

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Júlia Cristina de Souza Soares

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:

Dos contornos doutrinários e jurisprudenciais pátrios

Belo Horizonte

2022

Júlia Cristina de Souza Soares

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:

Dos contornos doutrinários e jurisprudenciais pátrios

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

Coorientadora: Professora Doutora Juliana Cesário Alvim Gomes

Belo Horizonte

2022

S676m Soares, Júlia Cristina de Souza

Mutação constitucional [manuscrito]: dos contornos doutrinários e jurisprudenciais pátrios / Júlia Cristina de Souza Soares.
-- 2022.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Brasil - Supremo Tribunal Federal. 2. Direito constitucional - Teses. 3. Poder judiciário - Teses. 4. Constituição - Brasil.
I. Fernandes, Bernardo Gonçalves. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 342.56(81)



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA JÚLIA CRISTINA DE SOUZA SOARES

Realizou-se, no dia 21 de julho de 2022, às 14:00 horas, FACULDADE DE DIREITO DA UFMG, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: Dos contornos doutrinários e jurisprudenciais pátrios*, apresentada por JÚLIA CRISTINA DE SOUZA SOARES, número de registro 2020652760, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes - Orientador (UFMG), Prof(a). Juliana Cesario Alvim Gomes (UFMG), Prof(a). Adamo Dias Alves (Faculdade de Direito da UFMG), Prof(a). Flávio Barbosa Quinaud Pedron (Faculdade de Direito de Guanambi - UniFG).

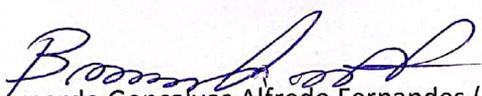
A Comissão considerou a dissertação:

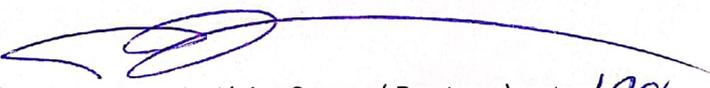
Aprovada, tendo obtido a nota 100.

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 21 de julho de 2022.


Prof(a). Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (Doutor) nota 100.


Prof(a). Juliana Cesario Alvim Gomes (Doutora) nota 100.


Prof(a). Adamo Dias Alves (Doutor) nota 100.


Prof(a). Flávio Barbosa Quinaud Pedron (Doutor) nota 100.

Aos meus avós, com todo amor, carinho e gratidão. Que a luz e a sabedoria por eles emanadas fixem raízes e se frutifiquem para além da minha existência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida e pela dádiva de construir e agregar conhecimento.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes, e à minha coorientadora, Professora Doutora Juliana Cesário Alvim Gomes, por toda a confiança, apoio e incentivo, bem como pelos debates, diálogos e leituras compartilhadas, sem os quais a conclusão deste trabalho seria quase impossível.

Agradeço à Professora Mestre Lara Marina Ferreira, por todos os exemplos, lições e ensinamentos carinhosamente compartilhados, que me acompanham desde a graduação.

Aos colegas do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, agradeço o incentivo, a torcida e a compreensão.

Agradeço, especialmente, aos meus pais, Rosemary e Júnior, pelo amor incondicional, aos meus irmãos, Ana Carolina e Lucas, por formarem o meu “the big three” favorito, e ao Mateus, por toda ajuda e leituras compartilhadas.

RESUMO

A presente pesquisa aborda a figura das mutações constitucionais no Brasil, nos âmbitos doutrinário e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se de metodologia bibliográfica de natureza qualitativa, quantitativa, descritiva e exploratória. Pretende-se verificar a existência (ou não) de um hiato entre o que a doutrina pátria e o STF entendem por mutações constitucionais, mormente na identificação de casos. Para tanto, busca-se, inicialmente, delinear os contornos doutrinários pátrios da figura, desde a importação do conceito, em 1987, até meados de 2018. Ato contínuo, mediante pesquisa qualitativa e quantitativa no sítio do Supremo, verificam-se quais sentidos o STF vem atribuindo à figura das mutações em suas decisões. Mais adiante, com o escopo de identificar a existência (ou não) de um hiato entre o que o STF e a doutrina pátria entendem por mutações constitucionais, mormente na identificação de casos, realiza-se uma análise jurisprudencial - quantitativa e qualitativa - dos julgados citados pelos doutrinadores brasileiros como exemplos de autênticas mutações constitucionais. Analisam-se, nesta fase, quais caminhos argumentativos foram traçados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos casos citados pela doutrina nacional como exemplos de autênticas mutações constitucionais. Por fim, à vista dos resultados alcançados, busca-se tecer reflexões - iniciais e não exaustivas - sobre a figura das mutações constitucionais nas searas funcional e normativa, e a sua real (in) dispensabilidade enquanto categoria, no contexto brasileiro. Ao final, diante da ausência de um conceito estruturado que se sustente em termos normativos e da patente utilização retórica e aleatória da figura pelo Supremo, sob o prisma funcional, conclui-se que, no atual contexto doutrinário e jurisprudencial pátrio, inexistente fundamento e/ou justificativa que garanta a sobrevivência da tese da mutação constitucional, o que, *per se*, indica a sua dispensabilidade enquanto categoria, nos termos delineados por Pedron (2012).

Palavras-chave: Mutação constitucional. Supremo Tribunal Federal. Doutrina. Constituição Federal.

ABSTRACT

The present research approaches the figure of the constitutional change in Brazil, in the doctrinal scopes and of the jurisprudence of the Federal Supreme Court, using bibliographical methodology of qualitative, quantitative, descriptive and exploratory nature. It is intended to verify the existence (or not) of a gap between what the national doctrine and the STF understand by constitutional change, especially in the identification of cases. To this end, we initially seek to outline the patriotic doctrinal contours of the figure, from the importation of the concept, in 1987, until mid-2018. Continuously, through qualitative and quantitative research on the Supreme website, it is verified which meanings the STF has been attributing mutations in its decisions to the figure. Further on, with the aim of identifying the existence (or not) of a gap between what the STF and the national doctrine understand by constitutional change, especially in the identification of cases, a jurisprudential analysis - quantitative and qualitative - of the judgments is carried out cited by Brazilian scholars as examples of authentic constitutional change. At this stage, we analyze which argumentative paths were traced by the Ministers of the Federal Supreme Court when judging the cases cited by national doctrine as examples of authentic constitutional changes. Finally, in view of the results achieved, we seek to make reflections - initial and not exhaustive - on the figure of constitutional change in the functional and normative fields, and their real indispensability as a category, in the Brazilian context. In the end, given the absence of a structured concept that is supported in normative terms and the patent rhetorical and random use of the figure by the Supreme, under the functional prism, it is concluded that, in the current doctrinal and jurisprudential context of the country, there is no foundation or justification that guarantees the survival of the thesis of constitutional change, which, in itself, indicates its dispensability as a category, in the terms outlined by Pedron (2012).

Keywords: Constitutional change. Federal Court of Justice. Doctrine. Federal Constitution.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Gráfico das menções por tipo de decisões	71
Gráfico 2– Gráfico das menções por natureza dos processos	71
Gráfico 3 - Quantidade de menções defendendo a ocorrência/configuração da mutação	72
Gráfico 4- Quantidade de menções para negar a ocorrência/configuração da mutação	73
Gráfico 5- Gráfico das menções ao termo "mutação constitucional" ao longo do tempo	74
Gráfico 6- Gráfico das menções ao termo "mutação constitucional" ao longo do tempo, com análise aprofundada da figura	76
Gráfico 7- Gráfico das menções por Ministro, em defesa da ocorrência/aplicação no caso ..	76
Gráfico 8- Gráfico das menções por Ministro, em negativa da ocorrência/aplicação no caso	77
Gráfico 9 - Gráfico das menções à expressão investigada nos julgados indicados pelos doutrinadores brasileiros	96

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Obras trabalhadas	16
Tabela 2 - Classificação das obras trabalhadas a partir da (in) dispensabilidade da figura das mutações enquanto categoria	65
Tabela 3 - Classificação das obras trabalhadas a partir do método de abordagem predominante.....	66
Tabela 4 - Julgados em que se discutiu a figura das mutações, com profundidade, e suas respectivas temáticas.....	74
Tabela 5 - Categorias de sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nos 24 acórdãos analisados	77
Tabela 6 - Tabela quantitativa dos sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nos 24 acórdãos analisados.....	78
Tabela 7 - Categorias de sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nas 33 decisões monocráticas analisadas	80
Tabela 8 - Tabela quantitativa dos sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nas 33 decisões monocráticas analisadas	80
Tabela 9 - Tabela dos julgados paradigmas citados nas decisões monocráticas	82
Tabela 10 - Tabela dos julgados citados pelos doutrinadores brasileiros (analisados no capítulo 02) como exemplos de autênticas mutações constitucionais	94
Tabela 11 - Categorias de sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional”	96
Tabela 12 - Tabela quantitativa dos sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nos 07 acórdãos analisados.....	97

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
2 DOS CONTORNOS DOUTRINÁRIOS PÁTRIOS ACERCA DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS	15
2.1 Panorama da doutrina brasileira das mutações constitucionais.....	15
2.2 Dos estudos stricto sensu pioneiros	16
2.2.1 Anna Cândida da Cunha Ferraz	16
2.2.2 Raul Machado Horta.....	24
2.2.3 Uadi Lammêgo Bulos.....	26
2.3 Dos estudos stricto sensu recentes.....	32
2.3.1 Adriano Sant’Anna Pedra e a enumeração de limites a partir da Teoria da Concretização.....	32
2.3.2 Nadja Botelho e a exemplificação de mutações constitucionais autênticas e inautênticas no Brasil.....	38
2.3.3 Flávio Quinaud Pedron e a desconstrução da figura das mutações constitucionais enquanto categoria.....	43
2.2.4 Carlos Víctor Nascimento dos Santos e a natureza fenomenológica das mutações constitucionais.....	51
2.3.5 Flávio Pansieri e Henrique Soares de Souza e a tentativa de contraposição às críticas apresentadas por Pedron (2012).....	59
2.4 Conclusões parciais.....	63
3 AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB A PERSPECTIVA DO SUPREMO: QUAL (IS) SENTIDO (S) A CORTE ATRIBUI À FIGURA?	69
3.1 Da estratégia metodológica adotada.....	69
3.2 Da análise quantitativa e qualitativa dos julgados: Quais sentidos a Corte atribui ao instituto?	70
3.3 Conclusões Parciais	90
4 DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS CASOS EXEMPLIFICATIVOS DE MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS, SOB A ÓTICA DA DOUTRINA BRASILEIRA	94
4.1 Da estratégia metodológica adotada	94
4.2 Da análise qualitativa e quantitativa dos julgados: Quais caminhos argumentativos foram traçados pelos Ministros?	95
4.3 Conclusões Parciais	102
5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES SOBRE A FIGURA SOB AS PERSPECTIVAS NORMATIVA E FUNCIONAL.....	105

6 CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

INTRODUÇÃO

A Constituição de um Estado, como documento instituidor da ordem jurídica e política, bem como dos direitos e garantias fundamentais de seu povo, deve prezar pela sua aplicabilidade e efetividade social. Manter a efetividade e a aplicabilidade de uma mesma ordem jurídica em um determinado contexto de tempo e espaço requer a utilização idônea e equilibrada de instrumentos de otimização, adaptação e evolução constitucional, dentre os quais se destacam a interpretação evolutiva, a interpretação construtiva e a mutação constitucional¹.

Especificamente sobre a mutação constitucional, observa-se que a doutrina alemã relativa à figura – plural e não uníssona - foi importada pelo Brasil de modo peculiar.

Verifica-se na doutrina pátria diferentes contornos e delineações das mutações constitucionais, com destaque para a ausência de consenso doutrinário quanto às hipóteses de configuração, modalidades/categorias, limites de sua idônea aplicação, bem como a sua real relação com a interpretação constitucional – ora tratadas como sinônimas, ora tratadas como integrantes de uma relação consequencial, ora tratadas como institutos diversos.

Recentemente, no âmbito doutrinário, encontram-se, ainda, estudos que não só apontam diversas críticas às delineações clássicas, como também sustentam a dispensabilidade do conceito enquanto categoria², o que reforça o alegado dissenso sobre a matéria.

¹ Há autores, tais como Luís Roberto Barroso, que diferenciam de forma pontual os institutos da mutação constitucional, interpretação construtiva e interpretação evolutiva: “*Segundo delineado por Barroso, a interpretação construtiva ocorre quando se amplia o sentido e o alcance da norma constitucional para situações que não foram previstas expressamente, ainda que fossem passíveis de previsão no momento em que a Constituição foi promulgada, e a interpretação extensiva, quando se aplica a norma a situações diversas das previstas e que não poderiam haver sido antecipadas pelo constituinte originário, mas que são coerentes com o espírito da Constituição e as possibilidades semânticas de seu texto (ou seja, se presentes na época de elaboração da Constituição, tais situações receberiam o mesmo tratamento por parte do constituinte). Assim, a mutação constitucional por via interpretativa ocorreria somente nos casos nos quais ocorre uma modificação do sentido da norma constitucional como consequência da alteração da interpretação que anteriormente se dava a ela.*” (PANSIERI, Flávio; DE SOUZA, Henrique Soares, 2018, fls. 72-73)

Lado outro, há autores, tais como Nadja Botelho, que compreendem a interpretação evolutiva como sinônimo de mutação constitucional. “*Se interpretação evolutiva consiste em permitir a adaptação da norma constitucional às transformações de seu contexto, limitada pelas possibilidades semânticas do texto e pelos princípios fundamentais do sistema, não parece haver diferença entre tal interpretação e a mutação constitucional por interpretação, a menos que se considere esta como produto daquela.*” (BOTELHO, Nadja, 2010, p. 72-73)

² “*Em substituição às propostas anteriores, Dworkin (1999, p.200) investe na sua tese do direito como integridade. A ideia de integridade é tão básica como a máxima de que casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento. Dworkin assume os seguintes pressupostos: (1) equanimidade (fairness), que levanta exigências por encontrar os procedimentos políticos que distribuam o poder político de maneira adequada; (2) justiça (justice), ligada às decisões que as instituições políticas devem tomar; e (3) devido processo legal adjetivo (procedure due process), que diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos*

Nesses termos, considerando a existência de vasta e diversificada bibliografia nacional acerca do tema e a ínfima exploração deste conteúdo, necessário se faz identificar e compilar os contornos doutrinários pátrios que delineiam a figura das mutações no Brasil, desde a sua importação até os dias atuais, objeto a ser explorado no capítulo inaugural.

Com efeito, no capítulo inicial (02), buscar-se-á elucidar o entendimento dos autores brasileiros acerca do instituto com foco em seis eixos principais: (i) conceito trabalhado e origem a que se filia; (ii) adesão à visão formalista ou integralista no que tange à compreensão do direito e da realidade fática; (iii) nomenclatura e expressões sinônimas adotadas; (iv) limites aplicáveis às mutações; (v) relação entre a interpretação constitucional e as mutações constitucionais e (vi) exemplos de mutações constitucionais ocorridas no Brasil

Quanto à escolha dos (as) autores (as) trabalhados, optou-se metodologicamente por obras *strictu sensu* nacionais dedicadas à temática, desde as pioneiras até as mais recentes. Serão abarcadas, ainda, exposições - ainda que sintéticas - constantes de Manuais nacionais de Direito Constitucional, que trouxeram a lume novas delineações à figura, tendo sido excluídas do bloco de análise abordagens que se limitaram a repetir o conteúdo doutrinário preexistente.

Ato contínuo, paralela à necessidade de compilação dos contornos doutrinários nacionais acerca das mutações constitucionais ao longo do tempo, elucidar-se-ão, no capítulo 03, os contornos jurisprudenciais traçados no país sobre a figura investigada, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Buscar-se-á, nessa etapa, investigar quais sentidos os STF vem atribuindo às mutações constitucionais em suas decisões, a partir de pesquisa pública no sítio do Supremo Tribunal Federal com o termo “mutação constitucional”, no período compreendido entre 01/04/2014 e 01/01/2020 – data da publicação das decisões.

Para tanto, pretende-se acomodar os resultados encontrados nos seguintes eixos de análise: (i) gráfico das menções por tipo de decisões; (ii) gráfico por Ministros, no que tange à maior ou menor menção ao termo; (iii) análise temporal dos períodos com maior e menor

*procedimentos políticos. A integridade se apresenta, então, sob a forma de um princípio dúplice, de modo que é possível falar em um princípio de integridade na legislação (legislative principle), que irá pedir aos que criam o Direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios (DWORKIN, 1999, p.203); e um princípio de integridade na aplicação judicial do Direito (adjudicative principle), que irá pedir aos magistrados que vejam o Direito e façam-no cumprir como sendo coerente nesse sentido (DWORKIN, 1999, p.203).” (PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional a crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012. fl. 178)*

menção ao termo; (iv) análise quantitativa e qualitativa de casos em que se discute, com profundidade, o conceito e os limites das mutações constitucionais; (v) tabelamento dos sentidos atribuídos, pelos Ministros, em suas decisões.

Com efeito, conjugando-se os resultados encontrados a partir das análises bibliográfica e jurisprudencial propostas nos capítulos 01 e 02, pretende-se responder aos seguintes questionamentos preliminares: (i) Quais os contornos doutrinários nacionais acerca do instituto da mutação constitucional, desde a sua importação alemã até a última década? (ii) Quais sentidos o Supremo Tribunal Federal vem atribuindo ao instituto das mutações constitucionais?

Em sequência, com o escopo de identificar a existência (ou não) de um hiato entre o que o STF e a doutrina pátria entendem por mutações constitucionais, mormente na identificação de casos, realizar-se-á, no capítulo 04, uma análise jurisprudencial - quantitativa e qualitativa - dos julgados citados pelos doutrinadores brasileiros (analisados no capítulo 01) como exemplos de autênticas mutações constitucionais.

Em outros termos, pretende-se, nessa fase, analisar quais caminhos argumentativos foram traçados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos casos citados pela doutrina nacional como exemplos de autênticas mutações constitucionais, a fim de identificar a existência (ou não) de um hiato entre as compreensões doutrinária e jurisprudencial da figura investigada.

Por fim, diante dos resultados alcançados, buscar-se-á, no capítulo final, em cumprimento ao segundo objetivo geral desta pesquisa, tecer reflexões - iniciais e não exaustivas - sobre a figura das mutações constitucionais nas searas funcional e normativa, e a sua real (in) dispensabilidade enquanto categoria, no contexto brasileiro.

Ressalte-se que o estudo proposto pela presente pesquisa se justifica, precipuamente, em razão da ausência de um estudo bibliográfico sistematizado acerca dos dizeres da doutrina nacional sobre a temática das mutações constitucionais, conquanto significativa a quantidade de estudos voltados à delimitação alemã.

Outrossim, a importância da presente temática reside na inconteste necessidade de compilação e contraposição dos contornos jurisprudenciais e doutrinários pátrios acerca da figura investigada, sendo certo que a verificação dos pontos de convergência e divergência entre o que a doutrina nacional e o Supremo entendem por mutações constitucionais é um fator de análise imprescindível à verificação da sua real (in) dispensabilidade enquanto categoria, no atual contexto brasileiro.

2 DOS CONTORNOS DOUTRINÁRIOS PÁTRIOS ACERCA DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

2.1 Panorama da doutrina brasileira das mutações constitucionais

A doutrina alemã³ das mutações constitucionais – plural e não uníssona - foi importada pelo Brasil de modo peculiar, com destaque para a existência de relevante dissenso em relação a diversos subtemas que delineiam a figura.

Desde 1987, com a publicação da primeira obra *strictu sensu* nacional dedicada à temática, até os dias atuais, verifica-se a existência de abordagens significativamente diversas, mormente no tocante à natureza, limites e relação das mutações com a interpretação constitucional.

Com efeito, à vista do rico - e pouco explorado - conteúdo doutrinário nacional sobre a temática, buscar-se-á, no presente capítulo inaugural, elucidar o entendimento dos autores brasileiros sobre as mutações constitucionais, desde 1987 até meados de 2018.

Em síntese, o estudo bibliográfico ora proposto visa identificar os contornos doutrinários nacionais acerca do tema e as mudanças perpetradas desde a sua importação, com foco na identificação dos casos citados como exemplos de mutações constitucionais ocorridas no Brasil e na abordagem da relação existente entre a interpretação constitucional e a figura das mutações.

Para tanto, foram definidos seis eixos principais de análise, a saber: (i) conceito trabalhado; (ii) adesão à visão formalista ou integralista⁴ no que tange à compreensão do direito e da realidade fática; (iii) nomenclatura e expressões sinônimas adotadas; (iv) limites aplicáveis ao instituto; (v) relação entre a interpretação constitucional e as mutações constitucionais e (vi) exemplos de mutações constitucionais ocorridas no Brasil.

³ “A doutrina constitucional, gerada na época de Weimar, constituiu um antecedente direto para caracterizar os elementos do fenômeno da mutação constitucional. Como consequência da instabilidade da época, os teóricos da Constituição centraram boa parte de seus esforços para refletir acerca das mudanças constitucionais e procuraram compreender a relação existente entre a dinâmica política e a Constituição escrita. Suas doutrinas constituíram uma reação frente aos postulados da Escola Alemã de Direito Público, mas as formulações dos diferentes autores respondiam os pressupostos claramente distintos. Alguns autores, como Hermann Heller e Rudolf Smend, procuram descrever a Constituição como um ente dinâmico, em constante movimento, que se retroalimenta continuamente da realidade política que a circunda. Hermann Heller e Rudolf Smend, dentre outros, apreendem o conceito de mutação constitucional, elaborado por Georg Jellinek - e antes sugerido por Paul Laband- e o convertem em um elemento da teoria da Constituição. Outros, como Hsü Dau-Lin, pretendem reformular tal conceito de uma maneira sistemática.” (PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: Limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização**. São Paulo. Tese de Douramento, PUC-SP, 2009. p. 109)

⁴ As teses formalistas, dentre as quais se filiam Paul Laband e George Jellinek, sustentam uma visão estanque entre o direito e a realidade. Nesta perspectiva, referidos autores alemães conceituam as mutações constitucionais como a prevalência das forças políticas e sociais em face da Constituição. As teses da integração, entretantes, defendem uma relação dinâmica e integrada entre a política e a Constituição jurídica, podendo-se citar como principais expoentes Hermann Heller, Rudolf Smend e Konrad Hesse.(LIMA; LANÇA, 2013)

Quanto à escolha dos (as) autores (as) trabalhados, optou-se metodologicamente por estudos/obras *stricto sensu* nacionais dedicadas à temática, desde as pioneiras até as mais recentes.

Serão abarcadas, ainda, exposições - ainda que sintéticas - constantes de Manuais nacionais de Direito Constitucional, que trouxeram a lume novas delineações à figura, tendo sido excluídas do bloco de análise abordagens que se limitaram a repetir o conteúdo doutrinário preexistente.

Com o intuito identificar os caminhos traçados pela doutrina brasileira desde a primeira abordagem *stricto sensu* das mutações, realizada em 1987 por Ferraz, até meados de 2018, optou-se pela análise dos (as) autores (as) a partir do critério cronológico, independentemente das similitudes e divergências no tratamento da matéria, as quais serão debatidas ao final do presente capítulo.

É que a adoção do critério cronológico possibilita a compreensão das delineações doutrinárias de forma contextualizada, isto é, levando-se em conta o conteúdo doutrinário preexistente e o contexto jurisprudencial circundante.

Com efeito, detalhados os principais aspectos que serão abordados no presente capítulo, e elucidados os parâmetros metodológicos utilizados como norte de pesquisa, apresenta-se, esquematicamente, as obras trabalhadas.

Tabela 1 - Obras trabalhadas

Obras Stricto Sensu Pioneiras	Obras Stricto Sensu Recentes
Ferraz (1987)	Pedra (2009)
Horta (1992)	Botelho (2010)
Bulos (1996)	Pedron (2012)
	Dos Santos (2015)
	Pansieri; De Souza (2018)

Fonte: Soares, 2022.

2.2 Dos estudos *stricto sensu* pioneiros

2.2.1 Anna Cândida da Cunha Ferraz

Anna Cândida da Cunha Ferraz foi a primeira autora brasileira a realizar um estudo aprofundado acerca do instituto de origem alemã, em 1987, mediante tese de doutoramento intitulada: “*Processos informais de mudança na Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*” (FERRAZ, 2015).

A obra foi publicada ainda sob a égide da Constituição de 1967, tendo sido republicada, sem edições, no ano de 2015, dada a sua relevância no que tange à construção normativa dos primeiros contornos nacionais da figura (FERRAZ, 2015).

Dentre as diversas contribuições aportadas pela autora, destaca-se a diferenciação pontual e objetiva entre os processos formais e informais de alteração da Constituição, sendo o primeiro referente aos processos de reforma expressamente previstos na CRFB/88, e o segundo referente aos meios de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do poder constituinte derivado. (FERRAZ, 2015)

Quanto aos requisitos imprescindíveis à sua configuração, a autora elencou três: alteração de sentido e/ou alcance de norma constitucional; respeito ao texto e ao espírito da Constituição e processamento por meio diverso do poder constituinte derivado:

Em resumo, a mutação constitucional, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa mutação não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.⁵

Ferraz define a figura das mutações como consistente na alteração do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais por intermédio da interpretação judicial, dos costumes, ou das leis. Acrescenta, ainda, que tais alterações normalmente se processam de forma lenta e gradual, de modo a se tornarem perceptíveis mediante a comparação do entendimento atribuído em períodos cronológicos diversos, em lapsos temporais afastados e/ou em circunstâncias diferentes (FERRAZ, 2015).

Em termos literais, leciona a autora:

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional e mutação constitucional; a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas⁶.

⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 11.

⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 09.

Do conceito supracitado, extraem-se elementos que caracterizam as mutações constitucionais, tais como os aspectos lento e gradual de ocorrência, bem como algumas das modalidades do instituto, a saber: interpretação judicial, atividade legiferante e costumes constitucionais.

A abordagem supra almejou o esgotamento da temática, tanto quanto possível, à luz das diretrizes da época, tendo sido indicadas as nomenclaturas sinônimas utilizadas por outros doutrinadores (as), bem como esmiuçados os limites balizadores do instituto, na perspectiva da autora.

No tocante às nomenclaturas, a despeito de Ferraz adotar os termos “processos informais ou não formais ou indiretos”, inicialmente apresentados por Burdeau⁷, foram enumeradas as expressões comumente utilizadas como referência às mutações, a saber: processos oblíquos; processos não formais; processos de fato; revisão informal e mudança material⁸, utilizados, respectivamente, por Campos, Milton (1960), Teixeira J.H, Meirelles (1961), Chierchia, Pietro Merola (1978), Gomes Canotilho, José Joaquim (1977).

Em verdade, a opção pela adoção dos termos “processos informais ou não formais ou indiretos” advém da compreensão do instituto como um meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do poder constituinte derivado, em oposição ao processo formal ou direto, produzido pelo exercício do poder constituinte derivado.

In verbis:

Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do *Poder Constituinte*, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de Burdeau. Esta é a segunda característica a ser apontada.

Destina-se a função constituinte difusa a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do constituinte. Decorre diretamente da Constituição, isto é, o seu fundamento flui da Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado.

É uma decorrência lógica da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo, precisa-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita⁹.

⁷ “Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau. Esta a segunda característica a ser apontada.” FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 10.

⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 12.

⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 10.

Aludida correlação tem grande valia. Isso porque, possibilitou a enumeração de limites balizadores, mediante comparação aos limites reconhecidamente aplicáveis ao exercício do poder constituinte derivado, no tocante à alteração formal da Constituição.

À luz da comparação supra, defende Ferraz que os limites aplicáveis às mutações constitucionais, por ela intituladas como processos informais de mudança, devem, necessariamente, ser maiores do que os limites a que se submete o poder constituinte reformador, mormente porque, diferentemente do primeiro, o segundo trata-se de poder constituinte expressamente instituído:

Como exercício de função constituinte implícita, é forçosamente limitada. Seus limites são necessariamente mais amplos e definidos do que os limites que se impõem ao constituinte derivado, isto é, ao poder de reforma constitucional, na medida em que este, com permissão expressa da Constituição, atua precisamente para reformá-la, emendá-la, modificando o texto e o conteúdo constitucional. O poder constituinte difuso, porque não expressamente autorizado, porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição. Sua atuação se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem, todavia, vulnerar a letra constitucional¹⁰.

Nessa perspectiva, defende a autora a necessidade de observância ao texto e ao espírito da Constituição como balizas intransponíveis à mutação constitucional, em consonância à perspectiva adotada por Hesse¹¹, ressalvando, contudo, que o espírito constitucional não é justificativa para imobilizar o significado e o alcance das normas constitucionais ao longo do tempo. (FERRAZ, 2015)

Ao indicar o texto e o espírito da Constituição como limites intransponíveis à mutação constitucional, Ferraz trabalha, correlatamente, as mutações inconstitucionais¹² como aquelas que desbordam os limites do texto, destacando, com veemência, o não cabimento dessas no ordenamento jurídico brasileiro, registro de grande valia para o tratamento da matéria no Brasil:

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por

¹⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 11.

¹¹ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho – São Paulo, Saraiva, 2009.

¹² FERRAZ (2015) trabalha as mutações inconstitucionais em dois grupos: (i) processos manifestamente inconstitucionais, quando presente afronta direta ao texto da Constituição ou ao seu espírito, e (ii) processos anômalos, conceituados como práticas que paralisam ou impedem a plena aplicação das normas constitucionais. Dentre os processos anômalos, são examinados os fenômenos da inércia dos poderes constitucionais no atuarem a Constituição, do desuso de preceitos ou disposições constitucionais e da mutação tácita de normas constitucionais.

mutações inconstitucionais¹³

Tal pontuação trazida a lume por Ferraz distancia-se, sobremaneira, da corrente doutrinária formalista, de origem alemã, integrada por Paul Laband, George Jellineck e outros, a qual sustenta uma visão estanque entre o direito e a realidade, de modo a identificar as mutações constitucionais como a prevalência das forças políticas e sociais em face da Constituição, independentemente se contrária ou não ao texto e/ou espírito constitucional.

Ao longo de sua vasta obra, são elencadas como espécies de mutações constitucionais a interpretação constitucional - judicial, administrativa e legislativa - e os costumes constitucionais, concedendo-se lugar de destaque à interpretação constitucional judicial, ao fundamento de que, *“a relevância atribuída à interpretação constitucional judicial deve, em grande parte, ser atribuída à repercussão das decisões judiciais e às características de que se reveste essa modalidade de interpretação constitucional”*¹⁴.

Nesse ponto, extrai-se relevante contribuição no tocante à relação existente entre as mutações constitucionais e a interpretação constitucional. Sob a perspectiva de Ferraz, *“ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição”*. Dito de outro modo, compreende a autora que a mutação constitucional se apresenta como eventual consequência da interpretação constitucional, independentemente do método interpretativo adotado.

Observa-se que aludida compreensão, em um primeiro momento, possui relevante semelhança com a acepção concretizadora da interpretação, nos moldes desenvolvidos por Friedrich Muller¹⁵, segundo a qual o ato de interpretar constitui, em verdade, a construção do sentido a par dos dados da realidade e dos aspectos semânticos do texto, não se limitando ao mero descortinamento de sentido preexistente.

Nesta acepção, à interpretação é reconhecida, em certa medida, natureza criativa, negando-se, em contrapartida, a possibilidade de descoberta de sentido por mero ato declaratório do intérprete:

Quando ocorre o fenômeno da mutação constitucional por via da interpretação

¹³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 10.

¹⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 102.

¹⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008. Ver também MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Livio Cruz Romão e Vivianne Geraldês Ferreira. São Paulo: RT, 2007.

constitucional? Ou, em outras palavras, quando a interpretação constitucional configura processo de mutação constitucional?

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.

Em resumo, ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição.¹⁶

Especificamente sobre a construção constitucional, conceituada como espécie de interpretação que representa um poderoso veículo de mutação constitucional, leciona que:

“A construção constitucional é espécie da interpretação, como o é a interpretação lógico-sistemática, e se aproxima e por vezes até mesmo se identifica com a interpretação evolutiva. Importa salientar que a interpretação construtiva, ao buscar ajustar as normas da Constituição à sociedade em evolução, à realidade, a uma situação ou comportamento não expressamente disciplinados pelo texto constitucional, representa um poderosíssimo veículo de mutação constitucional.”¹⁷

Os excertos citados indicam, indubitavelmente, que Ferraz reconhece a existência de relação entre o processo de mutação constitucional e a interpretação constitucional, negando, em contrapartida, o enquadramento dos citados institutos como sinônimos.

Ferraz compreende que a interpretação constitucional pode ter como consequência direta a mutação constitucional, isto é, a alteração informal da Constituição por exercício do poder constituinte difuso (não constituído expressamente). Assim, nesta perspectiva, a mutação constitucional apresentar-se-ia como um eventual produto do processo interpretativo constitucional, configurado sempre que verificada a alteração do sentido do texto constitucional, *in verbis*:

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes:

- a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentado-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades;
- b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional;
- c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional;
- d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição;
- e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional;
- f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto é constitucional.

¹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 56-57.

¹⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 48.

A enumeração não é exaustiva, pois outros casos poderão refletir mutação constitucional por via interpretativa.¹⁸

Nesse ponto, relevante tecer os seguintes apontamentos: A autora reconhece a interpretação como uma atividade construtiva, a qual considera, concomitantemente, os dados da realidade e o aspecto semântico do texto para a construção do sentido no caso em concreto. Lado outro, indica como exemplo de mutação constitucional por via interpretativa a “*impressão de sentido determinado e concreto ao texto constitucional*”¹⁹.

Ora, o reconhecimento do aspecto criativo do ato de interpretar e da necessidade de observância dos dados da realidade para a construção do sentido no caso concreto não coloca em xeque o enquadramento da “*impressão de sentido determinado e concreto ao texto constitucional*” como um exemplo de mutação constitucional pela via interpretativa?

Caso contrário, todo sentido extraído, via interpretação constitucional, constituiria mutação, independentemente se relativo a entendimento novo ou reiterado. Afinal, a interpretação, conforme perspectiva adotada pela própria autora, trata-se da construção da norma no caso concreto.

Aludido questionamento não encontra resposta clara na obra em apreço, na medida em que aborda a mutação como produto (consequência) eventual, isto é, não necessário, da interpretação constitucional, ao mesmo tempo em que indica como exemplo do instituto a mera “*impressão de sentido determinado e concreto ao texto constitucional*”.

Quanto aos demais exemplos de mutação constitucional pela via da interpretação trazidos na obra, conquanto extremamente próximos à concepção de interpretação trabalhada pela própria autora, indicam certa peculiaridade distintiva, ainda que ínfima, sempre ligada à tentativa de se abarcar uma nova realidade fática anteriormente inexistente.

Certo é que, em análise panorâmica da obra, verifica-se uma certa confusão entre o que vem a ser mudança de jurisprudência, interpretação evolutiva, preenchimento de lacunas e mutação constitucional pela via da interpretação, sendo digno de registro que Ferraz não enumera diferenças pontuais entre os citados institutos, entretantes, também não os enquadra como sinônimos.

A bem da verdade, certos trechos constantes da obra em apreço conceituam igualmente a interpretação evolutiva e a mutação constitucional, embora a interpretação tenha sido trabalhada, ao longo da tese, como um eventual meio de realização da mutação (produto).

¹⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 58-59.

¹⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 58.

Confira-se:

Sem contrariar o texto literal da Constituição, admitem-se novos conteúdos ao mesmo, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não estavam presentes na mente dos constituintes quando elaboraram a Constituição. Este o chamado método evolutivo, interpretação evolutiva ou critério evolutivo aplicado à interpretação constitucional. Consente-se, por intermédio dessa interpretação, que o intérprete, a fim de adaptar o conteúdo do texto normativo a exigências práticas surgidas depois da emanação da própria norma, tenha uma atuação mais livre.”

(...) Configura-se, também, como evolutiva a interpretação dada a uma norma formulada, na origem, com base em um conceito de conteúdo elástico ou indeterminado - assim, por exemplo, "bons costumes, ordem pública, interesse público - capazes de assumir conteúdo historicamente variável e de determinar, em consequência, variação na época de aplicação da norma.²⁰

(...)

Fala-se, assim, em interpretação evolutiva ou adaptadora e adequadora quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar ou adequar o conteúdo, alcance, ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional. Menciona-se, ainda, a construção jurisprudencial quando se cogita de aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional. Fala-se em interpretação criativa e analógica quando a atividade jurisprudencial preenche lacunas ou corrige omissões do texto constitucional, previstas ou não pelo constituinte. Em todos esses casos, exsurge, nítido, o papel de mutação constitucional da interpretação judicial que, sem alterar a letra ou o espírito da norma constitucional, lhe dá novo significado ou alcance para, aplicando-a, tomá-la o que se pretende que ela seja: um documento vivo e efetivamente cumprido.²¹

Por ser referida obra datada de 1987, isto é, antes da promulgação da Constitucional de 1988, não foram elencados exemplos de mutações constitucionais ocorridas no Brasil sob a égide da Constituição cidadã.

Em verdade, na obra em apreço não foi elencado nenhum exemplo de mutação constitucional no Brasil, tendo sido exemplificados, todavia, exemplos de mutações tidas por inconstitucionais, ocorridas em território brasileiro, a saber: “*vários decretos-leis inconstitucionais por falta de atendimento de requisito ou motivação exigidos pelo texto constitucional*” e “*a investidura do Marechal Floriano Peixoto, então Vice-Presidente, no cargo. de Presidente da República, contra as normas constitucionais.*”²²

Embora a autora não indique nenhum exemplo nacional de mutação constitucional na obra originária, na reedição datada de 2015, foi registrado como exemplo atual da retomada do

²⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 45-46.

²¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 128-129.

²² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986, p. 247-248.

tema no país a Reclamação 4335/AC (2007)²³, com foco nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, os quais serão oportunamente analisados.

Diante do exposto, depreende-se que Ferraz (1987), pioneira da temática no Brasil, conquanto inconsistente quanto à análise da relação entre a mutação constitucional e a interpretação, aportou significativas contribuições para o tratamento da matéria no país, sendo digna de registro a completude da obra supra, mormente no que concerne às principais delimitações do instituto, com destaque para a indicação de limites expressos e a diferenciação pontual da alteração formal da Constituição.

2.2.2 Raul Machado Horta

A abordagem das mutações constitucionais por Horta se deu em três momentos diversos.

Inicialmente, com o artigo denominado Permanência e Mudança na Constituição, publicado na Revista de Informação Legislativa de Brasília em 1992, cinco anos após a publicação da obra de Ferraz (1987) e quatro anos após a promulgação da Constituição de 1998.

Em seguida, em 1999, com a publicação do artigo intitulado “Permanência, Mutações e Mudança Constitucional”.

Anos mais tarde, já em 2003, Horta dedicou parte do seu Manual de Direito Constitucional à temática, especificamente o item n. 04, do capítulo 05²⁴.

Em ambas as obras, verifica-se a significativa proximidade do autor à corrente formalista alemã, com destaque para as citações expressas dos principais expoentes da aludida corrente doutrinária, tais como Laband.

Especificamente sobre o conceito de mutação constitucional, Horta adota, expressamente, as abordagens de Dau-Lin, Laband e Jorge Miranda, definindo-a como a separação entre o preceito constitucional e a realidade, ao fundamento - eminentemente formalista - de que a realidade constitucional é mais ampla do que a normatividade constitucional, o que pode levá-la ao rompimento (HORTA, 1999).

Nas exatas palavras do autor, “*a mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo à norma escrita da Constituição*”²⁵, o que leva à compreensão da figura como a sobreposição da força dos fatos ao jurídico ou, dito de outro modo, como a superação do direito pela realidade, linha sustentada pela citada corrente formalista.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4335**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 21-03-2014. DJE N. 208, 21-10-2014. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551> >. Acesso em 10 de janeiro de 2022.

²⁴ HORTA, Machado Raul. **Direito Constitucional**. 4º ed. Ver e atual. Belo Horizonte. Del Rey, 2003.

²⁵ HORTA, Machado Raul. **Permanência e Mudança na Constituição**. R. Inf. Legis. Brasília a, 29, n.115, jul./set. 1992, p. 13.

Quanto às modalidades, Horta compartilha da classificação adotada por Dau-lin, a qual indica como modalidade de mutação constitucional a decorrente de prática contrária à Constituição:

Na definição de Hsu Dau-Lin, em cuja lição se louvam García-Pelayo" e Pablo Lucas Verdú, a mutação constitucional é a separação entre o preceito constitucional e a realidade. A realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional. Dau-Lin concebeu quatro classes de mutação constitucional: a) Mutação Constitucional mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita; b) Mutação Constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; c) Mutação Constitucional em razão de prática que contradiz Constituição; d) Mutação Constitucional mediante interpretação²⁶.

Ressalte-se que o autor não aborda a existência - ou não – de limites balizadores às mutações constitucionais. Todavia, diante da classificação supra e da definição formalista trabalhada, a qual indica, expressamente, que as mutações advêm do rompimento do direito pela força dos fatos, depreende-se que Horta entende pela inexistência de limites aplicáveis ao instituto.

Tal perspectiva em muito se diferencia daquela abordada pioneiramente por Ferraz (1987), haja vista que, conforme exposto alhures, a autora defende como limites intransponíveis à mutação o respeito ao texto constitucional e ao espírito constitucional, caracterizando-a não como o rompimento do normativo pela realidade, mas como a alteração do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais por intermédio da interpretação judicial, dos costumes, ou das leis, não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do poder constituinte derivado.

No tocante à abordagem da relação entre as mutações constitucionais e a interpretação constitucional, as obras de Horta, de igual maneira, em muito se diferenciam da abordagem de Ferraz (1987).

Enquanto Ferraz (1987) trabalha a mutação como um eventual produto (resultado) da interpretação e, em certos trechos, conceitua igualmente a interpretação evolutiva e a mutação constitucional, Horta (1992) sequer aborda a temática, não tendo trazido nenhuma delimitação sobre a existência – ou não – de relação entre as figuras.

Saliente-se que a abordagem de Horta sobre a temática pouco se aprofunda sobre os contornos das mutações, sendo digna de registro a ausência de contextualização nacional do instituto, não tendo sido indicado nenhum exemplo de mutação constitucional ocorrida no

²⁶ HORTA, Machado Raul. **Direito Constitucional**. 4º ed. Ver e atual. Belo Horizonte. Del Rey, 2003 p. 104.

Brasil, seja antes ou após a promulgação da CRFB/88.

Limitou-se Horta a indicar exemplo de mutação constitucional ocorrida na III República Francesa, pelo suposto desuso da prerrogativa do Presidente de dissolução da Câmara dos Deputados.

Com efeito, depreende-se que, embora Horta tenha se dedicado ao tema em três oportunidades diversas (em dois artigos e em seu manual de direito constitucional), aludida abordagem se deu de forma objetiva e sintética, sem qualquer contextualização nacional das mutações, bem como sem trabalhar a existência – ou não – de limites balizadores e a relação com a interpretação constitucional, contornos relevantes para a real compreensão da figura.

2.2.3 Uadi Lammêgo Bulos

Uadi Lammêgo Bulos dedicou-se à temática primeiramente, em 1996, com a publicação do artigo “Da reforma à mutação constitucional”, na Revista de Informação Legislativa de Brasília.

Anos mais tarde, assim como Horta, Bulos dedicou parte de seu Manual de Direito Constitucional às mutações constitucionais, em linha similar à apresentada no artigo anterior.

Quanto à conceituação do instituto, referido autor trabalha com definição semelhante à proposta por Ferraz (1987), fixando como ponto identificador das mutações o caráter informal do processo de mudança da Constituição, pelo qual são atribuídos novos sentidos.

Nas exatas palavras do autor:

Assim, denomina-se mutação constitucional, o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais²⁷.

Ainda em linha similar, o autor optou por trabalhar as mutações constitucionais a partir da correlação entre os poderes constituintes – originário e derivado – de modo a destacar que o Poder constituinte difuso (informal e espontâneo) atua na etapa da mutação constitucional.

Nesse espectro, Bulos segue enumerando as quatro principais características do poder constituinte difuso, afirmando, paralelamente, que ambos os caracteres se encontram presentes nas mutações constitucionais, a saber: latência (poder invisível); permanência (de ação permanente); informalidade e continuidade.

Especificamente sobre a continuidade, o autor exemplifica como promotores de mutações, sobretudo, nos casos de lacuna, os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. R. Inf. Legisl. Brasília a, 33, n.129, jan/mar. 1996, p. 27

Ainda sobre a definição do instituto, Bulos afirma a ausência de exclusividade das normas constitucionais como possíveis objetos de mutação, de modo que, na perspectiva trabalhada, as mutações podem se fazer presentes em todos os ramos do direito.

Destaca-se que, a despeito de o autor colacionar citações de autores alemães integrantes tanto da corrente formalista quanto da corrente integralista, tais como Konrad Hesse, Hermann Heller, Rudolf Smend, George Jellinek e Paul Laband, depreende-se que, em essência, sua abordagem tem natureza eminentemente formalista.

Isso porque, Bulos indica a separação entre o direito e a realidade e a força dos fatos sobre a norma como os fatores responsáveis pela impossibilidade de fixação de limites objetivos às mutações, *in verbis*:

Em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação.

Logo, as mutações constitucionais não se produzem através de meios convencionais e em razão de um Direito Constitucional estático, acomodatório. Ao invés, podem ser produzidas de diversas formas, tais como por intermédio da interpretação, dos usos e costumes, da construção judicial, dentre outros modos de ocorrência do fenômeno.

(...)

Isto porque uma Constituição é um organismo vivo, em cujo esteio encontramos a autoconsciência de um povo, assentado em uma base territorial definida, e submetido a um governo soberano, numa determinada época histórica, sujeita a fatores sociais cambiantes.

Como a doutrina das mutações constitucionais é o reflexo, teórico e prático, desses fatores sociais cambiantes, ela se produz quando a normatividade constitucional se modifica pelo influxo de acontecimentos que não afetam a sua forma, porém transmutam seu conteúdo.

Por conseguinte, o fenômeno é involuntário e intencional, como disseram Laband e Jellinek, e por isso não podemos imprimir-lhes uma exatidão, a ponto de prevermos a unanimidade dos casos de mutação constitucional que a experiência possa ensejar

Diversamente da reforma constitucional, a mudança difusa da Lei Maior não segue limites previstos pelo legislador, nem tampouco formas expressas e sacramentadas. Surge espontaneamente, de modo sub reptício, sem previsões de quando irá ocorrer²⁸.

Paralela à afirmação de que a fixação de limite objetivo às mutações constitucionais seria impossível, dada a natureza fática e imprevisível do instituto, Bulos enumera como limite subjetivo (psicológico) intransponível à mutação “a consciência do intérprete”:

Diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia 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

²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. R. Inf. Legisl. Brasília a, 33, n.129, jan/mar. 1996, p. 43.

deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior. Assim, estar-se-ia evitando as mutações inconstitucionais, e o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação, por parte do intérprete, ao empreender o processo interpretativo, que sem transbordar os mecanismos de controle de constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante. É inegável que esse limite subjetivo, consubstanciado no elemento psicológico da consciência do intérprete em não desbordar os parâmetros jurídicos, através de interpretações maliciosas e traumatizantes, não pode ser levado às últimas consequências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais. Referimo-nos à existência de mudanças informais, reveladoras dos cânones normativos, preceituados nas Constituições, que nem sempre seguem os moldes estabelecidos pelo poder constituinte originário. Ao invés, o que se constata, cada vez mais, é a proliferação dos processos inconstitucionais de mutação do Texto Magno, ou porque o controle de constitucionalidade não se apresenta efetivo, “ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade, exercido por órgão ou poder constituído. O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle não organizado, isto é, acionado por grupos de pressão, pela opinião pública.

29

Conforme registrado na abertura do presente tópico, Bulos se enquadra, em essência, na corrente formalista, na medida em que afirma a impossibilidade de fixação de limites objetivos às mutações, as quais, em sua perspectiva, somente podem ser balizadas pelo elemento psicológico/subjetivo constante da consciência do intérprete.

Ora, limitar o instituto pela consciência do intérprete é, a bem da verdade, reconhecê-lo ilimitado, já que a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra não é passível de nenhuma verificação externa.

Ao trabalhar aludido limite subjetivo (psicológico), Bulos aborda, concomitantemente, a relevante influência dos grupos de pressão no processo interpretativo, a qual pode ensejar o processo informal de mudança dos seus preceitos:

(...) em certos momentos da vida constitucional dos Estados, os grupos de pressão podem influenciar na interpretação da carta maior, ensejando, assim, processo informal de mudança dos seus preceitos. Quando os grupos de pressão se aliam em defesa de determinadas posições, exercem forte influência sobre os Poderes Públicos, dentre os quais o Judiciário. Exemplos: nos Estados Unidos, onde os lobbies funcionam como verdadeiras empresas especializadas, dotadas de imponentes escritórios, com organização e influência marcantes, cuja atividade é regulamentada em lei, é inegável a força que possuem na deliberação de assuntos jurídico-constitucionais.(...) ³⁰

Saliente-se, nesse ponto, que referida abordagem indica que os grupos sociais atuam na mera influência da interpretação por seus intérpretes, não sendo, portanto, propulsores diretos da mutação constitucional, pela via da interpretação.

²⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. R. Inf. Legisl. Brasília a, 33, n.129, jan/mar. 1996, p. 41-42

³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 83/20214, e os últimos julgados do STF – São Paulo. Saraiva, 2015, p. 438.

Aludida perspectiva induz à compressão de que a sociedade, na abordagem de Bulos, não é considerada intérprete direta da Constituição, mas sim mera influenciadora, em oposição à célebre perspectiva pluralista sustentada por Peter Haberle e reverberada, na seara nacional, por Gomes³¹ e outros expositores.

Sobre a perspectiva plural e difusa da interpretação constitucional, assim dispõe Gomes:

A ideia de constitucionalismo difuso chama atenção para o fato de que a ênfase no aspecto democrático da leitura constitucional fortalece o próprio constitucionalismo e a Constituição. Além disso, uma interpretação constitucional difusa, beneficia os indivíduos e grupos sob sua égide, sobretudo os marginalizados, ao conter uma exigência de inclusão. Nesse sentido, em oposição à visão juriscêntrica, valoriza e leva a sério entendimentos constitucionais manifestados política e culturalmente no cotidiano social. Cuida, por fim, de um processo contínuo e inconcluso, atento à necessidade da busca permanente pelo equilíbrio dinâmico de uma ordem constitucional democrática.³²

No tocante às nomenclaturas, o autor afirma a ausência de terminologia uniforme e, assim como Ferraz (1987), enumera as expressões comumente utilizadas:

Vicissitude constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa, transições constitucionais, processos de fato, mudança material, processos indiretos, processos não formais, processos informais, processos oblíquos são denominações convenientes, pois expressam o conteúdo dos meios difusos de modificação constitucional.³³

Paralelamente, em alusão ao enquadramento das mutações como uma manifestação do poder constituinte difuso, assim como Ferraz (1987), Bulos adere ao termo meios difusos, inicialmente proposto por Burdeau.

Quanto às categorias de mutações constitucionais, o autor aborda a interpretação em suas variadas formas, a construção constitucional, a práxis constitucional, a qual engloba o uso, os costumes e as convenções, e a influência de grupos de pressão.

Embora tenha se limitado a abordar as quatro modalidades supracitadas enquanto possíveis agentes/meios de mutação constitucional, Bulos ressalta que o rol trabalhado é meramente exemplificativo, tendo reconhecido a existência outras formas de realização/ocorrência das mutações, tais como a omissão e o desuso.

Nas palavras do autor:

As categorias aí listadas não são as únicas que podem gerar mutações constitucionais e, também, inconstitucionais. Até uma omissão inconstitucional, oriunda da inércia do legislador, bem como o desuso no plano constitucional, detectado pela inaplicabilidade consciente e repetida de um preceito supremo, ocasionam o

³¹ GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

³² GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 148.

³³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 83/20214, e os últimos julgados do STF – São Paulo. Saraiva, 2015, p. 436.

fenômeno³⁴.

Sobre as categorias/modalidades delineadas, impende registrar que, ao trabalhar a interpretação como categoria de mutação constitucional, Bulos se limita a citar o poder judiciário como agente promotor, reverberando, mais uma vez, sua visão não plural no tocante aos possíveis intérpretes da Constituição.

De igual maneira, ao abordar a construção constitucional como “*o expediente supletivo que permite ao Poder Judiciário elaborar e, até, recompor o direito a ser aplicado no caso concreto*”³⁵, Bulos a enquadra como um instrumento comumente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para suprir as deficiências da ordem jurídica, e, em especial, da Constituição, podendo, via de consequência, ocasionar mutações constitucionais.

Ressalte-se, nesse ponto, que o autor aborda a interpretação (em suas variadas formas) e a construção constitucional como institutos diversos, entretanto, ambos foram enquadrados como possíveis modalidades/categorias de mutações constitucionais.

Especificamente sobre a relação entre a interpretação e a mutação constitucional, Bulos aduz que a interpretação e a construção constitucional são categorias/modalidades diversas da mutação constitucional. Entende o autor que a interpretação e a construção são possíveis meio de realização das mutações, sendo certo que, na perspectiva adotada, a construção não se encaixa como um método interpretativo, tendo sido trabalhada como um instituto à parte.

Em que pese o enquadramento da interpretação como um meio de realização de mutações, não se dedicou o autor a tecer os pontos que diferenciam as figuras supracitadas, o que ocasiona certa confusão ao leitor.

Lado outro, quanto à contextualização da temática no contexto brasileiro, é digna de registro a exemplificação de julgados representativos de mutações constitucionais em todas as categorias/modalidades trabalhadas em seu Manual de Direito Constitucional – interpretação, construção, práxis constitucional e influência de grupos de pressão.

De início, é indicado como exemplo de mutação pela via da interpretação o julgamento do RE 331.303 AgRg/PR, Rel Min Sepúlveda Pertence, em 10.02.2004, pelo qual foi estabelecida a abrangência do conceito de casa com o fito de abarcar o escritório de empresa comercial.

Nas palavras do autor:

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 83/20214, e os últimos julgados do STF – São Paulo. Saraiva, 2015, p. 438.

³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 83/20214, e os últimos julgados do STF – São Paulo. Saraiva, 2015, p. 438.

Interpretação em suas diversas modalidades e métodos: a exegese constitucional, em todas as suas formas de expressão, constitui um meio importante e eficiente para adaptar, sem revisões ou emendas, a carta magna às necessidades emergentes do cotidiano. Ao interpretar a constituição, o Poder Judiciário pode conferir-lhe novos sentidos, conteúdos ainda não ressaltados, mudando a substância dos comandos nela prescritos, mas sem afetar-lhe a forma. Exemplo: ao interpretar o inciso XI do art. 5º do Texto de 1988, o Supremo Tribunal Federal pacificou a tese de que a palavra casa, inserida nesse preceito, não é apenas a residência, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, mas todo local, determinado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito. Assim, "o conceito de casa estende -se ao escritório de empresa comercial (STF, RE 331.303 AgRg/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10-2-2004). Ao atribuir sentido amplo ao signo casa, o ato interpretativo ensejou mutação constitucional no inciso XI do art. 5º. Eis a interpretação funcionando como processo informal de mudança da Carta de 1988.³⁶

Já na modalidade de mutação constitucional pela via da construção constitucional, cita-se como exemplo a doutrina do habeas corpus no Brasil, desenvolvida por Pedro Lessa e Rui Barbosa, ainda sobre a égide de Constituição de 1981, *in verbis*:

Construção constitucional: é o expediente supletivo que permite ao Poder Judiciário elaborar e, até, recompor o direito a ser aplicado no caso concreto. O Supremo Tribunal Federal a utiliza quando necessário. Serve para suprir as deficiências da ordem jurídica, e, em especial, da constituição. Nisso, pode ocasionar mutações constitucionais. Que o diga a Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Em julgados históricos, utilizou a *construction* para adaptar, sem quaisquer reformas constitucionais, a carta estadunidense às necessidades de um novo dia e de uma nova época. No Brasil, detectamos o seu uso. Exemplo: teoria brasileira do habeas corpus, cujo principal artífice foi Pedro Lessa. Ao lado de Rui Barbosa, desenvolveu raciocínio para aumentar o campo de incidência do art. 72. § 22, da Constituição de 1891, possibilitando que o habeas corpus pudesse ser concedido contra qualquer ato de abuso de autoridade. Antes, o remédio heróico era utilizado para tutelar direitos dependentes da liberdade física e da garantia dos direitos pessoais.³⁷

No tocante às mutações constitucionais oriundas da práxis constitucional, assim como Horta, foi elencado um exemplo nacional histórico, a saber: *“práticas parlamentaristas do Segundo Império, inteiramente à margem e até mesmo contra dispositivos da Carta Política de 1824, que dava ao Imperador o poder de nomear e demitir livremente seus Ministros.”*³⁸

Ao abordar a influência dos grupos de pressão como possível modalidade/categoria de mutação constitucional, todavia, não foi indicado nenhum exemplo nacional em específico, tendo se limitado a afirmar que aludida influência ocorre no país de forma constante, mormente *“sob o impulso direto dos partidos políticos, das categorias profissionais, de trabalhadores ou de servidores públicos, das organizações econômicas, privadas e públicas”*:

³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 83/20214, e os últimos julgados do STF – São Paulo. Saraiva, 2015, p. 437.

³⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 83/20214, e os últimos julgados do STF – São Paulo. Saraiva, 2015, p. 437.

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 83/20214, e os últimos julgados do STF – São Paulo. Saraiva, 2015, p. 437-438.

No Brasil, embora não estejam previstos na legislação, é manifesta a atividade dos grupos de pressão, não raro sob o impulso direto dos partidos políticos, das categorias profissionais, de trabalhadores ou de servidores públicos, das organizações econômicas, privadas e públicas. das instituições de classes liberais, de militantes da defesa do meio ambiente, enfim, dos patronos de diferentes interesses, que agem, fortemente, em favor de teses e reivindicações.”³⁹

A par do exposto, verifica-se que a abordagem trazida a lume por Bulos possui semelhança com a obra de Ferraz (1987), no tocante às espécies de mutações constitucionais e à relação com a interpretação. Todavia, aludidos autores divergem, consideravelmente, sobre os limites balizadores, sendo certo que Bulos sustenta a impossibilidade de fixação de limites objetivos ao instituto das mutações, dada a sua natureza fática e imprevisível, visão não compartilhada por Ferraz (1987).

2.3 Dos estudos *stricto sensu* recentes

2.3.1 *Adriano Sant’Anna Pedra e a enumeração de limites a partir da Teoria da Concretização.*

Em tempos mais recentes, Pedra dedicou-se ao estudo das mutações constitucionais, tendo publicado relevante obra oriunda de sua tese de doutoramento, intitulada “Teoria da Mutação Constitucional: Limites e Possibilidades das Mudanças Informais da Constituição a partir da Teoria da Concretização”.

Aludida obra, datada de 2009, traz relevante refinamento da abordagem sobre a temática no país, com destaque para o descortinamento acerca da abertura e da imprecisão da linguagem, bem como no que tange à desconstrução da utopia de neutralidade do intérprete, partindo do pressuposto de que a produção de todo e qualquer conhecimento se dá mediante a interação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível⁴⁰. (PEDRA, 2009)

Neste ponto, foi salientado que a neutralidade do observador não se sustenta nem na seara das ciências exatas, razão pela qual deve-se partir do pressuposto de que não é possível observar ou medir um objeto sem interferir nele, isto é, sem o alterar durante o processo (PEDRA, 2009).

A partir da desconstrução supra, Pedra delinea o instituto das mutações constitucionais de forma peculiar e, sobretudo, dialogada com os aspectos sintático, semântico e pragmático

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 83/20214, e os últimos julgados do STF – São Paulo. Saraiva, 2015, p. 438.

⁴⁰ “No novo paradigma, o processo de conhecimento resulta da correlação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível. Todo conhecimento se faz pela interação do objeto a ser conhecido com o sujeito cognoscente, e ambos constituem um só agente do ato de conhecer. É possível dizer, assim, que “toda a interpretação é também, até certo ponto, uma tarefa criadora do sujeito que compreende.” (PEDRA, Adriano Sant’Ana, 2009, p. 32)

da interpretação⁴¹, o que não se verifica nas obras anteriores.

No tocante à conceituação das mutações constitucionais, essa foi definida como a mudança de sentido ou alcance das normas constitucionais, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático axiológico em que se concretiza a sua aplicação, sem, contudo, alterar a letra do texto.

Tal definição teve por base a teoria da concretização de Friedrich Muller, a qual sustenta a ausência de significado preexistente no texto, sendo necessária a atribuição de significado pelo intérprete a partir do processo de concretização.

Referida teoria diferencia o texto normativo da norma, sendo a segunda determinada pelo programa normativo (dados da linguagem) e o âmbito normativo (interferências provocadas pela realidade circundante). Pela perspectiva adotada, a norma da decisão corresponderia à inter-relação entre o programa normativo e o âmbito normativo, depreendendo-se, por conseguinte, a possibilidade de alteração do sentido da norma em razão da alteração na realidade circundante⁴².

Nas palavras do autor:

A mutação constitucional parte do pressuposto básico indispensável de que "é preciso que exista uma norma constitucional devidamente concretizada (uma opção semântica) para que depois esta seja objeto de mutação. Em outras palavras, "as mutações constitucionais 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".⁴³

⁴¹ "A tarefa do intérprete deve passar por uma análise sob os aspectos sintático, semântico e pragmático. O aspecto sintático preocupa-se com a conexão das palavras na estrutura da frase⁴⁰², o aspecto semântico ocupa-se da relação existente entre a palavra e o objeto a que ela se refere, e o aspecto pragmático cuida da relação das palavras com o intérprete, em uma abordagem sintética." (PEDRA, Adriano Sant'Ana, 2009, p. 42)

⁴² "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". A norma aparece, desse modo, como "modelo de ordenação cunhado pelo seu objeto" (sachgeprägtes Ordnungsmodell); é "projeto vinculante de uma ordem parcial da comunidade jurídica, a qual modela a norma e na qual o regulador e o regulado vão necessariamente unidos, complementando-se indeclinavelmente um ao outro e fundamentando-se mutuamente na prática da realização do Direito. A partir disso, o Direito Constitucional abarca também, de forma diferente em cada caso, o pedaço da realidade social pressuposto, recepcionado ou produzido por suas distintas normas. Entretanto, 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, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho – São Paulo, Saraiva, 2009, p. 166-167.

⁴³ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: Limites e Possibilidades das Mudanças Informais da Constituição a partir da Teoria da Concretização**. 2009, p. 97-98

A partir da definição apresentada, percebe-se claramente a adesão de Pedra à corrente integralista, pela qual defende-se a existência de uma relação entre dinâmica política e constituição jurídica em termos integrados, isto é, não estanques, sendo dignas de registro as constantes menções às obras de Muller e Hesse sobre a temática.

É exatamente da relação interdependente entre a realidade e o jurídico que Pedra extrai o conceito de mutação constitucional, destacando que, nas palavras de Hesse:

A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da realidade, que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o "âmbito da norma" que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o "programa da norma", como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas o "âmbito da norma", estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, como isso, no essencial, o "programa da norma") fique idêntico. Disso resulta uma "mutação constitucional" permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara.⁴⁴

Merece destaque o conceito apresentado por Pedra, sobretudo no tocante à tentativa de superação da ideia de mutação constitucional como um problema a ser superado ou corrigido e/ou mera questão fática e/ou simples mudança de jurisprudência.

In verbis:

Para Soraya Regina Gasparetto Lunardi e Dimitri Dimoulis, "não temos mutação constitucional quando um órgão decide mudar seu entendimento", mas "só é razoável falar em mutação constitucional quando o intérprete reconhece que o anterior entendimento estava correto, mas deixou de sê-lo em virtude de mudanças ocorridas na sociedade

A mutação constitucional modifica o conteúdo da Constituição em virtude de uma mudança do entendimento da sociedade em geral sobre um determinado assunto. Em outros termos, a mutação constitucional nada mais é do que a harmonia que deve existir entre a Constituição vigente e a sociedade vivente.

Assim, Soraya Regina Gasparetto Lunardi e Dimitri Dimoulis evidenciam que "a mudança social é imprescindível para a problemática da mutação constitucional -527, visto que pode tratar-se de elementos econômicos, de posicionamentos ideológicos em temas morais ou ainda de mudanças políticas.

Da mesma forma, Luis Roberto Barros anota que "a mutação constitucional é um fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência, que pode dar-se por mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição

⁴⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 50-51. Conferir ainda HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 28. "Así pues, la 'concretización del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles incorporando las circunstancias de la 'realidad que esa norma está llamada a regular. Las singularidades de estas circunstancias - con frecuencia conformadas ya jurídicamente integran el ámbito normativo', el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el 'programa normativo es elevado a parte integrante del contenido normativo. Puesto que estas singularidades, y con ellas el ámbito normativo', se hallan sometidas a cambios históricos, los resultados de la 'concretización de la norma pueden cambiar, a pesar de que el texto de la norma (y con ello, en lo esencial, el programa normativo)' continúa siendo idéntico. De todo ello resulta una mutación constitucional constante, más o menos notable, que no resulta fácil de captar y que, por ello, rara vez se manifiesta con nitidez".

do tribunal⁴⁵.

Para o autor, a existência de mudança social é imprescindível à mutação constitucional, não se confundindo com a mera mudança de jurisprudência, que pode decorrer da mudança de composição da Corte e/ou do simples reconhecimento de que a interpretação anterior continha erros/falhas (PEDRA, 2009).

O ponto diferencial defendido por Pedra reside, exatamente, na existência de respaldo pela soberania popular, consubstanciada na existência de uma demanda social efetiva pela coletividade, não necessariamente pela maioria aritmética.

Para tanto, o autor colaciona o entendimento de Barroso sobre o tema:

[...] o novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular⁴⁶

Quanto aos meios de realização da mutação constitucional, Pedra aponta, de início, a impossibilidade de catalogar todas as possibilidades em razão da informalidade do processo, indicando, na oportunidade, a interpretação legislativa, administrativa e judicial, bem como as práticas constitucionais, dentre as quais se incluem os usos, costumes, normas de correção e convenções constitucionais.

Em termos contributivos, destaca-se a abordagem dos limites balizadores das mutações constitucionais. Especificamente nesse ponto, o autor sustenta que os limites estão, exatamente, no equilíbrio entre a supremacia da Constituição e a força normativa constitucional, sendo o primeiro oriundo da hierarquia das normas constitucionais e o segundo decorrente da correspondência da Magna Carta com a realidade circundante.

Nas palavras do autor:

Apesar disso, não se pode tolerar a ausência de limites em um Estado Democrático de Direito. A mutação constitucional somente pode ocorrer dentro dos limites impostos pela normatividade da Constituição. Dito de outra maneira, a mutação constitucional tem sua atuação reduzida ao domínio permitido pela própria Constituição⁴⁷.

⁴⁵ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: Limites e Possibilidades das Mudanças Informais da Constituição a partir da Teoria da Concretização**. 2009, p. 147.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125-126. Ver também BARROSO, Luis Roberto. Mutação constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio, Vinte anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213.

⁴⁷ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: Limites e Possibilidades das Mudanças Informais da Constituição a partir da Teoria da Concretização**. 2009, p. 197.

Parafraseando Lênio Streck, Pedra ensina que a admissão da tese de que norma e texto são coisas distintas “*não pode significar que é possível atribuir qualquer sentido ao texto*”⁴⁸.

Isso porque:

[...] a afirmação "a norma é (sempre) produto da interpretação do texto", ou que o "intérprete sempre atribui sentido (Sinngabung) ao texto", nem de longe pode significar a possibilidade deste - o intérprete - poder dizer "qualquer coisa sobre qualquer coisa", atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem "existência" autônoma).⁴⁹

Mais adiante, adotando a teoria da concretização, sustenta que os limites balizadores se correlacionam diretamente aos elementos que integram a estrutura da norma jurídica, segundo Muller, a saber: programa normativo, âmbito normativo e norma da decisão.

Com fulcro na teoria supra, Pedra defende que “*a mutação constitucional somente pode ocorrer dentro de limites estabelecidos pela normatividade da Constituição, os quais estão relacionados aos seus elementos constitutivos*”⁵⁰.

Em assim sendo, a partir da teoria da concretização, são identificados e analisados como limites às mutações constitucionais: (i) a elasticidade do texto; (ii) as decisões vinculantes do Tribunal Constitucional; (iii) a vedação de abolição de cláusulas pétreas; (iv) a vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais; (v) as restrições transcendentais (limites ideológicos, institucionais oriundos de crenças e exigências do bem comum e opinião pública); (vi) a aceitação legítima pela comunidade; (vii) a racionalidade das decisões; (viii) a competência conferida a outro órgão e (ix) a irretroatividade dos efeitos da nova interpretação.

Com efeito, aduz que “*estes limites às mutações constitucionais são imprescindíveis, pois, se, por um lado, a Constituição precisa se conformar à realidade, por outro, deve-se ter a prudência de assegurar a supremacia normativa da Constituição*”⁵¹.

A obra em apreço, a bem da verdade, dedica-se precipuamente a esmiuçar os limites subjetivos e objetivos balizadores das mutações constitucionais, não se limitando a indicar a necessidade de observância ao texto constitucional.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do "ontological turn"**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004, p. 122.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do "ontological turn"**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004, p. 131.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do "ontological turn"**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004, p. 17.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do "ontological turn"**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004, p. 17.

Referida abordagem reconhece a impossibilidade de se evitar a textura aberta da linguagem, ao mesmo tempo em que sustenta que “*não se pode aceitar que a mutação constitucional produza excessos e promova resultados conflitantes com o sistema*”.⁵²

Nas palavras do autor:

Assim como as mudanças formais da Constituição (reforma e revisão) estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, da mesma forma as mudanças informais (mutação) também são suscetíveis de serem controladas.

As mutações inconstitucionais representam um grande risco que uma Constituição pode sofrer, e sua depuração deve ocorrer por meio de um eficiente controle de constitucionalidade⁵³.

Especificamente sobre as mutações tidas como inconstitucionais, isto é, realizadas em inobservância aos limites elencados, observa-se certa semelhança à abordagem aduzida por Ferraz (1987). Isso porque, ambos os autores defendem ser inadmissível a imposição da realidade constitucional *contra constitutionem*:

A mudança de significado de um preceito só pode ocorrer no marco do sentido e da finalidade da norma. No processo de concretização, não há a possibilidade de se interpretar arbitrariamente. O desrespeito aos limites que se impõem às mutações constitucionais significa o abandono de uma interpretação segura e isto é vedado ao aplicador da norma⁵⁴.

Quanto à relação entre as mutações constitucionais e a interpretação, Pedra defende que aludidas figuras não são sinônimas. Ao revés, sustenta que o ponto crucial que diferencia as mutações da mera interpretação e/ou mudança de jurisprudência é, exatamente, o respaldo pela soberania popular - demanda social efetivada pela coletividade – sem, todavia, esclarecer o que, de fato, seria a mencionada demanda social e como identificá-la.

Ainda sobre a temática, com respaldo na doutrina de Barroso, o autor afirma que a mera mudança de jurisprudência pode decorrer da mudança de composição da Corte e/ou do simples reconhecimento de que a interpretação anterior continha erros/falhas (PEDRA, 2009). Lado outro, a mutação constitucional funda-se em uma demanda social da coletividade, não necessariamente pela maioria aritmética.

Nesse panorama, depreende-se que, na perspectiva trabalhada, a mudança de sentido de uma norma constitucional sem a alteração do texto não constitui, necessariamente, mutação constitucional, salvo se respaldada por uma demanda social efetiva - questão não abordada pelos

⁵² PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: Limites e Possibilidades das Mudanças Informais da Constituição a partir da Teoria da Concretização**. 2009, p. 301.

⁵³ PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: Limites e Possibilidades das Mudanças Informais da Constituição a partir da Teoria da Concretização**. 2009, p. 301.

⁵⁴ PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: Limites e Possibilidades das Mudanças Informais da Constituição a partir da Teoria da Concretização**. 2009, p. 307.

autores que o precederam.

Em termos contributivos, merece destaque, outrossim, a contextualização nacional trazida por Pedra. Diferentemente dos autores que o precederam, Pedra indicou diversos exemplos de mutações constitucionais ocorridas no Brasil após a CRFB/88, o que facilita, e muito, a compreensão da figura nos termos delineados.

Dentre os exemplos trazidos a lume, os quais serão analisados no capítulo 04, merecem destaque os seguintes julgados: HC 82959/SP (individualização da pena); RE 165438 (anistia e promoção militar); Extradicação 855/Chile; MI 670/ES, 708/PB e 712/PA (teoria concretista dos mandados de injunção).

A par do exposto, depreende-se que a obra em apreço se afasta, e muito, dos contornos pioneiros trabalhados alhures, sendo dignos de registro a contextualização das mutações no Brasil, o refinamento dos limites balizadores e, principalmente, a tentativa de superação da ideia de mutação constitucional como um problema a ser superado ou corrigido e/ou mera questão fática e/ou simples mudança de jurisprudência, reconhecendo-se, concomitantemente, a abertura e imprecisão da linguagem.

2.3.2 Nadja Botelho e a exemplificação de mutações constitucionais autênticas e inautênticas no Brasil.

Um ano depois, em 2010, Botelho publicou a sua dissertação de mestrado na UERJ, com tema dedicado às mutações constitucionais.

A abordagem aduzida pela autora, em oposição à tese de Pedra, conceitua a mutação constitucional como sinônimo de interpretação evolutiva, oriunda de mudanças na realidade fática ou de novas percepções do direito.

In verbis:

Trata-se de compreender que a interpretação constitucional deve ser evolutiva, pois toda Constituição está sujeita à dinâmica da realidade e a interpretação deve não só reconhecer um papel ativo ao intérprete, mas congregar as normas interpretadas com o restante das normas jurídicas, inclusive aquelas posteriores ao dispositivo interpretado, bem como atender aos destinatários atuais. Admitem-se novos conteúdos aos dispositivos constitucionais, em virtude de fatores que talvez não se fizessem presentes à época da elaboração da Constituição.

Se interpretação evolutiva consiste em permitir a adaptação da norma constitucional às transformações de seu contexto, limitada pelas possibilidades semânticas do texto e pelos princípios fundamentais do sistema, não parece haver diferença entre tal interpretação e a mutação constitucional por interpretação, a menos que se considere esta como produto daquela.

Adotando-se o entendimento de que as mutações constitucionais podem decorrer tanto de uma mudança na realidade fática, quanto de uma nova percepção do Direito, não parece haver razão para diferenciar-se tal fenômeno da interpretação evolutiva ou construtiva, razão pela qual considerar-se-á, para os fins deste trabalho, que a mutação constitucional por interpretação ocorre em ambos os casos.⁵⁵

⁵⁵.BOTELHO, Nadja. Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 27.

Nesse ponto, observa-se a atenção de Botelho às doutrinas preexistentes sobre a temática, tendo colacionado, em nota de rodapé, o posicionamento contrário explanado por Barroso, pelo qual elenca diferenças pontuais entre os institutos da mutação constitucional, interpretação evolutiva e interpretação construtiva.

Confira-se:

Entretanto, pode encontrar-se essa diferenciação em alguns autores, como Luis Roberto Barroso, para quem "*a interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição - seus valores, seus princípios - para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional (...). A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente (...). seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito.* (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129-130).⁵⁶"

Em termos literais, Botelho conceitua as mutações constitucionais como uma mudança informal decorrente de uma incongruência entre a realidade e as normas constitucionais, com a superação da segunda pela primeira:

As mutações constitucionais se produzem quando a normatividade constitucional se modifica em razão da realidade político-social, que, sem afetar o texto, transmuda o seu conteúdo. A mudança informal ou mutação constitucional deriva de uma incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, com a constante superação do sentido originário atribuído à norma que busca complementação, através de interpretação integradora⁵⁷.

Conforme se observa, referido conceito parece não abarcar os aspectos trazidos por Friedrich Muller (Teoria Estruturante do Direito) e Hesse, porquanto não apresenta os dados da realidade como parte integradora da norma (âmbito normativo), mas como algo externo que altera o seu conteúdo.

Todavia, de modo um tanto quanto contraditório, Botelho colaciona diversas citações de Hesse e Muller (integralistas) em defesa da dinamicidade entre o direito e a realidade, ao mesmo tempo em que extrai o conceito trabalhado das obras de Jellineck, formalista adepto à visão dicotômica do direito e da realidade.

Quanto à terminologia adotada, verifica-se a adesão ao termo “mutação”, originário da biologia, por “*expressar a progressividade e sutileza que caracterizam tais mudanças*

⁵⁶.BOTELHO, Nadja. Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 27, nota de rodapé n. 67.

⁵⁷.BOTELHO, Nadja. Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 25-26.

constitucionais informais”⁵⁸, tendo sido ressaltada, contudo, a ausência de uniformidade dos termos utilizados pela doutrina.

Ao trabalhar os limites aplicáveis às mutações constitucionais, de modo menos aprofundado que Pedra, Botelho defende que (i) estas devem se circunscrever aos sentidos possíveis do texto, incluindo-se as cláusulas pétreas (com a ressalva de que uma cláusula pétrea pode ser objeto de mutação, desde que não reduza o seu núcleo duro); (ii) devem decorrer de genuína mudança na sociedade e justamente em face dos limites anteriores; (iii) não devem avançar no campo próprio da reforma constitucional.

Observa-se que Botelho traz, concomitantemente, como elemento caracterizador e limitador a ocorrência de genuína mudança na sociedade, o que, de certo ponto, assemelha-se à ideia de demanda social efetiva desenvolvida por Pedra.

Todavia, enquanto Pedra aponta a demanda social efetiva como o ponto de distinção entre as mutações constitucionais e a interpretação, Botelho defende que aludidos institutos são sinônimos, já que ambos podem decorrer tanto de uma mudança na realidade fática quanto de uma nova percepção do Direito.

Especificamente sobre a interpretação constitucional, defende a autora que esta não é exclusividade do Poder Judiciário, motivo pelo qual ambos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário - podem realizar mutações constitucionais, compreendidas, repita-se, como sinônimo de interpretação evolutiva.

Mais adiante, quanto à participação dos poderes Executivo e Legislativo no processo de mutação constitucional, são enumerados (i) o processo de aprovação e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como forma de influir na interpretação constitucional e, assim, na mutação constitucional; (ii) o processo legislativo em si, através de emendas constitucionais, leis e outros atos legislativos, de modo a rechaçar, confirmar ou ocasionar mutações constitucionais; (iii) sanção e iniciativa de projetos de lei.

Veja-se:

De toda sorte, parece suficiente a demonstração de que os Poderes Legislativo e Executivo contribuem para a mudança constitucional, tanto através de reforma, como através de mutação, vertente democrática que poderia ser melhor explorada, especialmente quando se pretende resgatar as instituições essencialmente democráticas e manter as decisões do Supremo Tribunal Federal em sintonia com o sentimento constitucional do povo brasileiro, ao menos quando isso for compatível com a Constituição Federal⁵⁹.
[...]

⁵⁸.BOTELHO, Nadja. Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 26.

⁵⁹.BOTELHO, Nadja. Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 98.

Seja no exercício da jurisdição constitucional (com seus superprecedentes), seja na nomeação e aprovação de Ministros do Supremo Tribunal Federal, no processo legislativo em si (edição de emendas constitucionais e leis, especialmente landmark statutes) ou na suspensão de execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, na própria dinâmica das relações entre os Poderes encontra-se o germe da mudança, devendo ser reconhecido o relevante papel de cada instituição como promotora de mutação constitucional⁶⁰.

Em termos contributivos, Botelho traz a lume referências a diversos casos exemplificativos de mutações constitucionais no Brasil e suas respectivas justificativas de enquadramento, tendo dado maior foco na análise da suposta mutação constitucional no que tange ao alcance/definição do princípio da isonomia (art. 5º da CRFB/88), quando da implementação das ações afirmativas no país. (BOTELHO, 2010), julgado a ser analisado no capítulo 04.

Sobre a implementação das ações afirmativas e o alcance do princípio da isonomia, defende Botelho, em suma, que:

[...] as ações afirmativas, especialmente as raciais, que, estimuladas por mudanças históricas e na consciência social, deram ensejo a um grande debate na sociedade e à transformação da compreensão jurídica do princípio da igualdade, caracterizando autêntica mutação constitucional⁶¹ [...].

Outrossim, foram indicados como exemplos nacionais de mutação constitucional os seguintes julgados: ADI 3510 (constitucionalidade da lei de biossegurança); HC 911661/PE e HC 89837/DF (poder investigatório do Ministério Público); ADC 12 (constitucionalidade da Súmula Vinculante 13), ADPF 57 (aborto de feto anencefálico), ADPF 132 (união de casais homoafetivos), ADI's 43 e 44 (prisão em segunda instância), sendo o último elencado como exemplo de mutação “inacabada”.

Especificamente sobre a discussão acerca da constitucionalidade da lei de biossegurança, ressaltou-se que o julgado exemplifica muito bem a ocorrência de mutação constitucional cujo fator determinante não foi o tempo, mas o avanço científico.

Aludido apontamento evidencia que a autora compartilha da visão de Hesse⁶² sobre a dispensabilidade do fator tempo para a configuração de autênticas mutações constitucionais.

In verbis:

⁶⁰.BOTELHO, Nadja. Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 99.

⁶¹.BOTELHO, Nadja. Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 106.

⁶². “Embora isso tenha sido sustentado ocasionalmente, não se deve aceitar que uma mutação constitucional exija um lapso de tempo mais ou menos longo”; em todo caso não pode tratar-se de um elemento definitivo: os processos que dão lugar a uma mutação constitucional não têm qualquer relação com o caráter mais ou menos remoto da entrada em vigor da Constituição, podendo produzir-se ao cabo de muitos anos, mas também ao cabo de pouco tempo” HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho – São Paulo, Saraiva, 2009, p. 152.

A movimentação social que o tema deflagrou por parte de defensores e críticos das pesquisas embrionárias e o seu surgimento graças à mudança histórica (especialmente ao avanço científico) conferem contornos de mutação a essa questão, que deu novo colorido ao direito à vida, ultrapassando as disposições do código civil referentes ao direito do nascituro e alçando a discussão ao patamar constitucional. Embora o argumento central adotado pelo Supremo Tribunal Federal tenha sido o de que a Constituição, além de proteger a saúde e incentivar a pesquisa científica, não confere uma resposta definitiva sobre o início da vida, havendo diferentes estágios de proteção jurídica, outras preocupações foram tangenciadas, como a postura Corte diante de hard cases e o perigo de interferência religiosa no Estado laico. Tal exemplo demonstra, também, como é relativa a relação entre tempo e mutação, pois, apesar de constituir um fator a ser seriamente sopesado, o tempo de vigência constitucional pode não ser determinante para a ocorrência de mutações constitucionais, já que determinados dispositivos relativamente recentes podem sofrer mutações em virtude de outros fatores como, in casu, o avanço científico propiciado pelas pesquisas com células-tronco embrionárias.⁶³

Merece destaque, ainda, a abordagem do julgamento da ADI 132 (reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas) como exemplo de uma autêntica mutação constitucional:

Para encerrar essa visão panorâmica das mutações constitucionais e ainda nessa seara das controvérsias morais, a união de pessoas do mesmo sexo constitui uma mutação constitucional em vias de consolidação pelo Supremo Tribunal Federal, estando pendente de julgamento a ADPF 132, que postula o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, o que repercutirá no princípio da igualdade e no conceito constitucional de família (arts. 5º e 226, §3º. CF/88). Após anos de luta, os casais homossexuais, que primeiro viram suas uniões equiparadas a sociedades de fato e depois obtiveram o reconhecimento de direitos hereditários e previdenciários, agora estão em vias de obter, na Suprema Corte, a consagração de suas uniões civis.⁶⁴

Relevante pontuar que a autora não se limitou a contextualizar o instituto, via indicação de exemplos nacionais de mutações constitucionais. Ao revés, enumerou, mais adiante, exemplo do que, na perspectiva trabalhada, não se enquadra como exemplo de uma autêntica mutação constitucional.

Nesse contexto, foi citada a Reclamação 4335/AC, pela qual foi abordado o sentido do art. 52, X da CRFB/88, mais especificamente sobre o papel do Senado Federal no tocante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de Recurso Extraordinário – controle de constitucionalidade difuso.

Sobre a questão, Botelho enfatiza que o caso não se enquadra como uma autêntica mutação constitucional. Primeiro, porque o entendimento de que o “*Senado não mais teria a competência para suspender a execução da lei, mas somente para publicar essa decisão, que competiria ao Supremo Tribunal Federal*”⁶⁵ desrespeita os limites semânticos do texto. Segundo, porque o desuso (ou costume contra *legem* por conduta omissiva) não pode ocasionar a perda de determinada competência, via mutação constitucional, sob pena de revogação do

⁶³.BOTELHO, Nadja. Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 111-112.

⁶⁴.BOTELHO, Nadja. Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 112.

⁶⁵.BOTELHO, Nadja. Mutação Constitucional. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 116.

texto escrito por meio inapropriado.

Ressalta, outrossim, que tal entendimento acaba por tornar a súmula vinculante uma ferramenta totalmente obsoleta:

Primeiramente, conforme demonstrado no Capítulo 1 e apesar da dificuldade de estabelecer limites à mutação constitucional, é certo que esta esbarra no texto da Constituição e que a norma em questão consubstancia uma regra que deixa pouco espaço para a interpretação, não podendo haver mutação que retire toda a eficácia de determinado dispositivo constitucional (transformar o Senado em mero publicador de decisões do STF seria exatamente isso). A prevalecer o novel entendimento, o Senado não mais teria a competência para suspender a execução da lei, mas somente para publicar essa decisão, que competiria ao Supremo Tribunal Federal. Tal interpretação desrespeita os limites do texto e desmerece o papel das instâncias representativas no controle difuso de constitucionalidade, não se coadunando com a norma constitucional, de maneira que, caso se considere obsoleta tal competência, a referida mudança constitucional deveria ser objeto de emenda constitucional, não de mutação.

Em segundo lugar, o tema atrai a discussão acerca da possibilidade de mutação constitucional por desuso. A doutrina tradicional sempre foi refratária à possibilidade de modificação da Constituição por falta de exercício das competências estatais. De modo geral, considera-se que o desuso de uma competência estatal não pode tornar obsoleta a correspondente prescrição constitucional, inclusive pela dificuldade de aferir em que medida a ausência de exercício de um poder possui relevância jurídica capaz de alcançar normatividade e se aquele dispositivo ainda pode cumprir determinado propósito na vida estatal.

Também há a dificuldade de distinguir o desuso-inobservância consciente e reiterada de uma norma constitucional - da mera inércia, pois enquanto esta se caracteriza pela vontade temporária de não se aplicar um dispositivo constitucional, aquele demanda animus definitivo, aproximando-se de um costume derogatório. Por fim, há séria dúvida se o desuso, ainda que equiparado a costume contra legem, poderia importar na revogação do texto escrito. Parece ser o caso de inadmitir-se o costume contra constitutionem e considerar-se que tanto o costume constitucional quanto o desuso não adquirem a supremacia das normas constitucionais escritas das Constituições rígidas, não se prestando a reformar a Constituição⁶⁶.

Com efeito, observa-se que Botelho contribuiu para a contextualização da temática do Brasil, com a abordagem de diversos casos exemplificativos de mutações e suas respectivas justificativas de enquadramento, bem como de casos que, na perspectiva trabalhada, não constituem autênticas mutações constitucionais.

2.3.3 Flávio Quinaud Pedron e a desconstrução da figura das mutações constitucionais enquanto categoria.

Em 2012, Flávio Quinaud Pedron publicou relevante obra intitulada “Mutações Constitucionais na crise do positivismo jurídico”, fruto de sua tese de doutoramento.

Referida obra, em oposição às anteriores, enumera severas críticas às mutações constitucionais, com enfoque na real função que a figura vem cumprindo no Brasil, sobretudo no Supremo Tribunal Federal.

⁶⁶.BOTELHO, Nadja. Mutações Constitucionais. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010, p. 116.

A desconstrução da mutação constitucional enquanto categoria, proposta pelo autor, se deu em três pilares principais.

Inicialmente, analisou-se julgados do STF em que se verificou o uso ilegítimo da figura, na perspectiva do autor, com relevante destaque para os votos dos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes na Reclamação 4335-5/AC, elencada como principal paradigma.

Em seguida, realizou-se um resgate histórico do contexto de surgimento do conceito, com o intuito de identificar a real função para a qual a figura foi criada, a partir da teoria dos conceitos de Koselleck.

Por derradeiro, abordou-se a teoria da integridade de Dworkin, com foco nos princípios jurídicos, a fim de propor a substituição da tese da mutação constitucional pela interpretação construtiva, possibilitada pela teoria do direito como integridade.

Conforme narrado, aludida tese foi delineada no entorno dos votos dos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4335-5/AC, tendo se debulhado, de início, nos respectivos votos, notadamente nos trechos dedicados a elucidar a configuração de uma autêntica mutação constitucional no comando do art. 52, X da CRFB/88, de modo a autorizar concessão de erga omnes, em sede de controle de constitucionalidade difuso, pelo próprio STF, cabendo ao Senado a mera publicação.

Os Ministros Mendes e Grau, embora por fundamentos diversos, sustentaram a tese de mutação constitucional no tocante ao art. 52, X da CRFB/88, o que Pedron discorda veementemente.

O Min. Mendes defendeu, em suma, a atribuição de novo sentido ao texto em razão da alteração da realidade adjacente, na qual se verifica o suposto desuso da competência pelo Senado. Observa-se, todavia, que, a despeito da alegação de desuso da competência, não foi apresentado nenhum dado empírico nesse sentido, tendo se limitado a tecer argumentos de cunho retórico.

Sobre aludido voto, assim se posiciona Pedron:

In verbis:

Por fim, a análise do voto acima é fundamental para levantar a visão que o Min. Gilmar Mendes tem da figura da mutação constitucional, que, para ele, é a alteração da norma, mas com a manutenção - ou atribuição de novo sentido - ao texto constitucional. Todavia, para Mendes (voto na Rcl. n. 4.335/AC, p.55), a mutação não é algo natural; não é uma mudança de uma prática social da comunidade jurídica na qual o Tribunal em sua decisão apenas reconhece sua existência. Na verdade, ele entende que a mutação é criação desse Tribunal, "atualiza" que novos padrões a realidade, supostamente diminuindo o déficit entre norma e realidade." Outra observação é importante: ao assumir tal postura, o pensamento esposado pelo ministro do STF em seu voto, deixa de lado a devida relação que se possa construir entre norma e texto

constitucional, tratando-os como sinônimos⁶⁷.

Já o Min. Grau, em linha de entendimento um tanto quanto espantosa, propôs em seu voto a alteração do texto do dispositivo supra, via mutação constitucional, tendo, inclusive, indicado a redação que entende mais apropriada: "*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*" (GRAU, voto na Rcl. n. 4.335/AC, p. 10).

A leitura da figura da mutação constitucional feita pelo referido Ministro vai de encontro a toda construção doutrinária sobre a temática. Isso porque, até mesmo os formalistas alemães defensores da superioridade da força dos fatos sobre a Constituição, inclusive os que foram parafraseados em seu voto, negam a possibilidade de alteração do texto, via mera mutação.

Tal leitura coloca em xeque a alteração formal da Constituição via emenda, tornando-a completamente dispensável, além de conceder ao Judiciário o exercício do poder constituinte derivado, a despeito da ausência de legitimidade para tanto.

Ressalte-se, outrossim, que a perspectiva adotada pelo referido Ministro defende a possibilidade de alteração do texto, e não da norma, via mutação, o que traz deveras espanto, mormente em razão da ausência de amparo doutrinário e constitucional, com destaque para a abrupta violação ao princípio democrático.

Sobre os votos supracitados, Pedron tece justas críticas:

É interessante observar que as leituras desenvolvidas pelos ministros Mendes e Grau acerca da mutação constitucional são ainda colidentes entre si. Para o primeiro, a mutação é instrumental hermenêutico-constitucional, através do qual o Tribunal pode modificar a norma, mas com a preservação do texto original; para o segundo, a mutação constitucional exige a alteração tanto da norma como do texto normativo. Em ambos os casos, o que fica claro é a redução da estrutura normativa do direito a um mero conjunto de regras jurídicas, olvidando-se, de modo absoluto, uma compreensão do Direito a partir de uma dimensão principiológica, e mais, uma dimensão principiológica organizada a partir de uma exigência de integridade (DWORKIN, 1999; STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.12). Todo o problema é desenvolvido pelos ministros a partir de uma dicotomia entre "texto e norma" (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 200, p.13), apostando na tese da mutação como a solução taumaturga do problema, mas que é falha por não problematizar paradigmaticamente a questão⁶⁸.

Após destrinchar os votos de Mendes e Grau na Reclamação 4.335/AC, indicando-os como exíguos exemplos do uso ilegítimo do conceito de mutação constitucional, o autor busca

⁶⁷. PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012, p. 17.

⁶⁸. PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012, p. 48.

identificar qual seria a compreensão da figura para o STF.

Para tanto, se dispõe a analisar 05 votos proferidos em 05 diferentes julgados do Supremo Tribunal Federal.⁶⁹

Mediante a análise dos supracitados votos, conclui Pedron pela desarmonização da compreensão sobre o que seja a mutação constitucional para o Supremo. Entende, a partir dos votos analisados, que o termo tem função meramente retórica no STF, mormente porque foi identificada a atribuição de sentidos diversos/não uniformes à figura, com destaque para a compreensão como sinônimo de alteração formal via emenda.

Em termos literais:

Como conclusão dos casos analisados, o que se pode perceber é uma total desarmonização da compreensão sobre o que seja a mutação constitucional. O termo parece ter ganhado um sentido retórico no interior do STF, já que os ministros não conseguem sequer atingir uma coerência interna. Muitos utilizam o mesmo termo com sentidos totalmente distintos de uma decisão para outra e, com isso, não se preocupam nem em concordar consigo mesmos. Ao que se mostra, quando um ministro do STF pretende dizer que sua interpretação é revolucionária, ele diz que está fazendo uma mutação constitucional. Ora, esse não é o propósito do conceito em estudo, de modo que essa total falta de rigor pelos membros do Tribunal acaba por denotar, inclusive, uma despreocupação técnico-científica com o Direito Constitucional brasileiro.

Logo, a Reclamação n. 4.335-AC acaba sendo o melhor caso capaz de servir de pano de fundo para se pensar a compreensão sobre o que seja a mutação constitucional e quais são os seus limites; além de demonstrar a fragilidade dessa construção. Por isso mesmo, uma reflexão histórica é essencial para sua compreensão e uma adequada teorização na contemporaneidade⁷⁰.

Nesse ponto, cumpre registrar, de antemão, o quão relevante é a tentativa de identificar qual a compreensão que o Supremo Tribunal Federal tem da figura da mutação constitucional, o que, inclusive, é objeto de análise da presente pesquisa.

Adiante-se, entretanto, que, com o intuito de possibilitar uma análise ampla do panorama da jurisprudência do STF acerca das mutações constitucionais, buscar-se-á, no capítulo 03, ampliar a análise jurisprudencial perpetrada pelo autor, a partir de um banco de dados composto

⁶⁹. Pedron se dispôs a analisar os seguintes votos: RECL. 7.336 SP, Voto do Min. Carlos Ayres Brito (mutação constitucional citada como sinônimo de reforma formal, via em emenda); QO HC 86.009-5 DF, Voto do Min. Carlos Ayres Brito Brito (mutação constitucional citada como sinônimo de reforma formal, via em emenda); HC 94.695-0 RS, Voto do Min. Celso De Mello (mutação constitucional citada como sinônimo de reforma formal, via em emenda, tendo sido abordada, ainda a possibilidade mutação de acordos internacionais); AGR RE 450.504-5/MG, Voto do Min. Celso De Mello: *“O Min. Carlos Britto, discutindo um caso que tinha por objeto a solução de um conflito de competência entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Comum para causas que versavam sobre matéria acidentária, afirmou proceder a uma mutação constitucional fixando a competência para o judiciário trabalhista. Todavia, seu voto revela que não houve mudança da competência, pois esta sempre fora do judiciário trabalhista. Ora, aqui, então, novamente, não há o que se falar em mutação da constituição, mas sim, de uma interpretação corretiva dos equívocos jurisprudenciais anteriores. O problema não seria um descompasso entre norma e realidade, mas um erro interno das decisões anteriores.”* (PEDRON, 2012, p. 55)

⁷⁰. PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012, p. 55-56

por um maior número de decisões em um determinado lapso temporal, a fim de evitar que o recorte adotado (escolha dos julgados) influencie significativamente os resultados alcançados, garantindo-lhes maior fidedignidade.

Em um segundo momento, depois de apresentar severas críticas ao uso ilegítimo da figura da mutação constitucional nos votos supracitados, realizou-se um resgate histórico do contexto de surgimento do conceito, com o intuito de identificar a real função para a qual a figura foi criada.

Com fulcro na teoria dos conceitos desenvolvida por Koselleck⁷¹, buscou-se perquirir sobre o problema que suscitou a criação do conceito de mutação constitucional, a par de todo o contexto político social circundante.

Sobre a relevância do resgate histórico do conceito de mutação constitucional, assim elucidou Pedron:

Dessa forma, é necessário lançar um olhar mais verticalizado sobre a dinâmica dos acontecimentos históricos que circundam e tematizam o conceito de mutação constitucional. Com Koselleck (1997), pode-se aprender que, em cada contexto em que o conceito foi empregado, uma dinâmica político-social estava encenada. O conceito, então, surge para dissolver um problema que se faz presente à comunidade jurídica de cada contexto, adquirindo, a partir desse problema, sua forma de compreensão. Logo, não adianta dissertar sobre o pensando de autores que lançaram mão desse conceito, como Laband (1901), Jellinek (1991), Dau-Lin (1998), Loewenstein (1976) ou Hesse (2009), entre outros, sem perquirir sobre o problema que suscitou a utilização do conceito. Além do mais, com seu uso, efeitos são decorrentes e precisam também ser identificados. Logo, tais parâmetros marcam o objetivo do próximo capítulo da presente pesquisa, que retornará à gênese do conceito de mutação constitucional, articulando seu desenvolvimento teórico ao contexto histórico e político dos seus diversos momentos⁷².

Aludido resgate histórico foi delineado a partir da narrativa do seu contexto de surgimento na República de Weimar, na Alemanha. Conforme relatado, a origem do termo revela, indubitavelmente, que o conceito de mutação constitucional foi criado com o intuito de mascarar e legitimar violações à Constituição escrita, mediante a alegada necessidade de adaptação do texto à realidade adjacente e suas respectivas mudanças sociais.

Pelo que se depreende, a mutação constitucional encobre, em sua perspectiva histórica,

⁷¹. Pela teoria desenvolvida por Koselleck, os conceitos são construídos a partir da temporalidade e historicidade circundantes, motivo pelo qual não se desvinculam da história e do contexto de tempo e local respectivos. Nas palavras de Pedron: “*A partir de tais referenciais, a história dos conceitos poderia demonstrar como surgem as mudanças nos sentidos dos conceitos - algumas vezes, até indo contra os próprios pressupostos desses conceitos. Por isso mesmo, os conceitos somente adquirem sentido quando imersos em uma determinada temporalidade e em um contexto linguístico (BENTIVO GLIO, 2010, p.123). Todos os conceitos apresentam uma história que alimenta projetos e sistemas de organização políticos e sociais (BENTI VOGLIO, 2010, p.127). Poder-se-ia reconhecer que, no cerne da teoria da história dos conceitos, reside certa dose de relação dialética entre criação e determinação*”.

⁷². PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012, p. 82.

uma compreensão formalista e dicotômica da relação entre o direito e a realidade, com a eminente superioridade dos fatos, sendo digno de registro que o seu surgimento se deu, exatamente, na crise do positivismo jurídico alemão, visando ao descumprimento enrustido – e sem alardes - dos comandos constitucionais.

Nas exatas palavras do autor:

A teoria da mutação tem sua origem histórica na crise do positivismo legalista do direito alemão, mas, desse seu nascedouro até as reformulações posteriores, encontram-se os mesmos problemas. Isso porque a mutação constitucional foi utilizada, inicialmente, no curso do império alemão para mascarar e legitimar atos de violência à Constituição, mas, diante da ausência de um mecanismo de controle de constitucionalidade, acabou por se legitimar. Já a retomada do conceito no curso do período de Weimar, novamente cai sob o mesmo problema. A suposta tentativa de solução de um hiato entre realidade e normatividade constitucional recai em um paradoxo: o recurso à mutação constitucional encobre a dificuldade de superação do pensamento positivista legalista e de lidar adequadamente com a relação entre direito e política.⁷³

Há de se reconhecer que o autor foi muito feliz no resgate histórico perpetrado, mormente no reconhecimento de que a construção de um conceito se dá em um dado contexto de tempo e de lugar, objetivando sanar algum problema ou dificuldade da época. Tal reconhecimento obsta a análise de um conceito isolado do seu respectivo contexto de criação, sob pena de se mascarar o seu real fim/utilidade.

Conforme delineado, a compreensão da figura das mutações em seu aspecto histórico, isto é, levando-se em conta a finalidade para a qual foi criada, induz, em um primeiro momento, ao reconhecimento de que estas se mostram obsoletas, já que o intuito de mascarar e legitimar violações à Constituição escrita, mediante a alegada necessidade de adaptação do texto à realidade adjacente e suas respectivas mudanças sociais, não se justifica na atualidade.

Por fim, em um terceiro momento, considerando ultrapassada e, por isso, dispensável, propõe Pedron a substituição da tese da mutação constitucional pela interpretação construtiva, possibilitada pela teoria do direito como integridade.

Para tanto, tece relevantes reflexões sobre a teoria do direito como integridade de Dworkin, com destaque para o importante papel desenvolvido pelos princípios jurídicos, por vezes esquecido pela comunidade jurídica.

Sobre o papel dos princípios jurídicos na perspectiva dworkiana, merece destaque a função dúplice exercida, exigindo-se a coerência principiológica tanto na seara da legislação quanto na seara da aplicação judicial do direito.

Cumprе salientar que, ao reconhecer a natureza normativa dos princípios e a sua função

⁷³. PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012, p. 02-03.

para solução de litígios, Dworkin nega a base do positivismo jurídico, visão integralmente ratificada por Pedron:

Ora, uma vez que Dworkin reconhece a existência de princípios que podem prover soluções para os litígios, ele nega uma das teses básicas do positivismo jurídico, que a existência de lacunas normativas que autorizam magistrado a agir discricionariamente ao criar uma norma, e aplicá-la retroativamente. Logo, a "função criativa" do judiciário para os casos difíceis, defendida por Hart (1994, p.335), é rechaçada por Dworkin, que compreende que apenas o legislador é autorizado a criar direito (BILLIER: MARYIOLI, 2005, p.426). O debate sobre a fixação de uma diretriz política tem que ser exercido de forma mais abrangente para incluir um número maior de participantes, levando em conta os diferentes interesses antagônicos. Já a decisão baseada por princípios, faz uso da história institucional daquela comunidade e coloca, ao mesmo tempo, limite e condição de possibilidade de construção de uma decisão democrática.⁷⁴”

Ressalte-se, ainda, que a interpretação construtiva referenciada pelo autor parte do reconhecimento da inegável dose criativa atribuível ao intérprete quando do processo interpretativo, sendo necessário, para tanto, que o exercício da função se dê amparada pelos princípios jurídicos e com exímia responsabilidade política. *In verbis*:

Sob o aspecto da atividade judicante, a ideia de uma integridade na jurisdição deve se comprometer com a adoção de uma interpretação criativa, isto é, assumir que o juiz de um caso concreto desempenha sua função com responsabilidade política, e que assume determinada teoria política que melhor justifique as práticas de sua comunidade. Tal raciocínio é exposto em dois momentos: em primeiro lugar, a partir da figura do juiz Hércules e, em seguida, com o recurso ao argumento do romance em cadeia⁷⁵.

Sobre a relação entre os princípios e as diretrizes políticas, destaca:

Retomando, então, a relação entre princípios e diretrizes políticas, pode-se afirmar que um princípio prescreve um direito e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade, devido ao processo legal, ou a qualquer outra dimensão de moralidade; ao passo que uma política estabelece um objetivo ou uma meta a serem alcançados (GUEST 2010, p.64), que, geralmente, consistem na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável (DWORKIN, 2002, p.36; 2002, p.141-142). Dworkin (2002, p.298) atribui o status de trunfo aos princípios, que, em uma discussão, devem sobrepor-se a argumentos pautados em diretrizes políticas, excluindo a possibilidade de os juízes tomarem decisões embasadas em diretrizes políticas. Esse raciocínio marca a posição antiutilitarista assumida por Dworkin (GUEST, 2010, p.67), de modo a rejeitar qualquer forma de males feitos aos indivíduos em favor de uma melhoria para o bem-estar geral⁷⁶.

Nesse ínterim, Pedron defende, em síntese, que a solução dos casos difíceis se dá,

⁷⁴. PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012, p. 187.

⁷⁵. PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012, p. 180.

⁷⁶. PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012, p. 186.

exatamente, pela compreensão das normas sob a ótica de regras e princípios, devendo-se considerar que *“um princípio prescreve um direito e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade, devido ao processo legal, ou a qualquer outra dimensão de moralidade”* (PEDRON, 2012, p. 186), o que possibilita a solução de litígios reconhecendo-se, simultaneamente, a dose criativa do processo interpretativo e a responsabilidade política que emerge da necessidade de coerência principiológica das decisões.

Em assim sendo, entende o autor que a mutação nada mais é que *“o resultado da própria leitura semântica da Constituição”* (PEDRON, 2012, p. 210), de forma que a alegação de necessidade de adequação da norma a uma nova realidade traduz uma visão que supervaloriza o texto e ignora o papel dos princípios jurídicos (PEDRON, 2012).

Na visão crítica a qual se filia o autor, o processo interpretativo constituiu, em verdade, a construção da norma em um determinado espaço de tempo e local, abarcando, por conseguinte, a realidade fática e suas eventuais mudanças, o que torna dispensável a figura da mutação constitucional (PEDRON, 2012).

A fim de reforçar a alegada dispensabilidade da figura das mutações enquanto categoria, Pedron afirma que o Supremo, inclusive, já fez uso da interpretação nos moldes supracitados no julgamento conjunto da ADPF n° 132 e ADI n° 4277⁷⁷, ao reconhecer o status de família às uniões homoafetivas e a respectiva proteção constitucional (PEDRON, 2012):

Isso pode indicar um importante caminho; o STF pode ter desenvolvido um processo de aprendizado histórico que conduziu à percepção de que a alternativa teórica da mutação constitucional simboliza uma prática que se adequa bem a uma teoria dos erros institucionais, devendo ser abandonada. Ao voltar-se para a história institucional, como feito no Capítulo 1 da presente pesquisa, pode-se perceber que, na tradição brasileira, o recurso do STF a uma mutação constitucional não passou de um modismo, no qual o conceito simplesmente foi transportado com um uso meramente retórico.

Por isso mesmo, a assunção de uma postura comprometida com a legitimidade decisória democrática passa pela via da incorporação da tese do direito como integridade e da defesa de uma interpretação construtiva. Ora, no caso em discussão, deve ser entendido que o art. 5º, caput, da Constituição de 1988, já traz, explicitamente, um princípio mais geral e abrangente de igual proteção, quando determina que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*. Trata-se de norma constitucional veiculada por texto com redação original.

Assim, não é que forças lassalleanas provocaram um primado do fato sobre a norma, mas sim, que a própria comunidade brasileira, assumindo -se sob a forma de uma comunidade de princípio, dentro de um processo histórico de aprendizado, é capaz de reconhecer o dever de respeito e de igual tratamento aos homossexuais. As exigências aqui são morais no sentido dworkiano de igual respeito e consideração para com todos os membros da comunidade, e decorrem da compreensão hermenêutica de que o julgado trazido pela ADPF n. 132 busca ler à sua melhor luz.

A conclusão a que chegou STF não pode ser compreendida como um ato de criação

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05-05-2011. DJe-198, 14-10-2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5-5-2011. DJe-198, 14-10-2011.

ou de inovação dentro da ordem jurídica. A tese da interpretação construtiva, explica Dworkin (2007, p.24), afirma que, muitas vezes, o dever de colocar à sua melhor luz um direito deve envolver um o ser ato de aperfeiçoamento deste, apenas deixando explicitar uma compreensão que poderia se justificar em uma melhor leitura de um princípio que já estaria assentado na ordem jurídica. Por isso, deve-se voltar ao esquema trazido pelo romance em cadeia de Dworkin. A nova decisão não é - nem pode ser - uma repetição da decisão anterior, mas antes um novo capítulo para a história daquele direito⁷⁸.

Com fulcro no exemplo supracitado, Pedron conclui pela necessidade de substituição da figura das mutações constitucionais pela adoção de uma interpretação construtiva, com destaque para a valorização do papel exercido pelos princípios jurídicos. *In verbis*:

“Com isso, o conceito de uma mutação constitucional deve ser afastado por não representar a melhor leitura que o próprio direito pode fazer de si. Aliás, é na proposta de adoção de uma interpretação construtiva, fazendo uso dos princípios jurídicos, que o Direito pode cumprir suas próprias ambições. Aqui, ao invés de tratar os fatos como elementos externos e estranhos ao universo jurídico, Dworkin ensina que os fatos também são objeto de interpretação, e que as mudanças interpretativas da aplicação do direito aos moldes de um romance em cadeia, na verdade, não apresenta nada de novo. Como ficou claro no caso da discussão da inconstitucionalidade de discriminação aos homossexuais, a nova interpretação nada tem de original, ela apenas marca o desenvolvimento histórico de um princípio mais geral e mais abstrato que já estava, desde a origem, previsto na própria Constituição.⁷⁹”

A partir do exposto, extraem-se diversas contribuições da obra em apreço, com destaque para as críticas perpetradas por Pedron no tocante ao suposto uso ilegítimo da figura pelo STF.

É de ressaltar, ainda, o resgate histórico do surgimento do conceito, o qual trouxe grande contribuição etimológica para a compreensão da figura a par da temporalidade e historicidade adjacentes.

Por fim, merecem destaque as profundas reflexões acerca da teoria da integridade de Dworkin, que, na perspectiva do autor, apresenta-se como uma leitura mais adequada do direito, em substituição à mutação, indicando-se como exemplo o julgamento da ADPF nº 132.

2.2.4 Carlos Victor Nascimento dos Santos e a natureza fenomenológica das mutações constitucionais.

Em 2015, Dos Santos traz nova abordagem às mutações constitucionais em obra oriunda de sua dissertação de mestrado.

Em síntese, sustenta o autor que a mutação constitucional deve ser reconhecida como fenômeno genérico e abstrato de alteração de sentido pela sociedade, sendo imprescindível para a sua constatação, portanto, a utilização de instrumentos de análise empírica, tais como coleta

⁷⁸. PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional Na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012, p. 203.

⁷⁹. PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012, p. 211.

de dados, audiências públicas, narrativa objetiva dos fatos, etc. (DOS SANTOS, 2015)

Referido autor inova ao trazer ao debate a compreensão das mutações sob a ótica de um fenômeno a ser constatado, exigindo, por conseguinte, a sua devida apuração empírica.

Dos Santos é o primeiro autor nacional a afirmar expressamente que as mutações constitucionais têm natureza de fenômeno a ser reconhecido/declarado, e não de instituto a ser construído pelo intérprete a partir de argumentação retórica.

A partir do enquadramento supra, conceitua-se as mutações constitucionais como o reconhecimento de uma prática já existente e reiterada na sociedade ao qual é aplicável, mediante observação e descrição do objeto analisado para adaptar a norma. Em outros termos, para Dos Santos, a mutação constitucional trata-se do reconhecimento da alteração do sentido da norma à realidade social observada e descrita, a partir de análise empírica (DOS SANTOS, 2015).

Aludida definição tem como importante sustentáculo a tentativa de desconstrução de pressupostos que, na perspectiva trabalhada, não se confundem com a mutação constitucional, quais sejam: método de interpretação; mudança de jurisprudência; preenchimento de cláusulas constitucionais vagas; mera aplicação do direito; correção legislativa (backlash); inconstitucionalidade progressiva ou superveniente e costumes constitucionais.

Em sua obra, Dos Santos se dedicou a tecer os principais pontos distintivos do denominado fenômeno, a partir de uma análise comparativa de situações que comumente se confundem com a mutação constitucional:

O presente capítulo, então, fará uma análise comparativa de algumas situações que se confundem com a mutação constitucional, tendo como parâmetro o sentido dado pela doutrina constitucional. O objetivo é utilizar a doutrina como referência ao reconhecimento do uso legítimo da mutação constitucional, comparando, além dos sentidos dados à expressão pelos Ministros do STF, outras situações que possam se confundir com o referido fenômeno. A partir das distinções estabelecidas, será destacada(i) a inexistência de um método hábil ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional; (ii) a necessidade de observância a alguns aspectos fundamentais ao uso efetivo da expressão; além do (iii) apontamento de indícios de uma possível ampliação de atuação e competência do Supremo Tribunal Federal a partir de suas próprias decisões⁸⁰

Inicialmente, buscou-se identificar as razões pelas quais o fenômeno não deve ser confundido com a reforma constitucional via emenda, tendo ressaltado que, diferentemente da reforma, *“a mutação constitucional se revela num instrumento de aproximação do texto constitucional da realidade social a qual está inserida, não causando qualquer alteração em*

⁸⁰.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.78.

seu texto normativo"⁸¹.

Mais adiante, o autor tece relevantes considerações dedicadas à distinção das mutações dos métodos interpretativos, *in verbis*:

Conforme demonstrado anteriormente, em se tratando de um fenômeno, tem-se uma indicação de que a mutação constitucional deve apenas ser reconhecida como algo já existente. Daí a sua diferença em relação aos métodos de interpretação da Constituição. Enquanto por fenômeno depreende-se a forma pela qual a coisa se apresenta aos olhos da sociedade, o método de interpretação da Constituição não é o reconhecimento de uma situação já existente, mas uma mudança da Constituição por elementos ora subjetivos do intérprete, ora objetivados por critérios consequencialistas, políticos, econômicos etc. Por tal hipótese, depreende-se que tal fenômeno apenas ("reconhece" um fato consumado, demonstrando ser algo que, por exemplo, pode ser usado por tribunais para disfarçar como mera observação da realidade algo que, na verdade, é uma transformação dessa realidade de acordo com as suas próprias preferências⁸².

Conforme se depreende, o método de interpretação da Constituição não é o reconhecimento de uma situação fática preexistente, mas uma construção de sentido, pelo intérprete, a partir de elementos objetivos e subjetivos. Assim sendo, defende-se que a mutação constitucional, enquanto fenômeno, somente pode ser reconhecida como algo já existente, e não construída mediante argumentação retórica.

Mais adiante, as mutações foram diferenciadas da mera mudança de jurisprudência. Na perspectiva trabalhada, a jurisprudência trata-se da consolidação de um dado entendimento, visando estabelecer o posicionamento do Tribunal a respeito de determinada matéria. Lado outro, a mutação constitucional reconhece uma prática já consolidada a partir da observância da realidade circundante.

Nas exatas palavras do autor:

Estabelecendo a diferenciação acima, tem-se que a mutação constitucional não poderia ser considerada como uma mudança na jurisprudência. Isso porque, apesar da mutação do texto constitucional se estabelecer a partir de um distanciamento entre o texto e a realidade constitucional, sendo ela capaz de demonstrar uma prática reiterada e modificar o sentido do texto que lhe faz correspondência, a mudança de jurisprudência ocorre por motivo diverso. A jurisprudência não se estabelece a partir de um distanciamento entre a norma e a realidade, e sim diante de um cenário em que dados entendimentos não se tornam mais possíveis por razões diversas a da ocorrência da mutação constitucional. Isto é, enquanto a jurisprudência consolida um dado entendimento, buscando claramente o posicionamento do Tribunal a respeito de determinada de manda, a mutação constitucional reconhece uma prática já consolidada mediante o olhar à realidade circundante, e não aos aplicadores da norma. O Tribunal não se posiciona a respeito da mutação constitucional emitindo um entendimento, e sim reconhecendo uma prática já consolidada que distancia a

⁸¹.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.80.

⁸².DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.80.

realidade do texto ao qual faz ou deveria fazer correspondência. Logo, a mutação constitucional não pode ser compreendida como uma mudança de jurisprudência⁸³.

Merece destaque, ainda, a afirmação de que a jurisprudência e a interpretação, além de não serem sinônimos de mutação constitucional, também não se confundem entre si, sendo a primeira o entendimento consolidado do Tribunal sobre o tema, e a segunda um processo de construção de sentidos em casos concretos.

Ato contínuo, destaca Dos Santos que a integração também não pode ser intitulada como mutação constitucional. Isso porque, “*quando estamos diante de um conceito jurídico indeterminado, da textura aberta da linguagem, não significa estarmos diante da hipótese de incidência de uma mutação constitucional*”⁸⁴.

Conforme se depreende, a integração trata-se de método de preenchimento de lacunas em normas jurídicas. De modo diverso, contudo, na mutação constitucional, não há que se falar em lacuna a ser preenchida, mas sim em sentido normativo que, de acordo com as transformações sociais, se distanciou da práxis constitucional. *In verbis*:

Logo, quando estamos diante de um conceito jurídico indeterminado, da textura aberta da linguagem, não significa estarmos diante da hipótese de incidência de uma mutação constitucional. A interpretação de cláusulas constitucionais vagas ou o seu preenchimento dependem, conforme dito anteriormente, de elementos de cunho político, econômico, social etc. No momento de feitura da norma, o legislador pode restringir ou ampliar o alcance da norma de acordo com a linguagem utilizada para expressá-la. E, na hipótese de ocorrência de um conceito jurídico indeterminado, por exemplo, não restam dúvidas que o aplicador do Direito irá delimitar o alcance do texto normativo de acordo com questões circunstanciais, inclusive fazendo um juízo acerca das consequências da utilização de uma ou outra interpretação. O que não ocorre na mutação constitucional devido à sua impossibilidade de análises circunstanciais, i.e., não podendo ser aplicada de acordo com diferentes demandas. Na mutação constitucional, o texto não é desprovido de sentidos que os permitam serem complementados pela interpretação do aplicador do Direito; ele possui um sentido que, de acordo com as transformações sociais, se distanciou da práxis constitucional, buscando por meio da observação da realidade reconhecer um novo sentido a este mesmo texto constitucional. Por tais questões, a mutação constitucional em nada se relaciona com o preenchimento de cláusulas constitucionais vagas⁸⁵.

Também merecem destaque os principais pontos que distinguem a mutação constitucional da correção legislativa de jurisprudência, na perspectiva trabalhada pelo autor: (i) a mutação constitucional não é método de interpretação, logo, não se confunde com a correção legislativa de jurisprudência e (ii) os parâmetros de análise da correção legislativa de

⁸³.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.83.

⁸⁴.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.84.

⁸⁵.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.84.

jurisprudência são a doutrina e a jurisprudência sobre a temática, não a manifestação de nova realidade constitucional modificadora do sentido do texto (DOS SANTOS, 2015).

Outrossim, foram apresentadas as principais diferenças entre as mutações constitucionais e a inconstitucionalidade progressiva superveniente, tanto no plano da hierarquia quanto no plano da eficácia.

Inicialmente, no plano da hierarquia de normas, a inconstitucionalidade superveniente se relaciona com normas infraconstitucionais diante da Constituição, enquanto que a mutação constitucional se relaciona, por óbvio, com normas constitucionais, originárias ou não. Já no plano da eficácia, frisa-se que, na mutação constitucional, pretende-se aproximar o texto da realidade adjacente, ao passo que, na inconstitucionalidade superveniente, a eficácia da norma é temporária, isto é, deixa de produzir efeitos na medida em que os fatos passam a estabelecer uma nova realidade em que a norma se torna inaplicável, injustificável.

Em sequência, foram elencadas diferenças entre a mutação constitucional e os costumes:

Assim, a primeira distinção entre a mutação e o costume constitucional é a possibilidade deste ser uma regra não escrita, o que não ocorre com a mutação constitucional, que modificando o sentido do texto, incorpora à regra escrita uma nova percepção de sua aplicação. [...]

[...] Do exemplo acima, portanto, é possível inferir algumas diferenças entre a mutação do texto constitucional e os costumes constitucionais: (i) na mutação há uma alteração de sentido do disposto no texto constitucional e nos costumes constitucionais, uma regra não escrita que substitui o texto constitucional ou preenche sua lacuna; e (ii) os costumes constitucionais não adquirem a eficácia das normas constitucionais escritas. Sobre esta última característica, importante notar que apesar de materialmente versar sobre tema constitucional, falta-lhe cumprir o aspecto formal para que dote da mesma eficácia de uma norma constitucional escrita, como passar pelo processo legislativo e estar finalmente disposta na Constituição. Isto é, diante do aspecto destacado, os costumes constitucionais serão sempre normas constitucionais inferiores se comparados às normas constitucionais escritas, posto que estas manifestam o Poder Constituinte como reflexo dos anseios da sociedade. Portanto, não há que se confundir costumes constitucionais com a mutação do texto constitucional⁸⁶.

Por fim, Dos Santos diferencia as mutações constitucionais da aplicação do direito, ao fundamento de que “a aplicação do Direito tem por objeto a identificação da regra jurídica mais adequada ao caso concreto por meio da compreensão do conteúdo da norma comando normativo⁸⁷”, ao passo que “na mutação constitucional ocorre o inverso: não há correspondência direta entre a norma e o fato porque eles se distanciaram a partir das transformações sociais”⁸⁸.

⁸⁶.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.89.

⁸⁷.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.85.

⁸⁸.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.85.

Sustenta, em suma, que, na aplicação do direito, verifica-se a primazia da norma sobre o fato, apta a estabelecer uma imediata correspondência entre eles. Lado outro, “*a mutação constitucional refletiria, então, a supremacia do fato sobre a norma, fazendo com que ela modifique o seu sentido para tornar a fazer correspondência à nova realidade*⁸⁹”. Dito de outro modo, para o autor, “*a mutação constitucional reconhece um novo Direito a ser aplicado que não o disposto no texto, não fazendo uma adequação dos fatos às normas, mas estabelecendo lógica inversa.*”⁹⁰

Conforme se verifica, ao elencar diferenças entre as mutações e a aplicação do direito, Dos Santos afirma, expressamente, que a mutação constitucional reflete a prevalência do fato sobre a norma, o que externaliza uma visão estanque do direito e da realidade (formalista), em oposição a uma visão integralista.

Referido autor, a bem da verdade, embora tenha se disposto a construir uma base normativa sólida das mutações desvinculando-a da seara interpretativa, acabou por cair na armadilha sociológica característica dos formalistas, pela qual se enquadra a mutação constitucional como um fenômeno meramente fático, que não se situa na esfera jurídica, e, por isso, somente pode ser reconhecido pelo aplicador do direito, sob o ponto de vista de um mero observador empírico.

Tal concepção advém de uma ultrapassada visão dicotômica entre o direito e a realidade, que prestigia os fatos e desconhece a relação interdependente e coordenada entre o normativo e a realidade fática.

Aludida incongruência torna-se ainda mais evidente quando o autor se dedica a elencar limites aplicáveis às mutações, a partir da natureza fenomenológica defendida. Veja-se:

Os limites balizadores apresentados por Dos Santos foram extraídos de dois julgados do Supremo Tribunal Federal em que se discutiu, com profundidade, o conceito e os limites das mutações constitucionais: Reclamação 4335 AC (2007)⁹¹ e Mandado de Segurança n. 26602-3 DF (2007)⁹², com destaque para os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

⁸⁹.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.85.

⁹⁰.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.85.

⁹¹. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4335**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 21-03-2014. DJE N. 208, 21-10-2014. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>>. Acesso em 10 de janeiro de 2022.

⁹².BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26602**. Relator: Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 04-10-2007. Dje 17-10-2008. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513855>>. Acesso em 05 de janeiro de 2022.

Nos respectivos votos, foram elencados os seguintes limites: (i) impossibilidade de mutação constitucional de normas que distribuam competência; (ii) necessidade de relevante decurso do tempo; (iii) necessidade de constatação empírica para o reconhecimento de uma autêntica mutação.

Especificamente sobre a verificação empírica, foi afirmada a necessidade de um método apto a reconhecer uma verdadeira mutação constitucional, sob pena de desvirtuação do fenômeno.

Para tanto, foram indicados métodos empíricos de verificação da mutação, enquanto fenômeno genérico e abstrato de alteração de sentido pela sociedade, dentre os quais se destacam: coleta de dados, análise específica, *amicus curie*, audiências públicas, narrativa objetiva dos fatos/realidade e decurso de relevante lapso temporal (DOS SANTOS, 2015).

Observa-se, nesse ponto, relevantes incongruências:

O autor defende a necessidade de observância de limites intransponíveis às mutações, tais como a verificação empírica, o decurso de tempo e a impossibilidade de mutação constitucional de normas de competência, contudo, o decurso de tempo constituiu um mero requisito de ocorrência do fenômeno, e não um limite. Isso porque, na perspectiva trabalhada, a necessidade de relevante decurso de tempo é um requisito necessário à alteração da realidade circundante, não limitando, contudo, a ocorrência e a amplitude do fenômeno.

De igual maneira, a necessidade de constatação empírica não se encaixa como um limite, mas sim como um método de verificação/reconhecimento do fenômeno, conforme pontuado pelo próprio autor ao longo da obra.

Por fim, a indicação da impossibilidade de mutações de normas de competência como um limite às mutações esbarra na própria natureza fenomenológica sustentada pelo autor. Afinal, se a mutação constitucional, na perspectiva de Dos Santos, trata-se de um fenômeno sociológico que apenas pode ser reconhecido - e não construído - mostram-se inaplicáveis quaisquer limites balizadores pelo intérprete, o qual assume mera posição de observador empírico.

Certo é que o enquadramento das mutações como um mero fenômeno sociológico atribui à figura uma natureza exclusivamente fática e, por isso, ilimitada sob o ponto de vista normativo, nos exatos moldes defendidos pelos formalistas alemães, tais como Jellinek e Laband.

Com efeito, a natureza ilimitada das mutações, embora negada pelo autor, fica ainda mais evidente quando analisado o exemplo hipotético de mutação constitucional indicado na

obra - compreensão do art. 93, caput, da CRFB/88, no tocante à competência para a criação do Estatuto da Magistratura.

Para Dos Santos, o caput do art. 93 da CRFB/88, o qual prevê que o Estatuto da Magistratura deve ser criado por lei complementar de iniciativa do Supremo, comportaria, à guisa de exemplo, uma autêntica mutação constitucional, mormente após a edição da EC n° 45/2004, pela qual criou-se o Conselho Nacional de Justiça/CNJ para a fiscalização e controle administrativo e financeiro do Judiciário.

Na perspectiva trabalhada, observando-se todos os pressupostos dispostos ao legítimo reconhecimento de uma mutação constitucional, poder-se-ia *“declarar a mudança de sentido do texto constante no art. 93 da Constituição para se compreender que, além do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça também teria a competência para propor lei complementar que criasse o Estatuto da Magistratura”*⁹³

Para tanto, seriam levados em consideração (i) o decurso de tempo desde a promulgação da Constituição; (ii) a inércia do STF em propor a lei complementar (ii) a criação do Conselho Nacional de Justiça a partir da EC n° 45/2004 (DOS SANTOS, 2015).

Nas exatas palavras do autor:

Para a tomada da referida decisão, o Supremo Tribunal Federal teria que adotar uma postura mais consequencialista de seus atos, procedendo a uma reação antecipada à sua decisão, o que, por outro lado, poderia ser compreendido como forma de controle e condução de sua jurisprudência. Ainda assim, antes de decidir, teria que levar em consideração como a instituição deveria compreender o texto em análise, por estar diretamente conectada a uma redução de sua competência e modificação de seu papel institucional. A lógica descrita é um exemplo para demonstrar a importância do olhar ao design institucional são do processo de tomada da decisão judicial⁹⁴.

Ora, conforme se observa, o exemplo hipotético apresentado pelo autor versa, exatamente, sobre norma de competência, em manifesta contradição aos limites indicados na própria obra, colocando em evidência as significativas incongruências normativas inobservadas pelo doutrinador.

Ressalte-se que a natureza fenomenológica defendida por Dos Santos buscou reforçar a aversão à “mutação por intuição”, isto é, fundada na mera retórica do intérprete.

Referida aversão é severamente afirmada pelo autor, que alerta, ao final, sobre os perigos que circundam a utilização ilegítima das mutações pelo Judiciário, sobretudo pelo STF. *In verbis*:

⁹³.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.125.

⁹⁴.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.126.

Em relação ao uso ilegítimo da mutação constitucional, uma das possíveis consequências é o da possibilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal estarem reformando silenciosamente a Constituição Federal por meio de interpretação e argumentação. Isto é, o Supremo Tribunal Federal estaria modificando, por meio de sua própria decisão, o arranjo institucional que lhe fora disposto na Constituição de 1988. E quando o Direito e as instituições se transformam por meio de interpretações judiciais, tais mudanças jurídicas devem ser discutidas por se tratarem de mudanças feitas por órgãos não legislativos. Como o acúmulo das funções de autoridade com exercício de poder deveriam ser restritos aos órgãos representativos, submetidos a um controle de ordem democrática, a discussão acerca da nova postura do Supremo Tribunal Federal faz-se fundamental à compreensão do novo cenário jurídico e político ao qual estamos inseridos. Por estarmos diante de um momento histórico em que a promulgação da Constituição se aproxima do seu vigésimo quinto aniversário, o debate que tramita em seu entorno continua relacionado ao princípio democrático, mas sob um novo enfoque: o do enfraquecimento de algumas instituições democráticas em detrimento da atuação fortalecida de outras, nos remetendo a uma nova estrutura da democracia constitucional brasileira⁹⁵.

Nada obstante, conforme salientado, na tentativa inovadora de construção de uma base normativa sólida das mutações mediante a desvinculação da seara interpretativa, o autor acabou caindo na mesma armadilha sociológica dos formalistas, pela qual se enquadra a mutação constitucional como a superação da norma pelos fatos, em uma visão dicotômica e ultrapassada do direito.

Com efeito, a despeito da relevância da obra em apreço, constata-se que, no esforço de construir uma base normativa sólida das mutações distanciando-as da seara interpretativa, o autor acabou por retroceder à armadilha sociológica eminentemente formalista, que, inclusive, é criticada ao longo da dissertação.

Por derradeiro, cumpre salientar que, a despeito de a referida obra ser posterior àquela publicada por Pedron (2012), não foram enfrentadas nenhuma das críticas e questionamentos levantados pelo autor.

2.3.5 Flávio Pansieri e Henrique Soares de Souza e a tentativa de contraposição às críticas apresentadas por Pedron (2012).

Em tempos mais recentes, destaca-se a renomada obra de Pansieri e De Souza, datada de 2018.

Aludida obra elucida apontamentos e delineações contributivos, na medida em que se dispõe a enfrentar os principais fundamentos abordados pela corrente doutrinária crítica ao instituto da mutação constitucional, representada por Pedron (2012).

Tais autores ingressaram na tentativa de estabelecer um diálogo contraposto entre os fundamentos que delineiam as principais críticas à figura.

⁹⁵.DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015, p.131.

Em síntese, afirmam que a desconstrução das mutações enquanto categoria, nos termos delineados por tal corrente doutrinária, deu-se a partir da identificação de um único caso extremado (Reclamação 4335-5/AC), que, segundo sustentado, não encontra nenhum respaldo na doutrina brasileira, isto é, sequer se apresenta como um caso representativo de mutação constitucional no âmbito doutrinário clássico.

Pode-se dizer que tal contraponto foi a principal contribuição da obra em comento, de sorte que as obras anteriores sequer reconheceram a existência de uma corrente crítica à figura das mutações constitucionais.

Pansieri e De Souza trouxeram a lume as principais críticas levantadas por Pedron (2012), bem como o julgado paradigma respectivo – Reclamação 4.335/AC, a fim de ingressarem na tentativa de desconstruir os argumentos levantados pela referida corrente crítica.

De início, os autores definem as mutações constitucionais como “*modificações do conteúdo de normas constitucionais cujo texto não é modificado*”⁹⁶.

Nada obstante, antes de apresentarem a definição supra, os autores dedicam um capítulo para destrinchar as principais contribuições de Konrad Hesse e Friedrich Muller à temática, tendo sido ressaltada a necessidade de se comprovar a alteração do âmbito normativo para o reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional. *In verbis*:

Embora HESSE reconheça que essa concepção é carente de maior desenvolvimento e não anula eventuais divergências interpretativas, ele defende que a exigência de uma fundamentação mais elaborada para a mutação da norma constitucional atenua a discricionariedade associada às formulações anteriormente utilizadas para explicar ou justificar o fenômeno, dependentes de noções como a da "força normativa do fático" ou das "necessidades vitais do Estado". Desse modo, posto que ausentes elementos suficientes para a formação de uma teoria "acabada" da mutação constitucional, tem-se ao menos uma base teórica que pode fornecer uma resposta ao problema relativo aos limites dessa mutação, assim sintetizada por HESSE⁹⁷.

Das lições de Hesse, os autores extraem, ainda, os limites balizadores das mutações, sendo certo o enquadramento desses à corrente integralista, haja vista o inequívoco reconhecimento da relação interdependente entre o direito e a realidade:

[...]É da essência da norma constitucional a pretensão de vir a ser concretizada e, portanto, não pode ela ser dissociada da realidade⁹⁸.

[...]

Reconhece-se, assim, que a Constituição procura impor determinadas ordem e

⁹⁶. PANSIERI, Flávio; DE SOUZA, Henrique Soares. **Mutação Constitucional à Luz da teoria constitucional contemporânea**. Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 59.

⁹⁷. PANSIERI, Flávio; DE SOUZA, Henrique Soares. **Mutação Constitucional à Luz da teoria constitucional contemporânea**. Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 62.

⁹⁸. PANSIERI, Flávio; DE SOUZA, Henrique Soares. **Mutação Constitucional à Luz da teoria constitucional contemporânea**. Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 16.

conformação à realidade a que está vinculada e não deve ser compreendida como "simples reflexo das condições fáticas de sua vigência", muito embora não possa desconsiderar a existência destas. Nessa perspectiva, a força condicionante da realidade e a força normativa da Constituição coexistem como fatores distintos, que se conformam de maneira mútua. Não há como se afirmar uma fundamentalidade apriorística seja das circunstâncias fáticas, seja da "normatividade pura" da Constituição⁹⁹.

É com base nessa interação peculiar da Constituição com o contexto em que está inserida que Hesse identifica seus limites, possibilidades, e os pressupostos necessários para que se desenvolva sua força normativa, sendo digno de registro que as balizas enumeradas por Pansieri e de Souza se assemelham, e muito, àquelas indicadas por Hesse, a saber: o texto constitucional, o espírito da Constituição e os princípios fundamentais.

Mais adiante, visando contextualizar ainda mais o tema no Brasil, Pansieri e De Souza dedicaram-se a destrinchar a Reclamação 4335-5/AC (julgado paradigma da corrente doutrinária crítica das mutações constitucionais, representada por Pedron).

Conforme relatado, discutiu-se, no âmbito do julgado supra, a possibilidade ou não de se conceder efeito *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade incidental, sem a atuação do Senado, nos termos do art. 52, X da CRFB/88. *In verbis*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

[...] ¹⁰⁰

Tal sentido foi defendido nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, sendo certo que ambos afirmaram a mutação constitucional do dispositivo referido, embora por motivos diversos.

Em suma, o Min. Gilmar Mendes sustentou a ocorrência de mutação constitucional em razão do possível desuso da aludida faculdade, de modo que a resolução teria se tornado mero meio de publicidade das decisões do Supremo.

Já o Min. Eros Grau, afirmou ocorrência de mutação no dispositivo supracitado, contudo, destacou que referida mutação ocasionaria uma mudança no texto, transcendendo a mera interpretação, pois tratava-se de dispositivo obsoleto.

⁹⁹. PANSIERI, Flávio; DE SOUZA, Henrique Soares. **Mutação Constitucional à Luz da teoria constitucional contemporânea**. Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 17.

¹⁰⁰. BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder executivo, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2022.

À vista das argumentações desenvolvidas em tais votos, os autores apresentam severas críticas. De início, defendem a não configuração de uma autêntica mutação constitucional no caso em comento, seja em razão da ausência de comprovação do desuso alegado, seja em razão do desrespeito aos limites constantes da própria redação do dispositivo.

Destacam, ainda, que o sentido explanado pelos referidos Ministros somente é possível mediante a alteração formal da Constituição, a qual não se confunde com a alteração informal, via mutação.

Com base nas críticas apresentadas, os autores ressaltam que a utilização do aludido julgado pela corrente doutrinária crítica como paradigma, para a desconstrução do instituto e apresentação de severas críticas normativas, não se justifica.

Isso porque, na perspectiva de Pansieri e De Souza, a desconstrução sustentada pelos autores supracitados se deu a partir da identificação de um único caso extremado (Reclamação 4335-5/AC), que não encontra nenhum respaldo na doutrina brasileira sobre a temática, isto é, sequer se apresenta como um caso representativo de mutação constitucional no âmbito doutrinário.

Outrossim, salientam que os votos representativos (Min. Mendes e Grau) sequer foram maioria. Isto é, não foram ratificados pelo colegiado do STF, tampouco pela doutrina pátria sobre a temática, ressaltando-se, todavia, que aludido resultado não poderia ter sido previsto por Pedron (2012), que publicou sua obra antes da conclusão do referido julgamento.

Neste esteio, os autores rechaçam a tese de abandono da figura das mutações constitucionais enquanto categoria, e defendem a necessidade de observância a todas as suas definições normativas, com destaque para os seus limites balizadores, os quais, todavia, não foram minuciosamente apresentados na obra.

Quanto às nomenclaturas, merecem destaque os apontamentos levantados.

Pansieri e De Souza destacam relevantes deficiências na associação das mutações a um suposto poder constituinte difuso. Entendem que aludidos termos não podem ser apresentados como nomenclaturas sinônimas, sob pena de se instaurar relevante confusão entre os poderes constituídos e constituintes.

Por tal motivo, sustentam que *“a ocorrência de mutação constitucional deve ser atribuída não a uma manifestação do poder constituinte, mas à compreensão de que a incorporação da Constituição às condutas sociais depende, em grande medida, de uma*

*interpretação atenta as condições fáticas”*¹⁰¹.

Em outros termos, defendem que, para a abordagem fidedigna das mutações, basta compreender a norma jurídica nos parâmetros delineados por Muller: norma de decisão é formada pelo âmbito normativo (realidade fática) e parâmetro normativo (possibilidades semânticas do texto). Trocando em miúdos, a realidade fática, na perspectiva adotada, é parte estruturante da norma jurídica.

A par do exposto, observa-se que a dialogada obra de Pansieri e De Souza trouxe a lume a comparação das diversas abordagens nacionais existentes sobre a temática, inclusive, àquela que visa desconstituir as mutações enquanto categoria.

Merece destaque, ainda, a análise das críticas que envolvem as mutações e a tentativa de contraposição, sendo certo o firme posicionamento dos autores acerca da indispensabilidade das mutações constitucionais enquanto categoria.

Por derradeiro, cumpre salientar que o posicionamento dos autores não nega a recente utilização do instituto de forma inidônea pelo Supremo Tribunal Federal. Ao revés, Pansieri e De Souza reconhecem aludido problema, tendo sustentado, em contrapartida, que a solução reside, exatamente, na enumeração de limites e na apresentação de parâmetros fixos, em termos normativos, os quais, todavia, não foram minuciosamente apresentados na obra.

2.4 Conclusões parciais

Neste capítulo, buscou-se sintetizar a relevância das diversas abordagens doutrinárias nacionais sobre a figura das mutações constitucionais.

Inicialmente, nota-se que a abordagem dos autores pioneiros, Ferraz (1987), Horta e Bulos (1996), pouco contextualizou o tema no Brasil, com a ressalva de que os exemplos nacionais trazidos por Bulos se deram anos mais tarde, em seu Manual de Direito Constitucional, não no artigo publicado em 1999.

Outra temática não enfrentada pelos aludidos autores diz respeito à natureza das mutações constitucionais, mais precisamente se a figura constitui um fenômeno a ser reconhecido ou um método interpretativo.

A bem da verdade, o que se observa em ambas as obras é a utilização de expressões opostas, ora indicando a “realização/construção” de mutações constitucionais, aproximando-as à natureza de método interpretativo, ora indicando o mero “reconhecimento” destas,

¹⁰¹. PANSIERI, Flávio; DE SOUZA, Henrique Soares. **Mutação Constitucional à Luz da teoria constitucional contemporânea**. Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 89.

aproximando-as à natureza de fenômeno.

Tal diferença, conquanto sutil, comporta relevante significado. Isso porque, atribuindo às mutações a natureza de fenômeno a ser reconhecido, depreende-se que nenhuma decisão judicial com fulcro em mutações constitucionais comportaria natureza constitutiva, mas tão somente declaratória. Lado outro, atribuindo às mutações a natureza de método interpretativo, abre-se a possibilidade de prolação de decisões constitutivas com fulcro em mutações constitucionais.

Mais adiante, adentrando na seara das obras nacionais recentes, verificam-se abordagens significativamente diversas entre si, sendo notável a opção por focar em bojos específicos de análise dentro da grande temática das mutações, em linha diversa das obras anteriores (pioneiras), que buscaram exaurir o tema sob a ótica normativa.

E, não por coincidência, os diferentes focos de análise, minuciosamente escolhidos por cada autor (a), constituíram as principais contribuições das respectivas obras. Confira-se:

Em Pedra (2009), depreende-se o claro enfoque na enumeração de limites palpáveis às mutações a partir da teoria da concretização, sob a perspectiva normativa.

Em Botelho (2010), emerge a tentativa de contextualização da temática no Brasil, com a extensa enumeração de exemplos nacionais de autênticas (e inautênticas) mutações constitucionais, com as respectivas justificativas de enquadramento.

Já em Pedron (2012), verifica-se o início de uma corrente doutrinária crítica às mutações constitucionais, a partir da qual defende-se a dispensabilidade da figura enquanto categoria, sob a perspectiva funcional, isto é, levando-se em conta a real função que as mutações vêm cumprindo no Brasil, sobretudo, no Supremo Tribunal Federal.

Lado outro, em Dos Santos (2015), denota-se a tentativa de construção de uma base normativa sólida das mutações mediante a desvinculação da seara interpretativa, atribuindo-lhe a natureza de fenômeno sociológico a ser reconhecido pelo intérprete.

Por fim, em Pansieri e De Souza (2018), verifica-se a tentativa de trabalhar o conteúdo doutrinário nacional preexistente de forma dialogada, com destaque para a contraposição às críticas apresentadas por Pedron (2012), sem negar, contudo, a recente utilização da figura de forma indevida pelo Supremo Tribunal Federal.

Nada obstante, a despeito do reconhecimento supra, em linha diversa da desenvolvida por Pedron (2012), concluem Pansieri e De Souza (2018) pela necessidade de enumeração de limites e apresentação de parâmetros fixos em termos normativos, e não pela dispensabilidade das mutações enquanto categoria.

Conforme se observa, as obras recentes se enveredaram em searas de análise diversas

dentro da grande temática das mutações. Entretanto, adotando como critério a (in) dispensabilidade da figura das mutações enquanto categoria, poder-se-ia enquadrar os (as) respectivos (as) autores (as) em dois nichos/correntes doutrinárias, a saber: (i) defensores da indispensabilidade das mutações enquanto categoria e (ii) defensores da dispensabilidade das mutações constitucionais enquanto categoria:

Tabela 2 - Classificação das obras trabalhadas a partir da (in) dispensabilidade da figura das mutações enquanto categoria

Defensores da indispensabilidade da figura enquanto categoria	Defensores da dispensabilidade da figura enquanto categoria
Ferraz (1987) Horta (1992) Bulos (1996) Pedra (2009) Botelho (2010) Dos Santos (2015) Pansieri; De Souza (2018)	Pedron (2012)

Fonte: Soares, 2022.

Como se vê, a doutrina nacional é majoritária no tocante à utilidade da figura das mutações enquanto categoria, sendo certo que a obra crítica de Pedron (2012), conquanto extremamente contributiva, constitui minoria quantitativa.

Referida classificação esboça, paralelamente, os aspectos normativos e práticos que permeiam a relação entre a mutação constitucional e os processos interpretativos. Isso porque, conforme exposto anteriormente, a dispensabilidade da figura da mutação sustentada por Pedron (2012) fundamenta-se, precipuamente, na compreensão de que o processo interpretativo constitui, em verdade, a construção da norma em um determinado espaço de tempo e local, abarcando, por conseguinte, a realidade fática e suas eventuais mudanças, o que torna dispensável a figura da mutação constitucional enquanto categoria.

Nesse ponto, cumpre registrar que, conforme delineado alhures, o conceito de “mutação constitucional” para doutrina pátria majoritária está intimamente ligado à seara hermenêutica/interpretativa, sem a indicação (clara e objetiva) de nenhuma especificidade particular que distinga a figura dos métodos interpretativos.

Dos Santos (2015), a bem da verdade, foi o único autor brasileiro que se dispôs a distinguir, expressamente, o conceito das mutações da interpretação em suas variadas formas, mediante a atribuição da natureza fenomenológica à figura. Contudo, conforme exposto alhures, na tentativa de construir uma base normativa sólida das mutações desvinculando-a da seara

interpretativa, o autor acabou por retroceder à armadilha sociológica eminentemente formalista, pela qual se enquadra a mutação constitucional como um fenômeno meramente fático, que não se situa na esfera jurídica, e, por isso, somente pode ser reconhecido pelo aplicador do direito, em uma visão dicotômica e ultrapassada do direito.

Com efeito, a partir do panorama doutrinário descrito, desconfia-se que a resposta acerca da atual (in) dispensabilidade das mutações constitucionais enquanto categoria reside, exatamente, na relação das mutações com o processo hermenêutico interpretativo.

O debate que circunda a (in) dispensabilidade das mutações constitucionais perpassa, também, pelas dissonâncias das abordagens com enfoque na função e na aplicabilidade das mutações constitucionais, sendo certo que a abordagem com foco na função trabalha a realidade prática de utilização do instituto, ao passo que a abordagem com foco na aplicabilidade visa delinear o instituto em termos normativos.

Citadas dimensões – função e aplicabilidade normativa – podem se fazer presentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, e, adotando-se referidos métodos de abordagem como parâmetros, poder-se-ia enquadrar as obras analisadas em 02 grupos:

Tabela 3 - Classificação das obras trabalhadas a partir do método de abordagem predominante

Abordagem com foco na aplicabilidade Normativa	Abordagem com foco na função
Ferraz (1987) Horta (1992) Bulos (1996) Pedra (2009) Botelho (2010)	Pedron (2012) Pansieri; De Souza (2018) Dos Santos (2015)

Fonte: Soares, 2022.

Conforme se observa, as obras mais recentes (2012, 2015 e 2018) adotaram abordagens com foco na real função que a figura das mutações constitucionais vem cumprindo no contexto brasileiro, em detrimento de uma análise meramente normativa

Especificamente nas obras pioneiras (Ferraz, Horta e Bulos), verifica-se que ausência de contextualização e uma certa repetição do conteúdo alemão preexistente impediram, de certo ponto, uma análise das mutações constitucionais sob a perspectiva da função, isto é, sob a dimensão da realidade prática de utilização da figura.

Muito embora há de se reconhecer que o enfoque exclusivo na dimensão normativa é compreensível, dado o contexto de publicação das obras pioneiras, pelo qual destacavam-se a

ausência de estudos (pátrios) sistematizados e normativos sobre o tema e o caráter de novidade que o permeava.

Em certo ponto, a análise meramente normativa de um instituto/conceito, sobretudo jurídico, tende a preceder a análise funcional (prática) deste. Afinal, o estudo relativo à funcionalidade prática demanda certo decurso de tempo e, indubitavelmente, análises normativas anteriores, as quais devem ser concedidas o devido reconhecimento.

Ainda sobre as abordagens funcional e normativa, observa-se que a adoção pela primeira não induz, necessariamente, à defesa da dispensabilidade da figura das mutações enquanto categoria. Confira-se:

Dos Santos (2015) e Pansieri e De Souza (2018) abordaram a temática com enfoque no aspecto funcional das mutações, tendo, inclusive, reconhecido o recente uso ilegítimo deste pelo STF. Nada obstante, ambos concluíram, ao final, pela necessidade de fixação de parâmetros fixos capazes de expurgar o uso inidôneo da figura, consubstanciados na verificação empírica, na perspectiva de Dos Santos (2015), e na enumeração de parâmetros e limites normativos, na perspectiva de Pansieri e De Souza (2018).

Lado outro, Pedron (2012), reconhecendo o uso ilegítimo da figura, sob o prisma funcional, concluiu, ao final, pela necessidade de substituição da tese da mutação constitucional pela interpretação construtiva, possibilitada pela teoria do direito como integridade.

Nesse ponto, todavia, cumpre pontuar que, embora na obra de Pedron (2012) prevaleça a abordagem sob o prisma funcional, a desconstrução da figura das mutações proposta se deu em três vertentes - (i) digressão histórica do contexto de surgimento do conceito; (ii) verificação do uso da figura pelo STF e (iii) compreensão da interpretação sob a ótica proposta por Dworkin, a qual abarca a realidade fática e suas eventuais mudanças, tornando dispensável a figura da mutação constitucional enquanto categoria- sendo a última eminentemente normativa.

Nota-se que, embora as principais críticas tecidas por Pedron (2012) tenham se situado na esfera funcional, tanto as que referem à finalidade para a qual a figura foi historicamente criada quanto às relativas a atual função que a figura vem cumprindo no Supremo, a proposta de substituição da tese das mutações pela interpretação construtiva tem caráter eminentemente normativo, na medida em que esvazia o papel normativo das mutações constitucionais.

Conforme se observa, da compreensão das mutações constitucionais no Brasil extraem-se diferenças interessantes, desde as ideias diametralmente opostas sobre a relação das mutações e da interpretação, passando pela natureza da figura, até a afirmação (ou não) de sua dispensabilidade enquanto categoria.

Nada obstante, é na identificação de casos exemplificativos que se encontram as

divergências cruciais. Cita-se como exemplo a ADPF 132 (união de casais homoafetivos), citada por Botelho (2010) como um autêntico exemplo de mutação constitucional e por Pedron (2018) como um exemplo de aplicação da interpretação construtiva, que, em sua perspectiva, torna dispensável a figura da mutação enquanto categoria.

Com efeito, elucidados os principais contornos da doutrina brasileira sobre as mutações constitucionais, desde a sua importação da Alemanha, em 1987, até meados de 2018, e identificadas as principais divergências e convergências que delineiam a figura no âmbito doutrinário, impõe-se investigar os caminhos traçados pelo Supremo Tribunal Federal.

Afinal, quais sentidos o Supremo vem atribuindo às mutações constitucionais em suas decisões? É o que se pretende investigar no capítulo seguinte.

3 AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB A PERSPECTIVA DO SUPREMO: QUAL (IS) SENTIDO (S) A CORTE ATRIBUI À FIGURA?

3.1 Da estratégia metodológica adotada.

Com o intuito de elucidar os contornos que o Supremo Tribunal Federal vem atribuindo à figura das mutações constitucionais, realizar-se-á, no presente capítulo, uma análise jurisprudencial, quantitativa e qualitativa, de acórdãos e decisões monocráticas proferidas pela Corte, e publicadas no lapso temporal compreendido entre 01/04/2014 e 01/01/2020.

Em outros termos, pretende-se identificar qual (is) sentido(s) o Supremo vem atribuindo ao termo mutação constitucional em suas decisões.

Para tanto, foi delimitado um banco de dados formado por 57 decisões e 09 informativos, a partir de pesquisa pública no sítio do Supremo Tribunal Federal¹⁰² com o termo “mutação constitucional”.

Frisa-se que a varredura no sítio do STF com os parâmetros supracitados indicou, em um primeiro momento, a existência de 38 decisões monocráticas. Contudo, da leitura individual de cada julgado, verificou-se que algumas dessas decisões foram elencadas em duplicidade no sítio, pelo que referido bloco de análise foi reduzido para 33 monocráticas.

O lapso temporal delimitado – decisões monocráticas e acórdãos publicados no lapso temporal de 01/04/2014 a 01/01/2020 - trata-se da data final da pesquisa jurisprudencial realizada por Carlos Victor Nascimento Dos Santos (até 31/03/2014), a qual também engloba o lapso temporal adotado na pesquisa jurisprudencial perpetrada por Rodrigo Sarmiento Barata (até 31/08/2009)¹⁰³.

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. <
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&publicacao_data=01042014-01012020&page=1&pageSize=10&queryString=%22muta%C3%A7%C3%A3o%20constitucional%22&sort=_score&sortBy=desc > Acesso em 07-02-2022.

¹⁰³ Em ambas as pesquisas, foram realizados estudos qualitativos e quantitativos no sítio do STF no que tange a decisões cuja expressão “mutação constitucional” se fez presente, tendo sido tabelados e quantificados em tabelas e gráficos os sentidos atribuídos pelos Ministros, em maior e menor escala.

Dentre os dados encontrados nas pesquisas jurisprudenciais supracitadas, registram-se os seguintes resultados tabelados por Dos Santos: 09 sentidos atribuídos, pelos Ministros, totalizando 39 menções ao termo “mutação constitucional”, em 32 processos, datados até 31/03/2014, quais sejam: (i) mutação ocorrida a partir da inércia do poder público; (ii) mudança de sentido, sem expressa modificação do texto (4x), (iii) transformação do texto gerada por emenda constitucional; (iv) mudança na interpretação; (v) interpretação judicial; (vi) interpretação extensiva; (vii) interpretação evolutiva; (viii) mudança de jurisprudência; (ix) evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial. Foram tabelados, ainda, 05 julgados em que a menção ao termo “mutação constitucional” se deu apenas com o fito de negar a sua ocorrência. Em suma, conclui Dos Santos que os resultados encontrados e tabelados, da análise de 32 julgados, apontaram para o percentual de 71% das menções à expressão “mutação constitucional” com referência do instituto como mudança de interpretação ou jurisprudência.

Barata, em linha de pesquisa jurisprudencial semelhante, tabelou os seguintes resultados: análise de 22 decisões publicadas até 31/08/2009, tendo sido encontrados 03 sentidos atribuídos, pelos Ministros, ao instituto da

Quanto ao tabelamento dos resultados, em suma, pretende-se acomodá-los nos seguintes eixos: (i) gráfico das menções por tipo de decisões; (ii) gráfico por Ministros, no que tange à maior ou menor menção ao termo; (iii) análise temporal dos períodos com maior e menor menção ao termo; (iv) análise quantitativa e qualitativa de casos em que se discute, com profundidade, o conceito e os limites das mutações constitucionais; (v) tabelamento dos sentidos atribuídos, pelos Ministros, em suas decisões.

Nada obstante, para além das pesquisas anteriores realizadas por Dos Santos (2015) e Barata (2009), a investigação ora proposta avança nas seguintes searas não exploradas pelos referidos autores: (i) análise dos informativos publicados pelo Supremo com menção ao termo “mutação constitucional”; (ii) análise da natureza das matérias objeto dos julgados em que foram discutidos, com profundidade, o conceito e os limites das mutações constitucionais; (iii) análise dos sentidos atribuídos ao termo investigado, pelos Ministros do Supremo, conjugada com as delineações doutrinárias pátrias apresentadas no capítulo 02 e (iv) análise dos julgados citados, reiteradamente, como paradigmas nas decisões monocráticas com menção ao termo “mutação constitucional”.

Por fim, cumpre assinalar que, com o escopo de facilitar a compreensão dos resultados encontrados, alguns dados serão apresentados sob a forma de tabelas ou gráficos, devidamente acompanhados das respectivas explicações metodológicas.

Com efeito, visando identificar a real finalidade que a figura das mutações vem cumprindo no interior do Supremo Tribunal Federal, apresentar-se-á, no presente capítulo, um mapeamento jurisprudencial a partir da leitura e análise das 57 decisões e 09 informativos enquadrados nos parâmetros de análise indicados.

3.2 Da análise quantitativa e qualitativa dos julgados: Quais sentidos a Corte atribui ao instituto?

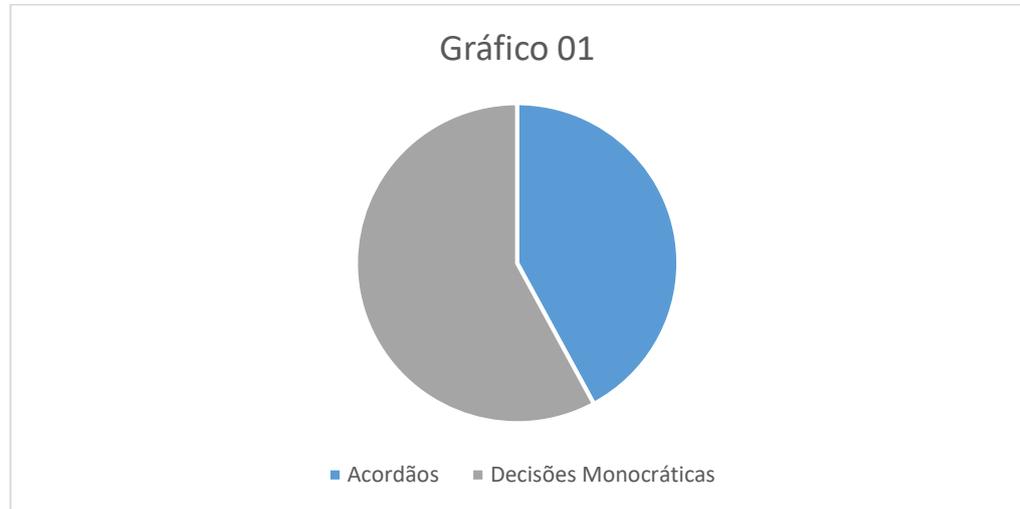
Como relatado no tópico anterior, da varredura realizada no site do Supremo com a expressão “mutação constitucional”, foram encontrados 09 informativos e 57 decisões.

mutações constitucionais. (i) mutação constitucional como mera mudança de interpretação – 09 casos; (ii) mutação constitucional como mudança forma da Constituição – 04 casos e (iii) mutação constitucional como alteração normativa oriunda de mudança fática – 06 casos. Foram encontrados, ainda, 03 julgados em que a expressão foi citada como mera negativa de sua ocorrência e 02 casos denominados como não enquadráveis em nenhuma classificação.

Registra-se que os estudos jurisprudenciais supracitados, conquanto semelhantes, foram realizados com linhas metodológicas diferentes, tendo sido utilizadas estratégias diversas para o tabelamento e quantificação dos sentidos atribuídos pelos Ministros. Ademais, conforme pontuado, a análise de Dos Santos mostra-se mais abrangente, de modo a abarcar, ainda, gráficos por tipo de decisões; gráfico por Ministros; análise temporal de maior e menor menção ao instituto e análise qualitativa dos casos em que foram discutidos, com profundidade, o conceito e os limites das mutações constitucionais, a saber: MS 26602-3 DF e RCL 4335/AC. (DOS SANTOS, 2015; BARATA, 2009)

Aludidas decisões compreendem 33 decisões monocráticas e 24 acórdãos, dentre os quais se incluem 05 questões de ordem e 04 repercussões gerais:

Gráfico 1 – Gráfico das menções por tipo de decisões



Fonte: *Site do Supremo Tribunal Federal.*

Quanto à natureza dos processos adjacentes, constatou-se que, das 33 decisões monocráticas, 11 são relativas ao controle de constitucionalidade concentrado e 22 relativas ao controle de constitucionalidade difuso. No mesmo rumo, dos 24 acórdãos analisados, 08 são referentes ao controle de constitucionalidade concentrado e 16 referentes ao controle de constitucionalidade difuso.

No total, das 57 decisões analisadas, 19 correspondem ao controle concentrado, ao passo que 38 correspondem ao controle difuso. Confira-se:

Gráfico 2– Gráfico das menções por natureza dos processos

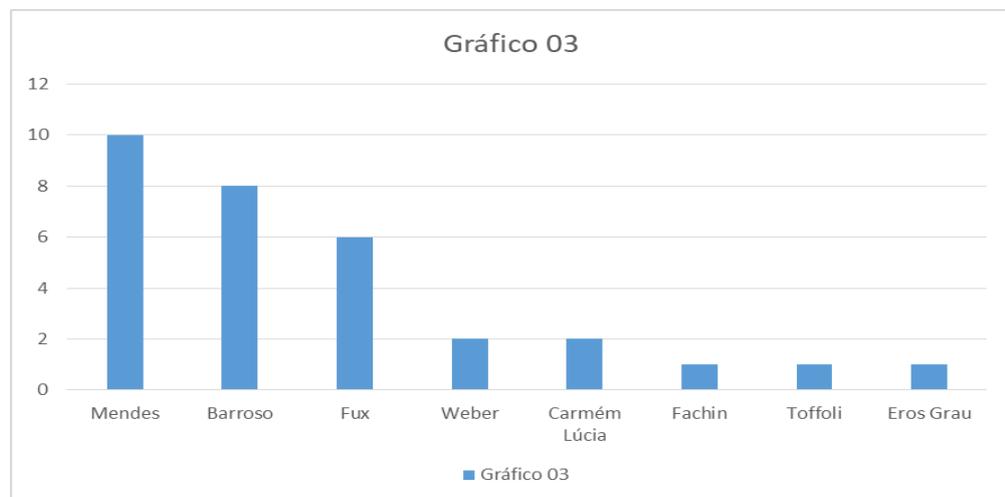


Fonte: *Site do Supremo Tribunal Federal.*

Mais adiante, adentrando na análise das menções ao termo “mutação constitucional” por cada Ministro nos 24 acórdãos rastreados, foram identificadas e contabilizadas as menções em afirmação e/ou ratificação da tese da mutação e as menções em negativa à aplicação da figura das mutações no caso concreto.

Inicialmente, quanto à quantidade de menções ao termo em afirmação e/ou ratificação da tese da mutação, nos 24 acórdãos analisados, desconsideradas as meras menções em referência bibliográfica de livro ou obra, foram encontrados os seguintes resultados:

Gráfico 3 - Quantidade de menções defendendo a ocorrência/configuração da mutação



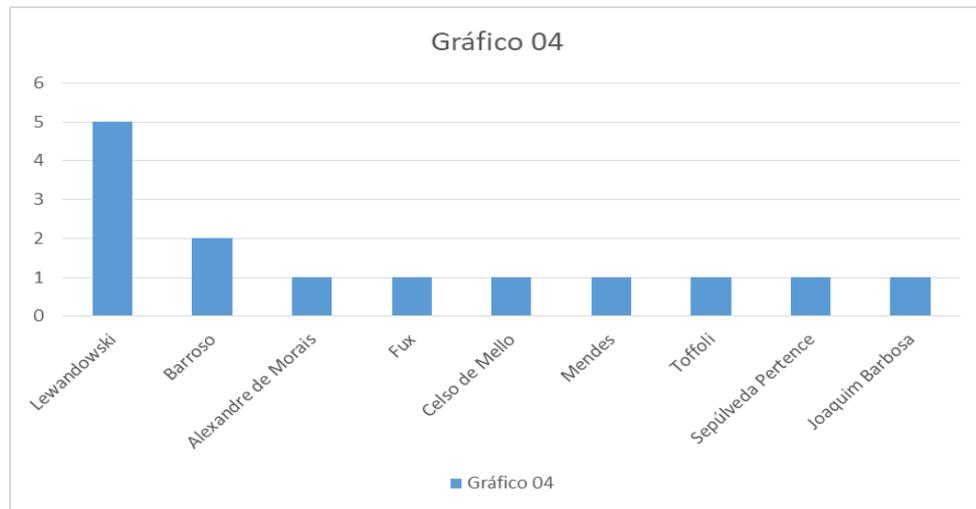
Fonte: Site do Supremo Tribunal Federal.

Conforme se observa, no período de análise, o Ministro Gilmar Mendes lidera o ranking com 10 menções à expressão, em defesa da configuração/ocorrência da mutação, seguido pelos Ministros Barroso e Fux, com 08 e 06 menções ao termo, respectivamente.

Verifica-se, ainda, que, no período analisado, os (as) Ministros (as) Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa não mencionaram o termo “mutação constitucional”, em defesa de sua ocorrência, em nenhum de seus votos e/ou decisões monocráticas.

Lado outro, quanto às menções à expressão “mutação constitucional” com o intuito de negar a sua configuração/ocorrência, foram encontrados os seguintes resultados:

Gráfico 4- Quantidade de menções para negar a ocorrência/configuração da mutação



Fonte: *Site* do Supremo Tribunal Federal.

Pelo que se depreende, o Ministro Ricardo Lewandowski, que, no período analisado, não proferiu nenhuma decisão em defesa da ocorrência/configuração das mutações, lidera o ranking das menções ao termo em negativa da ocorrência/configuração da figura, seguido pelo Ministro Barroso.

Já o Ministro Fux, que mencionou o termo em defesa da ocorrência/configuração por 06 vezes, proferiu uma única decisão mencionando a expressão “mutação constitucional” para negar a sua configuração no caso concreto.

Repisa-se que aludidos resultados se relacionam ao número de acórdãos em que a expressão “mutação constitucional” foi citada por cada Ministro, sendo irrelevante o número de referências ao termo existentes em um mesmo julgado.

Enveredando na seara temporal, foram identificados os períodos com maior e menor menção à expressão “mutação constitucional”, desconsideradas as meras menções em referência bibliográfica de livro ou obra.

Gráfico 5- Gráfico das menções ao termo "mutação constitucional" ao longo do tempo



Fonte: Site do Supremo Tribunal Federal.

Pelo que se depreende, do período compreendido entre 01-04-2014 a 01-01-2020, considerada a data de publicação das decisões, 2017 foi o ano com mais menções à expressão “mutação constitucional” nos acórdãos e decisões monocráticas do Supremo (20 menções), seguido por 2018, com 15 menções, 2019, com 09 menções, e 2016, com 06 menções.

Lado outro, 2014 foi o ano com menor menção à expressão investigada no corpo das decisões (02 menções), seguido por 2015, com 03 menções.

Chama atenção o discrepante salto ocorrido entre os anos de 2016 e 2017. Enquanto, em 2016, foram encontradas somente 06 menções ao termo “mutação constitucional” nos acórdãos e decisões monocráticas do Supremo, em 2017, referido número subiu para 20, configurando um aumento superior a 200%.

Em sentido oposto, contudo, observa-se que após 2017, ano com mais menções à expressão investigada, vem havendo uma relevante redução das menções ao termo “mutação constitucional” no corpo das decisões, sendo que, em 2019, identificou-se apenas 09, isto é, menos da metade das identificadas em 2017.

Adentrando na seara qualitativa de análise, buscou-se identificar em quais julgados se discutiu, profundamente, o conceito e os limites das mutações constitucionais.

E identificou-se que, dos 57 julgados com menção à expressão investigada, somente 12 proporcionaram um real debate sobre a figura das mutações. São eles:

Tabela 4 - Julgados em que se discutiu a figura das mutações, com profundidade, e suas respectivas temáticas

Julgado	Temática abordada
---------	-------------------

Ação penal 937	Competência - foro por prerrogativa de função
ADI 15725	Prisão em segunda instância
ADC's 43 e 44	Prisão em segunda instância
HC 126.292	Prisão em segunda instância
ADI 5540	Licença prévia para processamento de crime comum de governador.
ADI 4764	Licença prévia para processamento de crime comum de governador.
ADI 4362	Licença prévia para processamento de crime comum de governador.
ADI 5105	Fundo partidário
RE 778.889	Licença paternidade
HC 1279	Competência militar
RE 522.897	Prazo prescricional – FGTS
RECL 4.335	Art 52, X da CRFB e a abstrativização do controle difuso

Fonte: Site do Supremo Tribunal Federal.

Conforme se observa, dos 12 julgados em que se discutiu, com profundidade, a aplicabilidade (ou não) da figura das mutações, 06 envolveram questões de fundo processual (competência militar, competência em caso de foro por prerrogativa de função e licença prévia para processamento de crimes contra o Governador e prerrogativa do art 52, X da CRFB e a abstrativização do controle difuso), o que causa estranheza, especialmente diante da natureza fechada e estrutural das normas de competência e do princípio da justeza ou conformidade funcional.

No tocante à natureza dos 12 processos, verificam-se 01 ação penal, 03 habeas corpus, 02 recursos extraordinários e 01 reclamação, na seara do controle difuso de constitucionalidade. Lado outro, na seara do controle concentrado, encontram-se 04 ações declaratórias de inconstitucionalidade e 01 ação declaratória de constitucionalidade.

Em termos temporais, verifica-se que, de 2014 a 2018, 05 das 12 decisões foram proferidas em 2017 (quase 50%); 04 em 2016; 02 em 2018 e 01 em 2014. Isto é, nos anos de

2017 e 2016, foram publicadas a grande maioria das decisões (09 das 12) com vasta discussão sobre a figura.

Veja-se:

Gráfico 6- Gráfico das menções ao termo "mutação constitucional" ao longo do tempo, com análise aprofundada da figura



Fonte: Site do Supremo Tribunal Federal.

Ainda sobre os 12 julgados supracitados, em análise individual por Ministro, constatou-se as seguintes menções à expressão investigada, em defesa de sua ocorrência/aplicação no caso:

Gráfico 7- Gráfico das menções por Ministro, em defesa da ocorrência/aplicação no caso



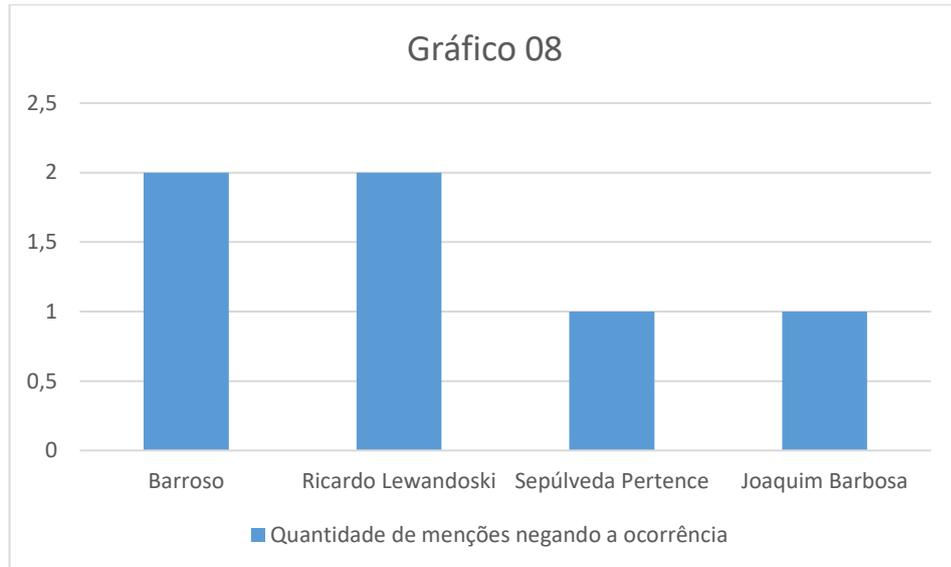
Fonte: Site do Supremo Tribunal Federal.

Deflui-se do gráfico supra que, dentre os 12 julgados em que se discutiu, com

profundidade, a aplicação das mutações, os Ministros Barroso e Fux defenderam expressamente a aplicação/ocorrência da figura em 7 deles, seguidos pelas Ministras Rosa Weber e Carmén Lúcia (02) e pelo Ministro Eros Grau (01).

Noutro giro, quanto às menções à expressão em negativa de sua ocorrência/aplicação ao caso, foram encontrados os seguintes resultados:

Gráfico 8- Gráfico das menções por Ministro, em negativa da ocorrência/aplicação no caso



Fonte: *Site do Supremo Tribunal Federal.*

Por fim, com o intuito de facilitar a compreensão dos resultados encontrados no tocante aos sentidos atribuídos, pelos Ministros, à expressão “mutação constitucional”, foram criadas 09 categorias, dentre as quais foram enquadradas as menções ao termo investigado em cada um dos 24 acórdãos analisados.

Tabela 5 - Categorias de sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nos 24 acórdãos analisados

Categoria de sentido	Explicação
(i) Reforma da Constituição sem alteração do texto	Menção à expressão “mutação constitucional” como reforma da Constituição sem alteração do texto, em oposição à alteração formal.
(ii) Alteração de entendimento em razão da alteração da percepção do direito ou das consequências negativas de entendimento anterior	Menção à expressão “mutação constitucional” com o intuito de indicar a alteração na percepção do direito ou a ocorrência de consequências negativas em razão de entendimento anterior dado à matéria

(iii) Evolução interpretativa	Menção à expressão “mutação constitucional” como sinônimo de interpretação evolutiva.
(iv) Oposto de interpretação literal	Menção à expressão “mutação constitucional” como oposto à interpretação literal
(v) Backlash - alteração da jurisprudência do STF pelo Legislativo	Menção à expressão “mutação constitucional” operada pelo Legislativo como sinônimo de backlash - superação da jurisprudência do STF pelo Legislativo
(vi) Alteração do texto por outro texto	Menção à expressão “mutação constitucional” como a alteração do texto por outro texto, em razão da incongruência com a realidade
(vii) Negativa de ocorrência	Menção à expressão “mutação constitucional” com o intuito de negar a sua aplicação e/ou ocorrência no caso concreto.
(viii) Citação do termo sem explicação	Menção à expressão “mutação constitucional” de forma aleatória, sem nenhuma explicação e/ou contextualização no voto ou decisão monocrática
(ix) Mera citação em relatório e/ou referências bibliográficas	Menção à expressão “mutação constitucional” em relatório e/ou referências bibliográficas

Fonte: Soares, 2022

Inicialmente, no tocante aos 24 acórdãos identificados, foram encontradas 47 menções à expressão investigada, tendo sido tabelados os seguintes sentidos:

Tabela 6 - Tabela quantitativa dos sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nos 24 acórdãos analisados

Categoria de sentido	Quantidade de menções enquadradas na categoria de sentido
(i) Reforma da Constituição sem alteração do texto	01

(ii) Alteração de entendimento em razão da alteração da percepção do direito ou das consequências negativas de entendimento anterior	15
(iii) Evolução interpretativa	03
(iv) Oposto de interpretação literal	02
(v) Backlash - alteração da jurisprudência do STF pelo Legislativo	01
(vi) Alteração do texto por outro texto	01
(vii) Negativa de ocorrência	15
(viii) Citação do termo sem explicação	08
(ix) Mera citação em relatório e/ou referências bibliográficas	01

Fonte: Soares, 2022.

Conforme se observa, das 47 menções ao termo investigado, 15 referem-se à negativa de ocorrência; 08 foram citadas sem explicação e 01 foi citado em mero relatório e/ou referências bibliográficas, totalizando 24, isto é, mais de 50% da totalidade de menções.

Referidos dados demonstram que, no período analisado, em mais da metade das menções à expressão “mutação constitucional” nos acórdãos do Supremo - 24 de 47 menções - não foi atribuído nenhum sentido normativo à figura ou foi utilizada somente para negar a sua aplicação ao caso concreto.

Noutro giro, dentre as menções ao termo com atribuição de sentido normativo à figura, lidera a categoria de sentido (ii) “alteração de entendimento em razão da alteração da percepção do direito ou das consequências negativas de entendimento anterior”, com 15 menções, seguida pelas categorias de sentido (iii) “evolução interpretativa”, com 03 menções; e (iv) “oposto de interpretação literal”, com 02 menções.

Com apenas 01 menção cada, figuram as categorias de sentido (i) “reforma da Constituição sem alteração do texto”; (v) “backlash - alteração da jurisprudência do STF pelo legislativo” e (vi) “alteração do texto por outro texto”.

Tais dados indicam que a compreensão das mutações, pelo Supremo, tende a se aproximar da natureza de instituto atrelado à seara da hermenêutica e da interpretação, sem indicação de nenhuma particularidade distintiva.

Mais adiante, quanto às 33 decisões monocráticas, foram criadas 04 categorias de sentidos, dentre as quais foram enquadradas as menções ao termo investigado em cada uma das 33 decisões monocráticas analisadas.

Confira-se:

Tabela 7 - Categorias de sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nas 33 decisões monocráticas analisadas

Categoria de sentido	Quantidade de menções enquadradas na categoria de sentido
(i) Citações diretas de julgados paradigmas do STF	Menção à expressão “mutação constitucional” em citações diretas de julgados paradigmas do STF
(ii) Mera citação em relatório e/ou referências bibliográficas	Menção à expressão “mutação constitucional” em relatório e/ou referências bibliográficas
(iii) Negativa de ocorrência	Menção à expressão “mutação constitucional” com o intuito de negar a sua aplicação e/ou ocorrência no caso concreto.
(iv) Alteração da interpretação de dispositivo anteriormente tido como constitucional, em razão de uma nova realidade	Menção à expressão “mutação constitucional” como a alteração da interpretação de dispositivo anteriormente tido como constitucional, em razão de uma nova realidade

Fonte: Soares, 2022.

Nas 33 decisões monocráticas identificadas, foram encontradas 33 menções à expressão investigada, tendo sido tabelados os seguintes sentidos:

Tabela 8 - Tabela quantitativa dos sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nas 33 decisões monocráticas analisadas

Categoria de sentido	Quantidade de menções enquadradas na categoria de sentido
(i) Citações diretas de julgados	26

paradigmas do STF	
(ii) Mera citação em relatório e/ou referências bibliográficas	05
(iii) Negativa de ocorrência	01
(iv) Alteração da interpretação de dispositivo anteriormente tido como constitucional, em razão de uma nova realidade	01

Fonte: Soares, 2022.

Como se vê, foram encontradas apenas 04 categorias de sentidos nas 33 menções à expressão constantes das decisões monocráticas analisadas, sendo notável a liderança, quase unânime das “(i) citações diretas de julgados paradigmas do STF”, com 26 menções, seguida pela “(ii) mera citação em relatório e/ou referências bibliográficas”, com 05 menções.

Com apenas uma menção cada, encontram-se a “(iii) negativa de ocorrência” e (iv) a “(iv) alteração da interpretação de dispositivo anteriormente tido como constitucional, em razão de uma nova realidade”.

Referidos resultados em nada surpreendem.

Isso porque, dadas as hipóteses de julgamento monocrático pelo Relator, descritas no art. 932 do CPC/15¹⁰⁴, não é de se espantar que a categoria de sentido mais encontrada se refere, exatamente, à citação direta de julgados paradigmas, do STF, em que discutiu a figura das mutações.

¹⁰⁴ “Art. 932. Incumbe ao relator: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes; II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; VI - decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal; VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal”.

As 26 “(i) citações diretas de julgados paradigmas do STF” referem-se, exatamente, aos seguintes julgados:

Tabela 9 - Tabela dos julgados paradigmas citados nas decisões monocráticas

Julgado paradigma citado	Temática abordada	Quantidade de menções
ADI's 4764, 4797, 4798	Licença prévia para processamento de crime comum de governador	09
MS 26.603	Fidelidade partidária	07
ADI 5105	(In) constitucionalidade da vaquejada	05
RE 778.887	Licença paternidade	02
RE 590.890	Creditamento tributário - IPI	01
RE 637.485	Reeleição de prefeito em município diverso.	01
RECL 4374/2012	Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente.	01

Fonte: Soares, 2022.

Especificamente sobre as ADI's 4764, 4797, 4798, citadas em 09 decisões monocráticas, foi abordada a (des) necessidade de licença prévia para o processamento de crime comum de governador à luz do princípio republicano.

Na oportunidade, os Ministros Barroso, Fachin, Fux e Rosa Weber discorreram sobre a figura das mutações constitucionais, tendo afirmado, expressamente, a mutação do princípio republicano, exigindo-se, por consequência, maior rigor na responsabilização e fiscalização dos governantes.

Referidas ADI's proporcionaram digressões doutrinárias interessantes sobre a figura das mutações, motivo pelo qual foram citadas como julgados paradigmas em grande parte das decisões monocráticas analisadas - 9 de 33.

No mesmo rumo, merece destaque o julgamento do RE 778.887, citado como julgado paradigma em 02 decisões monocráticas.

Aludido RE foi julgado em repercussão geral, o que, por si só, explana a relevância da discussão perpetrada e justifica a sua citação nas decisões monocráticas supracitadas.

No julgado em comento, o Ministro Relator Barroso defendeu a ocorrência de mutação constitucional no tocante à compreensão dos conceitos de família e adoção, em razão da alteração da compreensão da realidade social, tendo sido expressamente acompanhado pelo Ministro Fux.

Nas palavras do Min. Relator Barroso:

Diante do exposto e em resposta às questões de direito postas pelo presente caso, concluo que: (i) a lei não pode instituir prazos diferenciados de licença gestante e adotante ou de suas prorrogações; e (ii) a lei não pode estipular prazo de licença adotante inferior, nos casos de adoções tardias. Entendimento diverso contrariaria a proteção constitucional à maternidade (CF, art. 6º e 7º, XIII), a prioridade do superior interesse da criança, a doutrina da proteção integral (CF, arts. 226 e 227), o direito dos filhos adotados à igualdade de tratamento com filhos biológicos (CF, art. 227, § 6º), o direito da mulher adotante à dignidade, à igualdade e à autonomia (CF, art. 5º, caput e inc. III) e o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição à proteção deficiente (CF, art. 5º, LV). Supero, assim, o entendimento afirmado no RE 197.807 e reconheço a ocorrência de mutação constitucional.

Nota-se que, ao abordar a ocorrência da mutação constitucional, o Min. relacionou a figura das mutações à ideia de superação de entendimento anterior, firmado no RE 197.807, o que, em certo ponto, indica a compreensão da figura sob a ótica hermenêutica e interpretativa.

Contudo, no mesmo voto, foram utilizados dados sobre a taxa de adoção de crianças menores de 03 anos e taxas de depressão pós parto e pós adoção, com o intuito de demonstrar a alteração da compreensão dos conceitos de família e adoção.

Por fim, direcionando à análise aos informativos publicados no lapso temporal proposto com menção ao termo “mutação constitucional”, foram encontrados os seguintes resultados:

No período de 01/04/2014 a 01/01/2020, foram rastreados no sítio do Supremo 09 informativos com menção à expressão investigada, contudo, 07 deles se limitaram a transcrever trechos de julgados já integrantes do banco de análise, não trazendo, portanto, nenhuma contribuição a mais ao presente debate. São eles: Informativo n. 818 (ADI 5105 - Backlash); n. 847 (MS 34.518 - Backlash); n. 863 (ADI 5540 - autorização prévia para processamento de crimes comuns praticados por Governadores); n. 867 (Questão de ordem na ação penal 937 - foro por prerrogativa de função); n. 878 (ADI 4439 - ensino religioso nas escolas públicas); n. 896 (HC 152.752 - prisão em segunda instância); n. 900 (Questão de ordem na ação penal 937 - foro por prerrogativa de função).

Lado outro, diante da relevância e do impacto para a temática, merecem destaque os informativos n. 866 e 944, publicados em 06/12/2017 e 19/06/2019, os quais reúnem julgados

que não se encontram entre os acórdãos e decisões monocráticas integrantes do banco de dados já analisado (ADI's 3406 e 3470 e do HC 168.052).

O informativo n. 866, ao abordar o julgamento das ADI's 3406 e 3470¹⁰⁵, pelo qual foi proibida a utilização do amianto em todo território nacional, simboliza relevante impacto para a temática das mutações constitucionais no Brasil.

Na oportunidade, o Supremo, sob a Relatoria da Ministra Rosa Weber, declarou constitucionais as leis estaduais que proibiam o amianto (ADI's 3.406 e 3.470) e, para tanto, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, que autorizava a utilização do amianto crisotilla (asbesto branco).

E, com o intuito de garantir efeito erga omnes à declaração de inconstitucionalidade incidental do artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, defendeu-se, expressamente, a tese da mutação do art. 52, X da CRFB/88 e, assim, a abstrativização do controle difuso (objetivação do controle concreto), nos moldes já sustentados pelo Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da Reclamação 4.335, com a ressalva de que, naquela oportunidade, referida tese não prevaleceu.

Ressalte-se que, como bem pontuado por Fernandes e Godoy (2019) em artigo publicado no Jota, “*essa foi a primeira vez em que o STF passou a explicitamente acolher a tese da mutação do art. 52, X e, assim, a abstrativização do controle difuso (objetivação do controle concreto)*”¹⁰⁶, pelo que se extrai a relevância do aludido julgado.

A despeito da aludida relevância, verifica-se que, em termos quantitativos, o termo “mutação constitucional” foi citado tão somente 02 vezes no acórdão, pelos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, tendo o primeiro utilizado a expressão apenas para negar sua ocorrência no caso concreto, em razão da criação das súmulas vinculantes, com a Emenda n. 45, e o segundo para afirmar o processo de inconstitucionalização da Lei Federal nº 9.055/1995, a partir da alteração do sentido constitucional.

Nada obstante, é na adesão dos (as) Ministros (as) Rosa Weber, Carmén Lúcia, Celso de Mello, Dias Toffoli e Luiz Fux aos fundamentos já esboçados pelo Ministro Gilmar Mendes

¹⁰⁵ ADI's 3406 e 3470, Relatora Ministra Rosa Weber, processo eletrônico DJe-019, julgado em 29-11-2017, divulgado em 31-01-2019, publicado em 01-02-2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203406%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>. Acesso em 20-06-2022

¹⁰⁶ Fernandes, Bernardo Gonçalves; Godoy, Miguel Gualano de. JOTA. **Como o Supremo expandiu seus poderes no caso do amianto? Construindo supremacia: STF, a mutação constitucional e a abstrativização do controle difuso-concreto.** Disponível em <<https://www.jota.info/stf/supra/como-o-supremo-expandiu-seus-poderes-no-caso-do-amianto-21112019>>. Acesso em 20-06-2022.

no julgamento da Reclamação 4335-5/AC, e repisados neste julgado, que se verifica a prevalência da tese da mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88, para o reconhecimento do efeito *erga omnes* no controle de constitucionalidade difuso, independentemente da atuação do Senado Federal.

Nesse sentido, confira-se trecho do voto do Min. Gilmar Mendes¹⁰⁷, no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470:

[...] Mas aí eu pontuaria essa angústia de Vossa Excelência, e acho que o CPC, nesse ponto, talvez sinalize uma superação – ponto em que tenho insistido – de que não temos outra alternativa, pelo menos no âmbito do Supremo, senão equalizar a decisão que se toma em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental. Agora me parece que o CPC vem em reforço quando não distingue mais a declaração de inconstitucionalidade em uma ou outra situação. Na prática, já fazemos isso um pouco. Não esperamos que o Senado suspenda. Como sabemos, é um pouco sazonal a suspensão por parte do Senado. Às vezes ele faz, até com certa diligência, isto depende muito da atividade da Comissão de Constituição e Justiça. Às vezes esse assunto é negligenciado, e o Senado não se debruça sobre esse tema, porque é um tema assaz técnico, vamos dizer assim, considerando a formação da Casa política. Então, parece-me que vamos ter que enfrentar essa questão, ou agora, ou em outro momento; porque, de fato, a meu ver, não faz muito sentido fazer-se essa distinção. Um caso que passou por todas as instâncias, desde o primeiro grau vem sendo discutido, portanto, bastante moroso. Certamente todos esses REs têm lá mais de dez anos.[...]

Vamos assumir isto - embora os discursos, às vezes, variem na concretização: normalmente, declarada a inconstitucionalidade – aqui, na verdade, tivemos um certo imbróglio, porque se misturaram os procedimentos – de uma lei no controle difuso, aqui, nunca mais trazemos o debate para o Plenário. Em tese, se estivéssemos esperando o artigo 52, X, teríamos que fazê-lo. Tem até um precedente do Ministro Menezes Direito em que ele julgou prejudicada uma ADI porque a matéria já tinha sido julgada em repercussão geral. [...]

Estou dizendo só do reforço. A proposta que já tinha feito em outro momento é que... Claro que não estamos fazendo uma interpretação ablativa do texto constitucional, do artigo 52, X, mas fazendo uma releitura, para dizer que comunicamos ao Senado, para que o Senado faça a publicação, ou seja, intensifique a publicidade, só isso. A decisão já é bastante em si.[...]

No mesmo rumo, em manifesta adesão à tese defendida por Mendes, assim se posicionou o Ministro Luiz Fux¹⁰⁸:

[...] Não há mais diferença entre controle incidental e controle principal. O Código, inclusive, agora, por exemplo, na fase de execução, quando se quer alegar que a sentença é objeto do cumprimento, ou da execução antiga, que se baseou em lei inconstitucional, diz que a lei pode ter sido considerada inconstitucional em controle

¹⁰⁷ ADI's 3406 e 3470, Relatora Ministra Rosa Weber, processo eletrônico DJe-019, julgado em 29-11-2017, divulgado em 31-01-2019, publicado em 01-02-2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203406%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>. Acesso em 20-06-2022

¹⁰⁸ ADI's 3406 e 3470, Relatora Ministra Rosa Weber, processo eletrônico DJe-019, julgado em 29-11-2017, divulgado em 31-01-2019, publicado em 01-02-2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203406%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>. Acesso em 20-06-2022

concentrado ou em controle incidental. Qualquer um dos controles é suficiente para que a parte possa se escusar de cumprir uma sentença inconstitucional. [...]

É constitucional porque ela dizia que proibia. Pois é, então, se há essa questão prejudicial decidida, eu acho que o momento é propício para que o Supremo confira maior eficácia às suas decisões em controle concentrado e em controle difuso. O artigo 52, X, sempre foi interpretado com uma chancela meramente formal. Será que é possível o Senado Federal, depois da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, mudar a nossa decisão? Eu acho que não.[...]

De sorte que eu, adotando essa equivalência do controle difuso e do controle concentrado, entendendo que o artigo 52, X, apenas permite uma chancela formal do Senado - o Senado não pode alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade do Supremo -, eu, então, acompanho integralmente o voto da Ministra Rosa Weber, agora, baseado nos fundamentos que o Plenário, por maioria, - e me submeto à colegialidade -, decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Federal.[...]

Igualmente, destacaram o Ministro Dias Toffoli e a Ministra Carmén Lúcia¹⁰⁹:

Com a devida vênia do Ministro Marco Aurélio, que sei que pensa o contrário, em razão do art. 52, X, e também do Ministro Alexandre de Moraes, que compartilha dessa preocupação do Ministro Marco Aurélio, eu subscrevo o que foi inicialmente levantado pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo, agora há pouco, o Ministro Luiz Edson Fachin discorrido de uma maneira bastante clara, a respeito da dimensão da decisão que nós estamos tomando aqui, qual seja, a aplicação do controle difuso, dando esse efeito erga omnes e praticamente vinculante também às deliberações deste Plenário. Nem poderia ser diferente: se o que se decide no controle abstrato tem uma consequência; no controle concreto teria outra? Por quê? O sentido do art. 52, X, da Constituição é para uma época em que o Diário Oficial levava 3 meses para chegar nos rincões do Brasil, uma época em que as decisões do Supremo ou do Judiciário não eram publicadas em diários oficiais. Hoje, a TV Justiça transmite ao vivo e em cores para todo país o que nós estamos deliberando aqui. Não tem sentido ter que se aguardar uma deliberação futura para dar eficácia à decisão; ficamos nós, aqui, depois, a bater carimbo em relação a inúmeros processos que aqui chegam. Toda a evolução da jurisdição constitucional recente do Brasil foi exatamente no sentido de superarmos essa necessidade [...] E também subscrevo a ideia da preclusão em relação à decisão da matéria, que foi inicialmente aventada pelo Ministro Gilmar e, agora, também, acompanhado pelo Ministro Luiz Edson Fachin, pelo Ministro Luiz Fux e a Ministra Rosa.[...] (Ministro Dias Toffoli)

E quanto à proposta apresentada, neste caso, pelo Ministro Gilmar Mendes, que foi objeto de considerações finais agora, em que pese não ser o objeto específico das ações diretas, diria que talvez, Ministro Celso, nós estejamos encaminhando, como disse, para um reconhecimento de que as matérias, sendo idênticas, sejam declaradas inconstitucionais, até porque nós falamos muito - doutrina e jurisprudência - em controle concentrado e controle difuso e em controle concreto e controle abstrato como se fossem sinônimos. Na verdade, o que é concentrada e a competência para o julgamento, e então se tem o controle abstrato, a lei em tese, no dizer que tivemos aqui.[...] (Ministra Carmén Lúcia)

Lado outro, em minoria quantitativa, posicionaram-se expressamente contrários à aludida tese vencedora os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes¹¹⁰:

¹⁰⁹ ADI's 3406 e 3470, Relatora Ministra Rosa Weber, processo eletrônico DJe-019, julgado em 29-11-2017, divulgado em 31-01-2019, publicado em 01-02-2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203406%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>. Acesso em 20-06-2022

¹¹⁰ ADI's 3406 e 3470, Relatora Ministra Rosa Weber, processo eletrônico DJe-019, julgado em 29-11-2017, divulgado em 31-01-2019, publicado em 01-02-2019. Disponível

Presidente, eu peço até desculpas por problematizar tanto isso, mas eu, nessa parte, concordo com o Ministro Marco Aurélio que o artigo 52, X, não pode ser suplantado, em regra, pelo Código de Processo Civil. Aqui, nós até podemos dar uma interpretação, porque são casos absolutamente idênticos, mas, mesmo assim, nós não solucionaríamos o problema. E, por isso, coloquei a discussão, porque não há, salvo engano, seis votos que vedam, de forma absoluta, a crisotila no Brasil, porque o voto do Ministro Toffoli não foi para vedar de forma absoluta. Foi dizendo que não acompanhou. [...] (Ministro Marco Aurélio)

A questão de uma nova interpretação do artigo 52, X, não foi colocada nem como questão de ordem. Por que digo isso? Até hoje, o Supremo Tribunal Federal entende que, no controle difuso, o Senado Federal não está obrigado a estender os efeitos inter partes para erga omnes das declarações incidentais do Supremo. Isso são debates históricos e pode até vir - é sempre uma proposta do Ministro Gilmar -, mas até hoje o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao artigo 52, X, é que ao Supremo cabe declarar para o caso concreto e ao Senado cabe, se entender necessário, suspender, dando efeitos gerais. Aliás, a grande diferença do controle concentrado é que a suspensão dá efeito sempre ex nunc, não retroativos. Poderíamos até evoluir nesse sentido, mas eu quero dizer que eu não votei em relação a isso porque não era isso que estava em questão. Só para deixar claro[...] (Ministro Alexandre de Moraes)

Conforme salientado por Fernandes e Godoy (2019), no referido julgado, o STF passou a explicitamente acolher a tese da mutação do art. 52, X da CRFB/88, anteriormente defendida por Mendes no julgamento da Reclamação 4.335, e expressamente rechaçada por doutrinadores nacionais, a exemplo de Pedron (2012). Todavia, para a atribuição do efeito erga omnes à declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 bastava a utilização das ferramentas da inconstitucionalidade por arrastamento e da causa de pedir aberta das ações do controle concentrado, sendo completamente prescindível, portanto, o controverso debate instaurado.

*In verbis*¹¹¹:

3.1- O argumento de mutação constitucional do art. 52, X viola a possibilidade semântica do texto da Constituição. A mutação do art. 52, X rompe completamente o sentido da norma ao esvaziar a competência do Senado e desequilibra a relação entre os poderes, dando primazia desmedida ao STF. É certo que a norma não se confunde com seu texto. No entanto, existe um *limite semântico* que deve ser respeitado sob pena de se permitir arbitrariedades judiciais através de uma interpretação que desborda do texto. Essa compreensão ainda tem como resultado o reforço de um único modo de controle de constitucionalidade pelo STF (a abstrativização do controle difuso e concreto e a objetivação do RE). Se o texto do art. 52, X é obsoleto ou mau usado pelo Senado, não seria mais adequado reformá-lo por PEC? 3.2- A abstrativização do controle difuso reforça o controle concentrado no STF e a ideia de que ele detém a última palavra sobre o significado da Constituição. Sob o argumento de instrumentalidade das formas, economia processual e celeridade, se enfraquece o controle difuso e o controle concreto e todo o seu percurso de depuração de fatos e

em<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203406%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>. Acesso em 20-06-2022

¹¹¹ Fernandes, Bernardo Gonçalves; Godoy, Miguel Gualano de. JOTA. **Como o Supremo expandiu seus poderes no caso do amianto? Construindo supremacia: STF, a mutação constitucional e a abstrativização do controle difuso-concreto.** Disponível em <<https://www.jota.info/stf/supra/como-o-supremo-expandiu-seus-poderes-no-caso-do-amianto-21112019>>. Acesso em 20-06-2022.

argumentos. Ela esvazia a importância dos casos concretos, os fatos, as circunstâncias; a correção dos Tribunais (TJs e TRFs); a uniformização promovida pelo STJ e, finalmente, o controle constitucional exercido pelo STF depois de um processo de depuração de fatos, circunstâncias e argumentos nas outras instâncias. Perdemos a riqueza de termos um modelo misto de controle (difuso e concentrado / concreto e abstrato). Talvez valha aqui retomar a importância de uma postura minimalista, de decidir um caso de cada vez, sem apelar a grandes e amplos fundamentos. Num caso como o da progressão de regime ou do Amianto, seria possível defender uma decisão minimalista, que por ser dada pela Suprema Corte já possui efeito persuasivo ao indicar os fundamentos e a direção que o Supremo toma sobre a questão, mas que ainda deixa em aberto possíveis outros argumentos, outras formas de atuação e correção possíveis, sem que com isso tenha-se a necessidade de rasgar o texto constitucional. 3.3- No caso do Amianto, o Supremo poderia ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da previsão da Lei Federal que autorizava o amianto, dando efeitos *erga omnes* e vinculantes à sua decisão, mas sem afirmar a tese da mutação constitucional. A decisão de dar efeitos *erga omnes* e vinculantes foi adequada, pois foi tomada em sede de controle abstrato, em ADI que questionava lei estadual proibitiva do amianto. Aqui sim é possível defender que se confira à essa decisão incidental efeitos *erga omnes* e vinculantes. Afinal, na ADI a causa de pedir é aberta. Ou seja, o STF pode adotar, para decidir, fundamentos diferentes daqueles indicados pelos requerentes. Não há, razões, portanto, para ir além da concessão de efeitos *erga omnes* e vinculantes a essas ADIs na declaração incidental de inconstitucionalidade. [...]

No caso do Amianto, seria possível defender a compatibilidade e riqueza do controle judicial misto (difuso e concentrado) com a seguinte proposição: em processos abstratos (objetivos), a declaração incidental de inconstitucionalidade de norma que não foi objeto do pedido terá efeitos *erga omnes* e vinculantes, sem que isso altere a prática do STF nas declarações incidentais de inconstitucionalidade no âmbito do controle concreto em processos subjetivos. Essa proposta encontra, inclusive, semelhança com a prática da inconstitucionalidade por arrastamento. Na inconstitucionalidade por arrastamento também se declara a inconstitucionalidade de norma que não fora objeto do pedido, mas mesmo assim, por coerência, uniformidade e celeridade, as normas dependentes e decorrentes da que fora declarada inconstitucional o são também, por arrastamento. Além disso, o Supremo já admite situações em que a atuação do Senado se mostra desnecessária, sem que para isso tenha de apelar à mutação do art. 52, X, ou abstrativizar o controle difuso e concreto^[6]. Por fim vale ressaltar que não nos parece possível dissociar a norma de uma hipótese de aplicação e, portanto, de um caso. Ao mesmo tempo, todo caso concreto, com suas profundas particularidades, poderá transformar ou ressignificar uma interpretação feita em abstrato. Essa mesma reflexão vale para se repensar criticamente a hipertrofia do controle concentrado e abstrato e a abstrativização do controle difuso e concreto feito pelo STF. Mais vale apostar na riqueza do modelo judicial misto (difuso e concentrado) que na sua uniformização e absolutização através da abstrativização (e objetivização), que, até aqui, pouco tem acrescentado para o aperfeiçoamento de uma crítica pública das decisões mediante uma jurisdição constitucional mais democrática.

Também abordando a figura das mutações constitucionais, o informativo n. 944 reuniu as principais testes e fundamentos levantados no julgamento do HC 168.052 (publicado em 02/12/2020), pelo qual se debateu a “*nulidade de processo penal em que, no âmbito de cumprimento de medida de busca e apreensão, autoridade policial teve acesso, sem autorização*

*judicial, ao aparelho celular do paciente, bem como às conversas havidas no aplicativo Whatsapp.*¹¹²”

Na oportunidade, o Ministro Relator Gilmar Mendes defendeu a necessidade de superação da jurisprudência firmada no HC 91.867/PA, em que se estabeleceu a impossibilidade de interpretação do artigo 5º, XII da CRFB/88, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral, de modo que a proteção constitucional seria apenas da comunicação, não abarcando os dados.

Sustentou o Relator que “*a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones*¹¹³” leva a uma solução distinta, a fim de que seja reconhecida a possibilidade o acesso aos dados contidos em aparelhos celulares, desde que condicionada a prévia autorização judicial, constituindo, assim, um típico caso de mutação constitucional, *in verbis*:

No julgamento do HC 91.867/PA (Segunda Turma, de minha relatoria, DJE 20.9.2012), destaquei a diferença entre comunicação telefônica e registros telefônicos, os quais receberiam proteção jurídica distinta. Naquela oportunidade, defendi a impossibilidade de interpretar-se a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral, porquanto a proteção constitucional seria da comunicação, e não dos dados. Creio, contudo, que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones leva, nos dias atuais, à solução distinta. Ou seja, penso que se está diante de típico caso de mutação constitucional. Questiona-se se o acesso a informações e dados contidos nos celulares se encontra ou não expressamente abrangido pela cláusula do inciso XII do art. 5º.[...] Portanto, entendo ser possível o acesso aos dados contidos em aparelhos celulares, uma vez que não há uma norma absoluta de proibição da visualização do seu conteúdo, conforme se poderia extrair a partir de uma interpretação literal da norma contida no art. 5º, XII, da Constituição da República. Não obstante, a proteção à intimidade e à vida privada contida no art. 5º, X, da CF/88, e a exigência da observância ao princípio da proporcionalidade nas intervenções estatais nesses direitos, impõem a revisão de meu posicionamento anterior, para que o acesso seja condicionado à prévia decisão judicial. As normas do art. 3º, II, III; 7º, I, II, III, VII; 10 e 11 da Lei 12.965/2014 e as significativas alterações no contexto fático subjacente evidenciam se tratar de verdadeiro caso de mutação constitucional na interpretação do âmbito de proteção dos direitos estabelecidos no art. 5º, X e XII, da CF.

¹¹² HC 168052, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, processo eletrônico DJE-284, divulgado em 01-12-2020; publicado em 02-12-2020. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20168052%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>. Acesso em 20-06-2022.

¹¹³ HC 168052, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, processo eletrônico DJE-284, divulgado em 01-12-2020; publicado em 02-12-2020. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20168052%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>. Acesso em 20-06-2022.

A conclusão do referido julgamento foi postergada em razão do pedido de vista da Ministra Vogal, Carmén Lúcia, que, posteriormente, proferiu voto divergente. Entretanto, ao final, prevaleceu a tese do Min. Relator, Gilmar Mendes, inclusive no tocante à alegada ocorrência de mutação constitucional.

Confira-se a ementa do acórdão publicado em 02/12/2020:

Habeas corpus. 2. Acesso a aparelho celular por policiais sem autorização judicial. Verificação de conversas em aplicativo WhatsApp. Sigilo das comunicações e da proteção de dados. Direito fundamental à intimidade e à vida privada. Superação da jurisprudência firmada no HC 91.867/PA. Relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas. Mutação constitucional. Necessidade de autorização judicial. 3. Violação ao domicílio do réu após apreensão ilegal do celular. 4. Alegação de fornecimento voluntário do acesso ao aparelho telefônico. 5. Necessidade de se estabelecer garantias para a efetivação do direito à não autoincriminação. 6. Ordem concedida para declarar a ilicitude das provas ilícitas e de todas dela derivadas. (HC 168052, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, processo eletrônico DJe-284 divulgado em 01-12-2020, publicado em 02-12-2020)

3.3 Conclusões Parciais

Neste capítulo, buscou-se mapear os sentidos que o Supremo Tribunal Federal vem atribuindo à expressão “mutação constitucional” em suas decisões.

Inicialmente, identificou-se que, no período analisado (01/04/2014 a 01/01/2020), foram publicadas 57 decisões e 09 informativos com menção à expressão “mutação constitucional”.

Nada obstante, embora tenham sido encontradas 57 decisões com menções ao termo, somente em 12 delas, isto é, menos da metade, constatou-se uma real e dialogada discussão sobre a aplicabilidade (ou não) da figura ao caso, conforme esboçado na Tabela 04.

É que, na grande maioria dos julgados analisados, a menção ao termo se deu de forma isolada, sem muita exploração do seu conteúdo normativo e sua aplicabilidade ao caso, o que indica uma utilização aleatória e, em certa medida, descompromissada com a sua delimitação técnica normativa.

Referida utilização aleatória é ratificada pelo tabelamento dos sentidos atribuídos à expressão nos 24 acórdãos analisados, pelo qual identificou-se que em mais da metade das menções ao termo “mutação constitucional” nos acórdãos do Supremo - 24 de 47 menções - não foi atribuído nenhum sentido normativo à figura ou foi utilizada somente para negar a sua aplicação ao caso concreto.

Tal descompromisso técnico normativo pode estar relacionado à ausência de debate doutrinário nacional sobre as principais delimitações normativas das mutações constitucionais,

com destaque para a sua natureza jurídica e conceito normativo, pouco debatidos entre os autores brasileiros.

Pode-se dizer que a ausência de debate sobre a natureza e o próprio conceito das mutações, por exemplo, proporciona um grande espaço de aplicação da figura pelo Judiciário, sem maiores cobranças e rigores no tocante à sua utilização nos casos concretos.

Mais adiante, verificou-se que, quando atribuído sentido normativo ao termo investigado, sobressai, de modo quase unânime, a vinculação das mutações à seara da hermenêutica/interpretação, sem indicação, contudo, da existência ou não de alguma singularidade distintiva.

Referida vinculação da figura à seara da hermenêutica/interpretação foi igualmente constatada nas pesquisas de Dos Santos (2015) e Barata (2009), embora realizadas em lapsos temporais diversos.

Naquela oportunidade, concluíram os autores que, dentre os sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” pelo Supremo Tribunal Federal, lidera (com folga) a “mudança de interpretação ou jurisprudência”¹¹⁴.

Nada obstante, para além desta constatação, pela investigação ora proposta identificou-se o seguinte panorama: a utilização da figura das mutações constitucionais pelo Supremo, no período analisado, ou se dá de forma aleatória, sem nenhuma explicação e/ou contextualização

¹¹⁴ Em ambas as pesquisas, foram realizados estudos qualitativos e quantitativos no sítio do STF no que tange a decisões cuja expressão “mutação constitucional” se fez presente, tendo sido tabelados e quantificados em tabelas e gráficos os sentidos atribuídos pelos Ministros, em maior e menor escala.

Dentre os dados encontrados nas pesquisas jurisprudenciais supracitadas, registram-se os seguintes resultados tabelados por Dos Santos: 09 sentidos atribuídos, pelos Ministros, totalizando 39 menções ao termo “mutação constitucional”, em 32 processos, datados até 31/03/2014, quais sejam: (i) mutação ocorrida a partir da inércia do poder público; (ii) mudança de sentido, sem expressa modificação do texto (4x), (iii) transformação do texto gerada por emenda constitucional; (iv) mudança na interpretação; (v) interpretação judicial; (vi) interpretação extensiva; (vii) interpretação evolutiva; (viii) mudança de jurisprudência; (ix) evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial. Foram tabelados, ainda, 05 julgados em que a menção ao termo “mutação constitucional” se deu apenas com o fito de negar a sua ocorrência. Em suma, conclui Dos Santos que os resultados encontrados e tabelados, da análise de 32 julgados, apontaram para o percentual de 71% das menções à expressão “mutação constitucional” com referência do instituto como mudança de interpretação ou jurisprudência.

Barata, em linha de pesquisa jurisprudencial semelhante, tabelou os seguintes resultados: análise de 22 decisões publicadas até 31/08/2009, tendo sido encontrados 03 sentidos atribuídos, pelos Ministros, ao instituto das mutações constitucionais. (i) mutação constitucional como mera mudança de interpretação – 09 casos; (ii) mutação constitucional como mudança forma da Constituição – 04 casos e (iii) mutação constitucional como alteração normativa oriunda de mudança fática – 06 casos. Foram encontrados, ainda, 03 julgados em que a expressão foi citada como mera negativa de sua ocorrência e 02 casos denominados como não enquadráveis em nenhuma classificação.

Registra-se que os estudos jurisprudenciais supracitados, conquanto semelhantes, foram realizados com linhas metodológicas diferentes, tendo sido utilizadas estratégias diversas para o tabelamento e quantificação dos sentidos atribuídos pelos Ministros. Ademais, conforme pontuado, a análise de Dos Santos mostra-se mais abrangente, de modo a abarcar, ainda, gráficos por tipo de decisões; gráfico por Ministros; análise temporal de maior e menor menção ao instituto e análise qualitativa dos casos em que foram discutidos, com profundidade, o conceito e os limites das mutações constitucionais, a saber: MS 26602-3 DF e RCL 4335/AC. (DOS SANTOS, 2015; BARATA, 2009).

ao caso; ou se dá para negar a aplicabilidade/ocorrência; ou se dá para fazer menção à alteração da interpretação em suas em variadas formas.

Outrossim, constatou-se que a metade dos julgados em que se discutiu, com profundidade, a aplicabilidade (ou não) da figura das mutações (06/12) envolve questões de fundo processual (competência militar, competência em caso de foro por prerrogativa de função e licença prévia para processamento de crimes contra o Governador e prerrogativa do art 52, X da CRFB/88 e a abstrativização do controle difuso), conforme tabela 04, o que causa estranheza, especialmente diante da natureza fechada e estrutural das normas de competência e do princípio da justeza ou conformidade funcional, pelo qual se impõe o respeito aos limites organizacionais e funcionais estabelecidos pela CRFB/88 e a separação dos poderes.

No mesmo rumo, chama atenção o fato de que os dois julgados paradigmas (ADI's 4764, 4797, 4798 e MS 26.603) - com menção à expressão investigada - mais citados nas decisões monocráticas analisadas envolvem, exatamente, matérias de direito político e eleitoral (licença prévia para processamento de crime comum de governador e fidelidade partidária), conforme tabela 09, o que reforça a estranheza supracitada, e indica um possível uso político e estratégico do conceito, questão a ser debatida no capítulo 05.

Com efeito, diante do panorama ora descrito, tem-se que, para além das constatações alcançadas, quando atribuído sentido normativo ao termo investigado pelo STF, sobressai, de modo quase unânime, a vinculação das mutações à seara da hermenêutica/interpretação, sem indicação, contudo, da existência ou não de alguma singularidade distintiva.

Tal vinculação à seara hermenêutica/interpretativa somada à utilização aleatória e descompromissada da figura dá azo, em certa medida, à dispensabilidade da tese da mutação enquanto categoria, defendida por Pedron (2012), porquanto, conforme exposto alhures, a alegada dispensabilidade fundamenta-se, precipuamente, na compreensão de que o processo interpretativo constitui, em verdade, a construção da norma em um determinado espaço de tempo e local, abarcando, por conseguinte, a realidade fática e suas eventuais mudanças, o que torna dispensável a figura da mutação constitucional.

Reitera-se: o ponto chave sobre a (in) dispensabilidade da figura das mutações constitucionais enquanto categoria reside, exatamente, na relação entre as mutações e o processo interpretativo, sendo certo que o mapeamento jurisprudencial ora realizado indica que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o termo investigado vem cumprindo papel meramente interpretativo/hermenêutico, sem nenhuma especificidade particular.

Por fim, sob o prisma temporal, constatou-se que, atualmente, a menção à figura nas decisões vem sofrendo profunda redução, mormente quando comparada a 2017, ano com mais menções à expressão investigada.

Referida redução pode ser consequência de uma maior fiscalização da comunidade jurídica acadêmica no tocante à aplicação da figura ou até mesmo um indicativo da dispensabilidade da tese das mutações, nos termos defendidos por Pedron (2012).

Neste esteio, à vista do mapeamento jurisprudencial ora apresentado, o qual indica (i) uma significativa utilização do conceito em julgados envolvendo normas de competência e matérias de direito eleitoral e político; (ii) uma utilização aleatória e sem compromisso técnico normativo da figura das mutações; e (iii) uma relevante vinculação das mutações constitucionais à seara da hermenêutica/interpretação, realizar-se-á, no capítulo seguinte, uma análise qualitativa e quantitativa dos julgados citados pelos doutrinadores brasileiros (analisados no capítulo 02) como exemplos de autênticas mutações constitucionais.

Buscar-se-á, nesta etapa, identificar a existência (ou não) de um hiato entre o que o STF e a doutrina pátria entendem por mutações constitucionais, mormente na identificação de casos.

Afinal, quais caminhos argumentativos foram traçados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos casos citados pela doutrina nacional como exemplos de autênticas mutações constitucionais? É o que se pretende investigar no capítulo seguinte.

4 DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS CASOS EXEMPLIFICATIVOS DE MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS, SOB A ÓTICA DA DOUTRINA BRASILEIRA

4.1 Da estratégia metodológica adotada

Com o intuito de identificar a existência (ou não) de um hiato entre o que o STF e a doutrina pátria entendem por mutações constitucionais, mormente na identificação de casos, realizar-se-á, no presente capítulo, uma análise jurisprudencial - quantitativa e qualitativa - dos julgados citados pelos doutrinadores brasileiros (analisados no capítulo 02) como exemplos de autênticas mutações constitucionais.

Em outros termos, pretende-se identificar quais caminhos argumentativos foram traçados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos casos citados pela doutrina nacional como exemplos de autênticas mutações constitucionais.

Para tanto, foram identificados e tabelados os seguintes julgados, os quais integrarão o banco de análise em comento:

Tabela 10 - Tabela dos julgados citados pelos doutrinadores brasileiros (analisados no capítulo 02) como exemplos de autênticas mutações constitucionais

JULGADO(S)	AUTOR (ES) QUE CITA (M) O JULGADO COMO EXEMPLO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	ASSUNTO (S)
ADPF 132	Pedra (2009); Barroso (2010) e Botelho (2010)	Uniãos homoafetivas
HC 82959	Pedra (2009)	Progressão de regime em crimes hediondos
MI 670, MI 708, MI 712	Pedra (2009)	Teoria concretista dos Mandados de Injunção
MS 26602	Pedra (2009); Botelho (2010)	Fidelidade partidária
RE 165438 DF	Pedra (2009)	Anistia e promoção de militares

Ext 855 Chile	Pedra (2009)	Extradição – Chile
INQ 687 DF (QO)	Barroso	Foro por prerrogativa de função
RE 331.303 AgRg/PR	Bulos (2014)	Abrangência do conceito de casa de modo a abarcar escritório de empresa comercial
ADI 3510/DF	Botelho (2011)	Lei de Biossegurança
ADPF 54	Botelho (2011)	Aborto de feto anencefálico
ADC's 43 e 44	Botelho (2011)	Prisão em segunda instância
ADPF 186	Botelho (2011)	Princípio da igualdade e ações afirmativas – critérios raciais de ingresso na UnB

Fonte: Soares, 2022.

Nesta etapa, serão verificados os seguintes quesitos: (i) Houve menção expressa à expressão investigada? (ii) Em caso positivo, qual o sentido atribuído? (iii) Quantos e quais Ministros aderiram à tese de ocorrência de mutação constitucional, citando-a expressamente?

Noutro giro, nos casos em que, porventura, não houver nenhuma menção ao termo pelo STF, buscar-se-á identificar (i) se a “atualização” do conteúdo da norma foi igualmente satisfatória, e (ii) como a questão foi resolvida em termos de atualização do conteúdo da norma.

Ao final, a par de todo o panorama doutrinário e jurisprudencial apresentado, pretende-se aferir a existência ou não de um hiato entre o que o STF e a doutrina entendem por mutação constitucional, notadamente na identificação de casos.

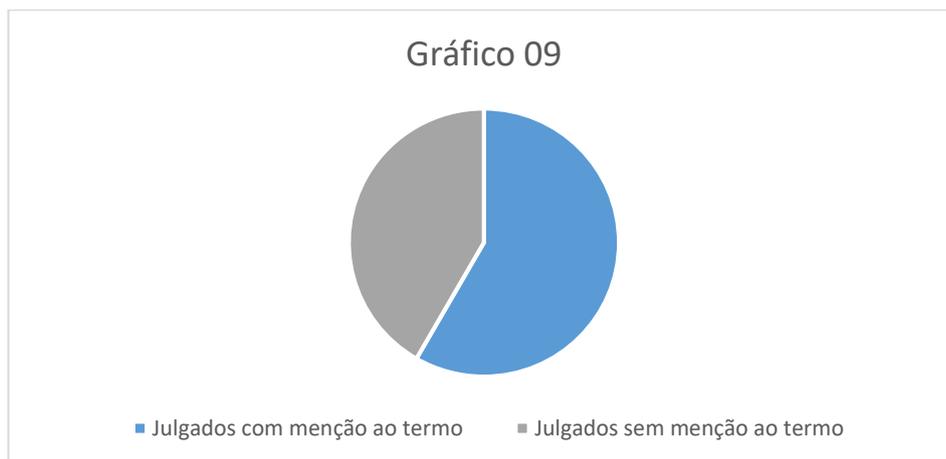
4.2 Da análise qualitativa e quantitativa dos julgados: Quais caminhos argumentativos foram traçados pelos Ministros?

Como relatado, o banco de dados ora analisado é composto pelos 12 julgados indicados pelos doutrinadores abordados no capítulo 02 como exemplos de autênticas mutações constitucionais, sendo compreendido por 03 ADPF's; 01 ADI; 01 ADC, 01 HC; 01 Mandado de Injunção; 01 Mandado de Segurança; 02 RE's; 01 Extradução e 01 Inquérito.

Adentrando na análise dos requisitos elencados no tópico anterior, identificou-se que, dos 12 julgados indicados pela doutrina brasileira como exemplos de autênticas mutações constitucionais, somente houve menção ao termo em 07 deles, totalizando pouco mais de 50 %. São eles: ADPF 132; HC 82.959; MI's 670, 708 e 712; MS 26.602; RE 165.438; ADC's 43 e 44 e ADPF 54.

Em contrapartida, em 05 dos 12 julgados não houve nenhuma menção à expressão investigada, a saber: Ext 855/Chile; INQ 687; RE 331.303; ADI 3510, ADPF 186.

Gráfico 9 - Gráfico das menções à expressão investigada nos julgados indicados pelos doutrinadores brasileiros



Fonte: Site do Supremo Tribunal Federal.

Nos 07 julgados em que o termo investigado foi citado, buscou-se identificar quais foram os sentidos atribuídos pelos Ministros.

Para tanto, com o intuito de facilitar a compreensão dos resultados encontrados, foram criadas categorias de sentido nas quais foram enquadradas as 11 menções ao termo investigado nos 07 julgados supracitados.

Tabela 11 - Categorias de sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional”

Categoria de sentido	Explicação
(i) Mera citação bibliográfica	Menção à expressão “mutação constitucional” em mera citação bibliográfica.

(ii) Alteração de entendimento em razão da alteração da percepção do direito ou das consequências negativas de entendimento anterior	Menção à expressão “mutação constitucional” com o intuito de indicar a alteração na percepção do direito ou a ocorrência de consequências negativas em razão de entendimento anterior dado à matéria.
(iii) Evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial	Menção à expressão “mutação constitucional” como sinônimo de interpretação evolutiva.
(iv) Inércia como modalidade de mutação constitucional	Menção à expressão “mutação constitucional” como consequência da inércia.
(v) Mudança do sentido da norma, sem alteração do texto, em razão da incongruência com a realidade	Menção à expressão “mutação constitucional” como a alteração do sentido da norma, sem alteração do texto, em razão da incongruência com a realidade.
(vi) Releitura de enunciados normativos autorizada pelo fator temporal	Menção à expressão “mutação constitucional” como releitura de enunciados normativos autorizada pela pelo fator temporal.
(vii) Negativa de ocorrência	Menção à expressão “mutação constitucional” com o intuito de negar a sua aplicação e/ou ocorrência no caso concreto.

Fonte: Soares, 2022

Nos 07 julgados identificados, foram encontradas 11 menções à expressão investigada, tendo sido tabelados os seguintes sentidos:

Tabela 12 - Tabela quantitativa dos sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nos 07 acórdãos analisados

Categoria de sentido	Quantidade de menções enquadradas na categoria de sentido
(i) Mera citação bibliográfica	01

(ii) Alteração de entendimento em razão da alteração da percepção do direito ou das consequências negativas de entendimento anterior	01
(iii) Evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial	02
(iv) Inércia como modalidade de mutação constitucional	01
(vi) Mudança do sentido da norma, sem alteração do texto, em razão da incongruência com a realidade	02
(vii) Releitura dos enunciados normativos autorizada pelo fator temporal	01
(viii) Negativa de ocorrência	03

Fonte: Soares, 2022.

Conforme se observa, das 11 menções ao termo, 03 referem-se à negativa de ocorrência e 01 trata-se de mera citação bibliográfica.

Referidos dados demonstram que, das 11 menções à expressão, em mais de um terço delas - 04/11 (36,36%) - não foi atribuído nenhum sentido normativo à figura, tendo sido utilizada para negar a aplicação ao caso concreto ou em mera citação/referência bibliográfica.

Lado outro, adentrando nas menções à figura com atribuição de sentido normativo, lideram as categorias de sentido (iii) “evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial” e (vi) “mudança do sentido da norma, sem alteração do texto, em razão da incongruência com a realidade”, com 02 menções cada.

Com apenas 01 menção cada, figuram as categorias de sentido (ii) “alteração de entendimento em razão da alteração da percepção do direito ou das consequências negativas de entendimento anterior”; (vii) releitura dos enunciados normativos autorizada pelo fator temporal e (iv) “inércia como modalidade de mutação constitucional”.

Tais dados reforçam que a figura das mutações, quando utilizada pelo Supremo com atribuição de sentido normativo, tende a se aproximar da seara hermenêutica/ interpretativa.

Redirecionando a investigação para a análise individual por Ministro (s), identificou-se que, nos 07 julgados em que houve menção à expressão investigada, 02 Ministros citaram o termo mutação constitucional para negar sua ocorrência no caso em análise: Min. Ricardo Lewandowski (02 vezes) e Min. Eros Grau (01 vez).

Noutro giro, 04 Ministros citaram a expressão investigada para afirmar/ratificar sua ocorrência na hipótese trabalhada: Min. Gilmar Mendes (04 vezes); Min. Celso de Mello (03 vezes), Min. Cezar Peluso (01 vez) e Min. Luís Roberto Barroso (01 vez).

Mais adiante, nos 05 julgados indicados pelos doutrinadores brasileiros em que não houve nenhuma menção ao termo - Ext 855/Chile; INQ 687; RE 331.303; ADI 3510; ADPF 186 - buscou-se identificar se a “alteração” do conteúdo da norma foi igualmente satisfatória, e como a questão foi resolvida em termos de atualização do conteúdo da norma.

Nesse ponto, importante tecer algumas considerações.

Inicialmente, chama a atenção os acórdãos proferidos na Extradução 8.552/Chile e no Inquérito 687. É que, em ambos os casos, a mudança de entendimento sobre o tema abordado se deu, exatamente, em razão da alteração da Constituição vigente. Confira-se:

No julgamento da Extradução 8.552/Chile, houve a alteração do entendimento sobre a necessidade de comutação da pena no caso de prisão perpétua. Enquanto que em 1985 (vigência da Constituição de 1967) entendia-se desnecessária a comutação da pena no caso de prisão perpétua, no citado julgado, entendeu-se pela necessidade de comutação para pena privativa de liberdade, observado o máximo de 30 anos, à luz da CRFB/ 88.

No mesmo rumo, no julgamento do Inquérito 678, foi alterado o entendimento sobre o foro por prerrogativa de função, a fim de limitá-lo ao período do exercício da função pública. Todavia, referida alteração de entendimento se deu em razão da vigência da CRFB/88, que levou ao cancelamento da Súmula 394, aprovada em 03/04/1964 (vigência da Constituição de 1946), segundo a qual *“cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”*.

In verbis:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. 1. **Interpretando ampliativamente**

normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis n^os 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício". 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, "b", estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar "os membros do congresso Nacional", comuns nos crimes. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, "b" e "c"). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. [...] 3. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou. (Inq 687 QO, Órgão julgador Tribunal Pleno Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 25/08/1999 Publicação: 09/11/2000)

Conforme se verifica, em ambos os casos, o motivo que ensejou a alteração dos entendimentos sobre as temáticas abordadas foi, exclusivamente, a modificação da Constituição vigente, o que, por si só, explica a ausência de menção à figura da mutação constitucional nos acórdãos respectivos.

Já na ADI 3510 (Lei de Biossegurança), indicada por Botelho (2011) como um exemplo de mutação constitucional em que o fator determinante não foi o tempo, mas sim o avanço científico, verifica-se que, além de o termo investigado não ter sido citado por nenhum (a) Ministro (a), foi consignado no acórdão que o entendimento sobre a constitucionalidade da referida lei não exige nenhuma modificação em jurisprudência anterior, porquanto trata-se de assunto novo, não abordado na anterioridade.

Nesse ponto, cumpre registrar que a conclusão pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança perpassou, em um primeiro momento, pela compressão de que a controvérsia não guarda relação com o aborto, tornando dispensável, portanto, uma releitura da vida enquanto direito fundamental, conforme consignado pelo Min. Celso de Mello¹¹⁵.

O entendimento fixado pelo acórdão referido, a bem da verdade, fundamentou-se, precipuamente, na compreensão da liberdade e da saúde enquanto direitos fundamentais, não tendo sido levantada, todavia, a necessidade de alteração do sentido ou extensão das referidas normas jurídicas, de sorte que a constitucionalidade da legislação analisada depreender-se-ia do sentido normativo já atribuído/construído à época.

¹¹⁵. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3410**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 29-05-2008. DJE N. 96, 27-05-2010. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631> >. Acesso em 10 de abril de 2022.

Conforme se observa, no julgado supra, sequer foi abordada a necessidade de uma nova compreensão dos bens jurídicos tutelados pela Constituição para se depreender a constitucionalidade da lei de biossegurança.

Ao revés, no caso em apreço, a abordagem sobre uma possível alteração da CRFB/88 em razão da alteração da realidade circundante foi completamente dispensável para o alcance da conclusão adotada, tendo sido registrada, inclusive, a prescindibilidade da técnica da interpretação conforme, em razão da ausência de polissemia na legislação impugnada.

In verbis:

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatividade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

Mais adiante, na ADPF 186 (constitucionalidade das ações afirmativas), igualmente indicada por Botelho (2011) como um exemplo de uma autêntica mutação constitucional, foi consignado que a questão relativa à constitucionalidade das ações afirmativas já havia sido assentada pela Corte em ocasiões anteriores.

Observa-se que o entendimento fixado pelo citado acórdão se fundamentou, precipuamente, na compreensão do princípio da igualdade sob a ótica material, pelo qual o ordenamento jurídico deve adotar *“mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.”*¹¹⁶

Nada obstante, a despeito de ter sido abordada a necessidade de compreensão do princípio da igualdade sob a ótica material, não foi levantada a necessidade de alteração do sentido ou extensão do referido princípio jurídico, de modo que a constitucionalidade das ações afirmativas depreender-se-ia do sentido normativo já atribuído/construído à época.

Nesse sentido, trecho do voto do Min. Cezar Peluso:

Ora, basta uma visão sistemática da Constituição Federal para perceber, logo, que, em nome da igualdade, ela tutela classes ou grupos em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Não preciso nem citar os casos das mulheres, dos menores, dos hipossuficientes. Há, portanto, na Constituição mesma, tratamentos excepcionais, concordes com o princípio da igualdade em relação a tais pessoas, e há-os, por conseguinte, também na legislação infraconstitucional, da qual poderia citar como exemplo a Lei Maria da Penha, só para mostrar como é legitimado, do ponto de vista constitucional, esse olhar de proteção de pessoas ou conjunto de pessoas em situação de vulnerabilidade. E aqui suscito outro exemplo que mostra bem o alcance da

¹¹⁶. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 26-04-2012. DJE N. 205, 17-10-2014. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269> >. Acesso em 10 de abril de 2022.

constitucionalidade da resposta que assume a ação afirmativa. Se imaginássemos que as universidades públicas fossem pagas, não fossem gratuitas, não ofenderia, a meu juízo, a Constituição, que a lei nelas reservasse certa cota, como vinte por cento, a alunos hipossuficientes ou pobres. Que ofensa à Constituição haveria nesse caso? Nenhuma.¹¹⁷

Noutro norte, no julgamento do RE 331.303 (abrangência do conceito de casa) indicado por Bulos (2014) como um autêntico exemplo de mutação, verifica-se que a questão relativa à abrangência do conceito de casa sequer foi a principal temática levantada no acórdão, mas sim a necessidade de *“demonstração concreta de que os fiscais não estavam autorizados a entrar ou permanecer no escritório da empresa, o que não ocorreu”*¹¹⁸.

De mais a mais, há de se destacar que, a despeito de Bulos afirmar que *“ao atribuir sentido amplo ao signo casa, o ato interpretativo ensejou mutação constitucional no inciso XI do art. 5º”*¹¹⁹, no citado acórdão, não foi abordada - nem tangencialmente - a necessidade de uma nova compreensão da aludida norma jurídica em razão da nova realidade social circundante, o que justifica a ausência de menção ao termo investigado.

4.3 Conclusões Parciais

Neste capítulo, buscou-se mapear quais caminhos argumentativos foram traçados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos casos citados pela doutrina brasileira (autores analisados no capítulo 02) como exemplos de autênticas mutações constitucionais, com o intuito de identificar a existência (ou não) de um hiato entre o que a doutrina pátria e o STF entendem por mutações constitucionais, mormente na identificação de casos.

Inicialmente, identificou-se que, dos 12 julgados indicados pela doutrina brasileira como exemplos de autênticas mutações constitucionais, somente houve menção ao termo “mutação constitucional” em 07 deles, totalizando pouco mais de 50%. Em contrapartida, em 05 dos 12 julgados não houve nenhuma menção à expressão investigada.

Tais resultados indicam a existência de um hiato entre o que a doutrina nacional e o Supremo entendem por mutações constitucionais, mormente na identificação de casos.

¹¹⁷. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 26-04-2012. DJE N. 205, 17-10-2014. p. 156-157 Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269> >. Acesso em 10 de abril de 2022.

¹¹⁸. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 331.303**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 17-05-2005. DJE N. 18, 10-06-2005. p. 6. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1988043> >. Acesso em 10 de abril de 2022.

¹¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 83/20214, e os últimos julgados do STF – São Paulo. Saraiva, 2015, p. 437.

Referido hiato torna-se ainda mais evidente quando direcionada a análise aos 07 julgados em que houve menção à expressão “mutação constitucional”.

Isso porque, das 11 menções ao termo identificadas nos 07 julgados supracitados, em mais de um terço - 04/11 (36,36%) - não foi atribuído nenhum sentido normativo à figura, tendo sido utilizada para negar a aplicação ao caso concreto ou em mera citação/referência bibliográfica.

Outrossim, chama a atenção o fato de que, nos 07 julgados em que houve menção ao termo investigado, referidas menções se deram de forma isolada, por um único Ministro, não tendo sido compartilhada e/ou debatida pelos demais julgadores.

Aludido panorama reflete que, para além da ausência de consenso entre a doutrina pátria e o Supremo na identificação de casos exemplificativos de mutações, inexistente consenso interno, na própria Corte, no tocante à aplicabilidade da figura das mutações, o que reforça a utilização aleatória e sem compromisso normativo, já elucidada no capítulo anterior.

Noutro giro, direcionando-se a análise aos 05 julgados indicados pelos doutrinadores nacionais, nos quais não houve nenhuma menção ao termo “mutação constitucional”, identificou-se uma certa incoerência técnica na identificação de casos pela doutrina pátria, mormente na Extradicação 8.552/Chile, no Inquérito 687 e no RE 31.303.

É que, nos dois primeiros julgados (Extradicação 8.552/Chile, no Inquérito 687), a mudança de entendimento sobre o tema abordado se deu, exatamente, em razão da alteração da Constituição vigente, o que, por si só, afasta a aplicabilidade da figura das mutações, conquanto tenham sido indicados como exemplos por Pedra (2009) e Barroso (2009).

No mesmo rumo, no RE 31.303 (abrangência do conceito de casa), indicado por Bulos (2014) como um autêntico exemplo da figura, a questão relativa à abrangência do conceito de casa - explorada pelo autor como o fator que deu azo à mutação constitucional - sequer foi a levantada no acórdão, o que, *per se*, justifica a ausência de menção ao termo investigado.

Conforme se observa, referidos julgados sequer se encaixam nos próprios conceitos normativos delineados pela doutrina respectiva.

Tal panorama retrata uma inconsistência técnica da doutrina nacional, tanto na apresentação de requisitos claros e objetivos que identificam as mutações quanto na enumeração de casos exemplificativos.

Percebe-se, conjugando-se os resultados encontrados, que a utilização do conceito “mutação constitucional” pela doutrina pátria majoritária está intimamente ligada à seara hermenêutica/interpretativa, sem a indicação (clara e objetiva) de nenhuma especificidade particular que distinga a figura dos métodos interpretativos, o que torna a identificação de casos

exemplificativos um tanto quanto nebulosa e controversa, na medida em que proporciona um grande espaço de aplicação da figura, sem maiores cobranças e rigores técnicos normativos.

No mesmo rumo, a citação do termo “mutação constitucional” de forma genérica e aleatória, ligada à seara da hermenêutica/interpretação (sem nenhuma singularidade distintiva), lidera as pesquisas qualitativas e quantitativas ora realizadas, o que fortalece a tese da dispensabilidade da figura das mutações, nos termos delineados por Pedron (2012).

É que, como exposto alhures, a alegada dispensabilidade fundamenta-se na compreensão de que o processo interpretativo constitui, em verdade, a construção da norma em um determinado espaço de tempo e local, abarcando, por conseguinte, a realidade fática e suas eventuais mudanças, o que, na perspectiva trabalhada, torna dispensável a figura da mutação constitucional.

A bem da verdade, como narrado no capítulo 01, Dos Santos (2015) foi o único autor brasileiro que se dispôs a distinguir, expressamente, o conceito das mutações da interpretação em suas variadas formas, mediante a atribuição da natureza fenomenológica à figura.

Nada obstante, conforme pontuado, no esforço de construir uma base normativa sólida das mutações distanciando-as da seara interpretativa, o autor acabou por retroceder à armadilha sociológica eminentemente formalista, pela qual se enquadra a mutação constitucional como a superação do normativo pelo mundo dos fatos, em uma visão dicotômica e ultrapassada do direito.

Com efeito, à vista dos resultados encontrados, pelos quais se verifica (i) a existência de um hiato entre o que a doutrina nacional e o STF entendem por mutações constitucionais, mormente na identificação de casos; (ii) a ausência de consenso, no Supremo Tribunal Federal, no que tange à figura das mutações; (iii) a existência de uma inconsistência normativa da doutrina nacional, tanto na apresentação de requisitos claros e objetivos das mutações quanto na identificação de casos exemplificativos, (iv) a prescindibilidade da utilização da figura das mutações para embasar a alteração do entendimento da Corte sobre determinada matéria e/ou dispositivo constitucional, buscar-se-á, no próximo capítulo, tecer reflexões - iniciais e não exaustivas - sobre o figura das mutações constitucionais nas searas normativa e funcional e a sua real (in) dispensabilidade enquanto categoria.

5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES SOBRE A FIGURA SOB AS PERSPECTIVAS NORMATIVA E FUNCIONAL.

Conjugando os resultados encontrados nos capítulos anteriores, os quais retratam como a doutrina pátria e o Supremo Tribunal Federal vem compreendendo as mutações constitucionais, buscar-se-á, neste capítulo final, em cumprimento ao segundo objetivo geral desta pesquisa, tecer reflexões sobre a (in) dispensabilidade da figura enquanto categoria.

Para tanto, serão considerados os panoramas doutrinário e jurisprudencial descritos nos capítulos anteriores, os quais podem ser resumidos nas seguintes assertivas: (i) inexistência de consenso, na doutrina pátria, no tocante à identificação de casos exemplificativos de mutações constitucionais; (ii) a utilização do conceito “mutação constitucional” pela doutrina pátria majoritária está intimamente ligada à seara hermenêutica/interpretativa, sem a indicação (clara e objetiva) de nenhuma especificidade particular que distinga a figura dos métodos interpretativos; (iii) Dos Santos (2015) foi o único autor brasileiro que se dispôs a distinguir, expressamente, o conceito das mutações da interpretação em suas variadas formas, mediante a atribuição da natureza fenomenológica à figura. Contudo, na tentativa de construir uma base normativa sólida das mutações desvinculando-a da seara interpretativa, o autor acabou por retroceder à armadilha sociológica eminentemente formalista, pela qual se enquadra a mutação constitucional como um fenômeno meramente fático, que não se situa na esfera jurídica, e, por isso, somente pode ser reconhecido pelo aplicador do direito, tornando inaplicáveis quaisquer limites balizadores de ordem normativa, em uma visão dicotômica e ultrapassada do direito; (iv) os julgados do STF retratam uma utilização aleatória e sem compromisso técnico normativo da figura investigada e uma relevante vinculação das mutações constitucionais à seara da hermenêutica/interpretação, sem indicação de nenhuma particularidade distintiva; (v) a utilização do conceito em julgados envolvendo normas de competência e matérias de direito eleitoral e político é significativa; (vi) há um hiato entre o que a doutrina nacional e o STF entendem por mutações constitucionais, mormente na identificação de casos; (vii) há uma inconsistência normativa da doutrina nacional, tanto na apresentação de requisitos claros e objetivos das mutações quanto na identificação de casos exemplificativos; (viii) é prescindível a utilização da figura das mutações para embasar a alteração do entendimento da Corte sobre determinada matéria e/ou dispositivo constitucional.

Diante das assertivas supracitadas, identificam-se problemas concernentes às mutações constitucionais enquanto conceito, isto é, sob o prisma normativo (aplicabilidade normativa), bem como relativos à utilização prática da figura (função), tanto pela doutrina nacional quanto pelo Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, no plano da aplicabilidade normativa, nota-se que o conceito de mutação constitucional trabalhado no Brasil, tanto na esfera doutrinária quanto na esfera jurisprudencial, não traz, em sua essência, uma definição clara e objetiva da figura, tampouco indica particularidades que a distingua da mera interpretação/processo hermenêutico, conforme esboçado no capítulo anterior.

O conceito de mutação constitucional no Brasil não tem uma delimitação exata, de sorte que a grande maioria das obras *stricto sensu* dedicadas à temática, as quais foram devidamente analisadas no capítulo 02, não se propôs a diferenciar, objetivamente, a figura da mera interpretação, aproximando-a sobremaneira da seara interpretativa, sem indicação de nenhuma particularidade distintiva que lhe sustente em termos normativos.

A bem da verdade, Dos Santos (2015) foi o único autor brasileiro que se dispôs a distinguir, expressamente, o conceito das mutações da interpretação em suas variadas formas, mediante a atribuição da natureza fenomenológica à figura.

Nada obstante, conforme pontuado, na tentativa de construir uma base normativa sólida das mutações desvinculando-a da seara interpretativa, o autor acabou por retroceder à armadilha sociológica eminentemente formalista, pela qual se enquadra a mutação constitucional como a superação das normas pelos fatos (mundo real).

Ressalte-se que a ausência de uma conceituação bem definida e estruturada impede que o conceito de mutação se sustente, por si só, em termos normativos, vulgarizando, assim, a utilização do conceito, tanto pela doutrina quanto pelo Judiciário.

É que a delimitação de um conceito genérico e não estruturado possibilita um grande leque de aplicação da figura e, conseqüentemente, significativas dissonâncias na identificação de casos exemplificativos, gerando um cenário de evidente banalização do conceito, conforme descrito nos capítulos anteriores.

Observa-se, a propósito, que esse ponto foi muito bem explorado por Pedron (2012), que, diante da referida problemática, concluiu que o processo interpretativo constitui, em verdade, a construção da norma em um determinado espaço de tempo e local, abarcando, por conseguinte, a realidade fática e suas eventuais mudanças, o que torna dispensável a figura da mutação constitucional enquanto categoria.

Lado outro, sob a ótica funcional, identifica-se a problemática relativa ao uso aleatório e descompromissado da figura pelo Supremo Tribunal Federal, levantada por Pedron (2012) e Pansieri e De Souza (2018).

Conforme delineado nos capítulos anteriores, as análises qualitativas e quantitativas realizadas no site do Supremo indicam que a utilização da figura das mutações constitucionais,

no período analisado, ou se dá de forma aleatória, sem nenhuma explicação e/ou contextualização ao caso; ou se dá para negar a aplicabilidade/ocorrência; ou se dá para fazer menção à alteração da interpretação em suas em variadas formas, sem nenhuma particularidade distintiva.

Referido uso aleatório e descompromissado, quando persistente, acaba por transformar a figura das mutações em uma verdadeira carta branca - passe livre- na mão do Julgador, podendo, inclusive, tornar-se um meio transversal de negativa de vigência e/ou violação à Constituição, exatamente por não demandar maiores justificativas teóricas de aplicação, o que dificulta o controle externo pela comunidade acadêmica/científica.

Nesta perspectiva, citam-se como exemplos análogos os estudos¹²⁰ acerca da contestável e controversa aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, os quais, concluíram pela utilização descompromissada, aleatória e retórica dos respectivos conceitos, a partir de análises jurisprudenciais qualitativas e quantitativas, tais como as propostas por esse trabalho.

Diante do aludido problema, porém, cumpre ressaltar que o uso inidôneo da figura das mutações pelo Supremo é impulsionado pelo problema normativo anteriormente abordado, tratando-se, assim, de uma consequência previsível.

A seara normativa de um dado conceito ou instituto constitui a base estrutural e inicial de toda e qualquer figura jurídica, de sorte que a existência de deficiências nesta seara impulsiona, indubitavelmente, problemas de ordem funcional, isto é, na utilização prática pela comunidade jurídica, sobretudo pelo Judiciário.

A ausência de uma conceituação bem definida e estruturada das mutações - problema normativo anteriormente abordado - propicia um campo de aplicação amplo e ilimitado da figura, tornando-a uma verdadeira carta branca ao Julgador, que passa a utilizá-la de forma genérica e maleável, sem maiores rigores e critérios normativos, causando, assim, grande insegurança jurídica.

Referida insegurança jurídica torna-se ainda mais evidente quando considerados os resultados elencados na tabela 04, os quais retratam que a metade dos julgados em que se discutiu, com profundidade, a aplicabilidade (ou não) da figura das mutações envolve repartição de competência, indicando, assim, um possível uso político e estratégico do conceito.

¹²⁰ DE MORAIS, Fausto dos Santos. **HERMENÊUTICA E PRETENSÃO DE CORREÇÃO: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Tese de doutorado. 2013. DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>.

No mesmo rumo, chama atenção o fato de que os dois julgados paradigmas (ADI's 4764, 4797, 4798 e MS 26.603) - com menção à expressão investigada - mais citados nas decisões monocráticas analisadas envolvem, exatamente, matérias de direito político e eleitoral (licença prévia para processamento de crime comum de governador e fidelidade partidária), conforme tabela 09, o que reforça o possível uso político e estratégico do conceito.

Com efeito, diante da ausência de um conceito estruturado que se sustente em termos normativos e da patente utilização retórica e aleatória da figura pelo Supremo, sob o prisma funcional, conclui-se que, no atual contexto doutrinário e jurisprudencial pátrio, inexistente fundamento e/ou justificativa que garanta a sobrevida da tese da mutação constitucional, o que, *per se*, indica a sua dispensabilidade enquanto categoria, nos termos delineados por Pedron (2012).

Em assim sendo, à vista dos resultados encontrados a partir das análises doutrinárias e jurisprudenciais propostas pela presente pesquisa, elencam-se, finalmente, as principais reflexões alcançadas por este trabalho: (i) sob o prisma da aplicabilidade normativa, nota-se que o conceito de mutação constitucional trabalhado no Brasil, tanto na esfera doutrinária quanto na esfera jurisprudencial, não traz uma definição estruturada e objetiva da figura, tampouco indica particularidades que a distingua da mera interpretação/processo hermenêutico, o que possibilita um grande leque de aplicação e, conseqüentemente, significativas dissonâncias na identificação de casos exemplificativos, gerando um cenário de evidente banalização do conceito; (ii) Dos Santos (2015) foi o único autor brasileiro que se dispôs a distinguir, expressamente, o conceito das mutações da interpretação em suas variadas formas, mediante a atribuição da natureza fenomenológica à figura. Contudo, na tentativa de construir uma base normativa sólida das mutações desvinculando-a da seara interpretativa, o autor acabou por retroceder à armadilha sociológica eminentemente formalista, pela qual se enquadra a mutação constitucional como um fenômeno meramente fático, que não se situa na esfera jurídica, e, por isso, somente pode ser reconhecido pelo aplicador do direito, tornando inaplicáveis quaisquer limites balizadores de ordem normativa, em uma visão dicotômica e ultrapassada do direito; (iii) sob o prisma funcional, identifica-se o uso aleatório e descompromissado da figura das mutações pelo Supremo Tribunal Federal; (iv) o problema do uso inidôneo e descompromissado da figura da mutação é impulsionado pela deficiência normativa trabalhada alhures, porquanto a ausência de uma conceituação bem definida e estruturada das mutações propicia um campo de aplicação amplo e ilimitado da figura, tornando-a uma verdadeira carta branca ao Julgador, que passa a utilizá-la de forma genérica e maleável, sem maiores rigores e critérios normativos, em afronta à segurança jurídica; (v) diante da ausência de um conceito estruturado que se

sustente em termos normativos e da utilização retórica e aleatória da figura pelo Supremo, sob o prisma funcional, não há outra saída senão reconhecer que, no atual contexto doutrinário e jurisprudencial pátrio, inexistente fundamento e/ou justificativa que garanta a sobrevivência da tese da mutação constitucional, o que, *per se*, indica a sua dispensabilidade enquanto categoria, nos termos delineados por Pedron (2012).

Tais reflexões - iniciais e não exaustivas - acabam por reforçar, de forma justa e honesta, a importância e a imprescindibilidade da doutrina pátria e dos respectivos estudos e obras dedicadas à delimitação normativa e prática dos institutos e conceitos jurídicos, tal como a presente dissertação.

Afinal, a construção jurídica científica é fruto de um constante e recíproco diálogo em prol de um aprimoramento constante, no qual a comunidade acadêmica/científica (doutrina) deve sempre manter posição de destaque.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa pretendeu, inicialmente, responder aos seguintes questionamentos preliminares, os quais demandaram uma análise bibliográfica descritiva: Quais os contornos

doutrinários pátrios das mutações constitucionais, desde a importação do conceito, em 1987, até meados de 2018? Quais sentidos o STF vem atribuindo à figura das mutações em suas decisões?

De início, na seara da doutrina nacional, identificou-se que (i) inexistiu consenso, na doutrina pátria, no tocante à identificação de casos exemplificativos de mutações constitucionais; (ii) na doutrina nacional, a opção pela abordagem funcional em detrimento da abordagem meramente normativa, não induz, necessariamente, à defesa da dispensabilidade da figura das mutações enquanto categoria, citando-se como exemplos as obras de Pedron (2012), Dos Santos (2015) e Pansieri e De Souza (2018), as quais, utilizando-se da perspectiva funcional, alcançaram conclusões diversas; (iii) a utilização do conceito “mutação constitucional” pela doutrina pátria majoritária está intimamente ligada à seara hermenêutica/interpretativa, sem a indicação (clara e objetiva) de nenhuma especificidade particular que distinga a figura dos métodos interpretativos; (iv) Dos Santos (2015) foi o único autor brasileiro que se dispôs a distinguir, expressamente, o conceito das mutações da interpretação em suas variadas formas, mediante a atribuição da natureza fenomenológica à figura. Contudo, na tentativa de construir uma base normativa sólida das mutações desvinculando-a da seara interpretativa, o autor acabou por retroceder à armadilha sociológica eminentemente formalista, pela qual se enquadra a mutação constitucional como um fenômeno meramente fático, que não se situa na esfera jurídica, e, por isso, somente pode ser reconhecido pelo aplicador do direito, tornando inaplicáveis quaisquer limites balizadores de ordem normativa, em uma visão dicotômica e ultrapassada do direito; (v) a doutrina brasileira é majoritária no tocante à utilidade da figura das mutações enquanto categoria, sendo certo que a obra crítica de Pedron (2012), conquanto extremamente contributiva, constitui minoria quantitativa;

Noutro norte, buscou-se identificar quais sentidos os STF vem atribuindo às mutações constitucionais em suas decisões, a partir de pesquisa pública no sítio do Supremo Tribunal Federal com o termo “mutação constitucional”, no período compreendido entre 01/04/2014 e 01/01/2020 – data da publicação das decisões.

E, da análise das 57 decisões e 09 informativos encontrados, constatou-se o seguinte panorama: a utilização da figura das mutações constitucionais, no período analisado, ou se dá de forma aleatória, sem nenhuma explicação e/ou contextualização ao caso; ou se dá para negar a aplicabilidade/ocorrência; ou se dá para fazer menção à alteração da interpretação em suas em variadas formas, sem nenhuma particularidade distintiva.

Ato contínuo, diante dos panoramas doutrinário e jurisprudencial descritos, buscou-se identificar a existência (ou não) de um hiato entre o que a doutrina nacional e o Supremo Tribunal Federal entendem por mutações constitucionais, a partir de uma análise jurisprudencial - quantitativa e qualitativa - dos julgados citados pelos doutrinadores brasileiros (analisados no capítulo 02) como exemplos de autênticas mutações constitucionais.

Da análise dos caminhos argumentativos traçados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos casos citados pela doutrina nacional como exemplos de autênticas mutações constitucionais, verificou-se a existência de um hiato entre o que a doutrina nacional e o STF entendem por mutações constitucionais, mormente na identificação de casos, de sorte que, dos 12 julgados indicados pela doutrina brasileira como exemplos de autênticas mutações constitucionais, somente houve menção ao termo “mutação constitucional” em 07 deles, totalizando pouco mais de 50%.

Verificou-se, ainda, uma significativa inconsistência normativa da doutrina nacional, tanto na apresentação de requisitos claros e objetivos das mutações quanto na identificação de casos exemplificativos, na medida em que os julgados indicados pelos doutrinadores nacionais, nos quais não houve nenhuma menção ao termo “mutação constitucional” pelo STF, sequer se encaixam nos próprios conceitos normativos delineados pela doutrina respectiva, tratando-se, em alguns casos, de alteração formal da CRFB/88 via emenda.

Neste esteio, em relevante contribuição à comunidade acadêmica/jurídica, ao longo da presente obra, delineou-se os cenários doutrinário e jurisprudencial da figura das mutações constitucionais do Brasil, identificando-se, ao final, os seguintes problemas de ordem normativa e funcional, respectivamente: (i) o conceito de mutação constitucional trabalhado no Brasil, tanto na esfera doutrinária quanto na esfera jurisprudencial, não traz uma definição estruturada e objetiva da figura, tampouco indica particularidades que a distingam da mera interpretação/processo hermenêutico; (ii) a figura das mutações é frequentemente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal de modo aleatório, estratégico e descompromissado.

Por fim, em contribuição ao debate sobre a (in) dispensabilidade da tese da mutação constitucional enquanto categoria, levantada inicialmente por Pedron (2012), buscou-se tecer reflexões - iniciais e não exaustivas - sobre a figura das mutações, sob os prismas normativo e funcional, concluindo-se que, diante da ausência de um conceito estruturado que se sustente em termos normativos e da utilização retórica e aleatória da figura pelo Supremo, sob o prisma funcional, não há outra saída senão reconhecer que, no atual contexto doutrinário e jurisprudencial pátrio, inexistente fundamento e/ou justificativa que garanta a sobrevivência da tese da

mutação constitucional, o que, *per si*, indica a sua dispensabilidade enquanto categoria, nos termos delineados por Pedron (2012).

Com efeito, a presente pesquisa trouxe a lume relevantes contribuições sobre a figura das mutações constitucionais no Brasil, desde a compilação doutrinária acerca do tema, passando pelos contornos da jurisprudência do STF, até a análise dos julgados indicados como autênticos exemplos de mutações pelos doutrinadores nacionais.

Nada obstante, é na identificação e diferenciação de problemas de ordem normativa e funcional relativos à figura das mutações – (i) ausência de um conceito estruturado que se sustente em termos normativos e (ii) utilização retórica e aleatória da figura pelo Supremo - que se situa a principal contribuição da presente obra.

Afinal, a seara normativa de um dado conceito ou instituto constitui a base estrutural e inicial de toda e qualquer figura jurídica, sendo certo que, no presente caso, as deficiências normativas que envolvem a tese das mutações constitucionais não só impulsionam problemas de ordem funcional, tais como o uso retórico, estratégico e aleatório da figura pelo STF, como também esvaziam o próprio conceito, tornando-o insustentável em termos normativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATA, Rodrigo Sarmiento. **A mutação constitucional e o STF: Sua utilização e algumas perspectivas**. São Paulo, Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação da Professora Paula Gorzoni, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, 2º Edição.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Editora Malheiros. 2004. Edição 15ª.

BOTELHO, Nadja. **Mutação Constitucional**. Dissertação de Mestrado. UERJ, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder executivo, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder executivo, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pesquisa Jurisprudencial. <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&publicacao_data=0104201401012020&page=1&pageSize=10&queryString=%22muta%C3%A7%C3%A3o%20constitucional%22&sort=score&sortBy=desc> Acesso em 07-02-2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 27-05-2005. Dje 31-08-2007. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 43; Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 44**; . Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 05-10-2016. Dje 07-03-2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5-5-2011. DJe-198, 14-10-2011. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 26-04-2012. Dje 20-10-2014. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2675**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 19-10-2016. Dje 30-06-2017. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur370239/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 25-05-2017. Dje 30-05-2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3838**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Decisão monocrática. Julgado em 17-09-2017. Dje 22-09-2017. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho745890/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05-05-2011. Dje-198, 14-10-2011. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4357**. Relator: Ministro AYRES Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 14-03-2013. Dje 26-09-2014. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur278076/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4362**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 09-08-2017. Dje 06-02-2018. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379766/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso Tribunal Pleno. Julgado em 27-09-2017. Dje 21-06-2018. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387047/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4764**. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 04-05-2017. Dje 15-08-2017. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371694/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4765 ED**. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 17-10-2017. Dje 20-10-2017. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho796596/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4766 ED**. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 17-10-2017. Dje 20-10-2017.

Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho796602/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4772 ED.** Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 17-10-2017. Dje 27-11-2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho810736/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4773 ED.** Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 17-10-2017. Dje 20-10-2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho796670/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4775.** Relatora: Ministra Rosa Weber Decisão monocrática. Julgado em 18-05-2017. Dje 08-08-2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho765708/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4778.** Relatora: Ministra Rosa Weber Decisão monocrática. Julgado em 18-05-2017. Dje 24-05-2017. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho743867/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4805 ED.** Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 17-10-2017. Dje 20-10-2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho796597/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5105.** Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 01-10-2015. Dje 16-03-2016. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur342540/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5540.** Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 03-05-2017. Dje 28-03-2019. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur400895/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5577.** Relatora: Ministra Rosa Weber. Decisão monocrática. Julgado em 22-08-2016. Dje 225-08-2016. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho665448/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 937 QO.** Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 03-05-2018. Dje 11-12-2018. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur396594/false>>. Acesso em 05 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 1.000.** Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgado em 08-05-2018. Dje 11-05-2018. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho863528/false>>. Acesso em 05 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Regimental na Ação Rescisória n. 2.341**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 18-05-2018. Dje 30-05-2018. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur385708/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Regimental na Ação Rescisória n. 2.415**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno. Julgado em 24-04-2019. Dje 10-05-2019. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur407566/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Regimental na Ação Rescisória n. 2.421**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 13-06-2018. Dje 06-03-2019. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399146/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Regimental na Ação Rescisória n. 2.433**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 04-10-2019. Dje 13-12-2019. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur417330/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Regimental na Ação Rescisória n. 2.494**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno. Julgado em 23-09-2019. Dje 01-09-2019. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur403363/false>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n. 855**. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26-08-2004. Dje 01-07-2005. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2041365>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 23-02-2006. Dje 01-09-2006. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110217>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 04-04-2018. Dje 27-06-2018. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 127.900**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 03-06-2016. Dje 03-08-2016. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur353304/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 129.573**. Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão monocrática. Julgado em 31-08-2015. Dje 02-09-2015. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho558062/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 144.457**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão monocrática. Julgado em 01-06-2017. Dje 05-06-2017. Disponível em <

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387299/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 17-02-2016. Dje 17-05-2016. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho748782/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 176.905**. Relator: Ministro Ricardo Leandowski. Decisão monocrática. Julgado em 17-10-2019. Dje 29-10-2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1042756/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 818**. Dje 18-03-2016. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo818.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 847**. Dje 18-11-2016. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo847.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 863**. Dje 05-05-2017. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo863.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 867**. Dje 02-06-2017. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo867.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 878**. Dje 22-09-2017. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo878.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 886**. Dje 01-12-2017. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 896**. Dje 06-04-2018. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo896.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 900**. Dje 30-04-2018. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 944**. Dje 14-06-2019. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 687**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em 25-08-1999 Dje 09-11-2001. Disponível em

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1540800>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4.403**. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgado em 01-08-2018. Dje 08-08-2018. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho890623/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4.635**. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgado em 07-05-2018. Dje 09-05-2018. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho862442/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 670**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno. Julgado em 25-10-2007. Dje 31-10-2008. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 25-10-2007. Dje 31-10-2008. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2232963>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 712**. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25-10-2007. Dje 31-10-2008. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2244628>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26602**. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 04-10-2007. Dje 17-10-2008. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513855>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.518**. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 22-11-2016. Dje 25-11-2016. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho693974/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação n. 36.875**. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgado em 16-12-2019. Dje 19-12-2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1057932/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 7.290**. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgado em 10-05-2018. Dje 16-05-2018. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho865059/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 7.991**. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgado em 01-02-2019. Dje 07-02-2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho945117/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.335**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 21-03-2014. DJE N. 208, 21-10-2014. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>>. Acesso em 10 de janeiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 28.722**. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 24-10-2017. Dje 27-10-2017. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho800258/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 30.304**. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 22-05-2019. Dje 24-05-2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho981334/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 32.076**. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 18-10-2018. Dje 22-10-2018. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho919269/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 32.206**. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 09-11-2018. Dje 13-11-2018. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho926187/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.004.516 ED-AgR-ED-EDv-AgR**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 22-06-2018. Dje 11-05-2018. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur388087/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 671.351 AgR-terceiro-ED-EDv**. Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão monocrática. Julgado em 08-05-2018. Dje 27-10-2017. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho863486/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 331.303**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 17-05-2005. Dje n. 18, 10-06-2005. p. 6. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1988043>>. Acesso em 10 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 165.438**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Julgado em 16-10-2005. Dje 05-05-2006. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1566421>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 522.897** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 16-03-2017. Dje 26-09-2017. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374217/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 574.706** Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 15-03-2017. Dje 02-10-2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374677/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 578.315**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Decisão monocrática. Julgado em 03-08-2015. Dje 10-08-2015. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho547403/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 602.043** Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 27-04-2017. Dje 08-09-2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373106/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 612.975** Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 27-04-2017. Dje 08-09-2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373104/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 778.889** Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 10-03-2016. Dje 01-08-2016. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4482209>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 940.426**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Decisão proferida pelo(a): Min. Carmén Lúcia. Decisão monocrática. Julgado em 05-09-2016. Dje 14-09-2016. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho671596/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.012.312**. Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão monocrática. Julgado em 17-09-2017. Dje 22-09-2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho784822/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.024.321** Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgado em 23-02-2017. Dje 03-03-2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho716523/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.119.262** Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão monocrática. Julgado em 02-05-2018. Dje 07-05-2018. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho861294/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.127.407**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Decisão monocrática. Julgado em 12-03-2019. Dje 15-03-2019. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho956484/falsefalse>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela Provisória na Petição n. 7.551**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Decisão monocrática. Julgado em 05-04-2018. Dje 10-04-2018. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho849265/false>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

BULOS, Uadi Lammego. **Da Reforma à Mutação Constitucional**. Brasília a. 33 n. 129 jan./mar.1996.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros Editores. 2014. 37º Edição.

DE MORAIS, Fausto dos Santos. **HERMENÊUTICA E PRETENSÃO DE CORREÇÃO: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Tese de doutorado. 2013. DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>.

DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional, a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba. Editora Juruá, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano de. Jota. **Como o Supremo expandiu seus poderes no CASO do amianto? Construindo supremacia: STF, a mutação constitucional e a abstrativização do controle difuso-concreto**. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/supra/como-o-supremo-expandiu-seus-poderes-no-caso-do-amianto-21112019>>. Acesso em 20-06-2022.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutação constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo. Max Limonad, 1986.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

GUSTIN. Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte. Del Rey, 2013.

HORTA, Machado Raul. **Direito Constitucional**. 4º ed. Ver e atual. Belo Horizonte. Del Rey, 2003.

HORTA, Machado Raul. **Permanência e Mudança na Constituição**. R. Inf. Legisl. Brasília a, 29, n.115, jul./set. 1992.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho – São Paulo, Saraiva, 2009.

LIMA, Iara Menezes; LANÇA João André Alves. **A Força Normativa da Constituição e os limites à Mutação Constitucional em Konrad Hesse**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 62, p. 295, jan/jun. 2013. Disponível em <<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD->

[9XQGE/1/disserta_o_muta_o_constitucional_fundamenta_o_e_limites_luz_da_hermen_tica_filos_fica_e_da_teor_ia_estruturante_do_direito..pdf](#)>. Acesso em 15 de julho de 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008. Ver também MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Livio Cruz Romão e Vivianne Geraldês Ferreira. São Paulo: RT, 2007.

PANSIERI, Flávio; DE SOUZA, Henrique Soares. **Mutação Constitucional à Luz da teoria constitucional contemporânea**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: Limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização**. São Paulo. Tese de Douramento, PUC-SP, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional Na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do "ontological turn"**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi.15-01-2008.