividade, generalidade e imprecisão, é evidente que existem amarras que delimitam o campo de atuação intérprete. Este ao realizar seu mister, não pode ir além da expressão literal da norma interpretada e da vontade desta (*voluntas legis*). Caso o faça, o intérprete atuará como legislador positivo, e não como intérprete, pois estará criando norma jurídica, ao invés de descobrir o sentido da norma constitucional analisada. (BASTOS; MEYER-PFLUG, 2005, p. 163)

Sobre o tema Mendes adverte que

uma coisa são as leituras que, mesmo novas, ainda se mantenham no espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico, e outra, bem distinta, são as criações sub-reptícias de novos preceitos, mediante interpretações que ultrapassariam o sentido literal possível dos enunciados jurídicos e acabam por transformar os seus intérpretes em legisladores sem mandato. (MENDES, 2009, p. 154)

Igualmente Sarlet (2016, p.163) entende que a mutação não poderá ultrapassar os limites interpretativos possíveis extraídos dos dados linguísticos presentes nas normas; ou seja, na mutação constitucional não tem espaço alterações que contrariem o próprio texto constitucional do qual é oriunda, por meio do qual encontra seu fundamento de validade.

Em uma sistematização na qual retrata os critérios normativos para a aplicação da mutação, Pedra (2017, p. 191-295), no mesmo sentido de Hesse, afirma que o texto normativo constitui o ponto de partida e parâmetro à atividade interpretativa, apontando como um dos fatores limitadores das mutações constitucionais, porquanto “quando se afirma que o texto possui uma *elasticidade* de interpretação o que se quer dizer é que não se pode extrair do texto aquilo que ele não suscita na mente do intérprete.” (PEDRA, 2017, p. 198-199)

Além deste, acrescenta os seguintes limites: as decisões vinculantes do Tribunal Constitucional, a vedação de abolição de cláusulas pétreas, a vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais, as restrições transcendentais, a aceitação legítima pela comunidade, a racionalidade das decisões, a competência conferida a outro órgão e a irretroatividade dos efeitos da nova interpretação.

Barroso (2010, p. 127-128), a seu turno, adverte que a mutação, para ser legítima, deve respeitar outros dois limites: (a) a necessária conservação dos princípios estruturais da Constituição, à medida que somente são viáveis as mudanças interpretativas que preservem os princípios fundamentais que identificam um determinado Estado e (b) a mutação deve ter lastro democrático, no sentido de corresponder a uma demanda social efetiva por parte da sociedade.

Como as mutações constitucionais fundamentam-se na evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas de uma sociedade, somente se legitimam se respeitarem os anseios da coletividade. Por outro lado, 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. (BARROSO, 2010, p. 127)

Considerando também que a necessidade de adaptação às novas situações não pode ultrapassar o espírito da Constituição, sob pena de violação ao poder constituinte e à soberania popular, Barroso (2011, p. 150) apresenta duas limitações às mudanças informais sobre a Constituição: as possibilidades semânticas do relato da norma, isto é, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado e a preservação dos princípios fundamentais que sustentam determinada Constituição.

O intérprete constitucional, assim, se encontra obrigado a respeitar o previsto no enunciado normativo e nos seus possíveis sentidos e cuidar para que os princípios que alicerçam a Constituição e lhe conferem identidade, normatividade e legitimidade não se esvaiam. (BARROSO, 2011, p. 151)

Em sentido contrário, Bulos afirma que as mudanças informais não encontram qualquer limite em seu exercício. Em seu entender, a única limitação por

parte do juiz, no processo de interpretação que conduza à alteração informal da Constituição, seria de natureza psicológica, porquanto ao intérprete caberia ter a consciência de adotar decisões que não violem os princípios fundamentais da Constituição. Considerando ser impossível a fixação de limites sobre o tema mutação constitucional, destaca que

... as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que pode existir - mas de natureza subjetiva, e até mesmo, psicológica - seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior. (BULOS, 1997, p. 191)

Dessa forma, a impossibilidade de sistematizar as limitações às alterações informais, decorreria da própria prática constitucional. (BULOS, 1996, p. 41)

A ideia de rigidez constitucional também se revela um importante instrumento de limitação às mutações constitucionais.

Para Branco; Coelho e Mendes (2010, p.191), as chamadas cláusulas pétreas ou garantias de eternidade previstas no artigo 60, §4º da Constituição de 1988 funcionam como limitadores à atividade hermenêutica de cada Ministro. Neste caso, qualquer deliberação tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto secreto, direito, universal e periódico, a separação entre os Poderes e os direitos e garantias individuais configuraria mutação inconstitucional.

Souza Neto e Sarmento (2012, p. 356) sustenta que o próprio sistema constitucional e suas cláusulas pétreas podem estar abertos, em certo grau, para dar ensejo às mutações constitucionais, o que não afasta, porém, o campo estabelecido pelo “programa normativo”, pois o conjunto de alterações informais no cerne do sistema constitucional ainda será limitado por um sentido elementar das cláusulas pétreas.

Além dos princípios e métodos gerais de interpretação e os mesmos critérios orientadores da interpretação constitucional, Branco, Coelho e Mendes (2010, p. 193, 194) apontam as seguintes diretrizes para a aplicação da mutação constitucional:

Unidade do processo hermenêutico; não consiste em fazer uma análise individualizada, mas sim considerando o ordenamento jurídico como um todo, possibilitando uma unidade de compreensão;

Natureza axiológica do ato interpretativo; a natureza axiológica diz respeito à valoração das preposições normativas;

Natureza integrada do ato interpretativo; a interpretação da norma é integrada, de maneira a respeitar o contexto ao qual está inserida, trata-se de uma função global;

Limites objetivos do processo hermenêutico; a interpretação encontra limitação no próprio sentido, ou seja, no significado de cada palavra;

Natureza histórico-concreta do ato interpretativo; toda interpretação está condicionada às mudanças históricas do sistema, implicando tanto a intenção do legislador quanto as situações fáticas e axiológicas que surgirem posteriormente, fazendo uma compreensão global;

Natureza nacional do ato interpretativo; a interpretação jurídica é feita conforme exigências racionais, tendo como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como entidades lógicas;

Problematismo e razoabilidade do processo hermenêutico; a interpretação jurídica não pode se limitar a critérios de lógica formal ou a uma mera análise linguística, devendo considerar-se as exigências da razão histórica entendida como razão problemática;

Natureza econômica do processo hermenêutico; conciliá-lo com as normas superiores do ordenamento jurídico, preservando-se a existência do modelo jurídico;

Destinação ética do processo interpretativo; optar pela interpretação que mais compreenda aos valores éticos da pessoa e da convivência social;

Globalidade de sentido no processo hermenêutico; a interpretação deve ser realizada conforme a visão global do mundo e da vida.

Apenas para registrar, oportunamente, os limites para a mutação constitucional também foram objeto de exame na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como ocorreu por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n.º 26602, de relatoria do Ministro Eros Grau:

A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.

Em casos como tais, importa apurarmos se, ao ultrapassarmos aos lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar.

Como no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a alteração do significado, do alcance e do conteúdo atribuído texto constitucional ocorre de forma casuísta, de acordo com a consciência de cada ministro, o exame a respeito da atividade interpretativa que este realiza deve ser feito em capítulo específico, o que será feito mais adiante.

2.4 Mutações inconstitucionais

No contexto dos processos informais de alteração da Constituição, as mutações afiguram-se comportamentos normais na vida constitucional de um Estado porque renovam o sentido do texto constitucional sem o moroso e, por vezes desnecessário, processo legislativo constitucional.

Quando o resultado da alteração informal afronta o sistema constitucional, ocorre a chamada mutação inconstitucional.

Do termo “mutação” extraem-se duas espécies diferentes de alteração informal: de um lado há a mutação que não ofende o texto constitucional, da qual fazem parte, por exemplo, as interpretações jurisdicionais que renovam o sentido do texto constitucional, sem contudo violá-la; e de outro lado a alteração violadora do sentido literal e incompatível com o espírito da Constituição escrita, que dá ensejo às chamadas mutações inconstitucionais, “falseamentos constitucionais” ou ainda “quebrantamentos da constituição”. (FERRAZ, 2015, p. 3)

Trata-se de fenômeno possível de ocorrer e que, na prática, pode prevalecer, sobretudo, no âmbito da interpretação judicial ou com o seu aval, já que o sucesso da permanência do vício vincula-se à ausência de controle que se faz em relação à interpretação judicial (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 165).

Ao seu tempo, Dau-Lin (1998, p. 19) já alertava sobre risco de a aplicação da mutação constitucional por práticas estatais contrárias à Constituição conduzir à atuação fora da Constituição.

Reconhecido que a Constituição compõe um conjunto de normas dotadas de supremacia hierárquica, convém admitir, neste esteio, a existência de eventuais incongruências em relação às suas disposições, de modo a configurar o fenômeno da inconstitucionalidade.

Comumente, o termo inconstitucionalidade identifica-se com um conceito legiscrêntrico (PEREIRA; GONÇALVES, 2015, p. 133) porque leva em conta um

aspecto interno-normativo do sistema, em decorrência de um comportamento atentatório à superioridade normativa da Constituição.

Neste conceito, o vício da inconstitucionalidade pode ocorrer em vários níveis. Será material quando determinado ato normativo for incompatível com algum preceito ou princípio constitucional, ou será considerada formal quando a incompatibilidade decorrer de uma falha existente durante o seu processo de elaboração.

O problema desta concepção é que leva em conta apenas o exame de validade de atos estatais e da eficácia jurídica das normas constitucionais, mas despreza os comportamentos não normativos, também contrários às normas constitucionais.

Não obstante, diante da necessidade de se conceber um conceito de inconstitucionalidade que alcance também outras figuras também frequentes na vida constitucional dos Estados, a doutrina propõe um conceito mais abrangente para que considere também a noção de efetividade da Constituição, tal como ocorre com a inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional. (PEREIRA; GONÇALVES, 2015, p. 133)

A abrangência desta concepção decorre da própria ampliação do conceito de Constituição pelo neoconstitucionalismo, não mais circunscrita ao ápice do modelo piramidal normativo, mas sim como um feixe com múltiplos campos de irradiação, de sorte a conformar o comportamento do Estado, no exercício de suas funções judiciária, administrativa e legislativa, assim como o dos particulares, em geral, aos comandos constitucionais. (SARMENTO, 2006; GRAU, 2001)

As mutações inconstitucionais podem materializar-se sob a forma dos atos decorrentes das omissões inconstitucionais e de violações decorrentes da ausência ou falhas na implementação de políticas públicas, além dos atos administrativos e políticos contrários à constituição, o processo de interpretação da constituição pelo órgão jurisdicional, e aqueles que beiram às ditaduras e aos golpes de estado (FERRAZ, 2015, p. 243).

São hipóteses de ocorrência das mutações inconstitucionais: a inércia legislativa; o desuso da norma constitucional; a mutação implícita; e a alteração informal que viole expressamente a letra da constituição. (FERRAZ, 2015, p. 243-249)

Outrossim, a mutação inconstitucional provoca a violação do sentido literal da constituição escrita, quer pela interpretação judicial, por atuação do legislador infraconstitucional, ou mesmo mediante o costume ou prática por parte dos poderes constituídos. (MARINONI; MITIDIERO e SARLET, 2015, p. 159).

Na medida em que objetivo da presente pesquisa consiste em estudar a aplicação expressa da teoria da mutação constitucional mediante a interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, imprescindível analisar com mais acuidade a atividade interpretativa que este órgão realiza quando aplica esta tese em suas decisões, o que será feito em capítulo específico.

Trataremos doravante da mutação inconstitucional em decorrência das omissões do Legislador e da Administração.

Quando o Poder Legislativo não cumpre com seu dever de regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada. Para a doutrina, esta omissão seria inconstitucional. (FERRAZ, 2015, p. 230-233).

O desuso, por sua vez, decorre da inobservância consciente da norma constitucional. A mutação constitucional legítima pelo desuso ocorreria quando a inobservância da constituição fosse motivada pela necessidade de adaptação desta à realidade e às novas circunstâncias sociais. (FERRAZ, 2015, p. 234-237)

Já a mudança tácita ou o “quebramento da constituição” seria fruto de alterações injustificadas ou de erros técnicos decorrentes da reforma por emendas à constituição. Um exemplo a que a doutrina recorre é a Emenda Constitucional 08/1977. Não se sabia se a emenda havia ou não revogado o parágrafo único do art. 151 d Constituição, posto que após a alteração expressa feita pela emenda, em um dos incisos deste artigo, não se colocou reticências, o que significaria a continuidade do texto, mas sim um ponto final, o que levou muitos a interpretarem tal situação como a revogação do mencionado parágrafo único. Seria, como diz a

autora, uma inusitada situação de alteração constitucional por recurso de pontuação. (FERRAZ, 2015, p. 238-242).

A primeira hipótese de mutação inconstitucional a ser apresentada caracteriza-se quando há mudança do alcance e do sentido da constituição porque o poder legislativo não cumpre com seu dever de regulamentar o que a Constituição determinou, como no caso das normas constitucionais de eficácia limitada. (FERRAZ, 2015, p. 230-233).

Analisando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível identificar três grupos de omissões inconstitucionais, tendo em perspectiva o sistema normativo interno vigente: omissão inconstitucional originária ou superveniente; direta ou reflexa; superável e não superável.

A omissão inconstitucional poderá ser originária ou superveniente, segundo o momento do surgimento do vício que inquina uma norma, editada inicialmente de forma compatível, ou não, com a Carta constitucional.

A omissão inconstitucional superveniente inquina a norma por circunstâncias fático-normativas. Para que a invalidação da norma não agrave o estado de inconstitucionalidade, preserva-se temporariamente a norma incompatível com a Constituição até que aquela lei ainda constitucional torne-se inválida por completo.

A primeira das situações a materializar uma hipótese de omissão inconstitucional foi reconhecida pelo o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 135.328. (BRASIL, 2001).

Na redação original do artigo 68 do Código de Processo Penal, de 1941, atribui-se ao Ministério Público a legitimidade para pleitear reparação quando o titular do direito for pobre. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a guarda e a tutela dos hipossuficientes foi transferida para as Defensorias Públicas. Entretanto, enquanto não plenamente instaladas as Defensorias Públicas, em todos os estados da federação, a não recepção do mencionado dispositivo implicaria em inconstitucionalidade por deixar ao desamparo jurídico os hipossuficientes em tais situações.

Poderá ser direta ou reflexa a omissão inconstitucional. Esta classificação considera a presença, ou não, de ato normativo hierarquicamente intermediário entre a Constituição e aquele reputado inconstitucional.

A ausência de ato normativo hierarquicamente intermediário entre a lei ordinária incompatível e a Constituição materializa uma hipótese de inconstitucionalidade direta; já se a incompatibilidade for de algum ato regulamentador da lei, a ofensa será reflexa.

Um exemplo de omissão inconstitucional reflexa ocorre em virtude da ausência de regulamentação das audiências de custódias consiste representa uma forma de omissão inconvencional e inconstitucional.

A classificação que separa a omissão inconstitucional superável da omissão não superável pode ser encontrada na existência ou não de solução constitucionalmente obrigatória apta a sanar a omissão inconstitucional. A omissão inconstitucional será insuperável quando inexistir saneamento pela via legislativa. Quando a falta de observância ao dever de legislar for sanada pelo recurso às normas jurídicas vigentes, isto é, pela via integrativa, a omissão será considerada superável.

Ressalva cabe, porém, aos casos de omissão superável, pois neste caso, o julgador poderá lançar mão das chamadas aditivas de princípio quando, por não identificar solução constitucional que corrija a omissão normativa inconstitucional, restringe-se a sinalizar ao Legislador os parâmetros que deve seguir para sanar a insuficiência normativa.

Não se trata de qualquer omissão normativa inconstitucional, isto é, do resultado da inércia do Legislativo em face de um comando ou determinação constitucional, comumente designada omissão legislativa, mas sim daquela que promove a alteração do sentido, alcance ou conteúdo da norma constitucional.

Sob “modificação constitucional” é entendido aqui exclusivamente a modificação do texto da Constituição. Ela deve ser distinguida do “rompimento constitucional”, isto é, o desvio do texto em cada caso particular (sem modificação do texto), como na prática estatal da República de Weimar, sob o pressuposto da realização das maiorias necessárias

para modificações constitucionais, foi considerado como admissível. (HESSE, 1998, p. 46)

Há a possibilidade de que a alteração da norma constitucional sem alteração de texto também possa degenerar-se em uma mutação inconstitucional, sempre que restarem contrariados os limites explícitos e implícitos da Carta Política.

Neste sentido, a interpretação contrária ao texto expresso também constitui mutação constitucional inconstitucional. (SARLET, 2012, p. 151)

Conquanto na experiência brasileira apenas o Supremo Tribunal Federal esteja legitimado a declarar válido ou não eventual processo informal de mudança interpretativa da Constituição Federal, a doutrina vislumbra inconstitucionalidade nas seguintes situações: (i) quando a mutação contrariar parcialmente o texto constitucional; (ii) ab-rogar ou derogar determinada norma constitucional; (iii) suspender temporariamente a eficácia de normas constitucionais; (iv) produzir rupturas no ordenamento constitucional; e provocar mudança total da Constituição federal. (FERRAZ, 2015, p. 245)

Há ainda o risco de o Tribunal incorrer em mutação inconstitucional por ofensa aos valores que conferem identidade à Carta de 1988, de forma a invadir atribuição típica do Poder legislativo, se a interpretação envidada ultrapassar os limites possíveis do texto ou inove a ordem jurídica.

Compete aos órgãos que compõem o Poder Executivo, por meio da edição de portarias, despachos, ordens etc ou mediante a elaboração de atos administrativos, fazer a interpretação administrativa da Constituição e das leis, destinada ao alcance do bem comum.

Na medida em que toda a Administração Pública tem sua atuação pautada na lei, em virtude da estrita obediência ao princípio da legalidade, esta atividade interpretativa manifesta-se bastante limitada.

A Constituição brasileira, por exemplo, é expressa quando afirma que a omissão inconstitucional decorre da inatividade do legislador e da administração pública (CFRB/88, art. 103, § 2º).

A mutação pode afigurar-se inconstitucional ainda em virtude da ocorrência dos costumes e práticas constitucionais e do desuso.

O desuso caracteriza a mutação inconstitucional por violação indevida do sentido e alcance da constituição inobservância consciente da norma constitucional. (FERRAZ, 2015, p. 234-237)

Um exemplo apontado pela doutrina de mutação inconstitucional foi o julgamento do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff.

Na ocasião, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, aceitou o pedido feito pelo Partido dos Trabalhadores, a fim de que o Senado julgasse separadamente a acusação por crimes de responsabilidade e a inelegibilidade.

Acontece que o dispositivo constitucional constante do artigo 52, parágrafo único, estabelece que “nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

Ou seja, a alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional não podem gerar deformações subversivas à Constituição, isto é, não poderá ofender a letra, nem o seu espírito.

3 O USO DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo, será feito um exame sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, visando identificar de que forma foi inserida em seus julgamentos e se a partir dessa prática, promoveu-se, de fato, alteração do sentido, significado e alcance das normas contidas na Constituição Federal, sem afetar-lhe o seu texto escrito.

3.1 Recorte metodológico

Para tanto, apresentaremos aspectos relevantes para a sistematização de um exame realizado acerca da aplicação da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal aos casos nos quais esta tese foi expressamente utilizada em seus julgados.

O primeiro aspecto diz respeito à forma de análise dos julgados; o segundo refere-se à escolha dos julgados que informou o recorte metodológico; e, por fim, o terceiro sinaliza os resultados obtidos a partir da análise feita.

Do início de 2019 até o dia 20 de fevereiro de 2020, foram analisadas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal obtidas como resultado de pesquisa levada a efeito no sítio eletrônico da Corte a partir da expressão “mutação constitucional” no campo “Pesquisa de Jurisprudência”, através do link a seguir: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

Após esta providência procuramos identificar quais os precedentes correlatos aos julgados encontrados, visando também encontrar apenas as decisões nas quais se fez uso expreso da teoria em estudo, qualquer que seja a condição dessa referência.

Constatamos que a teoria da mutação constitucional é amplamente utilizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, nem todas as decisões aplicaram a teoria para promover alteração informal da Constituição, a influir no sentido, significado ou alcance da norma.

Percebemos não ser incomum a confusão entre mutação constitucional com outros institutos, tais como a emenda à constitucional, a mudança de orientação do Tribunal, a correção de posição anterior ou até mesmo interpretações distintas dadas pelos juízes constitucionais.

Daí, portanto, que a opção mais adequada seria uma análise em torno de decisões nas quais se fez expressa menção ao fenômeno da mutação constitucional.

Exatamente por este motivo não se propôs analisar, à exaustão, a totalidade dos julgados nos quais se promoveu a alteração informal da norma constitucional, por ser uma tarefa hercúlea, evidentemente prejudicada pelos limites deste trabalho dissertativo. Diante da infinidade de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a pesquisa se tornaria inviável.

Um exemplo de aplicação não expressa da teoria da mutação constitucional que pode ser trazido a título de ilustração seria o Habeas Corpus nº 82424, proveniente do Rio Grande do Sul, com julgamento no dia 09 de abril de 2003, que tratou da definição e do alcance do termo “racismo”, previsto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal.

O caso retrata como paciente, um escritor e editor de livros que havia sido condenado pela prática de crime de racismo tipificado no artigo 20 da Lei Federal nº 7.716/89, por escrever e editar livros com conteúdo anti-semita. Ao impetrar a ordem sustentou-se perante a Corte a tese de que não havia cometido tal infração criminal, na medida em que o povo judeu – objeto da eventual discriminação veiculada nos livros – não seria uma raça, mas sim um povo.

No julgamento do caso, o Supremo Tribunal, por maioria dos votos, rejeitou a alegação por considerar que a proteção contra o crime de racismo, prevista no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal, serve para tutelar contra a discriminação a

todo e qualquer indivíduo pertencente a um grupo distinguível por suas características (físicas, culturais, étnicas, religiosas etc.).

Pode-se dizer que houve mutação constitucional porque ao apreciar a questão, o Supremo Tribunal Federal alargou o conceito de racismo originalmente previsto na Constituição Federal de 1988, em decorrência de alterações ocorridas no contexto social, com as descobertas do projeto genoma, mas sem contrariar a letra ou espírito da Constituição.

O ministro Maurício Corra, à época Presidente da Corte, proferiu seu voto afirmando inicialmente que, com as descobertas oriundas do Projeto Genoma Humano (Human Genome Project, HPG), a classificação antropológica tradicional da espécie humana em raças, fundada em características físicas, tornou-se cientificamente obsoleta. Segue abaixo excerto do seu voto a ilustrar a situação:

Nessa ordem de ideias, impende, de plano, examinar se ainda procede, do ponto de vista científico, a clássica subdivisão da raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma Humano (PHG).

(...)

Embora haja muito ainda a ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter, *“há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos”*.

Os cientistas confirmaram assim que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra. Estima-se que apenas 0,1% (zero vírgula um por cento) do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser humano.

(...)

Como já referido mesmo antes dos estudos que abriram o chamado livro do genoma humano a tradicional subdivisão da raça humana em caucasiana mongolóide e negróide já se encontrava em franca decadência. Consoante o conceito etnológico, por exemplo, raça “é a coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo, a raça judia”.

(...)

Em consequência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade. Pode-se concluir assim que o vetusto conceito agora cientificamente ultrapassado, não no serve para a solução do caso.

Este caso, amplamente conhecido como o caso Ellwanger, não se faz presente na análise adiante porque nele a teoria da mutação constitucional não foi expressamente mencionada para promover alteração informal da norma constitucional em questão, muito embora tenha sido atribuída nova leitura à norma constitucional.

A abordagem, portanto, é do tipo qualitativa e não quantitativa.

Ademais, a análise empreendida não pretende concluir pelo acerto ou equívoco da decisão, nem a pretensão de buscar legitimar determinada posição, porquanto esta tarefa não se encontra na linha dos objetivos específicos que levarão à validação ou não das hipóteses levantadas na pesquisa.

Os critérios aos quais nos vinculamos para a análise das decisões foram identificados e traduzidos na forma de duas perguntas a saber: (i) de que forma a teoria da mutação constitucional foi utilizada na decisão ou no voto do julgador que expressamente a invocou? (ii) a aplicação da tese da mutação constitucional ocorre por nova percepção do direito ou por constatação de alteração na realidade fática?

As respostas à primeira pergunta foram obtidas mediante a análise da totalidade das decisões encontradas, a partir da qual se descortinou a forma como a teoria da mutação constitucional se manifesta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Verificamos quatro formas distintas de aparecimento da teoria em análise nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Nesta primeira situação o Supremo Tribunal Federal aplicou expressamente a teoria ao caso concreto por entender que a norma deveria sofrer alteração no sentido, significado ou alcance decorrente da alteração sobre a realidade fática, resultante da nova percepção do direito ou ainda pela via de interpretação evolutiva.

Na segunda, o juiz constitucional não declara a sua incidência para decidir o caso concreto, mas sim como argumento de persuasão para legitimar diretamente a conclusão do raciocínio empreendido na fundamentação, guardando correlação com a conclusão do julgamento, mas sem decidi-lo.

Na terceira, verificou-se o uso expresso da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal como argumento indireto de persuasão do julgador, sem, contudo, influir na conclusão do *decisum*.

Os julgamentos mencionados aqui não declaram a ocorrência de mutação constitucional no caso concreto; porém, fazem mera menção à tese, a título de reforço argumentativo à conclusão do *decisum*, sem qualquer correlação com o resultado do julgamento do caso.

Verificou-se que a alusão à teoria ocorre em três situações peculiares:

No primeiro bloco de decisões, a referência aparece na decisão ou voto proferido pelo órgão julgador, indiretamente, no bojo de um trecho ou título de alguma obra doutrinária colacionada no corpo do voto ou decisão, para sustentar determinada premissa lançada nas razões de decidir.

No segundo bloco, a referência aparece na decisão ou voto proferido apenas, indiretamente, no bojo de uma ementa ou trechos de algum precedente comum à matéria a ser apreciada, para reforçar o argumento do juiz constitucional.

No terceiro bloco, a tese da mutação constitucional não foi aplicada ao caso concreto, nem guarda qualquer relação com ele, mas aparece como argumento legitimador da interpretação constitucional conferida pelo Supremo Tribunal Federal, com ou sem a exclusão desta mesma atividade interpretativa por outro órgão estatal.

Na última situação verificou-se utilização inócua da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sem surtir efeito ou produzir influência na conclusão da decisão, podendo aparecer, por exemplo, no corpo do relatório; ou ainda, equivocadamente, por imprecisão terminológica como alteração formal do texto constitucional.

A segunda pergunta foi formulada nos seguintes termos: a aplicação da tese da mutação constitucional ocorre por nova percepção do direito ou por constatação de alteração na realidade fática?

As respostas à segunda pergunta foram obtidas no transcorrer da pesquisa, e a análise demonstrou que apenas quando o Supremo Tribunal Federal declarou expressamente a ocorrência da teoria da mutação constitucional pode-se afirmar que foi aplicada em decorrência de nova percepção da norma constitucional em análise.

Nas demais situações, isto é, quando utilizada como argumento de persuasão; como mero reforço argumentativo à conclusão do *decisum*, sem guardar correlação com o resultado do julgamento ou voto do órgão julgador; ou de forma inócua, a referência à tese não traduziu de forma genuína a aplicação da teoria da mutação constitucional, para conferir alteração na norma constitucional.

Nos próximos itens analisaremos cada situação específica.

3.2 A declaração expressa da ocorrência da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal

Examinaremos, neste ponto, com maior profundidade as decisões nas quais a teoria da mutação constitucional foi utilizada expressamente como razão de decidir, com fim específico de investigar se nestas hipóteses a norma constitucional foi ressignificada para ganhar sentido, significado, alcance ou conteúdo novo.

Foram objeto de análise os seguintes julgamentos: Questão de Ordem proposta no HC nº 86009; Mandados de Segurança n.º 26602, n.º 26603 e n.º 26604; Habeas Corpus n.º 94695 e n.º 126292; Reclamação n.º 4335; e Recurso Extraordinário n.º 778.889.

A primeira hipótese de reconhecimento de mutação constitucional apresentada na presente pesquisa ocorreu com no julgamento da Questão de Ordem proposta no HC nº 86009-5, oriundo do DF, em 29 de agosto de 2006,

apesar de decidir pela remessa dos autos às Cortes Estaduais por se tratar de competência absoluta, o Ministro Carlos Ayres Britto explicou que a alteração da competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais se dava por mutação constitucional decorrente de nova interpretação à Constituição.

A segunda hipótese aqui comentada ocorreu com no julgamento dos MS n.º 26602, n.º 26603 e n.º 26604, aos 4 de outubro de 2007, da relatoria dos ministros Eros grau Celso de Mello e Carmen Lúcia, respectivamente, nos quais se discutiu se os partidos políticos possuem um direito líquido e certo a manter as vagas por eles conquistados em eleições regidas pelas regras do sistema proporcional em caso de desfiliação dos parlamentares que a preenche.

O entendimento firmado por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança rompeu com a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no MS n.º 20927, julgado em 10 de outubro de 1994, de que “não se exige qualquer modalidade de fidelidade partidária para os eleitos, após a diplomação, ainda quando não se tenha empossado como deputados”, pois “a vinculação ao partido é apenas condição de elegibilidade (art. 14, §3º)”, nos termos do voto do relator Ministro Moreira Alves:

Em face da Emenda nº 1, que, em seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5º desse mesmo dispositivo, por força da Emenda Constitucional nº 11/78), estabelecia o princípio da fidelidade partidária, Deputado que deixasse o Partido sob cuja legenda fora eleito perdia o seu mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, em processo contencioso em que se assegurava ampla defesa e, em seguida, declarada pela Mesa da Câmara (arts. 152, § 5º; 137. IX e 35, § 42). Com a emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio de fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado o inciso V do art. 35 que enumerava os casos de perda de mandato. Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que se tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem perda de mandato. Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças ao voto da legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, “a”; 58, § 1º, 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um

partido no parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55.

Diante da inexistência de regra expressa cominando a sanção da perda do mandato ao parlamentar por infidelidade partidária na Constituição passada e da ausência da regra na Constituição da República de 1988 no rol taxativo do artigo 55, o Supremo Tribunal Federal entendeu, à época, pela inexistência do princípio da fidelidade partidária no ordenamento pátrio.

A revisão desse posicionamento se deu após o Tribunal Superior Eleitoral enfrentar a questão, por ocasião das Consultas n.º 1398, de relatoria do Ministro César Asfor Rocha e da Consulta n.º 1423, de relatoria do Ministro José Delgado, proferir decisão no sentido de que o mandato é do partido e a mudança de agremiação após a diplomação gera a perda do mandato pelo parlamentar.

No MS n.º 26.602, produziu-se a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTES. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA.

1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo.

3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007.

4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do

partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral.

5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.

Ao tratar da necessidade de modulação dos efeitos da decisão, o ministro Gilmar Mendes, atento ao princípio da segurança jurídica, alertou para o problema de se reconhecer, a partir da nova orientação ali firmada, a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.

Nesta oportunidade, considerou essa revisão de jurisprudência longamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, apta a produzir nova valoração jurídica ou evolução do entendimento jurisprudencial, como um típico caso de mutação constitucional, porquanto considerava imperiosa uma nova leitura constitucional ao valor da fidelidade partidária, o que gerou por consequência uma transformação da interpretação do artigo 55, antes considerado de enumeração exaustiva para um rol exemplificativo, possibilitando incluir nas hipóteses de perda de mandato parlamentar a infidelidade partidária.

Pautando-se nos princípios da democracia partidária da representação proporcional do pluralismo político e da fidelidade partidária promoveu-se uma nova leitura do texto constitucional para definir que o abandono da legenda deve dar ensejo à extinção do mandato, em virtude do novo quadro político-partidário observada no Brasil após a Constituição de 1988.

O Ministro Gilmar Mendes deixou consignado:

A redemocratização e o desenvolvimento da democracia de partidos, após a Constituição de 1988, revelam-nos uma conjuntura política extremamente distinta *[daquela visualizada no MS 20927/DF, julgado em 1989]* (...). Nessa perspectiva, torno a repetir que não parece fazer qualquer sentido, do atual prisma jurídico e político, que o eventual eleito possa, simplesmente, desvincular-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando o mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária a que estava filiado para outra legenda. Essas razões são suficientes para demonstrar a necessidade de imediata revisão da jurisprudência desta Corte.

Atualmente, prevalece a tese firmada na ADI n.º 5081 do Distrito Federal: “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos

eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”.

Em nosso sentir, porém, não se tratou de nova interpretação a norma constitucional, mas sim inserção de texto não previsto pelo legislador constituinte.

A propósito, interessante fazer um registro a respeito do voto do ministro Eros grau, ao se manifestar sobre as preliminares arguidas no Mandado de Segurança 2662:

Reafirmo, nesse ponto, o que mencionei no julgamento da reclamação nº 4335, Relator o ministro Gilmar Mendes. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a praxis constitucional no mundo da vida afasta uma porção do texto da Constituição formal sem que daí adivinha uma ruptura do sistema.

Por entender que não caberia ao Supremo Tribunal Federal criar hipótese de perda de mandato parlamentar, o Ministro Eros Grau afirmou que questão discutida não admitiria o reconhecimento da mutação constitucional. Seu voto restou vencido, porém.

Em resumo, a teoria da mutação constitucional foi aplicada como resultado de nova percepção do direito, via interpretação evolutiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que atestou em seu julgado a alteração da realidade fática.

No HC n.º 94695, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado no dia 23 de setembro de 2008, abaixo ementado, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal por votação unânime, superou o entendimento enunciado na Súmula n.º 619 que permitia prisão civil por infidelidade depositária, amparada em tratados internacionais de direitos humanos:

habeas corpus prisão civil depositário judicial a questão da infidelidade depositaria convenção americana de direitos humanos artigo 7.º sete hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos pedido deferido

(...)

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da constituição

a questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do poder judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da constituição

a legitimidade da adequação mediante interpretação do poder judiciário da própria constituição da República e quando imperioso compatibilizá-la mediante exegese atualizadora com as novas exigências e necessidades e transformações resultantes dos processos sociais econômicos e políticos que caracterizam em seus múltiplos e complexos aspectos a sociedade contemporânea.

Neste caso, foi vedada esta modalidade de construção, sob o argumento de que o alcance das disposições constitucionais que permitem em nosso sistema jurídico a prisão civil por dívida pode sofrer mutações decorrentes da interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado, por juízes e tribunais no processo.

Segue abaixo trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

Isso significa portanto presente tal contexto que a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento jurídico mas sobretudo na adequação da própria constituição as novas exigências e necessidades e transformações resultantes dos processos sociais econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea

(...)

Em uma palavra senhores ministros: a interpretação judicial há de ser vista como um instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da constituição revelando-se plenamente legítima a adequação da própria constituição da República e quando o imperioso compatibilizá-la mediante exegese atualizadora com as novas exigências e necessidades e transformações resultantes dos processos sociais econômicos e políticos que caracterizam em seus múltiplos e complexos aspectos a sociedade contemporânea.

O mesmo posicionamento foi adotado nos HC n.º 90450/MG, n.º 91361/SP, também julgados no dia 23 de setembro de 2008, e no julgamento, em 15 de setembro de 2009 do HC n.º 85822/PA e o HC n.º 96722/SP no dia 09 de junho de 2009, todos da relatoria do Ministro Celso de Mello

A teoria da mutação constitucional em todos os casos acima analisados foi aplicada em decorrência de nova percepção do direito, via interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal à norma constitucional em análise, qual seja a restrição imposta pelo artigo 5.º, inciso LXVII, da Constituição Federal.

A Reclamação n.º 4335, proveniente do Acre, julgada em 20 de março de 2003, foi proposta em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu pedidos de progressão de regime prisional, em descumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no HC 82959, quando então a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, por considera-la inconstitucional.

O pedido de progressão foi indeferido pelo juízo de piso sob a alegação, em síntese, de que a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal pelo Supremo Tribunal ocorreu via controle difuso de constitucionalidade por decisão que produz efeitos apenas "inter partes".

Somente se estenderia aos demais condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estivessem cumprindo pena após expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. Na ocasião, inclusive, fez afixar comunicado em vários pontos das dependências do Fórum de Rio Branco, no Acre.

Ao julgar a Reclamação n.º 4335 O Supremo Tribunal Federal discutiu a possibilidade de mutação do artigo 52, inciso X, da Constituição que determina ao Senado Federal suspender a execução de dispositivo.

Os Ministros Gilmar Mendes e Eros Graus defenderam pelo reconhecimento da mutação constitucional da norma em análise por considerarem ultrapassada com a atual ordem constitucional.

Diante da multiplicação de processos idênticos no sistema difuso e da nova compreensão à regra do mencionado dispositivo constitucional conferida por diversas decisões judiciais e legislativas no sentido de reconhecerem efeitos gerais à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado, houve a necessidade de atualização da norma.

Prevaleceu neste julgamento a doutrina de Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, "apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos".

Ou seja, não é a decisão do Senado Federal que confere eficácia geral ao julgamento, mas a própria decisão que, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, contém essa força normativa, restando apenas a comunicação àquela Casa Legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso.

No Recurso Extraordinário n.º 778.889, proveniente do Estado de Pernambuco e julgado em 10 de março de 2016, venceu a tese invocada pelo ministro Roberto Barroso relator do recurso.

Invocando doutrina própria, o ministro declarou expressamente a ocorrência de mutação constitucional, superando o entendimento firmado no RE 197.807/RS de que não se estenderia à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria.

Atestando que alteração da realidade social produziu nova compreensão do alcance, sentido e significado atribuído ao artigo 7º, XVIII da Constituição apta a conferir novo significado à licença parental e à igualdade entre os filhos, previstas na Constituição, possibilitando a superação de entendimento anterior.

Concluiu então que a igualdade entre filhos biológicos e filhos adotivos veda à lei a instituição de prazos diferenciados de licença gestante e adotante ou de suas prorrogações, assim como a estipulação de prazo de licença adotante inferior, nos casos de adoções tardias.

Salientou em diálogo com o Ministro Marco Aurélio, vencido neste caso, que a interpretação que se dava em 2000 correspondia à percepção dos fatos e do Direito à época.

Foi claro ao afirmar que no seu entender, "dogmaticamente, mutação constitucional ocorre quando o Tribunal Constitucional muda um entendimento que

já havia professado, por estas razões: mudou a realidade social ou mudou a compreensão de um determinado fenômeno.”

Ao final deste julgamento, firmou-se a seguinte tese sobre tema: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

O julgamento do “habeas corpus” n.º HC n.º 126292/SP no Supremo Tribunal Federal, rompeu com a orientação firmada em 2009, por ocasião do julgamento plenário do HC 84078/MG e de relatoria do Ministro EROS GRAU que vedava a imposição de pena após o julgamento em segunda instância por órgão colegiado, antes de operar-se o trânsito em julgado das decisões penais condenatórias.

O julgado ficou assim ementado:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
2. *Habeas corpus* denegado.

Por ocasião do julgamento, prevaleceu o entendimento dos ministros Teori, Edson Fachin, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Luis Roberto Barroso e Gilmar Mendes e vencidos, portanto, a ministra Rosa Weber, quem apresentou divergência, seguida pelos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A principal discussão ventilada no presente julgado foi o alcance da norma contida no art. 5º, LVII, da Constituição da República, *ipsis litteris*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em outras palavras, discutiu-se se o início da execução da pena privativa de liberdade depende do trânsito em julgado da decisão ou é possível após esgotadas as instâncias ordinárias.

O destaque neste ponto será o voto do ministro Luís Roberto Barroso que fez menção expressa à teoria da mutação constitucional ao justificar que “a tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado”.

Sustentou que sobre a matéria em análise já houve mutação em relação à norma constitucional, em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual seria legítimo o início da execução da pena.

Como decorrência da impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias apontou três consequências negativas para o sistema de justiça criminal.

Em primeiro lugar, incentivou a interposição de recursos protelatórios, inócuos para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. Para tanto, apresentou números negativos a pesar contra o réu e minimizou o sucesso das parcas decisões absolutórias em grau de recurso.

Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal, sustentando que a possibilidade de recorrer em liberdade aproveita apenas réus abastados, com condições de contratar advogados para defendê-los em sucessivos recursos, em detrimento de réus mais pobres.

Por fim, em terceiro lugar, contribui para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, diante da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, que produz sensação de impunidade.

No seu entender, a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau, ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função desprestigia as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos com *status* constitucional que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade.

Nos termos do voto do ministro Barroso, a mutação sugere uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo e está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais.

No julgamento da ADI n.º 4764, oriunda do Estado do Acre, em 4 de maio de 2017, o Tribunal pleno, declarou a inconstitucionalidade das expressões constantes do artigo 44, inciso VII (“processar e julgar o Governador (...) nos crimes de responsabilidade”) e do artigo 81, parte final (“ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade”), assim como das expressões do artigo 44, inciso VIII (“declarar a procedência da acusação”) e do artigo 81, caput, primeira parte (“Admitida a acusação contra o Governador do Estado, por dois terços da Assembleia Legislativa”), bem como, por arrastamento, do artigo 82, inciso I, todos da Constituição daquele Estado.

A partir de então se fixou a seguinte tese: “É vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra o Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo”.

A jurisprudência então prevalente no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4791, proveniente do Paraná, de relatoria do Ministro Teori Zavascki e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4792, do Espírito Santo, de relatora da ministra Cármen Lúcia, julgadas no dia 12 de maior de 2015, apoiava-se na tese da autonomia dos Estados, expressão do pacto federativo, porque validava os preceitos das Constituições Estaduais em relação ao condicionamento do processamento e julgamento dos Governadores à aprovação dos integrantes daquelas Casas legislativas, segundo o princípio da simetria, ínsito ao modelo federal.

Esta orientação restou superada diante do julgamento procedente das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4764, n.º 4797 e n.º 4798, por violação

de conteúdo essencial do princípio republicano previsto no artigo 1º da Constituição da República, traduzido na responsabilização dos governantes.

Por ocasião deste julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu presente a hipótese de mutação constitucional, diante (i) das modificações na realidade fática subjacente à espécie, (ii) da evolução na percepção do conteúdo e na compreensão do sentido e do alcance do princípio republicano, a que ínsita a ideia de responsabilidade e (iii) das consequências práticas negativas da jurisprudência anteriormente firmada.

Assim, como parte integrante de sua motivação e, por via de consequência, razão de decidir, o Tribunal Pleno aplicou expressamente a teoria da mutação constitucional e a partir de então concluiu-se pela vedação aos Estado e ao Distrito Federal instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra governador, por crime comum, à prévia autorização da Casa legislativa.

Após deliberação, os Ministros foram autorizados a decidirem monocraticamente matéria em consonância com o entendimento firmado nesta ação direta de inconstitucionalidade.

A partir de então se declarou a procedência de todas estas ações que visavam a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos das Constituições Estaduais acerca da exigência de prévia autorização da Assembleia Legislativa para a instauração de ação penal contra os Governadores do Estados, o que se deu nos seguintes julgamentos: ADI n.º 4765 ED/AP, em decisão monocrática; ADI n.º 4766/AL; ADI n.º 4772 ED/RJ; ADI n.º 4772/RJ; ADI n.º 4773 ED/GO; ADI n.º 4773/GO, em decisão monocrática; ADI n.º 4775/CE; ADI n.º 4778/PB; ADI n.º 4797/MT; ADI n.º 4798/PI; ADI n.º 4805 ED/RR; ADI n.º 4805/RR, em decisão monocrática;

Na Ação Penal n.º 937, ao dirimir Questão de Ordem, sob a relatoria do ministro Roberto Barroso, com julgamento no dia 03 de maio de 2018, Tribunal Pleno, houve expressa aplicação da teoria da mutação para conferir à cláusula do foro por prerrogativa de função nos crimes cometidos pelos parlamentares uma interpretação restritiva.

O relator frisou que no seu entendimento mutação constitucional em sentido técnico ocorre quando uma Corte constitucional muda um entendimento consolidado, não porque o anterior fosse propriamente errado, mas porque a realidade fática mudou, ou porque a percepção social do Direito mudou, ou porque as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial revelaram-se negativas.

Sustentou que as três hipóteses que justificam a alteração de uma linha de interpretação constitucional estariam presentes.

No seu entender, há mudança na realidade fática porque quando o Constituinte concebeu o foro por prerrogativa jamais se imaginou que houvesse, perante o Tribunal, a tamanha quantidade de processos de natureza criminal, envolvendo imensa parcela dos membros do Congresso Nacional.

Também sustentou que houve uma clara mudança na percepção de qual seja o melhor Direito, porquanto daquele sistema extraem-se resultados negativos como a impunidade e o desprestígio que isso trazia para o Supremo, devendo, portanto, ser repensado.

Na esteira do voto do Relator, a ministra Rosa Weber também entendeu tratar-se de hipótese reveladora de mutação constitucional, aduzindo que a disfuncionalidade do sistema vigente é manifesta, seja pela mudança da realidade fática, seja pela mudança na percepção de qual seja a melhor exegese, seja pelas consequências práticas da orientação dominante, geradoras de impunidade e mesmo de desprestígio ao Judiciário.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, afirmou categoricamente no caso não há uma mutação constitucional, mas sim uma nova e inconstitucional interpretação da Constituição.

Também afirmando ainda que o fenômeno da mutação constitucional é controvertido, o ministro Lewandowski afirma que tal via não se presta à finalidade de fixar restritivamente normas que regulamentam o foro especial pelo exercício de determinadas funções, instituído pelo constituinte, fundado na letra expressa da Constituição Federal e, até então, pacífica na jurisprudência do STF.

No Habeas Corpus n.º 126.292/16, proveniente de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação ao conteúdo do artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a partir do que se passou a permitir a imposição de pena logo após a condenação em segunda instância, isto é, antes de operar-se o trânsito em julgado das decisões penais condenatórias, alterando o seu entendimento que prevalecia desde 2009.

O ministro Luís Roberto Barroso fez menção expressa à teoria da mutação constitucional ao justificar que “a tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado”.

Sustentou que sobre a matéria em análise já houve mutação em relação à norma constitucional, em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual seria legítimo o início da execução da pena.

Como decorrência da impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias apontou três consequências negativas para o sistema de justiça criminal.

Em primeiro lugar, incentivou a interposição de recursos protelatórios, inócuos para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. Para tanto, apresentou números negativos a pesar contra o réu e minimizou o sucesso das parcas decisões absolutórias em grau de recurso.

Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal, sustentando que a possibilidade de recorrer em liberdade aproveita apenas réus abastados, com condições de contratar advogados para defendê-los em sucessivos recursos, em detrimento de réus mais pobres.

Por fim, em terceiro lugar, contribui para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, diante da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, que produz sensação de impunidade.

No seu entender, a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução da pena quando já existe

pronunciamento jurisdicional de segundo grau, ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função desprestigia as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos com status constitucional que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade.

Ainda nos termos do voto do ministro Barroso, a mutação sugere uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo e está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais.

Fundado nessa premissa, entende o ministro que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado.

Não obstante as discussões sobre as vantagens e desvantagens do foro por prerrogativa, fato é que a interpretação restritiva conferida a esse instituto se deu por meio de declaração expressa da ocorrência de "mutação constitucional".

Em todos casos analisados, a teoria da mutação constitucional em todos os casos acima analisados foi aplicada sob a justificativa de nova percepção do direito ou pela via de interpretação evolutiva do Supremo Tribunal Federal à norma constitucional em análise.

3.3 O uso da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal como argumento direto de persuasão

A teoria da mutação constitucional também se fez presente nos julgamentos em que o juiz constitucional não declara a sua incidência para decidir o caso concreto, mas sim como argumento de persuasão para legitimar diretamente a conclusão do raciocínio empreendido na elaboração decisão. A utilização da teoria guarda correlação com a conclusão do julgamento, mas não o decide.

A situação acima mencionada verificou-se em sede de controle abstrato de constitucionalidade nos julgamentos da ADI n.º 1484/DF; ADI n.º 2675/PE (Voto do Ministro Gilmar Mendes).

Além dessas hipóteses, no caso do julgamento da ADI n.º 3345/DF, a tese da mutação constitucional aparece como argumento legitimador da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Em caráter recursal, o Supremo Tribunal Federal também fez menção à teoria da mutação constitucional como argumento persuasivo, segundo se depreende da análise do RE n.º 1024321/SC; RE n.º 1127407/RS; RE n.º 466215/RS; RE n.º 476747/SC; RE n.º 488165/PR; RE n.º 517766/RS; e do RE n.º 940426/AM.

Outrossim, foram objeto de análise os seguintes julgamentos de *habeas corpus*, a partir dos quais se verificou esta postura: HC n.º 91361-0/SP; HC n.º 94695-0/RS; HC n.º 98893/SP; HC n.º 98893 MC/SP, em decisão monocrática; HC n.º 110237 MC/PA, em decisão monocrática; HC n.º 110237/PA; HC n.º 115549/BA, em decisão monocrática; HC n.º 115549/BA; HC n.º 129573/MG, em decisão monocrática; HC n.º 129573/MG; HC n.º 144457/SP, em decisão monocrática; HC n.º 144457/SP; HC n.º 176905/SP; HC n.º 398270/SP.

Além destes julgados, a pesquisa concluiu que a teoria em estudo foi mencionada à guisa de base para a conclusão das decisões proferidas nas Reclamações Constitucionais n.º 3801/GO, n.º 7336/SP, n.º 30304/SP, e n.º 36875/AP; nos Agravos de Instrumento n.º 277940/MG; n.º 611481/MG e n.º 618763/RS; nas Ações Penais n.º 937 e n.º 1000/DF; nos Mandados de segurança n.º 26603/DF e n.º 34518/DF; assim como na Petição n.º 7999/DF; no Inquérito 4635/DF; e no Agravo em RE 1119262/SP.

3.4 O uso da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal como argumento indireto de persuasão

Da mesma forma que no tópico anterior, os julgamentos mencionados aqui não declaram a ocorrência de mutação constitucional no caso concreto; no entanto, fazem mera menção à tese, a título de reforço argumentativo à conclusão do *decisum*. A utilização da teoria não guarda correlação com o resultado do julgamento ou voto do órgão julgador.

Aqui se verificou que a alusão à teoria é apenas indireta porque aparece em três situações peculiares.

Na primeira, a referência aparece no bojo da decisão proferida pelo órgão julgador, indiretamente, para sustentar determinada premissa no bojo de um trecho ou título de alguma obra doutrinária colacionada no corpo do voto ou decisão.

É o caso do julgamento da ADI n.º 1484, proveniente do Distrito Federal, julgada no dia 21 de agosto de 2001, com publicação no Diário da Justiça no dia 28 de agosto de 2001, a partir da qual o relator ministro Celso de Mello, apesar de não aplicar expressamente a teoria da mutação constitucional ao caso concreto, a título de contextualização, apenas ponderou que as situações configuradoras de omissão do Poder Público desrespeitam a Constituição e materializam processo informal de mudança da Constituição, colacionando, para tanto, texto expresso da obra "Processos Informais de Mudança da Constituição", de Anna Cândida da Cunha Ferraz.

A mesma situação ocorreu com a decisão proferida em sede de medida cautelar pela Ministra Ellen Gracie, na ADI n.º 3929, também proveniente Distrito Federal, julgada em 25 de julho de 2007, da qual também foi relatora.

Nela não houve aplicação da teoria, mas sim a menção expressa trecho de artigo publicado por Gilmar Ferreira Mendes, intitulado "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional".

Nestes dois casos, as expressões alusivas à teoria da mutação constitucional foram trazidas ao corpo da decisão porque acompanharam excertos de textos obtidos na literatura apenas para justificar algum raciocínio lançado pelo órgão julgador.

No segundo caso, a referência aparece apenas, indiretamente, para reforçar o argumento do juiz constitucional como cópia literal da ementa ou trechos de algum precedente comum à matéria a ser apreciada

Assim ocorreu no julgamento da ADI n.º 5577, proveniente do Distrito Federal, com julgamento em 22/08/2016, publicação no DJe-180, divulgado em 24/08/2016 e publicado em 25/08/2016, quando por ocasião do proferimento do seu voto, a relatora ministra Rosa Weber, colacionou, *ipsis literis*, como argumento de autoridade, a ementa da ADI n.º 5150, para fazer alusão aos pressupostos necessários para a ocorrência da mutação constitucional pela via legislativa.

Ao julgar o Habeas Corpus n.º 144457, proveniente de São Paulo, julgado no dia 01 de agosto de 2017, publicado no DJe-117, divulgado em 02/06/2017 e publicado em 05/06/2017, o relator, ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem para restabelecer decisão proferida em processo de execução penal, e homologar o cálculo de pena para fins de benefícios do condenado por infração ao artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, adotando as frações estabelecidas para os crimes comuns de 1/6 para progressão de regime e de 1/3 para livramento condicional.

Neste julgamento não se aplicou a teoria da mutação constitucional, mas colacionou trecho da decisão proferida no Agravo em Execução Penal n.º 0008133-42.2016.8.26.0496, de relatoria do desembargador Amaro Thomé, da Comarca de Bauru, em São Paulo, na 9ª Câmara de Direito Criminal, que à tese expressamente se referiu apenas a título argumentativo para reconhecer a constitucionalidade e a vigência do disposto no art. 2º, caput, da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1.990, que equipara o crime de tráfico ilícito de entorpecentes aos considerados hediondos pelo ordenamento jurídico.

Ao julgar pedido liminar na Reclamação n.º 36875, julgamento em 16 de novembro de 2019, oriunda do Amapá, os Inquéritos n.º 4403 e n.º 4635, a Ação Penal n.º 1000, as Petições n.º 7995 e 7991, provenientes do Distrito Federal e a petição n.º 7290 do Estado do Pará que tratam da legitimidade da interpretação constitucional do Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da prerrogativa de foro, por se tratar de matéria sujeita ao âmbito institucional em que atuam os órgãos do Poder Judiciário, o ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, trouxe no corpo das decisões trecho extraído do MS n.º 26603/DF, de sua própria relatoria, a partir do qual consignou como precedente legitimador para aplicar a teoria da mutação constitucional.

No Recurso Extraordinário n.º 1024321, proveniente de Santa Catarina, sob a relatoria do ministro Celso de Mello, julgado no dia 23 de fevereiro de 2017 e no Recurso Extraordinário n.º 1127407, do Rio Grande do Sul, relatoria do Ministro Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal não aplicou a teoria da mutação constitucional, mas apenas colacionou integralmente a ementa do já analisado Recurso Extraordinário n.º 778.889/PE.

De forma semelhante, ao conceder pedido liminar formulado nos Habeas Corpus n.º 98893 e n.º 96772, julgados em 09 de junho de 2009, o relator ministro Celso de Mello colacionou a ementa produzida no já analisado HC n.º 90450/MG, também de sua própria relatoria.

Também no Agravo de Instrumento n.º 277940/MG, julgamento em 31/05/2011, publicação no DJe-111, divulgado em 09/06/2011 e publicado em 10/06/2011, houve cópia literal da ementa do também já analisado Habeas Corpus n.º 85822/PA.

No HC n.º 92297/MG, julgado no dia 02 de setembro de 2008, o relator ministro Ricardo Lewandowski apenas fez referência ao já comentado HC n.º 86009, que, por sua vez, aplicou da mutação constitucional para afastar da competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento de habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais.

No RE n.º 578315/RS, o ministro Roberto Barroso, relator do caso, proferiu decisão, em 3 de agosto de 2015, na qual colacionou trecho do RE n.º 590809/RS.

Na terceira possibilidade, a tese da mutação constitucional não foi aplicada ao caso concreto, nem guarda qualquer relação com ele, mas aparece como argumento legitimador da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com ou sem a exclusão desta mesma atividade interpretativa por outro órgão estatal.

Aqui a utilização também é apenas indireta porque a alusão não influi incisivamente sobre o julgamento da causa a ser apreciada pelo órgão julgador, mas sim sobre o seu raciocínio.

Foi assim que a teoria da mutação constitucional foi expressamente referenciada em duas Reclamações Constitucionais: a Reclamação n.º 30304/SP, com julgamento em 22/05/2019, com publicação no Diário da Justiça eletrônico, divulgado em 23/05/2019 e publicado em 24/05/2019; e a Reclamação n.º 36875/AP, em sede de medida cautelar, com julgamento em 16/12/2019, publicação no dje-284, divulgado em 18/12/2019 e publicado em 19/12/2019, com o único objetivo de dar robustez à salvaguarda da autoridade das decisões ou teses do Supremo Tribunal Federal para a interpretação da Constituição.

Na Reclamação n.º 30304/SP, o Relator Ministro Luiz Fux também não aplicou expressamente a tese para promover alteração informal de norma constitucional, mas apenas a utilizou como argumento persuasivo por consignar em sua fundamentação que a Reclamação constitui o meio hábil de apreciação dos processos de mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas, que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão.

Sem atestar a mutação da norma constitucional a ressignificar a sua interpretação e o seu alcance, apenas julgou procedente a Reclamação para cassar a decisão proferida pela 4ª Turma – 7ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região proferido nos autos do Processo 0010464-03.2015.5.15.0071, e

determinou que outra seja prolatada com a observância da Súmula Vinculante n.º 37 para resguardar diretamente a integridade de sua decisão.

Na Reclamação n.º 36875/AP, ao tratar da legitimidade da interpretação constitucional a respeito da prerrogativa de foro, o ministro Celso de Mello entendeu, à guisa de fundamentação, reconhecer a competência do Supremo Tribunal Federal, em sua condição de guardião da Constituição, para interpretá-la e “o monopólio da última palavra” em relação à Carta Política.

Referenciou precedentes para sustentar seu entendimento, dentre os quais colacionou o MS 26603/DF, de sua própria relatoria, a partir do qual o Pleno da Corte considerou que do poder de interpretar a Lei Fundamental acha-se compreendida também a possibilidade de declarar a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional.

No julgamento do HC 110237/PA, também no âmbito de medida cautelar, sob a relatoria do ministro Celso de Mello, julgamento no dia 12/09/2011, com publicação no Diário da Justiça, divulgado em 15/09/2011 e publicado no dia 16/09/2011, considerou-se que a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional decorre do poder de interpretar a Constituição.

Sob idêntica justificativa foi deferida liminar no HC 115549 MC/BA, sob a relatoria do ministro Celso de Mello, com julgamento no dia 04/02/2013 e publicação no Diário da Justiça, divulgado em 06/02/2013 e publicado no dia 07/02/2013.

Por sua vez, entendendo que o Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio da interpretação constitucional, no Mandado de Segurança n.º 34518/DF, em sede de medida cautelar, julgamento em 22/11/2016, que objetivou sustar a tramitação da proposta de Emenda Constitucional 50/2016 para acrescentar o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, e permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal, o relator ministro Luiz Fux externou entendimento segundo o qual outros agentes políticos, tais como parlamentares, membros do Poder Executivo, sociedade civil etc. também poderá exercê-la.

Aduziu, neste trilhar, que no curso do processo legislativo, o Legislador está autorizado, inclusive, sem qualquer vício de inconstitucionalidade, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que a proposta de emenda constitucional adequa-se às premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa trazido pelo.

Semelhante, aliás, foi o voto do mesmo Ministro Luiz Fux, no bojo da ADI 5105/DF, julgada no dia 01/10/2015, com publicação no Diário da Justiça 15-03-2016 e publicado no dia 16-03-2016, da qual também foi o relator que enfrentou a questão do direito de antena e de acesso aos recursos do fundo partidário às novas agremiações partidárias criadas após a realização das eleições.

Neste julgamento, além dos argumentos utilizados no MS n.º 34518/DF, transferiu a responsabilidade da indicação dos pressupostos necessários para a ocorrência da mutação constitucional pela via legislativa ao legislador para conferir legitimidade à promulgação de emendas constitucionais e à edição de leis ordinárias e complementares contrárias à jurisprudência da Corte.

Todos estes julgados têm em comum o fato de que a mutação constitucional não foi declarada ou utilizada para decidir o caso concreto, mas sim com o único objetivo de ratificar a autoridade das decisões ou teses do Supremo Tribunal Federal na sua tarefa de interpretar a Constituição.

3.5 O uso inócua da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal

As próximas situações não traduzem a aplicação da teoria da mutação constitucional, quer diretamente como razão do convencimento judicial, quer indiretamente como reforço argumentativo, mas sim tomada equivocadamente por imprecisão terminológica como alteração formal do texto constitucional ou ainda por referência a pedido formulado por alguma das partes envolvidas na relação processual em que foi aventada.

A expressão mutação constitucional foi assim tomada no sentido de alteração formal, via emenda constitucional por ocasião do julgamento da Reclamação n.º 3801/GO, sob a relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, com julgamento em 27/10/2005; do Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1119262/SP, de relatoria do ministro Edson Fachin, com julgamento em 02/05/2018, publicação no DJe-087, divulgado em 04/05/2018 e publicado em 07/05/2018, RE 940426/AM, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, com julgamento em 05/09/2016, decisão Proferida pela Ministra Cármen Lúcia, com publicação no dje-196, divulgado, em 13/09/2016 e publicado em 14/09/2016.

Na Reclamação n.º 7336/SP, julgamento em 16/12/2008, com publicação no DJe-022, divulgado em 02/02/2009, publicado em 03/02/2009, o relator, à época ministro Carlos Britto, atualmente aposentado, em decisão monocrática, lançara mão da expressão mutação constitucional para se referir à exclusão do art. 241 que garantia isonomia dos delegados de polícia com as carreiras disciplinadas no art. 135 (Procurador de Estado e Defensor Público) da Constituição Federal por força da Emenda Constitucional n.º 19/1998.

No RE 466215/RS, sob a relatoria do ministro Carlos Britto, com julgamento no dia 28/11/2008; no RE 476747/SC, relatoria da ministra Ellen Gracie, julgamento no dia 04/11/2010; no RE 488165/PR, relatora ministra Cármen Lúcia; no RE 517766/RS, relatora ministra Cármen Lúcia, julgamento no dia 16/12/2009, o STF refere-se a acórdão do Tribunal Regional Federal que, em sua emenda, fez

confusão dos termos dos institutos, Emenda Constitucional nº 20/98, o inciso II do art. 195 da CF/88 passou a albergar, no universo dos contribuintes à previdência social, não só os trabalhadores, mas também os 'demais segurados da previdência social'. 3 – Ocorrendo a mutação constitucional, a lei, que não foi ainda objeto do controle concentrado, nem teve suspensa sua execução pelo Senado, continua em vigor e, se não conflitar com o novo texto constitucional, será válida e eficaz.

Nos Agravos de Instrumento n.º AI 618763/RS n.º 611481/MG, julgados em 12 de março de 2009, a relatora ministra Cármen Lúcia referenciou decisão monocrática da lavra do ministro Carlos Britto, no RE 466215, do qual foi relator, onde se referenciou equivocadamente à teoria da mutação constitucional, como se emenda à Constituição fosse.

No RE n.º 467499, do Rio Grande do Sul, o relator Ministro Gilmar Mendes faz referência à ementa produzida na ADI 3345.

A última possibilidade ocorreu na decisão monocrática proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3838/DF, proveniente do Distrito Federal, julgada em 25 de maio de 2017, em que a teoria da mutação constitucional apareceu no relatório da decisão em referência ao que foi pedido na petição inicial pelo autor da ação. Ou seja, em suas razões de decidir nem sequer fez alusão à tese da mutação constitucional, mas apenas a consignou em seu relatório como um dos argumentos invocados na petição inicial.

O mesmo ocorreu no RE n.º 600334, proveniente de São Paulo, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, com julgamento no dia 26 de novembro de 2010; assim como no julgamento, em 08 de maio de 2018, dos Embargos de Divergência nos embargos de declaração no Terceiro AGRAVO Regimental no Recurso Extraordinário n. 671351, de relatoria do Ministro Edson Fachin.

3.6 Análise dos resultados obtidos

No primeiro caso, a pergunta “De que forma a teoria da mutação constitucional foi utilizada na decisão ou no voto do julgador que expressamente a invocou?” teve a seguinte resposta: por meio de declaração expressa da ocorrência da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Foram objeto de análise os seguintes julgamentos: Questão de Ordem proposta no HC n.º 86009; Mandados de Segurança n.º 26602, n.º 26603 e n.º 26604; Habeas Corpus n.º 94695 e n.º 126292; Reclamação n.º 4335; e Recurso Extraordinário n.º 778.889.

A aplicação da tese da mutação constitucional ocorre por nova percepção do direito ou por constatação de alteração na realidade fática?

Em todos casos analisados, a teoria da mutação constitucional foi aplicada sob a justificativa de nova percepção do direito ou pela via de interpretação evolutiva do Supremo Tribunal Federal à norma constitucional em análise.

No segundo caso, à pergunta “De que forma a teoria da mutação constitucional foi utilizada na decisão ou no voto do julgador que expressamente a invocou?” obteve a resposta: a teoria da mutação constitucional fez presente nos julgamentos em que o juiz constitucional não declara a sua incidência para decidir o caso concreto, mas sim como argumento de persuasão para legitimar diretamente a conclusão do raciocínio empreendido na elaboração da decisão. A utilização da teoria guarda correlação com a conclusão do julgamento, mas não o decide.

Foram objeto de análise os seguintes julgamentos:

Em sede de controle abstrato de constitucionalidade nos julgamentos da ADI n.º 1484/DF; ADI n.º 2675/PE (Voto do Ministro Gilmar Mendes).

No caso do julgamento da ADI n.º 3345/DF, a tese da mutação constitucional aparece como argumento legitimador da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Em caráter recursal, o Supremo Tribunal Federal também fez menção à teoria da mutação constitucional como argumento persuasivo, segundo se depreende da análise do RE n.º 1024321/SC; RE n.º 1127407/RS; RE n.º 466215/RS; RE n.º 476747/SC; RE n.º 488165/PR; RE n.º 517766/RS; e do RE n.º 940426/AM.

Nos julgamentos de *habeas corpus*, a partir dos quais se verificou esta postura: HC n.º 91361-0/SP; HC n.º 94695-0/RS; HC n.º 98893/SP; HC n.º 98893 MC/SP, em decisão monocrática; HC n.º 110237 MC/PA, em decisão monocrática; HC n.º 110237/PA; HC n.º 115549/BA, em decisão monocrática; HC n.º 115549/BA; HC n.º 129573/MG, em decisão monocrática; HC n.º 129573/MG; HC n.º 144457/SP, em decisão monocrática; HC n.º 144457/SP; HC n.º 176905/SP; HC n.º 398270/SP.

Além destes julgados, nas Reclamações Constitucionais n.º 3801/GO, n.º 7336/SP, n.º 30304/SP, e n.º 36875/AP; nos Agravos de Instrumento n.º 277940/MG; n.º 611481/MG e n.º 618763/RS; nas Ações Penais n.º 937 e n.º 1000/DF; nos Mandados de segurança n.º 26603/DF e n.º 34518/DF; assim como na Petição n.º 7999/DF; no Inquérito 4635/DF; e no Agravo em RE 1119262/SP.

Prejudicada a pergunta sobre a aplicação da tese da mutação constitucional ocorre por nova percepção do direito ou por constatação de alteração na realidade fática.

No terceiro caso, à pergunta “De que forma a teoria da mutação constitucional foi utilizada na decisão ou no voto do julgador que expressamente a invocou?” obteve como resposta: os julgamentos mencionados aqui não declaram a ocorrência de mutação constitucional no caso concreto; no entanto, fazem mera menção à tese, a título de reforço argumentativo à conclusão do *decisum*. A utilização da teoria não guarda correlação com o resultado do julgamento ou voto do órgão julgador.

Aqui se verificou que a alusão à teoria é apenas indireta porque aparece em três situações peculiares.

Na primeira, a referência aparece no bojo da decisão proferida pelo órgão julgador, indiretamente, para sustentar determinada premissa no bojo de um trecho ou título de alguma obra doutrinária colacionada no corpo do voto ou decisão.

Foram objeto de análise os seguintes julgamentos: ADI n.º 1484; n.º 3929.

Na segunda, a referência aparece apenas, indiretamente, para reforçar o argumento do juiz constitucional como cópia literal da ementa ou trechos de algum precedente comum à matéria a ser apreciada

Foram objeto de análise: a ADI n.º 5577; os HC n.º 92297/MG e n.º 144457, o pedido liminar na Reclamação n.º 36875; os Inquéritos n.º 4403 e n.º 4635, a Ação Penal n.º 1000, as Petições n.º 7995 e 7991, e a petição n.º 7290; os Recurso Extraordinário n.º 1024321, n.º 1127407, n.º 578315/RS; os Habeas Corpus n.º 98893 e n.º 96772; os Agravo de Instrumento n.º 277940/MG.

Na terceira, a tese da mutação constitucional não foi aplicada ao caso concreto, nem guarda qualquer relação com ele, mas aparece como argumento legitimador da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com ou sem a exclusão desta mesma atividade interpretativa por outro órgão estatal.

Foram objeto de análise os seguintes julgamentos: as Reclamação n.º 30304/SP, n.º 36875/AP; o HC 110237/PA, a liminar no HC 115549 MC/BA, o Mandado de Segurança n.º 34518/DF; a ADI 5105/DF.

Em todas elas, restou prejudicada a pergunta sobre a aplicação da tese da mutação constitucional ocorre por nova percepção do direito ou por constatação de alteração na realidade fática.

No quarto caso, à pergunta “De que forma a teoria da mutação constitucional foi utilizada na decisão ou no voto do julgador que expressamente a invocou?” obteve como resposta: de forma inócua porque as situações não traduzem a aplicação da teoria da mutação constitucional, quer diretamente como razão do convencimento judicial, quer indiretamente como reforço argumentativo, mas sim tomada equivocadamente por imprecisão terminológica como alteração

formal do texto constitucional ou ainda por referência a pedido formulado por alguma das partes envolvidas na relação processual em que foi aventada.

Foram objeto de análise os seguintes julgamentos: a Reclamação n.º 3801/GO e n.º 7336/SP; do Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1119262/SP; o RE 940426/AM, n.º 466215/RS, o RE 476747/SC, o RE 488165/PR, o RE 517766/RS, os Agravos de Instrumento n.º AI 618763/RS n.º 611481/MG, o RE 466215, o RE n.º 467499, a ADI n.º 3838/DF, o RE n.º 600334.

Prejudicada a pergunta sobre a aplicação da tese da mutação constitucional ocorre por nova percepção do direito ou por constatação de alteração na realidade fática.

3.7 A crítica da doutrina brasileira

Conforme se viu, a mutação constitucional via interpretação judicial é o resultado de um raciocínio hermenêutico feito pelo magistrado, mediante o qual o seu sentido, significado e conteúdo são ressignificados, em virtude de mudanças na realidade fática, que conduz à alteração informal de uma norma constitucional, sem promover qualquer mudança sobre o texto da Constituição.

Devido à crescente utilização da teoria da mutação constitucional em julgados de grande repercussão proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, parcela dos juristas brasileiros vêm se debruçando sobre o tema, de forma crítica, por vezes, contrárias à postura adotada pela Corte.

A primeira crítica que se pode extrair recai sobre a ausência de rigor científico-dogmático que permita determinar as suas características. (PEDRON, 2012, pp. 52-56)

Ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se pode identificar um critério dogmático que venha a expressar a definição e como se aperfeiçoa uma mutação constitucional mediante a interpretação judicial.

A título de exemplo, nos MS n. 26.602, n. 26.603 e 26.604, que tratou da questão da infidelidade partidária, o Ministro Gilmar Mendes, ao tratar da necessidade de modulação dos efeitos da decisão, utilizou a teoria como sinônimo para a criação ou mudança interpretativa sobre determinado dispositivo legal, sem que haja mudança fática das relações normatizadas.

Atento ao princípio da segurança jurídica, alertou para o problema de se reconhecer, a partir da nova orientação ali firmada, a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.

Nesta oportunidade, considerou a atividade de revisão de jurisprudência longamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, apta a produzir nova valoração jurídica ou evolução do entendimento jurisprudencial como um típico caso de mutação constitucional.

Amparado na doutrina de Inocêncio Mártires Coelho, “Interpretação Constitucional. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997”, em que no capítulo 4 sugere uma releitura do fenômeno da mutação constitucional, asseverando que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Com base em Perez Lunõ e Reale, enfatiza-se que, em verdade, a norma jurídica não é o pressuposto, mas o resultado do processo interpretativo ou que a norma é a sua interpretação.

Não é demais lembrar que princípios jurídicos e as regras são espécies de normas jurídicas porque prescrevem o que deve ser com expressões do dever, da permissão ou da proibição (ALEXY, 2008).

As regras “são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nelas previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos” (BARROSO, 2003, p. 328).

São normas de conteúdo objetivamente delimitado, de aplicação imediata, para a perfeita subsunção. Nesse sentido, Alexy (2008, p. 92) leciona: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma

cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”.

Dessa forma, quando há um conflito entre regras, uma deve ser excluída do ordenamento em detrimento de outra prevaleça, a fim de que de um mesmo fato não decorram resultados contraditórios entre si.

Os princípios, por sua vez, podem ser considerados pela doutrina como normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (Ávila, 2009, p. 78-79)

No conflito entre princípios, a solução será a ponderação de bens e interesses (ALEXY, 2008) de acordo com o caso concreto, para que um, ao final, deva prevalecer, sem a eliminação de um deles do ordenamento, de forma que possam continuar convivendo harmoniosamente.

Conceituar segurança jurídica não é uma tarefa fácil. Apontando que geralmente são utilizados termos vazios de conteúdo Ávila (2011, p. 112) em sua obra sobre o tema, define o princípio da segurança jurídica como a “prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”.

Com o objetivo de solucionar a questão da vagueza conceitual e esclarecer melhor as bases do referido princípio, o autor ainda destaca a necessidade de levar em conta três acepções distintas: fato, valor ou norma-princípio (ÁVILA, 2011).

Sob o aspecto da previsibilidade das relações, segurança jurídica pode ser definida como a possibilidade de o indivíduo prever, concretamente, os resultados jurídicos decorrentes de fatos ou comportamentos.

Como valor a ser alcançada baseia-se em um ideal pautado em razão de influências políticas, históricas, econômicas ou sociais.

Como princípio “denota [...] um juízo prescritivo a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com determinado ordenamento jurídico” (ÁVILA, 2011, p. 109).

Enquanto princípio, serve como um direcionamento ao legislador e ao aplicador do direito, pois a ideia de previsibilidade também está presente no momento de elaboração e de aplicação das normas, a fim de que os cidadãos antecipem os efeitos jurídicos futuros dos atos presentes (ÁVILA, 2011).

O princípio da segurança jurídica está consagrado na Constituição Federal, como corolário dos valores irradiados do Estado Democrático de Direito e consagrado no artigo 5º, como decorrência da garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (artigo 5.º, inciso XXXVI).

Outra manifestação legal do princípio da segurança jurídica no sistema brasileiro é a irretroatividade da lei nova, a prescrição, a decadência e a preclusão (MELLO, 2007).

Segurança jurídica também reflete os aspectos objetivos da ordem jurídica, para garantia da estabilidade jurídica e a previsibilidade em relação aos atos do Estado. Pelo princípio da segurança jurídica, impõe-se o respeito às relações jurídicas já constituídas e a obrigação de antecipar os efeitos das decisões que interferirão no plano individual ou coletivo, tornando mais segura a relação entre os indivíduos e entre estes e o Poder Público, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais.

Cada vez mais, o fenômeno a partir do qual questões jurídicas idênticas são julgadas de maneira diferente por cada julgador, ficou conhecido como jurisprudência lotérica (CAMBI, 2001), indicando que o sucesso ou não depende também da discricionariedade e do aspecto subjetivo do órgão a quem compete a prestação jurisdicional.

A previsibilidade, portanto, é uma característica fundamental para garantir o princípio da boa-fé, já que, ao garanti-la, os jurisdicionados poderão pautar as suas condutas de acordo com o previsto ou previsível, assim como evitar surpresas. A este propósito cumpre observar que “A surpresa, o imprevisível, a instabilidade

são, precisamente, noções antitéticas ao Direito, que com elas não poderia conviver, nem seria exequível, tanto mais porque tem como função eliminá-las” (MELLO, 2007, p. 329).

É preciso consignar que a legislação em abstrato exerce o seu papel de previsibilidade, mas isso é quebrado se há diversas interpretações judiciais sobre o direito material. Nesse caso, quem deve ter a previsibilidade garantida é a própria decisão judicial, tendo em vista a sua relação estrita com a segurança jurídica (MARINONI, 2012).

A ausência de uniformização da jurisprudência no direito brasileiro

compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução *homogênea* da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional. (MOREIRA, 2012, p. 5)

A ideia de estabilidade é outro aspecto da segurança jurídica, porquanto está baseado na noção de continuidade da ordem jurídica.

Deve ser assegurada a estabilidade em relação aos precedentes judiciais, para que não se instaure um caos no sistema judicial e desrespeitando a segurança jurídica (MARINONI, 2012).

É uma característica que dá uma maior durabilidade às decisões judiciais.

Permite que os jurisdicionados tenham confiança no Poder Judiciário e mais seguros em suas relações sociais e jurídicas (PEIXOTO, 2015).

As decisões judiciais e as orientações fixadas pelos tribunais devem guardar um mínimo de estabilidade para não perder a sua credibilidade perante a sociedade.

Outro ponto a ser observado é que não obstante possa ser aplicada pelos órgãos do Poder Judiciário aos casos a eles submetidos, a mutação constitucional traduz uma mudança informal do significado, do sentido ou do alcance de uma norma constitucional, sem alteração de seu texto, por meio da ação de um Poder Constituinte Difuso.

Ou seja, quanto à sua legitimidade, é o povo quem constrói a realidade fática a cuja norma constitucional deve se adaptar.

Ocorre que este processo de adaptação deve vir precedido de uma constatação da transformação social ou ainda uma nova percepção do direito e não após uma declaração por meio de um único ato decisório pela maioria dos votos em um acórdão pelo Supremo Tribunal Federal.

Apenas para lembrar, a doutrina alemã que desenvolvera a teoria da mutação constitucional limitou-se a investigar aspectos básicos dessa figura jurídica no período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial.

A preocupação dogmática surge apenas no pós guerra, com a doutrina de Laband, Jellinek, Dau-Lin, Hesse ou Loewenstein.

Acontece que todos esses autores defendiam a existência de uma teoria da mutação constitucional em um cenário de crise do Positivismo Jurídico na Alemanha, que ignora a compreensão de que o Direito é formado, não apenas por regras jurídicas, mas também por princípios e por diretrizes políticas, com a ideia de que realidade e norma estavam dispostas em setores independentes e separados.

A mutação constitucional seria então a solução teórica para o problema da incongruência entre *realidade e norma constitucional*, sem a necessidade de se passar por um processo formal de elaboração de emendas à Constituição.

No Brasil, a tese da mutação constitucional não é diagnosticada, mas sim declarada pelo Judiciário, longe do ambiente de debate original, o Congresso Nacional, quem exerce o Poder Constituinte de Reforma.

Desta constatação, decorre a terceira crítica, consistente na ideia de que a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal encobre uma postura “decisionista”. Afirmam Pedron e Bahia que “sempre que o Supremo Tribunal Federal quer afirmar que está tomando uma decisão de *vanguarda*, ele alega que está *fazendo uso* da teoria da mutação constitucional” (BAHIA; PEDRON, 2017)

Para os autores, a aplicação desta tese em uma decisão que se julga de *vanguarda encobre* uma atitude ativista, de poder constituinte permanente que legisla sobre a Constituição, contrária ao Estado de Direito, à Democracia e aos os direitos fundamentais.

Bello, Bercovici e Lima (2019, p. 1769-1811) sustentam que a teoria da mutação constitucional tem sido aplicada a pretexto de satisfazer o desejo de alterar a Constituição, sem o enfrentamento dos processos formais e políticos de alteração, pois ela elide sobremaneira as chances de questionamento judicial quanto a sua validade.

Lima; Oliveira e Streck (2007, p. 61), por sua vez, afirmam: “um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.”

O que foi pactuado pelo poder constituinte originário adquire um novo significado, pelo Poder Judiciário, sob o argumento de sua prerrogativa de guarda da constitucionalidade.

A atuação protagonizada de juízes e tribunais encontrou na mutação constitucional um suporte para que estes agentes pudessem exercer a reforma da Constituição.

Mas como sugerem Lima; Oliveira e Streck (2007, p. 65), “cabe ao Supremo Tribunal Federal ‘corrigir’ a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo”.

Como pontuam Lima Oliveira e Streck (2007), há de se ter em mente que "em determinadas situações; a mutação constitucional pode significar, equivocadamente, uma substituição do poder constituído pelo Poder Judiciário. E, com isso, soçobra a democracia".

A esse respeito, Sarmiento (2012, p. 308) explica:

De toda sorte, é indiscutível que o Poder Judiciário representa um importante agente no processo de mutação constitucional. Nada obstante, não nos parece correta a visão que o converte no grande protagonista deste processo, transformando-o numa espécie de poder constituinte permanente. Neste ponto, há que se discordar da afirmação de que, como

“intérprete final” da Constituição, o STF poderia ser concebido como uma espécie de poder constituinte. Trata-se de equívoco similar ao perpetrado pelo juiz da Suprema Corte norte-americana Charles Evan Hughes quando afirmou que “a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é”. Se, por absurdo, o STF afirmasse em algum momento que a ordem constitucional brasileira permite a escravidão ou adota o regime monárquico, isso não seria mutação constitucional, mas um grave erro da Corte. A visão excessivamente judicialista da mutação constitucional, conquanto frequente no Brasil, é equivocada, seja pelo ângulo descritivo, seja pelo prescritivo. Em outras palavras, ela não descreve corretamente como o fenômeno da mutação opera no mundo real, nem tampouco fixa uma orientação adequada sobre a forma como ele deveria funcionar.

Mais uma vez resgata-se aqui o escólio de Streck que enfaticamente aduz que o

Texto é evento; textos não produzem “realidades virtuais”; textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo). Eis a especificidade do direito: textos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto; mas nem eles são “plenipotenciários”, carregando seu próprio sentido (o mito dado, fantasia de texto que se interpreta por si mesmo e se extrai por si mesmo, nas palavras de Simon Blackburn) nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa). (STRECK, 2011, p. 219).

Um fato, parece ser indiscutível após a análise empreendida na presente pesquisa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é bastante confusa, porquanto aplicada com diferentes sentidos, o que acaba escondendo as características deste instituto.

CONCLUSÃO

A presente dissertação teve como objeto principal de estudos o exame sobre a atuação específica do Supremo Tribunal Federal consistente em aplicar expressamente em determinados julgados a teoria da mutação constitucional, assim concebida como o processo informal de alteração do significado das normas constitucionais, sem a supressão do seu texto, a fim de conformá-las às novas realidades sociais e reconhecer novos direitos.

A partir da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal a específicos casos, nos quais se verificou o uso expresso e literal da teoria da mutação constitucional, a pesquisa objetivou investigar até que ponto o uso expresso e literal desta técnica de decidir, com alto potencial para promover alteração do sentido literal das normas constitucionais, colabora para o alcance de uma justiça mais equilibrada e eficiente.

As hipóteses desenvolvidas ao longo foram confirmadas após a análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas quais se fez uso expresso e literal da teoria da mutação constitucional.

Inicialmente, partiu-se da ideia de que a alteração informal das normas constitucionais promovida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisões nas quais se fez o uso expresso e literal da teoria da mutação constitucional, não colabora para o alcance de uma justiça equilibrada e eficiente, o que foi comprovado ao final da pesquisa.

A partir da metodologia empreendida, chegou-se à conclusão de que a aplicação da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal não observa critérios claros e objetivos para o reconhecimento de uma mutação constitucional, postura que o faz lançar mão da tese de forma indiscriminada, apenas a título de mera variação jurisprudencial.

No primeiro capítulo foi feita uma digressão histórico-filosófica às origens e fundamentos legitimadores da teoria da separação dos Poderes, segundo as

atividades desempenhadas na concretização dos objetivos estatais, de modo a demonstrar que esta tese não mais se espelha na realidade atual os ideais burgueses do século XVII até início o século XIX.

O papel limitado atribuído ao Poder Judiciário pela tradição liberal europeia inseriu-o em uma condição de coadjuvante naquela incipiente estrutura de Estado de Direito. Até o emergir do Constitucionalismo contemporâneo, a Jurisdição, sobretudo nos países que consagram o sistema *civil law*, praticamente exercera uma função secundária perante os demais Poderes estatais.

A partir do desenvolvimento da técnica da constitucionalização dos direitos, da conseqüente criação dos Tribunais Constitucionais e da necessidade de controle das atividades dos demais Poderes para o desempenho dos objetivos traçados pelas Constituições que significativas mudanças nos arranjos institucionais dos Estados permitiram o descortinar de uma nova ordem política, viabilizadora da ascensão dos Estados Sociais, da qual a ascensão da Jurisdição é um aspecto fundamental.

Com o novo paradigma político, que passa pela relativização dos dogmas da teoria separação dos poderes em face do declínio de seus ideais perante os novos interesses sociais, a doutrina jurídica se viu diante da necessidade de apresentar um novo arcabouço jurídico que atendesse aos reclamos da sociedade contemporânea, tornando inócua a discussão a respeito da legitimidade de o Poder Judiciário conferir efetividade aos direitos previstos expressamente nos textos constitucionais.

A aplicação da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal insere-se neste contexto.

No segundo capítulo, delimitou-se a pesquisa com o estudo sobre a teoria da mutação constitucional, a partir das conceituações doutrinárias.

Como principais referenciais teóricos a doutrina alemã sobre a mutação constitucional, nas obras de Jellinek, Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse pela relevância de suas construções teóricas.

O tema da mutação constitucional tem origem na doutrina alemã, com os estudos de Laband e Jellinek, para os quais a norma constitucional cede em face da realidade fática. Na doutrina de Hsü Dau-Lin, sistematizou-se os estudos acerca do fenômeno de mutação constitucional, porém, sem a devida preocupação em torno da fixação de limites, o que pode ser constatado a partir na doutrina de Konrad Hesse segundo a teoria estrutural da norma jurídica.

Por fim, no terceiro e último capítulo, a partir do exame sobre determinados julgados, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, buscou-se analisar a forma como esta tese tem sido aplicada nos seus julgamentos, o que foi feito após pesquisa livre no sítio do supremo Tribunal federal de julgados nos quais foi reconhecida a hipótese de mutação constitucional.

Verificou-se uma diversidade de sentidos atribuídos à mutação constitucional em julgados nos quais se utilizou a expressamente a mutação constitucional.

Apenas quando o Supremo Tribunal Federal declarou expressamente a ocorrência da teoria da mutação constitucional pode-se afirmar que foi aplicada sob a justificativa de nova percepção do direito ou pela via de interpretação evolutiva do Supremo Tribunal Federal à norma constitucional em análise.

Nas demais situações, isto é, quando utilizada como argumento de persuasão; como mero reforço argumentativo à conclusão do *decisum*, sem guardar correlação com o resultado do julgamento ou voto do órgão julgador; ou de forma inócua, a referência à teses não traduziu de forma genuína a aplicação da teoria da mutação constitucional, para conferir alteração na norma constitucional.

Esta diversidade de utilizações pelo tribunal confirmou a premissa levantada, a título de hipótese, na introdução da presente dissertação, de que as decisões nas quais se fez o uso expresso e literal da teoria da mutação constitucional não colaboram para o alcance de uma justiça equilibrada e eficiente, porquanto não se utilizou de critérios claros e objetivos para a aplicação da mencionada teoria.

Isto nos permite trazer como conclusão de que existe uma relação entre rigidez constitucional e o fenômeno da mutabilidade.

De fato, nenhuma Constituição exaure-se no momento de sua criação, sendo essencial a possibilidade de renovação, correção ou complementação de seu texto, a fim de que possa ser adaptado a fatos surgidos após a sua elaboração.

A mutação constitucional sob a forma da interpretação constitucional é aplicada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal a fim de que a Constituição não sofra de um processo de desatualização progressiva. Com o seu reconhecimento, atribui-se à norma constitucional sentido diverso, significado ou conteúdo novos para alcançar situações, comportamentos ou fatos não contemplados anteriormente por ela, revestindo-se norma constitucional de um caráter mais abrangente.

Atento aos perigos que desta interpretação se extraem e das distorções que o abuso ou a falta de controle no uso desse processo podem acarretar, o debate, neste ponto, nos leva à reflexão sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal promover alteração na Constituição da República.

Este cenário não apenas exige do julgador a ressignificação de certos conceitos e relativização de determinados dogmas jurídicos, mediante o uso de técnicas jurídicas, pouco tradicionais, para a resolução dos conflitos, mas também motiva o pesquisador a debruçar-se sobre as novas possibilidades normativas, jurídicas, sistêmicas e interpretativas.

Uma das possibilidades de adequação do dispositivo normativo escrito aos novos desafios sociais é a possibilidade de alterar-se o significado das normas constitucionais, mediante a mutação constitucional, sob a justificativa de que a mutação constitucional fundamenta-se na mudança nas circunstâncias de fato da sociedade ou de uma nova percepção do Direito.

Por refletir sobre a eficiência da Justiça na promoção da justiça social, a presente dissertação pretendeu contribuir para o debate que se trava na LINHA DE PESQUISA 1 do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, designada JUSTIÇA E O PARADIGMA DA EFICIÊNCIA, na perspectiva de avaliar

a sustentabilidade do sistema de Justiça no Brasil sobre o prisma da observância da Constituição Federal, promulgada em 1988.

O debate, neste trilhar, que nasce da constatação de que o Supremo Tribunal Federal promove alteração da Constituição da República leva-nos à reflexão sobre suas possibilidades, legitimidade e pertinência em relação ao uso da teoria da mutação constitucional.

Ademais, representa o desafio do enfrentamento da ponderação entre o valor da segurança jurídica com o paradigma da eficiência da Jurisdição Constitucional, inter-relacionando-a à uma atividade judicial específica, qual seja a aplicação da teoria da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos, a partir das peculiaridades próprias das atividades jurisdicionais, conteúdos estes essenciais debatidos ao longo do Programa de *stricto sensu*.

De nossa parte ficaria a reflexão sobre o uso indiscriminado da teoria da mutação constitucional direcionado à adaptação da Constituição à realidade cambiante, sem que esta postura conduza à supressão, redução ou ampliação indevidas do alcance das normas constitucionais, mas em harmonia com os princípios e valores insculpidos na Constituição

Eis um grande desafio do Supremo Tribunal Federal na era de absoluto dinamismo e incertezas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo. Martin Claret, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flavio Quinaud. **Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada dez. 2017**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BARATA, Rodrigo Sarmiento. **A Mutação Constitucional e o STF: sua utilização e algumas perspectivas**. São Paulo: Monografia apresentada   Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/a-mutacao-constitucional-e-o-stf-sua-utilizacao-e-algumas-perspectivas/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009

BARROSO, Luís Roberto. **Mutação constitucional**. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio. Vinte anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. **A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais**. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?**. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 03, 2019, p. 1769-1811. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/37470| ISSN: 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/26483>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidades de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manoele, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**/Norberto Bobbio; tradução Sérgio Bath. Brasília, DF, UnB, 2000, 1997.

BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 135.328. Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 ago. 1994, DJ 20 abr. 2001.
- BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n. 129, jan./mar. 1996.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Elementos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições LTDA, 1996.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.
- CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. **Revista Forense**, v. 187, n. 679/680, p. 18-22, jan./fev. 1960.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CLEVE, Clèmerson. Merlin. **Atividade Legislativa do poder executivo**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster e Pablo Lucas Verdú, Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da . O ativismo judicial no Direito Comparado. *Ajuris* (Porto Alegre) , v. 34, 2008, p. 165-186.

DIZ, Jamile Bergamaschini Mata; GOULART, Rayelle Caldas Campos. A aplicação do princípio da integração ambiental nas políticas setoriais europeias. *In*: SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; BIMFELD, Carlos André; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Coords.). **Direito e sustentabilidade**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2013, p. 37-66. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao /unicuritiba/livro.php?gt=13>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 249-275, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.267

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 249-275, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.267

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SOARES ALMEIDA, Felipe Toledo. A incorporação dos princípios ambientais internacionais pelo sistema jurídico brasileiro e a promoção da sustentabilidade ambiental. *In*: CUNHA, Belinda Pereira; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; DOMINGOS, Terezinha de Oliveira (Coords.). *Direito e sustentabilidade I*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 111-138, Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cff131894d0d56ca. Acesso em: 09 abr. 2016.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ªed, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2ª Edição. Osasco: EdiFIEO, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. – São Paulo: Sraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal - São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto (Orgs.) **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 108-115.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Tradução Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad, **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Ed Alemã. Trad. Luís Afonso Hech, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo, SP: Saraiva, 2013

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**; tradução: Rosina D'Angina. São Paulo. Martin Claret, 2014.

JELLINKE, Georg. Reforma y Mutación de la constitución. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos/Immanuel Kant**; tradução de Leopoldo Holzbach, Martin Claret, São Paulo, 2003.

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

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. Trad. Fátima Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torres e Maria Gorete de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; STRECK, Lenio Luiz. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição**

constitucional. Revista Argumenta, n. 7, p. 45-68, 2007. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo: texto integral**; Tradução: Alex Marins. São Paulo. M. Claret, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** 2.ed. Tradução Alfredo Gallego Ana Bitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar., 2008

LYRA FILHO, Roberto. Introdução ao Direito como ciência social, *In*: Revista brasileira de filosofia, v. 23, n. 90, abr./jun. 1973, p.180-185.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises.** Lua Nova – Revista de Cultura e Política/CEDEC. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado.* Prefácio de Hector Gros Espiell. México: Fondo de Cultura Econômica, 2001. 1327p. ISBN 968-16-5281-9.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na dimensão da segurança jurídica. A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 559-575.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** Tradução de Hingo Weber. Petrópolis, Rio de Janeiro. Vozes, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Segurança jurídica e mudança de jurisprudência.** Revista de Direito do Estado, v. 2, n. 6, p. 327-338, abr./jun. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 33ª Ed. Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** Revista de Informações Legislativas, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004.370

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, 2005.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A interpretação Constitucional suas especificidades e seus intérpretes.** Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário.** 7ª ed. Ver, atual. E reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota.** São Paulo. Saraiva, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil.** 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 5.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito.** Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

NALINI, José R. 2002. **Com as próprias pernas.** *O Estado de São Paulo*, 21/01/02, p. A2.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica.** Salvador: Juspodivm, 2015.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** 1ª Edição. Belo Horizonte: Arraes.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. **Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no**

diagnóstico das violações à Constituição. Revista Juris Poiesis ano 18, nº 18, jan-dez.2015. p.130-159. ISSN 1516-6635

PESSOA, Roberto Hugo Lima. **Análise Funcional da Constituição.** São Paulo. Editora Método, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ou princípios do direito político;** tradução de Eduardo Brandão. São Paulo, Companhia das Letras, 2011.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento sustentável, bioindustrialização descentralizada e novas configurações rural-urbanas: os casos da Índia e do Brasil. *In:* VIEIRA, P. F.; WEBER, J. (Orgs.). **Gestão de recursos naturais renováveis e desenvolvimento: novos desafios para a pesquisa ambiental.** São Paulo: Cortez, 1997.

SACHS, Ignacy. O Desenvolvimento Sustentável: do conceito à ação, de Estocolmo a Joanesburgo. *In:* VARELLA, Marcelo; BARROS-PLATIAU, Ana Flavia. **Proteção Internacional do Meio Ambiente.** Brasília: UNICEB/UnB/UNITAR, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho.** 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 42ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular,** 2007.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. *In:* Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional.** Trad. José M.ª Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso.** São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **E o juiz mineiro “azdakiou” ou “Eis aí o sintoma da crise”**. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-01/senso-incomum-juiz-mineiro-azdakiou-ou-eis-ai-sintoma-crise>>. Acesso em 10 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Org. e atual. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto**. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr.2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha contra el positivismo jurídico em la Republica de Weimar**. Madrid: Tecnos, 1987.