

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL

THOMAZ MUYLAERT DE CARVALHO BRITTO

MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL: realidade fática e norma jurídica

Niterói
2019

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL

THOMAZ MUYLAERT DE CARVALHO BRITTO

MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL: realidade fática e norma jurídica

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Linha de pesquisa: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.

Prof. Dr. Orientador: Cássio Luís Casagrande.

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

B862m Britto, Thomaz Muylaert de Carvalho
Mutação inconstitucional : realidade fática e norma
jurídica / Thomaz Muylaert de Carvalho Britto ; Cássio Luis
Casagrande, orientador. Niterói, 2019.
144 f.

Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
Niterói, 2019.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2019.m.14989375785>

1. Constituição. 2. Interpretação. 3. Mutação. 4.
Judiciário. 5. Produção intelectual. I. Casagrande, Cássio
Luis, orientador. II. Universidade Federal Fluminense.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDD -

THOMAZ MUYLAERT DE CARVALHO BRITTO

MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL: realidade fática e norma jurídica

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Aprovada em 14 de agosto de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cássio Luís Casagrande (Orientador) - UFF

Prof.^a Dr.^a Giulia Parola - UFF

Prof. Dr. Luigi Bonizzato - UFRJ

Niterói
2019

Aos meus pais, sempre.

AGRADECIMENTOS

Não costumo utilizar a primeira pessoa quando escrevo um texto, mas, por se tratar de agradecimento, permito-me materializar uma exceção. Para ser justo, devo agradecer ao meu empenho e aos desafios perante os quais me coloco, pois, com base nesses pilares, conduzo o caminho que percorro.

Além disso, preciso agradecer aos meus pais, pelo apoio, pela compreensão e pelo desejo de aprendizado em todos os momentos da minha vida. Nas ocasiões em que precisei, eles sempre estiveram presentes. A minha trajetória, assim como de muitas outras pessoas, foi percorrida com a superação de obstáculos, a visualização de metas e a concretização de objetivos. Reputo as minhas conquistas, além do meu esforço em si, à confiança que deposito na minha capacidade.

Em seguida, devo agradecer aos meus irmãos, que valorizam o meu trabalho, acreditam nos meus objetivos e incentivam o meu desenvolvimento enquanto ser humano e cidadão. Foram noites não dormidas, além de faltas em almoços de família aos domingos. A escrita de uma dissertação exige concentração, atenção e perspectiva, cuja efetividade credito à minha família pela estrutura concedida.

Gostaria de agradecer, também, ainda quanto à família, aos meus avós e aos meus padrinhos, os quais, em todas as circunstâncias, empenharam-se na solidificação dos meus sonhos. A transformação da realidade, analogia ao tema desta dissertação, depende de pessoas que queiram a mudança e tenho certeza de que estou cercado delas.

É de curial importância o agradecimento à Universidade Federal Fluminense, na qual me graduei em Direito, construí grandes amizades e me tornei o indivíduo que sou hoje. A UFF me proporcionou inúmeras oportunidades de crescimento profissional e pessoal. Sempre agradecerei a essa universidade plural e grandiosa na sua missão de ensino. A UFF me permitiu a visão de que a universidade não tem uma função apenas didática, mas de pesquisa e extensão, aliás, como a própria Constituição de 1988 preconiza.

Devo agradecer à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo suporte conferido no percurso da pesquisa, o qual ensejou o melhor desenvolvimento possível no que diz respeito à investigação pretendida no campo do Direito Constitucional.

Aos professores do mestrado em Direito Constitucional, quero dizer: muito obrigado. Suas aulas foram imprescindíveis para a presente pesquisa, auxiliando na construção do difícil

objeto que é a mutação inconstitucional. Agradeço, especialmente, aos professores Cássio Casagrande, meu orientador, Giulia Parola e Marco Casamasso.

Aos meus amigos do mestrado, por fim, gostaria de dizer que foram essenciais no decorrer do curso, com conversas relevantes e com a ansiedade própria desse momento em nossas vidas. Agradeço, especialmente, aos amigos Bruno, Maria Clara, Rodolfo e Thaiana.

Mas tenho muito tempo, temos todo o tempo do mundo.

Renato Russo

RESUMO

A mutação inconstitucional ainda é um tema pouco estudado na doutrina de Direito Público. Hipoteticamente, sustenta-se a existência dessa mutação no ordenamento jurídico, a qual, muitas vezes, é percebida como mutação constitucional. Esta pesquisa tem, como objeto, a mutação inconstitucional sob a perspectiva do desenvolvimento do conceito de mutação constitucional e do reconhecimento de seus limites. A partir da referida compreensão teórica, analisam-se três precedentes do Supremo Tribunal Federal e dois da Suprema Corte dos Estados Unidos. O exame dos casos, nesse sentido, percorre etapas comparativas e conceituais com o propósito de contribuição para o aprofundamento do estudo concernente ao episódio mutacional. Assim, pretende-se a verificação da ocorrência de mutação inconstitucional no viés interpretativo judicial mediante a análise de casos submetidos a julgamento. A metodologia selecionada, no tocante ao debate, abarcou a pesquisa teórico-normativa, instrumentalizada pela revisão bibliográfica e pela dissecação de casos.

Palavras-chave: Mutação. Inconstitucional. Interpretação. Limites.

ABSTRACT

Unconstitutional mutation is still a subject little studied in Public Law's doctrin. Hypothetically, the existence of this mutation in the legal system is affirmed, which is often perceived as a constitutional mutation. The research has as its object the unconstitutional mutation from the perspective of the development of constitutional mutation's concept and the recognition of its limits. From this theoretical understanding, we analyze three cases of the Brazilian Supreme Court and two cases of the Supreme Court of the United States. The examination of the cases, in this sense, goes through comparative and conceptual stages with the purpose of contributing to the deepening of the study concerning the mutational episode. Thus, it is intended the verification of unconstitutional mutation's occurrence in the judicial interpretation through an analysis of judged cases. The selected methodology, regarding the debate, included the theoretical-normative research, instrumentalized by the bibliographic review and by the dissection of cases.

Keywords: Mutation. Unconstitutional. Interpretation. Limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	21
1.1. A relação entre a Constituição e a realidade.....	22
1.1.1. As contribuições de Lassale e Hesse.....	22
1.1.2. A mutação constitucional a partir da realidade	24
1.2. A reforma como elemento fundante no conceito de mutação constitucional.....	34
1.3. Concretização normativa	40
1.4. Filtragem constitucional, interpretação conforme a Constituição e mutação	43
1.5. Modalidades de mutação constitucional.....	47
1.6. A mutação constitucional pela via interpretativa	49
1.7. Sugestão a partir do desenvolvimento conceitual.....	53
2. LIMITES AFETOS À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	55
2.1. Debate mediante a tese de Adriano Sant’ana Pedra	57
2.2. A perspectiva de Hesse	62
2.3. O limite do campo textual	65
2.4. O limite dos fins constitucionais	69
2.5. Sugestão referente à sistematização dos limites.....	70
2.6. Ultraje aos limites da mutação: mutação inconstitucional?	72
3. A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	78
3.1. A mutação inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.....	79
3.1.1. <i>Habeas Corpus</i> 84.078/MG e <i>Habeas Corpus</i> 126.292/SP.....	79
3.1.1.1. <i>Habeas Corpus</i> 84.078/MG.....	79
3.1.1.1.1. Voto do Ministro Gilmar Mendes	80
3.1.1.1.2. Votos dos demais Ministros	81
3.1.1.2. <i>Habeas Corpus</i> 126.292/SP	85

3.1.1.2.1. Voto do Ministro Teori Zavascki	86
3.1.1.2.2. Voto do Ministro Edson Fachin	88
3.1.1.2.3. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso	90
3.1.1.2.4. Voto da Ministra Rosa Weber	91
3.1.1.2.5. Votos dos demais Ministros	93
3.1.1.3. Comparação entre os fundamentos dos votos: continuidades e rupturas.....	95
3.1.1.4. Houve mutação inconstitucional?	97
3.1.2. Reclamação 4.335/AC.....	100
3.1.2.1. Voto do Ministro Gilmar Mendes	101
3.1.2.2. Voto do Ministro Eros Grau.....	104
3.1.2.3. Análise sobre a suposta mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição	106
3.2. A mutação inconstitucional no ordenamento jurídico norte-americano.....	111
3.2.1. Os casos <i>Minersville School District v. Gobitis</i> e <i>West Virginia Board of Education v. Barnette</i>	111
3.2.1.1. <i>Minersville School District v. Gobitis</i>	112
3.2.1.2. <i>West Virginia Board of Education v. Barnette</i>	116
3.2.1.3. Cotejo entre os casos: continuidades e rupturas.....	120
3.2.1.4. Houve mutação inconstitucional?	121
CONCLUSÃO.....	125
REFERÊNCIAS	132

INTRODUÇÃO

A presente dissertação visa à análise do fenômeno da mutação inconstitucional, principalmente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O estudo concentra-se na análise do desenvolvimento teórico associado ao conceito de mutação inconstitucional.

No entanto, em uma primeira ocasião, denota-se crucial o estabelecimento de um conceito para a mutação constitucional, fenômeno bastante difundido na seara jurídica, além do conhecimento atinente aos seus requisitos. A partir da referida compreensão, possibilita-se a elaboração de um debate sobre o desrespeito aos pressupostos do fenômeno da mutação constitucional pelo intérprete.

Esta pesquisa pretende, mediante um viés crítico, distanciar-se de uma conclusão conexas à de Otto Bachof (2009, p. 62) referente às normas constitucionais inconstitucionais. Isso porque a tese de Bachof diz respeito ao poder constituinte originário e suas limitações diante de um Direito para além do Estado, razão por que seria possível, segundo o alemão, a existência de normas constitucionais originárias afetadas pela mácula da inconstitucionalidade. A investigação delineada na presente dissertação pretende a elaboração de um questionamento que não se limite à mera constatação da inconstitucionalidade, motivo pelo qual há uma preocupação teórica em relação à categoria da mutação constitucional.

Preliminarmente, afirma-se que a mutação constitucional significa uma mudança informal da Constituição. Assim, o texto não é modificado. A alteração formal da Lei Maior, por sua vez, pode ser exemplificada pelas emendas constitucionais. Além disso, no tema da mutação, ingressa a questão da realidade fática. Infere-se, pois, a necessidade de uma reflexão sobre a mencionada realidade no conceito do fenômeno em exame.

Com o objetivo de delimitação do objeto de pesquisa, optou-se pela análise da mutação constitucional a partir da interpretação judicial. O Judiciário foi selecionado para esta investigação em virtude da ressignificação da Constituição a partir da interpretação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O tema da mutação, em sede doutrinária, apresenta-se como confuso. Observa-se uma tese – aparentemente equivocada – no sentido de que, para a ocorrência da mudança informal da Constituição pela interpretação, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito brasileiro, deveriam encampar explicitamente, em seus votos, a ocorrência de mutação constitucional, como ocorreu no voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.335 do Acre.

Assim, hipoteticamente, para que aconteça a mutação constitucional, é desnecessário o reconhecimento, por escrito, do Supremo Tribunal Federal acerca da ocorrência do fenômeno. Na sugestão conceitual que se pretende estipular, é prescindível o citado reconhecimento, por escrito, também. Entretanto, os requisitos para a existência de mutação precisam ser comprovados.

A título de hipótese, a mutação constitucional não pode ser reconhecida como tal caso haja ultraje aos requisitos exigidos para sua configuração. A construção proposta, na presente pesquisa, lança-se a uma análise mais detida do conceito de mutação, rechaçando, portanto, apenas uma visão sobre o episódio.

Esta pesquisa visa a uma análise tocante a múltiplos espectros quanto à mutação, eis que planeja um diálogo relacionado ao conhecimento posto no atual estágio do Direito Constitucional. Em razão disso, não se dispensam perspectivas possivelmente consideradas atécnicas pelos conhecedores da temática, propiciando, dessa forma, um debate mais amplo pelos aplicadores do Direito.

Formula-se, também, a hipótese de que ocorrem mutações inconstitucionais no âmago do Supremo Tribunal Federal. Compreende-se, hipoteticamente, a mutação inconstitucional como a violação aos limites da mutação constitucional. Isso justifica a imprescindibilidade do estudo sobre os limites do fenômeno em questão.

O objetivo geral da pesquisa diz respeito à análise do fenômeno da mutação inconstitucional, à verificação de sua presença na realidade brasileira, sobretudo no plano decisório do Supremo Tribunal Federal, bem como à sistematização de limites à mutação para coibir práticas inconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Para além de uma perspectiva genérica, esta dissertação almeja a consubstanciação de objetivos específicos. A seleção dessas finalidades permite uma ramificação precisa do objeto de pesquisa. No sentido em questão, planejam-se: o desenvolvimento de um conceito para mutação constitucional e inconstitucional com base no anteparo teórico selecionado, uma análise sobre os limites da mutação constitucional e sua reverberação no reconhecimento da mutação inconstitucional, o cotejamento entre os argumentos mobilizados pelos Ministros da Suprema Corte Brasileira no *Habeas Corpus* 126.292/SP (STF, 2016) e no *Habeas Corpus* 84.078/MG (STF, 2009), um exame acerca dos argumentos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, quanto ao reconhecimento explícito da ocorrência de mutação constitucional, na Reclamação 4.335/AC (STF, 2014), uma comparação entre os argumentos utilizados pelos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos *Gobitis* e *Barnette*, distinguindo-se o grau de importância atribuído à mutação na *civil law* e na *common law*, uma verificação

tocante à presença da mutação inconstitucional nos casos paradigmáticos das referidas demandas, bem como a sistematização de limites capazes de contribuir para o afastamento da mutação inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Metodologicamente, conforme defendem Dias e Gustin (2010, p. 19), “a escolha da metodologia significa a adoção de uma postura político-ideológica perante a realidade”. A escolha do método responsável pelo manejo do objeto pesquisado não se dissipa do viés político-ideológico. Em outros termos, quando se escolhe uma metodologia específica, o ato de escolha produzirá consequências no resultado da pesquisa. Ainda com fundamento em Dias e Gustin, o estudo do fenômeno jurídico a partir de suas aporias e da distinção entre as leis positivadas e a realidade contribui para a observação do Direito como um setor do conhecimento integrado com outras disciplinas.

Quanto ao tipo de pesquisa, optou-se pela vertente teórico-normativa, cuja essência se concentra na investigação do embasamento teórico proveniente de autores cruciais na construção do problema, assim como na observação da esfera normativa do tema. Essa seara se associa às leis positivadas no ordenamento jurídico, porém não se restringe aos mencionados diplomas legais. Nesse viés, a análise referente aos citados precedentes do Supremo Tribunal Federal, além dos casos relacionados à Suprema Corte dos Estados Unidos, destina-se à verificação da existência de mutação constitucional nas hipóteses suscitadas na jurisprudência. O estudo do fenômeno da mutação inconstitucional requer uma dissertação que ultrapasse quaisquer limites entre o Direito e outros campos do conhecimento, posto que a ocorrência de verdadeira mutação, a partir de um dos ângulos a serem examinados, depende de modificações no âmbito fático.

A abordagem qualitativa foi definida como a mais compatível para a presente investigação, porquanto fomenta um estudo que não se restringe a aspectos numéricos. Há, por conseguinte, uma atenção mais aprofundada à qualidade do objeto de pesquisa (SEVERINO, 2007, p. 119). Elegeu-se a pesquisa bibliográfica, tendo em vista a sua imprescindibilidade para a concepção da mutação inconstitucional, possibilitando a revisitação teórica de categorias com o escopo de análise de casos práticos. O trabalho, dessa forma, desenvolve-se com base, também, em categorias teóricas constituídas por outros autores (SEVERINO, 2007, p. 122).

Nascimento dos Santos (2015, p. 90), examinando a reconstrução do conceito de mutação constitucional à luz dos trabalhos clássicos e mais recentes sobre o tema, sublinha a tese de “ausência de métodos principalmente na utilização de conceitos jurídicos no Direito brasileiro”. A metodologia de pesquisa, especialmente a conceitual, é um requisito

inquestionável para a produção de uma investigação coerente, respaldada e inovadora. Concomitantemente, deve-se evitar o “manualismo”. Na expressão de Luciano Oliveira (2004, p. 142), tal prática consiste no “uso abusivo de manuais e de livros de doutrina”.

Com o intuito de delimitação do objeto de pesquisa, no que se refere ao marco temporal, optou-se pelo período posterior à redemocratização brasileira de 1988. Isso porque, com a promulgação da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal foi reconhecido, textualmente, como guardião da Carta Política, sendo responsável pela proteção de seu conteúdo perante os demais Poderes. Além disso, houve a previsão de inúmeros direitos e garantias fundamentais, a respeito dos quais, em tese, poder-se-ia argumentar a ocorrência de mutação constitucional com o decurso do tempo. A aduzida escolha se justifica, também, pelos precedentes emblemáticos para exame, eis que o julgamento desses casos concretos originou-se de um debate à luz dos princípios da Constituição de República de 1988. Isso se associa diretamente às supostas mutações inconstitucionais dissecadas nesta dissertação. Nesse sentido, em virtude do reconhecimento, com mais ênfase, da importância do papel constitucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, recortou-se o aduzido período temporal para esta pesquisa.

Acrescente-se que o Brasil e o Supremo Tribunal Federal foram escolhidos para esta investigação em decorrência das discussões constantes na comunidade jurídica acerca do episódio mutacional e de suas implicações. O ordenamento jurídico brasileiro é influenciado, mormente, pela tradição da *civil law*, no âmago da qual as preocupações relativas à mutação se originaram. No campo jurídico brasileiro, não tem havido coesão em relação à temática. Justifica-se, também, a escolha do Brasil pela menção, em alguns votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao fenômeno da mutação constitucional para a fundamentação de suas teses, o que acarreta necessário questionamento. Quanto ao Tribunal analisado, a delimitação da pesquisa ao Supremo Tribunal Federal derivou da competência atribuída, para essa Corte, pela Constituição de 1988, no que tange à interpretação final da Carta da República.

Outro fator embasou a opção pelo exame tocante ao Supremo Tribunal Federal, qual seja, a repercussão de suas decisões nos demais órgãos do Poder Judiciário e na Administração Pública direta e indireta. Ressalta-se, desde já, a autonomia legislativa no tangente às decisões proferidas pela Suprema Corte Brasileira, mesmo que sejam elaboradas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Quanto aos precedentes judiciais decorrentes da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, comparam-se os argumentos utilizados por seus Ministros no que diz respeito ao

tema da execução antecipada da pena privativa de liberdade no *Habeas Corpus* 84.078/MG (STF, 2009) e no *Habeas Corpus* 126.292/SP (STF, 2016), marcados pela suposta manifestação de mutação constitucional. Os aludidos remédios constitucionais foram selecionados para exame, nesta pesquisa, em função da menção expressa, pelo Ministro Luís Roberto Barroso, à mutação constitucional em seu voto no *Habeas corpus* 126.292/SP (STF, 2016). Ademais, a elevada discussão, no seio social, sobre a temática justificou a escolha dos precedentes a serem examinados. A título hipotético, entende-se pela ocorrência de mutação inconstitucional na comparação entre os precedentes em análise, na medida em que houve violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, o qual teve sua proteção esvaziada com a decisão de 2016.

Ainda no Supremo, investiga-se o suposto reconhecimento de mutação, ante os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, na Reclamação Constitucional 4335/AC (STF, 2014). O artigo 52 da Constituição da República (BRASIL, 1988) prevê as competências privativas do Senado Federal: uma dessas funções engloba “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Instaurou-se uma celeuma, mormente depois da emissão dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação Constitucional 4335/AC, a respeito da ocorrência de mutação constitucional com o aduzido dispositivo constitucional.

Na Reclamação Constitucional 4335/AC (STF, 2014), o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição de 1988. Fixou-se, para a investigação a ser conduzida nesta dissertação, o estudo de caso concernente à Reclamação Constitucional 4335/AC (STF, 2014), porque, além da menção expressa à mutação constitucional nos votos indicados, múltiplos debates foram travados, entre os juristas, acerca da mutação do artigo 52, X, da Constituição (BRASIL, 1988), possibilitando, inclusive, questionamentos sobre o sentido da alteração informal da Carta Maior.

Conforme explicado anteriormente, a delimitação do tema da mutação inconstitucional, na pesquisa em comento, abrange, no campo brasileiro, somente o Supremo Tribunal Federal. Em que pese a delimitação do objeto de pesquisa envolva a realidade brasileira, a sua Corte Constitucional e o período posterior à redemocratização de 1988, permite-se, a título de justaposição e de amplitude quanto ao debate, a estipulação de uma análise referente aos Estados Unidos. Na seara norte-americana, a pesquisa engloba a Suprema Corte dos Estados Unidos.

Definiu-se a Suprema Corte dos Estados Unidos como objeto, igualmente, do presente estudo, tendo em vista a relevância da função que desempenha, desde 1789, no ordenamento

jurídico norte-americano, de modo que suas decisões repercutem internacionalmente, influenciando, conseqüentemente, o próprio Supremo Tribunal Federal. A opção pelos Estados Unidos da América derivou da necessidade de aferição de possível mutação inconstitucional no âmbito desse Estado soberano. Os Estados Unidos inserem-se na tradição da *common law*, ao passo que o Brasil encampa a *civil law*. A Constituição dos Estados Unidos é sintética e, em virtude disso, a Suprema Corte apresenta, com base em suas decisões, uma concretização de dispositivos constitucionais, ampliando, por exemplo, seu alcance a partir de suas interpretações. Um dos propósitos da pesquisa da perspectiva norte-americana, portanto, justifica-se pela relevância de se investigar a intensidade de uma possível discussão referente à mutação nos Estados Unidos. A hipótese, nesta etapa, é a de que há pouca preocupação quanto ao tema, pois a interpretação da Suprema Corte, nos Estados Unidos, corrobora a edificação jurisprudencial do Direito na tradição da *common law*.

Conforme aduz Merryman (2009, p. 63), quando analisa o papel dos juízes na *common law*, “nós sabemos que nossa tradição jurídica foi criada, cresceu e desenvolveu-se nas mãos dos juízes, que fundamentam cuidadosamente caso a caso e constroem um corpo de direito que vincula os juízes que se lhes seguirão”. São notórias, portanto, as diferenças entre a *common law* e a *civil law*, pois a primeira tem um vínculo substancialmente mais profundo com a jurisprudência e, por conseguinte, com a construção judicial do Direito. Para além de um posicionamento limitado à separação unívoca entre as duas tradições, Cappelletti (1999, p. 128-133) visualiza aspectos comuns e uma tendência à aproximação e, nesse caminho, estipula os juízes como protagonistas das semelhanças em comento. A razão pela qual se abraçou a pesquisa tocante aos Estados Unidos, nesta dissertação, reside, justamente, na conclusão do professor da Universidade de Florença a respeito do avizinhamo entre as duas famílias jurídicas. Logo, a presença de precedentes judiciais norte-americanos, nesta investigação, abarca, com os devidos cuidados metodológicos, um contraponto necessário para a construção do objeto de análise. O próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2013, p. 147), cita precedentes judiciais da Suprema Corte dos Estados Unidos em que houve, em suas palavras, “inequívoca mutação constitucional”.

Por via de uma metodologia analítica, reconhecida como possível no âmbito do Direito Comparado, os conceitos verificados em ordenamentos jurídicos de Estados soberanos diferentes não devem ser analisados acriticamente. Há peculiaridades de cada ordenamento, razão pela qual o conceito, por exemplo, de “direitos” se subordina às regras jurídicas constantes de certo Estado soberano (VAN HOECKE, 2014, p. 13-14). Nesse passo, quanto à investigação da Suprema Corte dos Estados Unidos, sob um ângulo de consideração ante suas

peculiaridades, os precedentes judiciais *Minersville School District v. Gobitis* (ESTADOS UNIDOS, 1940) e *West Virginia Board of Education v. Barnette* (ESTADOS UNIDOS, 1943) foram fixados para a pesquisa.

Para além do exame referente ao grau de preocupação, nos Estados Unidos, a respeito da mutação constitucional, pretende-se, com base na comparação entre dois precedentes judiciais da Suprema Corte norte-americana, uma análise acerca de possível ocorrência afeta à mutação inconstitucional, por meio da utilização de critérios adaptados, pelo método analítico, ao contexto dos Estados Unidos. Para a realização da pesquisa nesta fase, os casos *Minersville School District v. Gobitis* (ESTADOS UNIDOS, 1940) e *West Virginia Board of Education v. Barnette* (ESTADOS UNIDOS, 1943) foram definidos para estudo. Isso porque, em um curto período de tempo, qual seja, três anos, a Suprema Corte alterou substancialmente sua compreensão sobre a obrigatoriedade de juramento à bandeira dos Estados Unidos pelas Testemunhas de Jeová. Assim, busca-se uma compreensão acerca das razões dessa mudança, se houve alguma alteração fática, se apenas uma mudança na composição dos juízes alterou o entendimento da Corte. A investigação, neste ponto, abrangerá diferentes perspectivas afetas à mutação constitucional. Em relação ao tema, sustenta-se, preliminarmente, a ausência de mutação inconstitucional, visto que houve, com a nova decisão, uma proteção progressiva aos direitos fundamentais anteriormente violados.

No tocante ao fenômeno da mutação constitucional sob o viés interpretativo, indaga-se se um pequeno intervalo de tempo, como a distância temporal de três anos entre o julgamento do caso *Gobitis* e do caso *Barnette*, justificaria a mudança de posicionamento da Corte Constitucional. Busca-se, logo, uma investigação sobre as explicações para tal alteração: a alternância de membros da Corte, a coerência entre as opiniões manifestadas pelos componentes remanescentes e a distinção entre os julgados são aspectos a serem ponderados no tema.

Tendo em liame as proposições teóricas oriundas da revisão bibliográfica acerca da mutação constitucional e da inconstitucional, procurar-se-á uma delimitação do conceito de mutação inconstitucional para o corrente estudo e, a partir disso, anseia-se por uma averiguação da ocorrência de mutação inconstitucional nos mencionados casos. Faz-se considerável a adoção de um trabalho concentrado nos entendimentos judiciais dos membros da Corte e nas possíveis alterações sociais, econômicas e culturais, de forma exemplificativa que, em tese, teriam permitido a pretensa manifestação do poder constituinte difuso (BURDEAU, 1969, p. 246).

Conrado Hübner (2008, p. 89), no âmbito de sua tese de doutorado, discorre sobre a revisão judicial no Estado de Direito: “é equivocada a inferência segundo a qual a constituição, para ser suprema, precisa, por imposição lógica, ser resguardada pela revisão judicial”. É profícuo não se olvidar, no que se refere ao objeto de pesquisa da mutação inconstitucional, do papel do Supremo Tribunal Federal e, logicamente, do próprio Judiciário como um todo na estabilidade do ordenamento jurídico. Ressalte-se, porém, que a corrente dissertação não versará sobre o ativismo judicial.

A relevância da presente pesquisa decorre das consequências advindas da relação entre a mutação inconstitucional e o Poder Judiciário. Busca-se, a partir dos limites atinentes ao fenômeno, a verificação da eventualidade da ocorrência de mutação contrária aos valores constitucionais.

A pesquisa percorrida denota-se importante, além disso, pelas reflexões a serem realizadas por este pesquisador com o intuito de se permitir uma aferição pertinente no que diz respeito aos requisitos para a ocorrência de mutação constitucional e uma identificação atenta da manifestação de mutação inconstitucional.

No decorrer da pesquisa, nesse sentido, busca-se a comprovação ou o afastamento da hipótese de acordo com a qual há mutação inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Os casos concretos, a serem estudados na etapa final desta dissertação, focalizam o embate argumentativo entre os membros do órgão de maior hierarquia no Judiciário com vistas à identificação de mutação constitucional ou inconstitucional. É válido frisar, além disso, a preocupação da investigação em apreço com a precisão terminológica da mutação e de seus limites.

O primeiro capítulo visa à construção do objeto de pesquisa a partir dos principais autores relativos à mutação constitucional, como Laband, Jellinek, Dau-Lin e Smend. Os teóricos, os quais perceberam, no contexto em que viveram, dissonâncias entre a Constituição escrita e as práticas, entre o texto e o contexto, contribuem, com suas perspectivas, para a compreensão acerca da mutação constitucional. Não obstante o texto continue como produzido pelo poder constituinte originário ou derivado, a mutação, nesses pesquisadores, associa-se à construção da realidade.

O segundo capítulo, a partir do conceito desenvolvido em momento anterior, procura a compreensão dos limites relacionados ao episódio mutacional. Considerando-se os limites em questão, postula-se um entendimento tocante à mutação inconstitucional. Com efeito, elaborase uma visão acerca dessa mutação e, assim, o planejamento teórico da dissertação permite

um exame detalhado acerca da ocorrência de mutações inconstitucionais nos casos concretos selecionados.

O último capítulo compreende, a partir das concepções teóricas delineadas nos capítulos anteriores, a contribuição prática desta pesquisa, porque, diante da metodologia e dos conceitos empregados, enseja-se uma aferição concernente à existência de mutação inconstitucional no ordenamento jurídico. Inicialmente, os diferentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, quanto à interpretação do dispositivo constitucional relativo à execução provisória de pena, são examinados. Em seguida, o caso paradigmático de suposto reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de mutação constitucional, na Reclamação Constitucional 4335/AC, é objeto de compreensão. Por fim, dois casos marcantes, da Suprema Corte norte-americana, nos quais houve alteração da interpretação constitucional, são debatidos sob a ótica da realidade e de sua modificação.

O desenvolvimento de um conceito referente à mutação constitucional, com suas peculiaridades e com visões diferentes acerca do episódio, permitirá, dessa forma, uma sugestão conceitual face à mutação inconstitucional. A realidade e o texto, assim, configuram o motor de qualquer investigação afeta à mutação e à sua informalidade.

1. REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, discutem-se os entendimentos possíveis acerca da mutação constitucional. Enquanto etapa prévia ao estudo propriamente dito da mutação inconstitucional, faz-se necessário o desenvolvimento do conceito daquela mutação. Em função do objetivo principal desta dissertação, qual seja, o de verificação da ocorrência de mutações inconstitucionais, no ordenamento jurídico nacional, exige-se, como pressuposto, o conhecimento detalhado do conceito e dos limites da mutação constitucional.

Pretende-se, com o presente capítulo, uma contextualização inicial a partir das contribuições de Lassale e Hesse, cujas obras versam sobre a Constituição e sua congruência com a realidade. Mediante a aduzida discussão, produzem-se constatações iniciais aptas à contribuição tocante ao estudo do episódio mutacional.

Depois, ainda no campo da relação entre a Constituição e o ambiente fático, busca-se, no conceito de mutação constitucional, a prescindibilidade ou não do componente relativo à realidade. Em outros termos, pergunta-se se a realidade se encontra abarcada pelo conceito dessa mutação. A realidade contrapõe-se ao texto intacto da Constituição. Resta saber se,

mesmo sendo considerável o papel da realidade no Direito Constitucional, a esfera fática se associa intrinsecamente aos elementos mínimos para a verificação de mutação.

Com o propósito de conceituação de qualquer fenômeno, muitos teóricos adotam a distinção como ferramenta, isto é, no caso da mutação constitucional, apropriam-se das características de outro episódio para a configuração das diferenças entre ambos. Quanto à mutação, boa parte dos autores, como José Afonso da Silva (1999, p. 9) e Bulos (1996, p. 25-26), analisa a partir da reforma constitucional, observada esta como referente à formalidade, tendo, como exemplos, a revisão e a emenda. Explora-se, pois, o setor informal na condição de aspecto crucial do conceito de mutação.

Logo após, a concretização normativa, mecanismo teórico de Müller, também comentado em Hesse, revela-se crucial na relação entre texto e contexto a partir das subdivisões conhecidas como programa normativo, âmbito normativo e norma de decisão. Essas ramificações auxiliam o exame da mutação constitucional, especialmente quanto aos seus limites, possibilitando, posteriormente, a conclusão de Hesse face ao cotejo entre os fatos novos e o âmbito normativo.

Além disso, a filtragem constitucional, a interpretação conforme a Constituição e a mutação, por serem abordadas constantemente na prática jurídica, podem ser objeto de confusão terminológica, razão pela qual se optou pela distinção entre os institutos. Mediante a identificação da particularidade de cada um, efetua-se uma reflexão lastreada na técnica.

Por derradeiro, sugere-se uma sistematização afeta ao conceito de mutação constitucional e, até mesmo, às formas empregadas, na prática e na doutrina, em relação ao instituto. Frise-se que tal sistematização orquestrará a análise dos casos concretos no fim da dissertação.

1.1. A relação entre a Constituição e a realidade

1.1.1. As contribuições de Lassale e Hesse

Optou-se, nesse âmbito, pela aposição da divergência entre Lassale e Hesse, uma vez que a citada controvérsia fomentou um debate a partir da realidade em cotejo com a Constituição. A mutação envolve, diretamente, a força demarcada pela realidade na Constituição, mormente nas normas constitucionais, tendo em liame a ausência de modificação textual com o advento desse meio não formal de alteração da Carta Maior.

A fim de investigar a essência da Constituição, Lassalle (2000, p. 10-11) apropria-se dos fatores reais do poder: em sua concepção, os fatores coordenam o corpo social. Estruturado com um exemplo, Lassalle menciona a possibilidade remota de que todos os documentos legais de um determinado Estado desapareçam e pergunta as repercussões cabíveis. A resposta provém da força constante dos fatores reais de poder, os quais se corporificam na sociedade.

A essência da Constituição, na tese de Lassalle (2000, p. 17) diz respeito à “soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”. Nesse sentido, ao distinguir a Constituição escrita da Constituição real, Ferdinand Lassalle (2000, p. 33) explica a sua tese nos seguintes termos: “onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real”.

A Constituição escrita, portanto, em Lassalle, na hipótese de se distanciar dos preceitos arraigados na Constituição real, tende a corresponder apenas a uma mera folha de papel. Os fatores reais de poder, enquanto partes da essência da Constituição e com função definida no corpo social, propõem-se ao acolhimento na Constituição escrita.

A transposição dos escritos de Lassalle à presente pesquisa advém do constante questionamento que deve ser feito a respeito da compatibilidade entre a Constituição real de um Estado e a Constituição escrita. A mutação constitucional ingressa nesse conjunto de questões, porque a sua origem, a depender da opinião adotada, decorre da realidade e o seu conteúdo se espraia pela Constituição, conquanto não haja mudança formal no texto do documento de maior hierarquia no ordenamento jurídico. Em que pese ter sido criticada por diversas razões ao longo dos anos, a tese de Lassalle auxilia no exame de fatores, muitas vezes, esquecidos no estudo constitucional.

Konrad Hesse (1991, p. 10-11), crítico da concepção seguida por Lassalle, refuta a redução do Direito Constitucional apenas à esfera política. O jurista alemão sustenta a força normativa da Constituição, a sua capacidade de exercer influência no caminho estatal. A desconsideração de sua força normativa limitaria, desproporcionalmente, a importância do Direito Constitucional.

A correspondência entre Constituição real e Constituição jurídica edificada por Lassalle, segundo Hesse (1991, p. 15), desconsidera um condicionamento recíproco e apenas regimenta essencialidade ao campo fático. A seara normativa, localizada na pretensão de eficácia, pode ser suscitada na autonomia.

Konrad Hesse (1991, p. 19), no atinente à força normativa da Constituição e à sua reverberação, discorre: “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas”.

A força normativa da Constituição, em Hesse, logo, expressa a percepção do condicionamento mútuo entre a Constituição e a realidade: há uma relação coordenativa. A Constituição jurídica, desse modo, não pode ter a sua importância reduzida.

Decidiu-se, mesmo que brevemente, pela aposição das contribuições de Lassale e Hesse ao debate desta pesquisa, porquanto a corrente dissertação envolve diretamente o conflito entre as normas positivadas na Carta Magna e as mudanças céleres da realidade. Assim, não obstante seja passível de crítica uma abordagem, em poucas páginas, sobre esses teóricos, ratifica-se a sua relevância para a construção do objeto de pesquisa.

Essa discussão se concatena com a problemática da mutação constitucional, pois esse meio não formal de alteração na Carta Maior se associa, ao menos inicialmente, a questões da realidade fática em uma sociedade. O termo “realidade fática” pode ser encontrado, por exemplo, na doutrina de Barroso sobre o campo fático contraposto ao normativo no tema da mutação (BARROSO, 2013, p. 148-149). O condicionamento recíproco sustentado por Hesse remete a uma mutação que surja no decorrer da história constitucional de um Estado Soberano. Uma norma constitucional tem a sua abrangência modificada devido à mutação. Em relação ao exposto, conclui-se pela influência desempenhada pela realidade na Constituição, a qual pode ser exemplificada por via da mutação constitucional.

1.1.2. A mutação constitucional a partir da realidade

Os estudiosos de Direito Público da Alemanha, no século XIX, foram os pioneiros no estudo do tema. A mudança da Constituição alemã de 1871, mesmo sem um procedimento formal, impressionou os pesquisadores, os quais se debruçaram sobre o assunto. O primeiro foi Laband (BULOS, 1997, p. 54). A Escola Alemã de Direito Público, cujos trabalhos se estabeleceram entre os anos de 1871 e 1933, portanto, foi responsável pela criação da nomenclatura “mutação constitucional” (MEINBERG, 2014, p. 53).

A Constituição do Império Alemão de 1871 visou a uma unificação no campo jurídico. Contudo, as peculiaridades locais implicaram, mesmo depois de 1871, a continuidade de práticas anteriores à Carta Maior. Não havia, à época, controle de constitucionalidade e, por esses motivos, a Escola de Direito Público Alemã se ocupou do estudo das mutações

constitucionais (OLIVEIRA, 2011, p. 19-20). A Alemanha está inserida na tradição da *civil law* e, em razão disso, o desenvolvimento do Direito ocorre, principalmente, com base nas leis e nos atos normativos positivados. Na *common law*, a construção do Direito se veicula, sobretudo, com base na atuação dos tribunais (MERRYMAN, 2009, p. 63). Tendo em liame a Alemanha como integrada à citada tradição jurídica, não havia o controle de constitucionalidade por uma Corte Constitucional à época. Por isso, a discussão sobre a mutação é essencialmente pertencente à *civil law*. A preponderância do Legislativo implicou a confecção de leis, até mesmo, opostas aos dispositivos constitucionais, apresentando-se uma divergência entre a Constituição escrita e a realidade.

Urrutia (2000, p. 108, tradução livre) expõe o ensinamento de Laband segundo o qual “mesmo que as Constituições sejam normas jurídicas em sentido estrito, a ação do Estado pode transformá-las sem necessidade de sua modificação formal”. Infere-se, dessa forma, a presença da intervenção estatal, na teoria de Laband, como um catalisador da mutação constitucional.

Além de Laband, Jellinek destacou-se como um dos principais teóricos da mutação constitucional. Como foram pioneiros na temática, Laband e Jellinek desenvolveram o termo a partir das diferenças entre a Constituição escrita e a realidade. Logo, se há um procedimento formal para a modificação da Lei Fundamental, perguntaram-se como seria possível o fenômeno de práticas distintas das previstas na Constituição. Segundo notaram, a atuação do Estado exerceu influência nessas mudanças informais. Em Laband e Jellinek, a realidade prevaleceria em detrimento da Constituição escrita (CORTUCCI, 2016, p. 58-61).

Enquanto Laband citou, pela primeira vez, o termo “mutação constitucional”, coube a Jellinek o desenvolvimento de uma explicação embrionária acerca da problemática (DAULIN, 1998, p. 29).

Em Laband, reconhecia-se a força normativa da Constituição, porém isso não significa que as leis produzidas pelo Parlamento sejam inferiores hierarquicamente à Lei Fundamental. Com relação a Jellinek, o critério da intenção da mudança auxiliou na distinção entre a reforma e a mutação (URRUTIA, 2000, p. 110).

Laband e Jellinek integraram a Teoria Formalista da mutação constitucional, posto que engendraram, em suas pesquisas, uma cisão entre as categorias jurídicas e as questões fáticas, de modo que as últimas teriam natureza política (MEINBERG, 2014, p. 54). De acordo com Vecchi (2005, p. 50), “a mutação foi vista como um problema para os positivistas formais, albergados na Escola Alemã de Direito Público, uma vez que as mudanças constitucionais ocorriam concretamente sem a observância do processo formal de alteração das normas”.

As mutações constitucionais se tornaram uma preocupação para Jellinek, pois, em função da rigidez constitucional, em tese, apenas o procedimento marcado por formalidades poderia modificar a Constituição. A rigidez, nesse sentido, nos casos de mutação, não protegeu a força normativa da Carta Maior (URRUTIA, 2000, p. 103).

Conforme já aduzido, um dos primeiros teóricos a tratar sobre o tema da mutação constitucional foi Jellinek, o qual pertencia à escola de direito público alemã. O pensamento humano, segundo o autor, foi valorizado, de modo que se permitiu a criação de uma Constituição escrita. Os poderes estatais, desempenhados por seres humanos, confirmam a mencionada afirmativa. O processo de mudança da Constituição, por isso, enuncia-se como complexo, difícil. A pertinência entre a realidade e a norma nunca é exata, uma vez que a realidade não exprime a racionalidade prescrita pelo legislador (JELLINEK, 1991, p. 5-6).

Por intermédio de uma análise das obras de Laband e Jellinek, Hesse (2009, p. 165) evidencia uma disjunção entre a norma e a realidade, razão pela qual ainda se argumenta pela hegemonia fática em detrimento da força normativa. Segundo ele, o próprio Dau-Lin não conseguiu solucionar a questão. Hesse, dessa forma, averigua, no campo teórico atinente à mutação constitucional, uma carência sistemática e de preenchimento do conteúdo tocante aos limites.

Conclui-se, nesse caminho, pela relevância da doutrina alemã no aprimoramento do conceito de mutação constitucional. A escola alemã agasalhou teóricos que ampliaram os estudos constitucionais correlatos à mutação, a qual se exterioriza como um fenômeno de grande repercussão no intervalo de tempo em que as Constituições vigem. Os resquícios teóricos iniciais sobre mutação contribuíram para discussões mais avançadas.

A doutrina constitucionalista, não obstante reconheça a existência da mutação constitucional, não tem aprofundado o estudo da problemática, de modo que, quando se investiga o referido fenômeno, não são oferecidas razões suficientes para a sua caracterização. Em regra, as anotações encampadas, pelos autores, sobre a mutação, concernem à mudança de sentido assumida por alguns dispositivos da Constituição escrita em decorrência da maleabilidade constante da realidade constitucional. A vontade de Constituição também é interpretada enquanto passível de modificações (HESSE, 2009, p. 147-148).

Não há uniformidade na conceituação de mutação constitucional, motivo pelo qual se deve encontrar a essência do instituto. Há diferentes opiniões entre os especialistas em Direito Constitucional. Por intermédio do conhecimento histórico que foi perpetrado, cada autor indagou-se sobre a mutação em sua época (CARDOSO, 2013, p. 52-53).

Arzate e Esquivel (2012, p. 198) percebem o estudo realizado sobre mutação constitucional, até hoje, enquanto raso, reconhecendo, em Jellinek, o principal teórico afeto à temática. Ademais, elucidam que as mudanças não formais propiciadas nas normas constitucionais merecem um estudo mais detido, posto que coordenam uma relação entre o âmbito fático e a Constituição.

Na tentativa de estabelecimento de um conceito para a mutação constitucional, Nascimento dos Santos (2015, p. 81) visualiza outras pesquisas que já foram empreendidas quanto ao tema, contudo afirma a limitação dessas análises por não relacionarem a problemática aos autores tradicionais e à origem da expressão. Em sua pesquisa, enuncia a substituição do poder constituinte derivado pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto o guardião da Carta da República tem atribuído outra essência às normas constitucionais. Em razão disso, o poder constituinte derivado não exerce plenamente a sua função constitucional.

De acordo com Nascimento dos Santos,

A ausência de empiria na investigação da realidade social pela doutrina revela a ausência de um método apto ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional, tendo em vista tratar-se de uma alteração de sentido do disposto na Constituição a partir de uma modificação da realidade constitucional. Isto é, além da ausência de um método da doutrina em utilizar um conceito jurídico, o que permite a atribuição de diferentes usos e sentidos a uma mesma expressão, também não há método para o reconhecimento de uma mutação do texto constitucional. A aproximação entre texto e realidade social continua a ser feita por meio de interpretação e argumentação revestida por sofisticadas teses jurídicas (SANTOS, 2015, p. 90).

A interpretação de Nascimento dos Santos (2015, p. 90) sobre o conceito de mutação constitucional na realidade brasileira ocasiona um questionamento em face do método empregado. Esse método concerne tanto à averiguação da mutação quanto ao conteúdo intrínseco do termo. Para que se desenvolva uma pesquisa relacionada à mutação, é preciso que seja recortado um conceito. Além disso, outra inquietação refere-se à ausência de técnica no reconhecimento do fenômeno. Em seu âmago, a mutação, para ser reconhecida, requer uma mudança fática cuja implicação tenha se dissipado na norma constitucional.

Os direitos fundamentais podem ser exemplificados como um tema passível de discussão no âmbito da mutação constitucional. Uma alteração de perspectiva não configura necessariamente o fenômeno em debate. A ordem constitucional, nesse viés, conjuntamente às mudanças circunstanciais, não significa automaticamente a mutação, tendo em ótica a flexibilidade da aduzida ordem (HESSE, 2009, p. 149).

A vontade oriunda da sociedade simboliza a Constituição, a qual prevê diversos institutos no escopo de estruturação do Estado, assim como a previsão de seus órgãos. Do positivismo, diferencia-se um movimento que teoriza, na Lei Maior, o campo político. A

esfera política tem um poder de interferência nas normas, sendo possível, assim, por instrumento de um cotejo com as mutações constitucionais, a criação do Direito (SMEND, 1985, p. 130).

Vecchi (2005, p. 66) evidencia que “um problema realçado por Smend consiste no caráter ambíguo da realidade ou dinâmica estatal, que cumpre a função de realizar tanto valores do espírito como do direito positivo”. Em resumo, Smend não se limita ao direito positivo em suas pesquisas, mas se vincula também, a título de orientação epistemológica, aos valores do espírito. Dessa forma, o teórico se afasta de uma metodologia unicamente positivista (MEINBERG, 2014, p. 46).

A mutação constitucional encontrou, posteriormente, em Dau-Lin, um de seus grandes teóricos. O referido pesquisador se aproximou dessa questão em virtude de sua dimensão e de suas possíveis consequências. Ele se perguntou acerca do efeito que poderia ser causado com o reconhecimento da mutação, porque, para que o episódio aconteça, a Constituição é um pressuposto inafastável (DAU-LIN, 1998, p. 21).

Segundo Dau-Lin (1998, p. 25), para além de um entendimento meramente textual, a mutação constitucional é arquitetada “como desvalorização e corrosão das normas jurídicas das instituições afetadas”. Sob um ponto de vista mais amplo, Dau-Lin (1998, p. 25) mobiliza que a mutação “abarca a incongruência que existe entre as normas constitucionais por um lado e a realidade constitucional por outro”.

Reputa-se, *a priori*, o primeiro conceito assinalado por Dau-Lin como restrito e incompatível com a realidade. A mutação constitucional, desde que respeitados os seus requisitos de ocorrência, é uma forma de se garantir maior compatibilidade com a realidade de um corpo social. As normas constitucionais, desprovidas de qualquer contato com o ambiente fático, resvalam na não produção de efeitos concretos. Não se deve consignar a mutação como desvalorização de uma norma no sentido negativo, mas como um mecanismo de atualização da norma em comparação com a realidade.

Quanto ao segundo conceito delineado por Dau-Lin, respalda-se na dissonância entre as normas e o âmbito fático, razão pela qual encontra fundamento, até mesmo, em obras como as de Laband e Jellinek. É preciso que se explore, na realidade brasileira, a congruência entre a argumentação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e a efetiva consubstanciação de mudanças na realidade constitucional.

Realçaram-se, até o momento, marcos teóricos relacionados à origem da nomenclatura “mutação constitucional” e ao seu desenvolvimento posterior. Salienta-se que a pretensão relativa à menção desses autores decorreu da necessária contextualização da temática. A partir

desta etapa, buscam-se autores com reflexões atuais quanto ao processo informal de mudança da Constituição.

O conceito de mutação percorrido pela doutrina tradicional, segundo se infere das lições de José Afonso da Silva (1999, p. 7-8), baliza os aspectos informal, histórico e causal. Preconiza-se a mutação constitucional como um episódio marcado pela mudança na Constituição de maneira não formal, isto é, não ocorre modificação no texto. A emenda, ao contrário, representa uma modalidade de alteração formal. A característica histórica diz respeito ao período de vigência da Constituição, pois o avanço temporal demanda uma série de adaptações das normas com a realidade. Por fim, sob o ângulo causal, denotam-se as causas da mutação, como a mudança de costumes.

Adentrando o tema da mutação, Bulos (1996, p. 25-26) aborda os atributos da estabilidade e do dinamismo. A Constituição, simultaneamente, consoante leciona, elenca as características de permanência e de submissão à realidade. Os meios formais de mudança da Constituição, conseqüentemente, não são os únicos aptos a uma transformação.

José Afonso da Silva (1999, p. 9) critica o conceito amplo de mutação trabalhado pela doutrina tradicional, uma vez que, de acordo com seus apontamentos, a mutação não pode ser um meio de atenuamento da rigidez da Constituição e não pode congregiar práticas contrárias à Carta Maior. O constitucionalista graduado na Universidade de São Paulo sustenta, pois, uma restrição do conceito com o escopo de proteção dos direitos fundamentais em cotejo com práticas opostas à Constituição.

Criticamente, é válido dizer que o posicionamento de Afonso da Silva tem pertinência na circunstância em que examina, com receio, a mutação decorrente de práticas contrárias à Constituição. No tangente ao conceito amplo abraçado pela doutrina tradicional, corrobora-se a tese de Afonso da Silva acerca do receio a uma abrangência exacerbada da mutação. Assevera-se, desde logo, uma postura conceitual que diferencie a mutação constitucional da inconstitucional.

O binômio formado, portanto, entre a Constituição e a realidade comporta a discussão central sobre a mutação, porque uma mudança não formal – não há procedimento específico anotado na Constituição e não ocorre qualquer modificação textual – reverbera na Lei Maior. Ressalte-se que a ausência de alteração textual pode ser vislumbrada sob o ângulo de insegurança jurídica, no entanto, a concretização da mutação atualiza os supostos anseios da sociedade. O processo não formal percorre etapas, ainda que não previstas na Constituição, no sentido de restrições a serem enfrentadas para fins de constatação.

Barroso, ao se debruçar face às mutações constitucionais, descreve:

É possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse 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, isso é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando, respaldada, portanto, pela soberania popular (BARROSO, 2013, p. 148-149).

Inicialmente, verifica-se que o conceito dissecado por Barroso repete o sentido não formal, o qual já tinha sido constituído pelos estudiosos iniciais da problemática. Assim, a mutação abarca uma forma de modificação da Constituição desprovida de aspectos formais, ou seja, não há etapas formais positivadas no seio constitucional. Em razão disso, não é emenda nem revisão. O texto da Constituição não muda, consoante já se nota nos escritos passados acerca do tema. A realidade e a percepção são semblantes identificados por Barroso na circunstância de causas para a mutação. Caso a realidade se altere, é possível uma modificação no alcance de uma norma constitucional. No mesmo caminho, se a perspectiva atinente ao Direito se transmuta, tangencia-se eventual mudança.

Uma crítica inicial a esses requisitos ratificados por Barroso reside na generalização, pois qualquer mudança, em tese, pode ser encampada por uma suposta alteração na percepção do Direito. Sabe-se, apesar disso, que o Ministro do Supremo Tribunal Federal advoga limitações para a mutação. Contudo, o apontamento, nessa situação, é, sobretudo, pelo primor conceitual e técnico. Barroso (2013, p. 159) define que: “a mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo”. Questionam-se, inclusive, quais critérios seriam utilizados para a verificação da suposta mudança nos valores de uma sociedade. Quanto à mudança da realidade, robustece-se a exposição do Ministro, no entanto, recomenda-se uma precisão maior a essa modificação, ainda que na etapa conceitual do fenômeno mutacional.

É problemático, inclusive, o condicionamento pugnado por Barroso no concernente à legitimidade da mutação, porque o doutor em Direito a vincula à soberania popular, todavia não explica de que maneira tal processo se materializaria. O próprio conceito de “uma demanda social efetiva por parte da coletividade” (BARROSO, 2013, p. 149) deve ser objeto de questionamento no que pertine à abrangência dessa expressão e do mecanismo que a estrutura.

Mendes (2017, p. 132) conceitua a mutação constitucional na mesma esteira da doutrina de Barroso: “em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a

norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma”. As mesmas críticas veiculadas, portanto, para Barroso são pertinentes nessa situação. A questão, nesse ponto, refere-se, especialmente, ao campo semântico da nomenclatura “mutação constitucional”. Caso se opte pela adoção de outra ótica diante do Direito dentro do campo semântico da “mutação”, é preciso que a realidade constitucional tenha se alterado para ensejá-la. A arbitrariedade do intérprete, pois, não deve ser confundida com a interpretação constitucional balizada por limites e como via mutacional.

Guilherme Peña de Moraes (2018, p. 9) focaliza o aspecto informal da mudança constitucional a partir da mutação e distingue texto de contexto. O texto, no fenômeno sob exame, permanece da forma como se encontrava desde a última reforma ou, se não houve reforma, desde a promulgação da Carta Maior. O contexto, ao revés, demonstra associações naturalmente conectadas ao real, à realidade fática. O professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense esclarece:

A mutação constitucional, discernida por Paul Laband e, sobretudo, Georg Jellinek, é exteriorizada como processo informal, no qual há a alteração do contexto, sem que o texto da Constituição seja modificado, a partir da constatação de que a norma constitucional, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente, em razão de nova percepção do Direito ou transformação da realidade de fato (MORAES, 2018, p. 9).

Pela comparação entre o conceito versado pelo referido docente e os demais trabalhados pela doutrina, sublinha-se a mesma substância, qual seja, o reconhecimento do mecanismo informal enquanto baliza da mutação. Além disso, Guilherme Peña (2018, p. 9) explicita a diferença entre as nomenclaturas “texto” e “contexto”. O requisito da nova percepção do Direito deve ser objeto de uma análise cuidadosa, na medida em que, se for manejada na condição de ferramenta consentânea à arbitrariedade judicial, não resta congruente com a Carta Magna. Em resumo, a suposta nova percepção do Direito precisa estar amparada, de certa maneira, em uma alteração da realidade.

No entendimento de Pedra,

As mutações constitucionais, portanto, convivem com o texto original e não ofendem a letra nem o espírito da Constituição, pois estão sujeitas a limites, a fim de que a vontade da Carta Magna não seja desvirtuada. Na mutação constitucional, ocorre uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal transformação seja atualizada no documento constitucional, isto é, o texto da Constituição permanece intacto. Dessa forma, a mutação constitucional subtrai do órgão reformador parte da responsabilidade pela evolução da Constituição, para atribuir a outras instâncias da práxis constitucional (PEDRA, 2009, p. 142-143).

Sob um ponto de vista analítico, considera-se a tese de Pedra como congruente no que diz respeito à presente dissertação, porquanto o autor reconhece, na mutação, um mecanismo de atualização da Carta Magna. Em outras palavras, independentemente de uma mudança formal, estrutura-se uma nova arquitetura no contexto fático, não olvidando as restrições pelas quais a mutação perpassa.

A mutação constitucional é conceituada de modo simples por González (2007, p. 297, tradução livre) em um estágio no qual distingue a reforma de outros institutos: “mudança informal da Constituição”. Infere-se, sobre os conceitos já analisados para mutação, uma congruência decorrente, principalmente, da obra de Jellinek.

Assim como já foi salientado, a conceituação de um fenômeno tão complexo e repleto de desencontros doutrinários em face de suas características é difícil e ampla. Por isso, argumenta-se, nesta investigação, pela utilização de um conceito derivado da essência fenomenológica, qual seja, a de alteração não formal da Constituição, a qual se materializa no espectro normativo devido a questões externas ao texto sólido da Carta da República, como é denominada no caso brasileiro. A mutação ultrapassa as limitações textuais e procura, na realidade, um respaldo para uma mudança normativa. O grande dilema avança na interpretação da Suprema Corte, de forma que se questiona a violação aos limites do episódio mutacional mediante o embate entre a realidade e a norma passível de mutação.

Bulos (1997, p. 53) fixa, ante as mutações constitucionais, o reconhecimento de sua existência. Sublinha, nesse ínterim, a constatação de mudanças informais na Lei Maior. Em suas palavras, a mutação também é um meio de alteração da Constituição, atendendo “às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade”.

Anna Candida da Cunha Ferraz aborda, brevemente, em sua obra “Processos Informais de Mudança da Constituição”, os requisitos para a categorização do fenômeno na condição de mutação constitucional:

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 (FERRAZ, 2015, p. 11).

A norma constitucional, como se pode embasar da reflexão de Ferraz, centraliza-se na qualidade de objeto primordial do fenômeno em debate. Por meio de uma separação terminológica, “mutação” significa mudança, alteração, ao passo que “constitucional” remete à norma constitucional. Consequentemente, instaura-se uma preocupação com a norma

constitucional nesse evento justificado na Carta Magna. Ferraz equaciona a mudança de três abstrações, quais sejam, o alcance, o sentido e o significado com o intento de demonstrar que pode haver uma ressignificação de uma norma constitucional em comparação com a realidade circundante. Em segundo lugar, gizam-se restrições, pois, caso haja violação ao âmago constitucional, não se permite o acontecimento de mutação. Finalmente, o requisito da formalidade é retirado e substituído pela não formalidade, posto que a mutação não decorre do poder constituinte derivado.

O conceito trabalhado por Anna Candida Ferraz (2015, p. 11-15), para mutação constitucional, parece desconsiderar a repercussão da realidade para a percepção da ocorrência de mutação. Prioriza-se, nesta dissertação, um conceito de mutação que identifique a realidade fática enquanto a principal ferramenta no intuito de verificação do episódio mutacional. Quando versa sobre a interpretação como instrumento de mutação, a tendência plasmada, na obra de Ferraz, consiste na concessão de protagonismo ao órgão judicial com competência para interpretação. Em Ferraz, portanto, se o Supremo Tribunal Federal interpreta um dispositivo constitucional contrariamente, por exemplo, a uma interpretação anterior, é possível que se fale em mutação por via interpretativa. A novidade da interpretação, nesse viés, capacita-se na qualidade de fator mutacional. Adotam-se, na corrente pesquisa, para uma compreensão mais ampla da temática, as duas perspectivas de mutação, pela via interpretativa, em exame.

Assim, são constatadas, no mínimo, duas vertentes associadas à mutação. Uma delas entende pela sua ocorrência simplesmente com a mudança interpretativa do Tribunal Constitucional de um Estado soberano, enquanto a outra exige uma mudança na realidade fática para a configuração do fenômeno. Assim, por exemplo, de acordo com a segunda corrente, a simples alteração dos membros da Corte responsável pela interpretação final a respeito da Carta Magna não enseja, automaticamente, o fenômeno mutacional quando se modifica a interpretação conferida a determinado tema presente na Constituição.

Muitas dúvidas a respeito da mutação constitucional são formuladas por Sacchetto (2015, p. 125), que pergunta se o reconhecimento da mutação ocasionaria, automaticamente, uma inferência no sentido de submissão do “dever ser” ao âmbito do “ser”. A imprevisibilidade e a insegurança jurídica com a existência da mutação traduzem uma preocupação do mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa.

Liern (2014, p. 138, tradução livre), além disso, percebe duas vias para a mutação: “uma mudança do sentido do texto ou a confrontação direta com o mesmo”. No que tange à mudança no sentido do texto, pode-se comentar que se trata de implicação congruente face ao

fenômeno mutacional. Em outros termos, uma alteração na semântica já é um efeito esperado do episódio de mutação. Como é cediço, o texto permanece, enquanto a semântica se modifica. Quanto à confrontação direta com a literalidade, há um debate sobre o enquadramento desse instrumento na condição de limite da mutação constitucional. Nesse caso, preliminarmente, para que se estabeleça a mutação, não seria permitida, desse modo, uma violação direta ao texto constitucional.

Mediante a perspectiva colacionada, a comparação com a realidade e as suas implicações no “dever ser” são relevantes juridicamente. O sentido e a abrangência das normas constitucionais são espelhadas pelo reflexo da realidade. O âmbito fático, portanto, desempenha um papel fundamental quanto à ocorrência de uma mudança informal na Constituição.

1.2. A reforma como elemento fundante no conceito de mutação constitucional

Os primeiros estudos relativos à mutação constitucional se associaram a uma ótica formalista, sobretudo na compreensão de Laband e Jellinek. Havia, diante disso, uma distinção simples entre meios formais de alteração constitucional e a mutação, cujo principal atributo é a ausência de formalismo (DAU-LIN, 1998, p. 24).

Jellinek, com apoio em Laband, distingue a reforma e a mutação da Constituição:

Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e pretendidas. E por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa ileso seu texto sem modificá-lo formalmente, que se produz por fatos que não tem que ser acompanhados pela intenção, ou consciência, da mutação (JELLINEK, 1991, p. 7, tradução livre).

O conceito ponderado, em Jellinek, portanto, corrobora a dualidade entre reforma e mutação, utilizando-se de uma categoria, de certa maneira, para a caracterização da outra. Além disso, a vontade é selecionada como aspecto relevante, posto que a mutação prescinde da consciência, ou seja, é possível a sua manifestação desprovida desse atributo. Por exclusão, a reforma se caracteriza pela formalidade, enquanto a mutação se envolve em uma manutenção textual, a qual não conjectura formalidade.

Com base em Jellinek, depreende-se que não se faz necessária, portanto, a menção expressa, pelos participantes do processo mutacional, à ocorrência do fenômeno. Se, para a manifestação da mutação, a consciência não é exigida, o reconhecimento da sua presença, no âmbito interpretativo, por escrito, apresenta-se como desnecessária, em que pese possa ocorrer.

É válida a lembrança às contribuições de Konrad Hesse acerca da mutação constitucional. Conforme destaca Hesse, se uma Constituição permanece vigente por um curto período, isso não justifica, por si só, a baixa relevância da mutação naquele contexto. Ademais, quando há muitas alterações na Lei Fundamental por via de instrumentos formais, inicialmente, poder-se-ia argumentar o esvaziamento da força normativa da Constituição, porém, na prática, isso pode prestigiar uma evolução nos padrões de conflito e produzir a desnecessidade do reconhecimento da presença de mutações constitucionais (HESSE, 2009, p. 150).

Hesse, portanto, quando analisa o suposto esvaziamento da carga normativa constitucional pelas alterações formais conduzidas pelo poder constituinte derivado, percebe, nessa reforma, mecanismos de proteção da sociedade a partir do gerenciamento de conflitos e da chegada a um consenso. Além disso, se ocorrem mudanças provenientes do texto constitucional, possibilita-se um distanciamento do processo informal da alteração da Carta Política, a mutação constitucional (HESSE, 2009, p. 150).

A relevância da mutação constitucional se reafirma quando não há maioria com o propósito de alteração constitucional com alicerce em um procedimento formal. É como se, em função da ausência de requisitos mínimos para a mudança formal, devidamente prevista na Constituição, adotar-se-ia o episódio mutacional, caracterizado, como é cediço, pela inexistência, em tese, de formalidades (HESSE, 2009, p. 150). Ainda segundo Hesse,

Se se apela ao Tribunal Constitucional, este decidirá de forma vinculante. O tribunal, entretanto, encontra-se submetido à Constituição, pelo que necessita de parâmetros os mais claros possíveis que permitam responder se houve uma mudança da Constituição, o que não se deve admitir quando se estabelecem limites para essa mudança e os mesmos foram ultrapassados. Quando faltam tais parâmetros, então já não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais, porque a afirmação, sempre possível, da existência de uma mutação constitucional não se pode provar nem refutar (HESSE, 2009, p. 151).

Por meio de uma comparação entre a mutação e a reforma, entendida a distinção a partir do elemento da formalidade, Arzate e Esquivel (2012, p. 199) averigam a mutação como uma possibilidade de reação à reforma e, até mesmo, de substituição desse procedimento mais complexo. O posicionamento dos mencionados pesquisadores espelha uma preocupação recorrente dos estudiosos desse tema: a eventual instabilidade jurídica que a mutação pode solidificar.

Didaticamente, o raciocínio é promovido no viés segundo o qual, se a mutação se torna uma ferramenta comum na alteração da Constituição, a reforma se transforma em um meio desnecessário, pois segue um formalismo não contemplado pela outra vertente. Em sede de ocorrência ou reconhecimento pela interpretação judicial, a mutação, por outro lado, milita

a sua presença em razão das mudanças sociais, econômicas e culturais que, muitas vezes, não seriam abrangidas na reforma e continuariam ocultas diante da Constituição, não obstante, na prática, já transcorram.

Luís Roberto Barroso (2013, p. 145), quando disserta sobre a mutação constitucional, explica: “a constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis”. A mutação constitucional surge, nesse contexto, como uma maneira de atualização do texto constitucional sem a necessidade de observância de um procedimento formal previsto constitucionalmente. A imutabilidade invocada por Barroso integra um dos pilares a serem refutados pela carga modificativa veiculada pela mutação. Esclareça-se, nesta etapa, que a presente pesquisa não tem por escopo dissecar o conceito de democracia.

José Afonso da Silva (1999, p. 4) sublinha que o poder constituinte originário compreende a materialização da soberania popular e, depois, a soberania é reverberada para a supremacia constitucional. Além disso, rechaça a tese de que as Constituições são absolutamente imutáveis. O poder constituinte originário tem a faculdade de delimitar os fins a serem alcançados pela nova ordem jurídica. Tal poder tem a soberania popular como fundamento e, como regra, uma Constituição é produzida nesse momento.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é rígida, razão pela qual o procedimento positivado com o intuito de sua modificação é mais intrincado do que o previsto para a alteração da legislação infraconstitucional. A atual Carta Magna brasileira englobou a revisão e a emenda constitucional na condição de mecanismos aptos a propiciarem mudanças no texto constitucional. Barroso conceitua, nesse âmbito, a alteração da Carta da República pelas ferramentas formal e informal:

Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais (BARROSO, 2013, p. 146).

Depreende-se da exposição de Barroso a abrangência de sentidos apresentada pelas normas constitucionais e a existência de limites ao alcance dessas normas. A mutação constitucional, logo, abarca um conjunto informal de transformações na Constituição. Não há um procedimento específico na Constituição para o reconhecimento da mutação. Tal aspecto

engendra muitas das inquietações que conduziram ao desenvolvimento desta pesquisa. A mutação não pode ser limitada ao âmbito interno do Direito. A ofensa ao conceito da mutação, nesse espectro, pode acontecer por certas vias, as quais serão estudadas oportunamente.

Quanto à nomenclatura utilizada na doutrina constitucionalista acerca da reforma à Constituição, José Afonso da Silva (1999, p. 7) opta pelo termo “reforma” para designar as alterações formais à Constituição, porém adverte que, no campo teórico brasileiro, não há um padrão em face da nomenclatura da expressão “reforma”. Nesse plano, para José Afonso da Silva, “reforma” abarca a emenda e a revisão. A mutação, por sua vez, traduz-se em mudança informal da Constituição. O elemento informal, em relação à mutação, consiste na ausência de um procedimento específico, orquestrado por etapas, com vistas à mudança.

Para Canotilho (1995, p. 231), as mutações também podem ser chamadas de transições constitucionais. A definição veiculada pelo constitucionalista compreende uma alteração não formal do pacto engendrado no âmbito político. Mantém-se, pois, o texto, modificando-se o sentido. A nomenclatura “transições constitucionais” revela, então, uma mudança desprovida de formalismo. A previsão exata de um procedimento para a reforma cede espaço à ausência de regulação específica.

Canotilho (1991, p. 231) distingue, dessa forma, as transições constitucionais da alteração constitucional. As transições remetem ao sinônimo de mutações, ao passo que a alteração acompanha o atributo do formalismo, da previsão constitucional e, com efeito, a mudança textual. O autor objetiva, com base nos seus escritos sobre o tema, a congruência entre a interpretação e a mutação. Assim, o professor de Coimbra argui-se acerca dos limites da mutação.

A rigidez é um dos pressupostos do Direito com o intuito de sua preservação. A figura das leis vai de encontro à celeridade das mudanças verificadas no mundo real. Ocorre, dessa forma, uma tensão. A Constituição rígida assenta um sintoma da estabilidade preconizada pelo Direito. Acompanhada de lentidão, a Carta Política de um Estado soberano resta passível de alteração por via de emenda constitucional, cuja legitimidade pertence ao Legislativo (VARGAS, 2014, p. 29).

Vargas (2014, p. 30), com inspiração no conceito difundido de Jellinek, dispõe sobre a mutação constitucional como “esses processos informais de mudança da Constituição em que se mudam o sentido, o significado, o alcance do texto, sem empreender-lhe qualquer reforma”. Assim, o texto permanece, enquanto seu alcance, possivelmente, não.

Evidentemente inspirado nas lições de Burdeau, André Ramos Tavares (2018, p. 133) percebe a “vontade constituinte” não sendo gestacionada somente no poder constituinte originário ou no derivado, mas também nas mutações constitucionais. Esse fenômeno se coaduna, segundo o teórico, com a atualização das “decisões constituintes”. Em suma, a visão tradicional de reforma se mescla com movimentos como a mutação constitucional, a qual não se cerca de uma formalidade regida em texto constitucional.

Uma das hipóteses desta pesquisa consiste justamente na existência de mutação inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro. O Legislativo, representado pelo poder constituinte derivado, tem a incumbência de gerenciar a mudança pela via formal da Constituição. Sabe-se que é um procedimento mais difícil em relação à mudança na legislação infraconstitucional, pois há um conjunto de etapas a ser perfilhado de modo mais exigente. Há vários limites para a alteração formal da Carta Maior.

Apreende-se de Bulos (1996, p. 25) que é comum o transcurso de um longo período de tempo sem qualquer alteração formal na Constituição. Isso não significa, porém, a inexistência de mudanças. A Constituição sofre influência da realidade e vice-versa.

O conceito de mutação constitucional, em Bulos (1996, p. 26), emana a ideia de que “os estudiosos perceberam que as Constituições podem sofrer mudanças através de processos informais, isto é, modificações que não decorrem da atuação formal do poder constituinte derivado”. Esse conceito é simples diante dos outros já investigados, motivo pelo qual não explicita a realidade como fundamento da mutação. O poder constituinte derivado é nomeado no íterim de representação do formalismo em face do qual a mutação se opõe.

Anna Candida da Cunha Ferraz (2015) escreve brevemente sobre a terminologia de mutação constitucional:

Simplificando a questão terminológica, as expressões processo direto ou processo formal serão usadas para indicar a alteração constitucional produzida por reforma constitucional, obra do Poder Constituinte instituído, em qualquer de suas modalidades ou formas de expressão, e, processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado (FERRAZ, 2015, p. 12).

O Poder Constituinte derivado, representado pelo Congresso Nacional na República Federativa do Brasil, tem a incumbência constitucional de proceder a possíveis reformas na Carta Maior. Conforme explanado anteriormente, a classificação da Constituição de 1988 é rígida, razão pela qual o procedimento para sua alteração é mais complexo do que o averiguado com o escopo de mudança na legislação infraconstitucional.

A atribuição, ao Poder Constituinte derivado, do poder de reforma da Constituição tem fundamento no princípio da separação dos poderes, assim como na legitimidade democrática. Essa legitimidade, constantemente, é objeto de crítica ante os membros do Poder Judiciário, especialmente quando a intersecção entre o Direito e a Política é discutida pela população.

González (2007, p. 295), na ocasião em que explica o movimento direcionado à concretização da Constituição da Espanha de 1978, oferece razões para o aparecimento de uma dificuldade no tocante a uma possível mudança, até mesmo formal, na Constituição. Conforme ele asseverou, um documento de hierarquia preponderante no ordenamento jurídico deriva de muitos setores políticos, cujas propostas, em relação a vários temas, diverge. A Carta em questão representa, em razão disso, uma conjuntura de forças díspares em prol de um consenso.

Ainda segundo González (2007, p. 295), havia uma esperança geral de que questões problemáticas constantes do período de concessões – o de concepção da Constituição – seriam resolvidas posteriormente à adaptação relativa às mudanças. Em que pese a importância de uma análise sobre o contexto espanhol, o ponto fulcral da menção à Constituição da Espanha de 1978 encontra-se no momento de formação da Carta Política, o qual se caracteriza pela insegurança jurídica. Em outras palavras, há um questionamento a respeito da mutação, pois a mudança formal da Lei Maior é marcada por uma complexidade, ao passo que a alteração informal, sobretudo no viés interpretativo, não demanda a observância a um procedimento abarcado pela formalidade.

Nesse plano, apreende-se que, se a reforma constitucional, entendida como aquela que abarca a seara formal da mudança na Constituição, já se sujeita a um procedimento mais difícil pelas ideias contrárias, a mutação constitucional localiza determinados obstáculos. Consoante já se fixou, a rigidez da Constituição vislumbra uma possível incongruência perante a mutação. Nesta pesquisa, porém, robustece-se a hipótese na esteira da possibilidade dessa manifestação em uma Constituição rígida. A defesa, nesse caso, é a de respeito aos requisitos elencados teoricamente para a sua verificação. A hipótese ventilada no corrente trabalho comporta a suposta existência de mutações inconstitucionais sob a roupagem de mutações constitucionais.

Logo depois do advento da Constituição espanhola de 1978, González (2007, p. 296) narrou um período de pouca produtividade acadêmica acerca da reforma constitucional, uma vez que a maioria dos partidos políticos não visavam a uma mudança naquela oportunidade. Em seguida, a partir de 2000, a igualdade e a autonomia política surgem como demandas a serem enfrentadas por uma reforma. O conceito de reforma versado por González (2007, p.

297) engloba alteração textual explícita. Adicione-se a necessidade de um conjunto maior e mais complexo de etapas ser percorrido com vistas à realização da reforma.

Nesse sentido, a mutação se diferencia da reforma constitucional. A primeira não se reveste de formalidade, a segunda se corporifica com o aludido atributo. O conceito de mutação constitucional, para além de uma distinção rasa perante a reforma, encontra seu fundamento na realidade.

Em função do exame dos referenciais teóricos utilizados na presente pesquisa, optou-se pela sugestão de uma distinção menos expressiva entre o conceito e os requisitos referentes à mutação constitucional. Para a delimitação do conceito do fenômeno, é preciso que sejam conhecidos os seus requisitos. Devido a tal ponto, neste trabalho, compreende-se mutação constitucional como uma alteração não formal na Carta Magna, congruente com o padrão teleológico constitucional e vocacionada à norma constitucional.

1.3. Concretização normativa

No ordenamento jurídico, a concretização da Constituição ocupa o tempo de diversos atores, como o governo. A conformação da realidade pela norma configura uma maneira de cumprimento dessa concretização. As pessoas que são submetidas ao Direito também são sujeitos do processo em comento, não obstante tenham uma participação menor. Um exemplo disso é a submissão desses indivíduos aos ditames da norma (MÜLLER, 1999, p. 43).

Em Müller (1999, p. 44), “a tarefa da práxis do direito constitucional é a concretização da Constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas”. Além disso, o autor frisa o papel do Judiciário enquanto aquele que aprimora a Constituição dentro de certos limites. Os fundamentos e a publicação da decisão judicial produzem, segundo o teórico, consequências no direito constitucional, gerando a faculdade de controle pelas pessoas que se sujeitam às normas. Consoante Müller (1999, p. 45), a literalidade do texto constante da Constituição e a norma não se confundem. Ele explica a temática:

Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado a normatividade, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralingüísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência (MÜLLER, 1999, p. 45).

Desse modo, o teor literal não pode ser descartado enquanto influente na seara normativa. Associa-se, em regra, ao programa normativo. O programa traduz-se em um planejamento. O movimento, em Müller, de concretização consubstancia uma ótica, no âmbito normativo, relacionada aos atores desse processo, isto é, os sujeitos com papéis a serem cumpridos nessas circunstâncias. Conforme Müller (1999, p. 49), o âmbito normativo “não é uma soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa”.

O programa da norma, na compreensão de Müller, relaciona-se com a linguagem. O âmbito normativo, por outro lado, concatena-se à realidade. Em decorrência da dificuldade da comunidade jurídica em aceitar a realidade como substrato fundamental para a concretização da norma jurídica, os aplicadores do Direito, como os juízes, em suas decisões, apropriam-se de conceitos jurídicos indeterminados a fim de ocultar a influência dos dados oriundos da realidade na solução do caso concreto. O receio dos juristas, em relação ao reconhecimento do âmbito normativo, nasce do pensamento positivista, o qual, em uma visão limitada, vocaciona-se aos textos das leis (MÜLLER, 2003, p. 320).

De acordo com Müller (2003, p. 320-321), “para elaborar a norma jurídica, para construí-la a partir do caso jurídico e dos textos das normas o jurista carece desde o começo tanto de dados de linguagem quanto de dados reais”. A partir da explicação do alemão, a concretização normativa não depende apenas da linguagem, que é objeto de avaliação pelo intérprete, mas também dos dados presentes na realidade. Isso transmite, conseqüentemente, um ponto de vista mais amplo, se comparado ao positivismo, visto que agrega os dados reais na concretização da norma.

Cláudia Torres e Maria Silva (2014, p. 15) escrevem que, em Müller, “cada situação concreta irá condicionar a própria construção da norma jurídica concretizada, já que o recorte da realidade dos fatos condiciona e influencia tal norma jurídica concretizada”. Em outros termos, acolhe-se, na teoria de Müller, uma conclusão no sentido de que os dados constantes da realidade influenciam a concretização normativa. Assim, a norma jurídica concretizada não se ampara somente na interpretação literal. A realidade, logo, integra-se à concretização como uma de suas etapas.

Cademartori e Gomes (2008, p. 105), no tocante ao positivismo, professam que “a crítica de Müller centra-se, pois, na absoluta separação entre ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*), como aspecto determinante para uma teoria vazia da interpretação”. Em uma de suas críticas a

Hans Kelsen e ao positivismo, Müller, precisamente pela consideração de dados reais na concretização normativa, não admite uma separação hermética entre o ser e o dever ser. A concretização, dessa maneira, alberga o suporte da realidade em seu âmago.

No que se refere à interpretação, Cademartori e Gomes (2008, p. 107) complementam: “Isto não significa, à evidência, que a metódica estruturante propugne uma teoria da interpretação correta. Diversamente, a metódica estruturante pretende racionalizar o trabalho prático dos juristas, de forma a permitir a sua discutibilidade, revisibilidade e regularidade”. O objetivo de Müller com sua teoria, pois, enseja debates, na comunidade jurídica, sobre a concretização da norma. Com o reconhecimento da realidade como parte integrante da concretização, notadamente no âmbito normativo, transita-se de uma lógica de ocultação para uma ótica de discutibilidade (MÜLLER, 2003, p. 320).

Pedra (2009, p. 15-16) orienta a sua pesquisa de doutorado na teoria da concretização de Müller e, segundo as considerações extraídas da tese defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, o programa normativo orienta-se pela literalidade do texto, o âmbito normativo abrange a realidade e a consequência do entrelaçamento entre ambos enseja a norma de decisão. Pedra (2009, p. 15), em razão disso, sustenta que: “as mutações constitucionais ocorrem a partir das alterações havidas no âmbito normativo e devem ser aferidas no processo de concretização das normas constitucionais”.

Reginato e Battezzini (2015, p. 58), sob o mesmo ângulo, acrescentam que Müller “concebe a necessidade de se aferir a realidade fática juntamente com o texto legal. Trata-se da análise do âmbito da norma e do programa da norma, respectivamente”. A análise de Müller não engloba somente a literalidade, embora o sentido literal seja considerado na concretização normativa.

Müller, com fundamento na teoria estruturante, sustenta a concretização da norma. Desse modo, a partir da subdivisão realizada entre programa normativo, âmbito normativo e norma de decisão, restringe-se, para cada direito fundamental, o âmbito normativo. A título exemplificativo, a liberdade de expressão impede a divulgação de escritos prejudiciais à intimidade, pois “a publicação de um livro ofensivo à honra e à privacidade não faz parte do suporte fático da liberdade de expressão” (SILVA, 2005, p. 138).

Quanto à teoria estruturante do Direito, Müller a afasta da ótica positivista em si. Em suas palavras, “a norma jurídica somente é produzida (*hervorgebracht, produziert*) em cada processo individual de solução de um caso jurídico, de uma decisão jurídica” (MÜLLER, 2003, p. 320). A concepção, portanto, do jurista alemão sobre a norma jurídica não se limita

ao texto, porque inclui o âmbito normativo, associado à realidade, como integrante da análise referente à norma.

Barreto (2018, p. 28-29), nessa ótica, resume as ideias discutidas acerca da concretização: “Müller rejeita a concepção de identificação entre texto e norma, destacando que estes não se confundem. Desse modo, o que se lê, por exemplo, na Constituição Federal constitui apenas dados linguísticos”. Consoante as reflexões discutidas anteriormente, ocorre um processo de concretização normativa. Nesse conjunto de etapas, o texto – marcado pela linguagem – e a realidade se coadunam para a formação da norma de decisão.

Hesse, no estudo do conceito de mutação constitucional, anota:

Ver uma mutação constitucional na “contradição entre a situação constitucional e a lei constitucional” ou, na terminologia atual, entre Constituição e realidade constitucional, simplesmente não é admissível pelo fato de que se está argumentando em diferentes níveis; o que muda não é o conteúdo da norma constitucional, para cuja determinação colabora o seu texto, mas outra coisa. Portanto, o conceito deveria ficar limitado a modificações do conteúdo de normas constitucionais cujo texto não é modificado (HESSE, 2009, p. 154).

Em Hesse, nota-se uma tentativa de proposição acerca de limites à ocorrência de mutação constitucional. A literalidade, por exemplo, segundo o alemão, restringe o fenômeno de ressignificação da norma constitucional. O texto da Constituição, por natureza, tem um propósito, como a organização do Estado. A mutação, logo, não pode corresponder a eventual ultraje perante objetivos constitucionais (URRUTIA, 2000, p. 135).

A partir do ponto de vista subscrito por Pedra (2009, p. 15), justifica-se a relação entre a mutação constitucional e a concretização normativa defendida por Müller. A mutação reúne, como principais características, a informalidade e a realidade fática. A aproximação entre a mutação e a concretização normativa respalda-se no elemento fático, qual seja, a realidade. Se o âmbito normativo é modificado, deve-se perquirir a ocorrência de mutação mediante a metódica estipulada pelo professor da Universidade de Heidelberg.

1.4. Filtragem constitucional, interpretação conforme a Constituição e mutação

A filtragem constitucional merece ser comparada com a mutação, porque configuram institutos diferentes. Com o desiderato de evitar uma confusão conceitual, faz-se necessário um cotejamento teórico. Paulo Ricardo Schier (2005, p. 145), no estudo da filtragem constitucional, relembra, inicialmente, os avanços percorridos pela Constituição Brasileira de 1988, como a valorização da dignidade da pessoa humana. O doutor em Direito

Constitucional pela Universidade Federal do Paraná, porém, notava, na Carta Magna, um receio por parte de alguns grupos sociais e uma vulnerabilidade quanto à sua efetivação.

Na ocasião de incertezas referente à promulgação de uma Constituição respaldada em uma Assembleia Constituinte, a filtragem constitucional passou a ser objeto de preocupação dos constitucionalistas (SCHIER, 2005, p. 145). Schier acrescenta:

Desenvolveu-se a ideia de filtragem constitucional que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo (SCHIER, 2005, p. 145-146).

De todos os eixos enumerados por Schier, em sede de filtragem constitucional, a constitucionalização da legislação ordinária parece o mais fulcral, na medida em que a filtragem significa uma releitura à luz dos novos preceitos constitucionais. Dessa forma, o conteúdo constitucional começa a se integrar, gradativamente, à legislação infraconstitucional. A Carta da República, devido à sua hierarquia, arregimenta princípios, os quais refletem a sua amplitude no ordenamento jurídico. A distância entre uma postura de viés estritamente formalista, vinculada a regras, cede espaço ao caráter principiológico proveniente da Constituição. Nos anos seguintes à Assembleia Constituinte, consoante Schier (2005, p. 145), a pouca segurança jurídica de cumprimento dos dispositivos constitucionais conduziu à filtragem para resguardar a força normativa da Carta Magna.

Schier (2005, p. 146) destaca que “a filtragem constitucional pressupõe a preeminência normativa da Constituição, projetando-a para uma específica concepção da Constituição enquanto sistema aberto de regras e princípios”. Depreende-se, a partir da definição em análise, a hierarquia da Carta Maior como um dos principais fundamentos para a filtragem constitucional. O aduzido sistema aberto engloba o prisma normativo do texto. A filtragem, em razão disso, ratifica a hegemonia constitucional no ordenamento jurídico. Segundo Schier (2005, p. 146), a própria jurisdição constitucional se apropria de outros critérios para a fundamentação de seus julgados, abarcando, por exemplo, o âmbito da realidade social.

Alguns efeitos podem ser verificados mediante a aplicação da filtragem constitucional no ordenamento jurídico. Dois deles são as unidades formal e material da Constituição. A ideia de unidade diferencia-se de uniformidade. Enquanto a primeira assimila um prisma de sistematização, a última determina a inexistência de uma ótica plural. Formalmente, a unidade requer a consideração de todas as normas constitucionais como de mesma hierarquia.

Materialmente, revela os reflexos da carga normativa da Constituição, esta última em sua totalidade, no âmbito infraconstitucional (SCHIER, 2005, p. 147).

Clève (1995, p. 43) dispõe, acerca da Carta Maior de 1988, que, “sendo norma suprema, o sentido de seu discurso deve contaminar todo o direito infraconstitucional, que não pode nem deve ser interpretado (concretizado/aplicado) senão à luz da Constituição”. O professor titular da Universidade Federal do Paraná confirmou a influência da Lei Fundamental nas demais esferas normativas, porque a finalidade da norma suprema reflete-se na legislação infraconstitucional. Mesmo os atos secundários, que são subordinados, por exemplo, a leis, têm fundamentação reflexa no documento jurídico-político de maior hierarquia no ordenamento.

Além disso, Clève (1995, p. 43) sublinha que “a filtragem constitucional consiste em interessante mecanismo propiciador de atribuição de novo, atualizado e comprometido sentido ao direito civil, ao direito penal, ao direito processual”. A Constituição, tendo em vista sua preponderância no ordenamento jurídico, mediante a filtragem, possibilita, a título exemplificativo, questionamentos direcionados a institutos presentes no plano infraconstitucional.

Para Guilherme Peña (2018, p. 37), a filtragem significa o “processo de releitura da ordem jurídica, a partir da constatação de que a aplicação do Direito Objetivo impescinde da passagem das normas infraconstitucionais pelo filtro axiológico da Constituição”. A dimensão axiológica, concatenada aos valores, propaga-se, logo, nas normas que se fundamentam na Constituição.

De acordo com Barroso (2012, p. 43), no artigo “A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, a filtragem constitucional e a constitucionalização do direito infraconstitucional são sinônimos. Quanto ao conceito de filtragem, o Ministro do Supremo Tribunal Federal discorre: “consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados” (BARROSO, 2012, p. 43).

A mutação, portanto, distingue-se da filtragem constitucional. A primeira se relaciona a um processo não formal de alteração da Carta Maior em decorrência da realidade, ao passo que a segunda comporta um efeito da hegemonia constitucional no seio do ordenamento jurídico. A filtragem permite uma releitura de institutos ante a prevalência normativa da Constituição, orientada pelas unidades formal e material.

A constitucionalização do Direito, ou filtragem constitucional, pode ser ilustrada pela influência das normas constitucionais, já positivadas, no Direito Processual Penal. Muitos

institutos previstos infraconstitucionalmente no Código de Processo Penal são tidos como incompatíveis com a nova carga normativa da Constituição. A opção do réu pelo exercício do direito constitucional ao silêncio, no interrogatório, não pode significar uma presunção de culpa. A norma constitucional da presunção de não culpabilidade, assim, enseja uma releitura da legislação infraconstitucional.

A interpretação conforme a Constituição também precisa ser diferenciada da mutação constitucional. Diversos sistemas constitucionais já abarcaram essa interpretação. A supremacia constitucional, manifestada na rigidez da Carta Política, justifica a interpretação conforme a Constituição. A interpretação em comento concerne àquela desempenhada em relação a normas infraconstitucionais. Tais normas podem ser interpretadas de várias formas, porém o intérprete as analisa em consonância com a Constituição, refutando as interpretações incompatíveis. A anulação da norma, portanto, é afastada em nome de uma interpretação congruente com a Lei Maior (BONAVIDES, 2004, p. 518).

Para Brust (2009, p. 508), “na interpretação conforme a Constituição “propriamente dita” o julgador escolhe entre interpretações alternativas existentes no conteúdo normativo do preceito legal e preserva seu texto”. A interpretação conforme a Constituição, diante do exposto, permite que o texto de um dispositivo legal, a título ilustrativo, continue no ordenamento jurídico, porém uma restrição interpretativa se materializa para fins de compatibilidade com a Constituição.

Na dicção de Gilmar Mendes (1993, p. 22), “oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição”. Assimilam-se, na interpretação conforme, normas plurissignificativas, ou seja, vários significados podem ser obtidos a partir da interpretação, cabendo, ao aplicador do Direito, a proteção à essência constitucional.

Maciel (2008, p. 23) discorre que “a interpretação conforme tem como finalidade precípua funcionar como uma técnica de controle de constitucionalidade. Mas é também interpretação”. Ressalte-se que o controle de constitucionalidade, por meio da comparação entre o parâmetro e o objeto, visa à manutenção, no ordenamento jurídico, apenas de atos normativos ou leis compatíveis com a Constituição.

Portanto, a filtragem constitucional, a interpretação conforme a Constituição e a mutação constitucional não se confundem. A primeira alberga, especialmente, o fenômeno da constitucionalização do Direito, em que a Constituição impacta o campo infraconstitucional. A segunda, por sua vez, opera-se em casos de normas plurissignificativas, optando-se por

interpretações consentâneas com a Constituição. A última abrange uma mudança na realidade fática, ocasionando, informalmente, uma ressignificação das normas constitucionais.

Os requisitos da mutação, seu conceito, assim como a sua comparação com a filtragem e com a interpretação conforme já foram explanados. Todavia, no capítulo seguinte, discutir-se-ão os limites enfrentados pelo fenômeno. Imagine-se, inicialmente, uma alteração normativa que contrarie expressamente o texto constitucional e, assim, a vontade do Poder Constituinte originário. O setor teleológico, *a priori*, deve ser orientado na direção da compatibilidade com os fins constitucionais. A mutação, diante disso, tem requisitos e, com efeito, restrições.

1.5. Modalidades de mutação constitucional

A distinção entre a Constituição e as demais leis orchestra-se, sobretudo, nos instrumentos de proteção mais consistentes estipulados para a primeira. É questionável, entretanto, a eficácia desses mecanismos, pois há uma insegurança quanto aos limites contidos na Lei Fundamental, sendo possível que uma lei – em tese, compatível – seja contrária à Constituição, ensejando uma mudança apartada de vontade. Muitas vezes, os dispositivos constitucionais precisam ser regulamentados pelo legislador ante sua obscuridade e extensão, por exemplo (JELLINEK, 1991, p. 15).

Tanto os juízes quanto o legislador são capazes de proporcionar uma mutação constitucional. O legislador, por meio da criação de leis destinadas à interpretação da Lei Fundamental, enquanto os juízes, pela análise da Constituição jurisprudencialmente. Meios ocultos podem produzir mutação constitucional, porquanto, com o decurso temporal, atingem a norma constitucional em si (JELLINEK, 1991, p. 16).

Percebe-se, assim, uma possível sistematização de modalidades de mutação em Jellinek a partir, principalmente, dos sujeitos envolvidos no episódio mutacional. Por exemplo, caso a mutação decorra da atuação dos membros do Judiciário, admite-se uma mutação constitucional pela conduta judicial.

A preocupação de Jellinek a respeito da mutação constitucional propiciada pela atuação do Poder Legislativo justifica-se pela ausência, no momento em que o alemão escreveu sua obra originalmente, de controle de constitucionalidade. Algumas leis produzidas pelo Legislativo, nesse viés, violaram, à época, dispositivos constitucionais. A partir disso, Jellinek notou uma dicotomia entre a Constituição e a realidade fática (OLIVEIRA, 2011, p. 19-20).

Hsü Dau-Lin (1998, p. 31) empreende uma classificação das mutações constitucionais. O ponto fulcral de suas colocações suscita o binômio entre a realidade constitucional e a Constituição escrita. Mediante essas considerações, ele subdivide as mutações em:

1. Mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição.
2. Mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente.
3. Mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição.
4. Mutação da Constituição mediante sua interpretação (DAU-LIN, 1998, p. 31, tradução livre).

Desde já, é crucial a afirmação em consonância com a qual o objeto da pesquisa desta dissertação engloba a última hipótese – a mutação proveniente da interpretação constitucional. Sob tal viés, o estudo será direcionado a esse caso especificamente, não obstante seja traçado um panorama acerca das demais modalidades mobilizadas por Dau-Lin.

A primeira subdivisão, para Hsü Dau-Lin (1998, p. 32-33), não proporciona uma violação formal da Constituição, pois não contempla desrespeito a um preceito constitucional: “a tensão que pode ser observada aqui se dá entre a situação real e a situação legal projetada pela Constituição, não entre o existente e o prescrito”. Essa mutação tem fundamento em meios de manipulação. Com o escopo de ofuscar uma contradição com um artigo específico da Carta Maior, indicam-se outras nomenclaturas para situações que, por si mesmas, já violariam a Constituição. Formalmente, nessa modalidade, não se perpetra ultraje à Constituição, contudo, teleologicamente, uma contradição advém.

Quanto à segunda classificação, a mutação se associa ao desempenho de direitos, mais especificamente, a divergência entre os direitos mencionados na Constituição e a sua possibilidade de exercício faticamente. Há, logo, uma incongruência da realidade jurídica com o dispositivo constitucional. Tal espécie tem seu marco inicial em Jellinek. Nesse caso, é como se a realidade impusesse a incompatibilidade do exercício desse direito. O campo fático, nesse sentido, atravessa o artigo constitucional, conformando-o. O desuso esclarece essa modalidade de mutação (DAU-LIN, 1998, p. 36-37).

A terceira espécie, a seu turno, pronuncia uma certa semelhança com a primeira, porque ambas articulam-se sobre uma mutação oriunda de práticas estatais. Enquanto, na primeira, não ocorre ultraje formal, na terceira, há uma contradição direta. A prática estatal, na terceira, é mais ampla, abrangendo leis ordinárias e condutas do Executivo, por exemplo. A contradição, como se pôde notar, com a Carta Magna, no contexto da terceira modalidade, é mais explícita (DAU-LIN, 1998, p. 39-43).

A última modalidade, objeto de estudo desta pesquisa, abarca a interpretação constitucional como causa da mutação. Conforme Dau-Lin,

Cabe, também, uma mutação constitucional mediante a interpretação: particularmente quando os preceitos constitucionais somente são interpretados segundo considerações e necessidades que mudam com o tempo sem atender particularmente ao texto fixo da Constituição, ou sem que se considere o sentido originário que deu o constituinte às normas constitucionais em questão. O texto constitucional permanece intacto, porém a prática constitucional que pretende segui-lo é distinta. O que se infere da Constituição um dia como direito já não o é posteriormente. A Constituição experimenta uma mutação enquanto suas normas recebem outro conteúdo, na medida em que seus preceitos regulam outras circunstâncias distintas das antes imaginadas (DAU-LIN, 1998, p. 45).

Pela leitura da descrição proposta acima, é inevitável uma comparação com a realidade brasileira atual, cujo conteúdo resta desenhado na hipótese central no sentido de que há mutação inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, a qual se opera por meio do Supremo Tribunal Federal. A interpretação, em Dau-Lin, como motor da mutação constitucional se coaduna a uma mudança na prática constitucional. Com efeito, reafirma-se a imprescindibilidade da realidade fática no conceito de mutação.

González (2007, p. 299) critica a classificação esposada por Dau-Lin. Conforme destaca, há vários critérios mesclados nas subdivisões empreendidas. Assim, Dau-Lin não organizou a temática com amparo em apenas um critério. Além disso, a classificação não separa os setores da mutação, pois são notadas intersecções entre as divisões realizadas. O argumento de González se reputa coerente, na medida em que Dau-Lin não distingue, explicitamente, na sua classificação, as mutações constitucionais e as inconstitucionais. A despeito de reconhecer práticas contrárias à Constituição, não há uma sistematização, no que tange à crítica em comento, na sua obra.

Segundo Urrutia (2000, p. 126, tradução livre), “a classificação de Hsü talvez seja um pouco inexata e não é difícil que os diferentes pressupostos se confundam”. Desse modo, confirma-se, mediante Urrutia, o posicionamento de que carece, na teoria de Dau-Lin, uma sistematização mais precisa na classificação das mutações.

Bulos (1997, p. 65) fomenta que “na realidade, não podemos enumerar, com pretensão de esgotar a matéria, o rol de todas as hipóteses em que os dispositivos de uma Carta Suprema sofrem mutações”. Pondera-se, então, no sentido de que qualquer classificação proposta se submete a críticas, observando-se, portanto, a dimensão fenomenológica da mutação.

1.6. A mutação constitucional pela via interpretativa

A interpretação, até a atualidade, é objeto de debate. Não há, portanto, uma definição única sobre a questão. Uma das aporias, quanto ao fenômeno interpretativo, diz respeito às inúmeras possibilidades abarcadas pela palavra “interpretação”: dentre elas, pode designar o

próprio ato interpretativo pelo sujeito com atribuição para tal ou a consequência advinda dessa atividade. Diferentes perspectivas, pois, produzem distintas concepções (PEREIRA, 2018, p. 59).

Mediante uma análise voltada à interpretação no mundo jurídico, Jane Reis Pereira, na obra “Interpretação constitucional e direitos fundamentais”, orienta sua pesquisa:

Prefere-se, nesse estudo, adotar um conceito amplo de interpretação, a abranger toda atividade intelectual consistente em solucionar problemas jurídicos, compreendendo: i) a determinação dos textos normativos relevantes; ii) a atribuição de significado a esses textos e iii) a resolução da questão jurídica posta em análise à luz dos parâmetros normativos eleitos (PEREIRA, 2018, p. 62).

A resolução de problemas, sob o ângulo jurídico, demanda, consideravelmente, o Poder Judiciário, o qual é provocado a se manifestar diante de casos concretos. Os casos em apreço veiculam-se em processos judiciais, no bojo dos quais o magistrado deve decidir a controvérsia. A primeira particularidade da interpretação, demonstrada no trecho reproduzido, importa na seleção dos textos primordiais para a solução da problemática. A segunda aplica-se ao campo semântico. A terceira, por fim, cinge-se ao resultado do ato interpretativo.

No ambiente interpretativo, ocorre uma dualidade entre texto e contexto. O texto tem uma característica estática, objetiva a sua continuidade. O contexto, ao contrário, toca a realidade e as circunstâncias ao redor do texto. A interpretação surge como uma ferramenta de avizinhamiento entre as duas esferas. O ato interpretativo carrega, assim, limites, os quais se fundamentam nas particularidades do texto e do contexto – considerados isoladamente. O ideal é que o texto ostente uma linguagem compreensível e que o contexto não seja inferido a partir de posicionamentos exacerbados (GARCIA, 2015, p. 9).

A interpretação, como resultado, depende do método escolhido para o caminho interpretativo. A racionalidade deve estar presente nesse método, eis que pode ocorrer uma indagação acerca da legitimidade do produto do ato em exame. A coerência do curso interpretativo se comprova pela demonstração inteligível do caminho percorrido. A “individualização da norma” é obtida pela interpretação, porém esta se curva ao embasamento das ações humanas e, em razão disso, existem generalidades humanas aplicadas à interpretação (GARCIA, 2015, p. 10).

A interpretação, portanto, focaliza o caso concreto e pode se desenvolver de múltiplas formas, dependendo do método adotado. Conforme visto na classificação de Dau-Lin (1998, p. 31) sobre a mutação constitucional, uma das ramificações consiste no objeto da presente dissertação, qual seja, a mutação constitucional por meio da interpretação.

O dilema analisado, no tema da mutação, por exemplo, pela via interpretativa, abrange o esforço da Constituição de produzir efeitos junto ao Estado. As forças advindas dos agrupamentos sociais, em algumas circunstâncias, são objeto de controle das Constituições. Um exemplo é na proteção dos direitos fundamentais. O Estado se permeia de vários ângulos e um deles ostenta o ordenamento jurídico. Não é possível que uma Constituição seja exaustiva em suas previsões. A interpretação constitucional, dessa forma, se diferencia das empregadas para outros instrumentos normativos. Há um conjunto de forças conectado à Constituição e, com o fim de manutenção de sua vigência, a Carta em questão precisa ter uma função integrativa (SMEND, 1985, p. 130-133).

Uma pergunta constante da obra de Canotilho (1991, p. 231) consiste na possibilidade de ocorrência de transição constitucional – sinônimo de mutação – pela interpretação. Ele enuncia que a própria parcela de teóricos contrária ao reconhecimento da mencionada hipótese não se olvida a mudanças na realidade constitucional. O autor deflagra:

Todavia, uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente incompatíveis pelo programa da norma constitucional (CANOTILHO, 1991, p. 231).

Com base em Dau-Lin (1998, p. 45), averigua-se que, em situações específicas, como em normas de textura muito aberta, a possibilidade de mutação por intermédio de interpretação se intensifica. Se a mutação engloba uma mudança de abrangência ou de sentido da norma constitucional, discute-se até que ponto é possível uma alteração não formal. A Constituição, devido à mutação, amolda-se às causas consubstanciadas no seio da realidade.

A mutação constitucional por intermédio da interpretação se insere em um significado diferente especificado para a Constituição, a despeito de não haver alteração textual. O alcance da Lei Maior pode ser objeto de ampliação, processo apartado de qualquer formalidade, sendo o presente episódio entendido como mutação. Aceitando-se a interpretação como um catalisador do fenômeno mutacional, o Poder Judiciário assume certa centralidade no explicitado processo não formal de mudança da Carta Política (FERRAZ, 2015, p. 55).

Consoante Liern (2014, p. 138), a mutação constitucional requer uma mudança interpretativa. O campo semântico da norma contida na Constituição se altera, ainda que o texto continue intacto. A análise de Liern, nesse ponto, ampara-se no sujeito, ou seja, naquele que é responsável pela emissão da hermenêutica. Fala-se, por conseguinte, em uma nova interpretação, sendo pressuposto lógico o abandono de uma interpretação anterior.

A mutação constitucional, sob essa visão, garante uma discussão sobre a interpretação. A decisão final, no Poder Judiciário brasileiro, compete à Suprema Corte. Respeitado o conceito de mutação e seus requisitos, concede-se uma solicitação de maior congruência entre as normas constitucionais e o mundo fático, a realidade. Um enfoque comparativo indaga o fenômeno, na medida em que, paradoxalmente, a depender do grau de proximidade com a realidade e com a norma em si, há uma tendência maior ou menor à instabilidade normativa. A insegurança jurídica não pode ser motivo razoável para o afastamento da mutação constitucional. A atualização da norma não demanda formalidade: exige, porém, essência.

A interpretação constitucional – no papel de propulsora da mutação –, a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva não são idênticas, de tal sorte que já houve uma aferição doutrinária em sentido oposto. A interpretação construtiva se relaciona à agregação, à ampliação ou ao aumento de uma hipótese não abarcada inicialmente. A interpretação evolutiva caracteriza-se pelo procedimento de contemplação de uma hipótese que, segundo o estágio do conhecimento da época na qual se originou, não teria sido possível uma positivação (MORAES, 2018, p. 10-11).

No curso da obra “Processos Informais de Mudança da Constituição”, Anna Candida Ferraz endossa maneiras de identificação das mutações derivadas da interpretação:

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 constitucional (FERRAZ, 2015, p. 58-59).

O conjunto de hipóteses plasmado, em Ferraz, acerca da mutação constitucional proveniente da interpretação merece a observação no sentido de que é bastante abrangente. Caso sejam consideradas todas as possibilidades subscritas, seria cabível o enquadramento de muitos casos na qualidade de mutação constitucional, sendo difícil, assim, o próprio controle em relação aos efeitos da interpretação da Carta Magna.

Ademais, a ausência de parâmetros para a definição da presença de mutação constitucional, notadamente a oriunda de ato interpretativo, enseja insegurança jurídica e arbítrio ilimitado para o poder ou órgão com a competência de proteger a Constituição em última esfera. No Brasil, o órgão em apreço é o Supremo Tribunal Federal, ao qual a Carta Magna confere tal incumbência. Com a delimitação de parâmetros relacionados à mutação, estabelecer-se-ia a própria possibilidade de controle pelos demais poderes e, também, pela

sociedade. O corpo social, nesse sentido, tem um papel considerável na interpretação da Constituição.

A interpretação constitucional, assim, não deve ser observada como limitada a determinados órgãos. Essa visão, unicamente norteadas por setores relacionados ao Estado ou ao campo jurídico, associa-se a uma sociedade fechada em termos de interpretação da Lei Maior. Uma tese responsável pela inclusão de esferas anteriormente excluídas desse fenômeno é a da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. O atributo formal, sob um parâmetro subjetivo, tem imperado na interpretação constitucional. Em outras palavras, quanto aos sujeitos, a formalidade tem sido uma das exigências: são sujeitos formais relacionados ao ato interpretativo. Os cidadãos, por isso, também participam da interpretação constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 13). De acordo com Häberle,

Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (*faire Beteiligung*) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis) (HÄBERLE, 2002, p. 46).

Desse modo, se a sociedade interpreta a Constituição, conforme defende Häberle, é preciso que o grupo social, bem como os demais órgãos não detentores da última palavra acerca da Carta Magna possam articular um controle, ante a mutação constitucional, a partir dos parâmetros que acompanham a sua manifestação a partir do Tribunal Constitucional.

1.7. Sugestão a partir do desenvolvimento conceitual

A partir de uma análise acerca do conceito de mutação constitucional nos referenciais teóricos utilizados, conclui-se o fenômeno como caracterizado pela ruptura face a formalidades. Logo, uma forma de se chegar ao conceito desse episódio consiste na sua diferença em relação à reforma constitucional. Em primeiro lugar, portanto, determina-se a mutação com esteio na informalidade, enquanto a reforma se aproxima dos aspectos formais. A formalidade oriunda da reforma significa, além da previsão expressa no corpo constitucional, o conteúdo das etapas sobre as quais dispõe o texto da Carta Política.

O segundo elemento a ser considerado no tangente ao conceito de mutação abrange a mudança produzida na norma. O texto e a norma não se confundem: na mutação, o texto continua no mesmo estágio, ao passo que a norma se transforma. Muitos autores analisados anteriormente, como Dau-Lin e Jellinek, enfatizam classificações distintas para essa mudança

informal da Constituição, porém, neste trabalho, optou-se pela restrição do objeto à mutação decorrente da interpretação da Lei Maior.

Existem, teoricamente, perspectivas distintas referentes ao fenômeno sob estudo. Quanto à mutação oriunda de interpretação judicial, podem ser vislumbradas, principalmente, duas perspectivas. A primeira compreende que, se o Tribunal Constitucional interpreta um dispositivo da Constituição de modo distinto à interpretação anteriormente adotada, há mutação constitucional. Isso porque a concepção acerca do Direito, naquela hipótese, foi modificada. Assim, teria acontecido uma mudança da norma independentemente de alteração textual. A corrente em exame tende a englobar, também, possíveis alterações fáticas como geradoras de mutação constitucional.

A segunda perspectiva não reconhece a mutação no caso, por exemplo, em que houve somente mudança na composição da Corte e esse tenha sido o motivo para a alteração de um entendimento anterior com fulcro na interpretação dos dispositivos constitucionais. Essa segunda corrente, portanto, alia-se à efetiva manifestação de mudanças fáticas, relacionadas à realidade, para que se considere a interpretação constitucional como propulsora da mutação. Barroso (2013, p. 153) identifica a ocorrência de mutação, pela interpretação judicial, com a mudança de entendimento anterior. Entretanto, alerta, em seguida, que “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 do tribunal”.

Carlos Victor Nascimento dos Santos emprega, na sua obra, um conceito próximo ao da segunda corrente, consoante se nota abaixo:

A mutação constitucional insere-se em um espaço que pressupõe uma progressividade da realidade social, trazendo uma análise praticamente entre o passado – significado e sentido que a norma ganhou no momento de sua criação – e o presente – sentido que a mesma norma traduz diante de nova realidade social (SANTOS, 2014, p. 598).

Não há qualquer exigência de que o Supremo Tribunal Federal declare, expressamente, o reconhecimento de mutação constitucional a partir de sua decisão. Segundo a primeira corrente, a simples mudança de entendimento anterior já possibilita a concretização do fenômeno. Porém, nada impede que seja feita uma investigação relativa aos votos dos Ministros do Supremo, os quais, em certas ocasiões, reconhecem a mutação constitucional no caso julgado, aproximando-se de um viés teleológico e de realidade, o qual é versado pela segunda perspectiva. Em outras situações, alguns Ministros pugnam pela mutação mediante uma interpretação, conferida pelos próprios, distinta do entendimento que prevalecia anteriormente, indo ao encontro, portanto, da primeira perspectiva. Essa dualidade é um dos

focos da análise a ser empreendida no tocante aos votos subscritos pelos Ministros da Corte Suprema brasileira.

2. LIMITES AFETOS À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os limites associados à mutação constitucional referem-se às restrições intrínsecas ao instituto, pois, caso uma mudança se concretizasse com ultraje aos mencionados limites, não se falaria em mutação constitucional. A escrita sobre esse subtópico não é uníssona, havendo, assim, distintas abordagens na esfera teórica.

Pedra (2009, p. 196), no tratamento dos limites à mutação constitucional, ressalta a importância da relação constituída entre as normas e a realidade, porém não se denota cabível uma desorganização quanto às restrições enfrentadas pelo fenômeno. Para ele, a mutação decorre do poder constituinte e, por isso, subordina-se às ressalvas perpassadas por esse poder. No entanto, Pedra salienta uma conjuntura de limites para além das ressalvas em ponderação.

Os limites afetos ao fenômeno sob exame estão dissociados de uma sistematização e não estão enquadrados em categorias. Como é de conhecimento geral, no tocante ao procedimento formal de mudança da Constituição, há uma previsão exaustiva acerca de suas possibilidades e limites. A mutação, ao revés, caracterizada pela ausência de formalidades, não tem um agrupamento mínimo, em sede teórica, acerca de seus limites, o que pode gerar inúmeras incompatibilidades com a Carta Magna. O controle é um dos pressupostos para a proteção da Lei Maior e, por meio dele, é cabível uma intervenção no sentido de expurgar eventuais alterações contrárias ao núcleo constitucional (HESSE, 2009, p. 148-149).

Os limites da mutação constitucional e o seu conceito integram o mesmo campo de exame teórico. A distância temporal em relação ao marco do advento de uma Constituição não tem confluência com a presença da mutação constitucional. Uma Constituição, devido a essa consideração, pode estar vigente há poucos anos e, ainda assim, é possível uma mudança informal da Lei Maior (HESSE, 2009, p. 151-153).

Bulos (1996, p. 41), mais uma vez, percebe que não se vislumbra uma sistematização quanto à mutação nesse viés. Ele explica a dificuldade de se propugnar limites a esse marco constitucional, porquanto não há uma linearidade na explanação atinente às forças atuantes no evento mutacional. A transformação conduzida por essas forças pode ser movida como o fator fulcral da pulverização desenhada pelo fenômeno em debate. Em sua lição,

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 (BULOS, 1996, p. 41).

A respeito da suposta impossibilidade de estabelecimento de limites à mutação constitucional, pode-se empreender uma interpretação alternativa à literalidade da compreensão de Bulos. Há limites à mutação, porém, em razão das inúmeras forças atuantes e da disseminação de várias circunstâncias na intersecção entre norma e realidade, infere-se uma dificuldade doutrinária em termos de sistematização. Os limites, portanto, existem e precisam ser analisados profundamente.

Para Arzate e Esquivel (2012, p. 216), a dificuldade no estabelecimento de limites à mutação constitucional sinaliza a problemática doutrinária ao redor da conceituação do fenômeno. O mundo fático, conforme os autores, precisa ser considerado na realidade constitucional, tendo em vista a relevância da verificação de cumprimento de uma norma constante da Constituição.

Lança (2014, p. 101) ressalta a importância da consolidação de limites ao fenômeno mutacional, uma vez que a mutação não apresenta o atributo do formalismo. Não se trata, pois, de reforma, cujo procedimento é positivado na Carta Maior. A mutação, dessa forma, pressupõe limites devido à mudança que representa na ordem constitucional. Formalmente, por exemplo, sabe-se que as cláusulas pétreas constituem um dos limites à reforma constitucional, entendida esta como aquela prevista textualmente no documento provido de maior hierarquia no ordenamento jurídico.

Uma indagação realizada por Arzate e Esquivel (2012, p. 217) consiste na procura por um instrumento que permita uma aproximação entre a realidade e a Constituição. A realidade, marcada por sua flexibilidade e por sua constante transformação, relaciona-se com a Constituição. Não é pertinente uma menção à influência da realidade na Carta Magna e vice-versa desprovida dos ensinamentos capitaneados por Hesse (1991, p. 15), cuja tese contempla o condicionamento recíproco entre a realidade e o seio constitucional, de modo que tal comunicação se situa na força normativa da Carta Maior.

A resposta à pergunta emitida por Arzate e Esquivel (2012, p. 217), desenvolvida pelos próprios teóricos, materializa-se na justiça constitucional, pois, na sua reflexão, o Tribunal Constitucional teria o papel afeto ao exercício de controle das mudanças na

Constituição, sejam formais ou não formais. Os autores, dessa forma, posicionam o Tribunal Constitucional em uma figura centralizadora da contemplação decisória a respeito do fenômeno informal em debate. Segundo a tese que defendem, o controle esposado pelo aludido Tribunal manteria a estabilidade. Em contrariedade a tal posicionamento, dita-se o argumento no sentido de que a incumbência de tamanha responsabilidade ao órgão em questão causaria uma ausência de proporcionalidade entre as tarefas de cada poder.

A fiscalização referente aos processos de mudança na Carta Magna, em Arzate e Esquivel (2012, p. 218), compete ao Tribunal Constitucional. Esse Tribunal, assim como explicam, caso se limitasse ao controle em face de órgãos secundários, não cumpriria a sua missão constitucional. Os autores averiguam, no presente viés, o referido órgão na qualidade de guardião de mudanças adequadas no documento de maior hierarquia no ordenamento jurídico. Saliente-se que as mudanças às quais se referem podem ser formais ou não formais.

Surgem várias perguntas acerca da viabilidade do desempenho de tal controle pelo Tribunal Constitucional, fato notado e respondido por Arzate e Esquivel (2012, p. 219). Sobre a questão relativa à incompetência do Tribunal para o mencionado controle, ante a existência do poder constituinte derivado, os autores explicam que a esse poder compete a reforma constitucional em si mesma, enquanto, ao Tribunal, cabe o controle a mudanças na Constituição com o fim de proteger a sua essência, os seus propósitos. De acordo com Arzate e Esquivel (2012, p. 219, tradução livre), “podemos dizer que o Tribunal Constitucional pode conhecer de tudo que, no seu entendimento, contrarie a Constituição”.

Dispõe-se sobre o debate trazido por Arzate e Esquivel no âmbito dos limites à mutação, porque, na prática, o Tribunal Constitucional, a partir da compreensão dos citados teóricos, empreenderia o controle em relação a eventuais incompatibilidades com a Constituição.

Com um intuito crítico, a defesa de Arzate e Esquivel caminha na indicação do Tribunal Constitucional enquanto protagonista do exame associado às alterações na Carta Magna. Além disso, há um receio de que o Tribunal Constitucional ocupe uma postura criativa para a suposta inferência da concretização de uma mudança não formal nas normas constitucionais. Dessa forma, justifica-se a necessidade de uma sistematização precisa acerca dos limites à mutação constitucional.

2.1. Debate mediante a tese de Adriano Sant’ana Pedra

Pedra (2009, p. 202) subdivide, com fundamento em Müller, os limites referentes à mutação constitucional a partir dos seguintes critérios: “programa normativo, âmbito normativo e norma de decisão”. Quanto ao programa normativo, os limites são: “elasticidade do texto”, “decisões vinculantes do Tribunal Constitucional”, “vedação de abolição de cláusulas pétreas” e “vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais”. No tocante ao âmbito normativo, os limites são: “restrições transcendentais” e “aceitação legítima pela comunidade”. Finalmente, acerca da norma de decisão, os limites congregam: “racionalidade das decisões”, “competência conferida a outro órgão” e “irretroatividade dos efeitos da nova interpretação” (PEDRA, 2009, p. 12-13).

A normatividade da Constituição restringe a possibilidade de mutação constitucional. A supremacia normativa da Constituição pode ser abordada na qualidade de limite tocante à mutação. A segurança jurídica, então, traduz uma preocupação atrelada à manifestação do poder constituinte difuso. A supremacia em exame pode ser definida pela hierarquia deduzida da Constituição no espectro normativo. Não há incompatibilidade entre a supremacia constitucional e a mutação. Ademais, por meio de uma reflexão lastreada em Hesse, a força normativa da Constituição não pode ser pulverizada com a concretização do episódio constitucional em questão (PEDRA, 2009, p. 198-199). Esse é um dos motivos para a reunião de limites à mutação, pois se o fenômeno pudesse alterar estruturalmente uma Constituição, a título ilustrativo, manifestar-se-ia o poder constituinte originário e, não, o difuso.

Em razão da ausência de limitação específica positivada no texto constitucional, revelam-se necessários limites explícitos acerca da mutação constitucional. É crucial, portanto, que sejam unidos ângulos a partir dos quais se concretize uma atualização das normas constitucionais com fulcro na essência da Carta Maior (BARRETO, 2018, p. 78).

A elasticidade do texto pode ser valorada como uma restrição ao fenômeno mutacional. Genericamente, o texto constitucional configura-se como um obstáculo a eventuais modificações articuladas pela mutação. A elasticidade significa a flexibilização possível relativa ao texto a nível interpretativo, isto é, em que medida a interpretação pode se distanciar da literalidade presente no texto (PEDRA, 2009, p. 203). Pedra (2009, p. 203) destaca que “o significado de um enunciado normativo é aquilo que este suscita na mente do sujeito cognoscente”.

No mesmo viés de elasticidade, quanto aos limites concernentes à mutação constitucional, Guilherme Peña (2018, p. 9) ressalta, em primeiro lugar, “as possibilidades semânticas do relato da norma”. Segundo o autor, a semântica se aproxima da significação: qual o limite de uma mutação no âmago semântico. Se o sentido conferido distoa

completamente do campo semântico, constata-se uma violação do fundamento da Carta da República. O espectro semântico da Constituição, pois, contempla os limites decorrentes do próprio texto do citado documento. Uma mutação integralmente contrária à permissão constante do texto ofende, nessa senda, o núcleo básico da Carta Política.

Inicialmente, a elasticidade propicia o entendimento de que o texto constitucional se distingue da norma constitucional extraída a partir dele. A elasticidade justifica um manancial de interpretações diante do texto. O texto literal pode ser apontado como uma restrição preliminar à mutação. Entretanto, para Pedra (2009, p. 206), “em certos casos, a elasticidade do texto normativo permite a extração de uma norma bastante distante da letra da Constituição, sem que isto implique seu rompimento”. O autor (2009, p. 207) exemplifica a mencionada assertiva pela mudança no conceito de família em razão de interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Na ilustração acerca do conceito de família pela Suprema Corte brasileira, uma argumentação pertinente seria a de que, teleologicamente, ou seja, por uma análise referente aos fins constitucionais, aquele grupo precisaria de um reconhecimento na condição de família. O texto constitucional, dessa forma, por um mecanismo elástico, contribuiria para a inclusão no conceito em discussão. Ainda em conformidade com Adriano Pedra (2009, p. 210), “em muitas vezes, existe uma interpretação que, à primeira vista, contraria o texto de um determinado dispositivo constitucional, mas que, na verdade, a interpretação sistemática revela o seu verdadeiro significado”.

Uma crítica associada a essa afirmação consiste nos limites possíveis para a referida interpretação sistemática. Tal razão é uma das principais para a justificativa do estudo concernente à mutação constitucional atribuída por meio da interpretação, dado que expressões abertas, no Direito, são utilizadas para fins específicos, isto é, em defesa de uma tese ou de outra. Em diversas situações, o mesmo instituto embasa pontos de vista completamente contrários.

As “decisões vinculantes do Tribunal Constitucional” são registradas por Pedra (2009, p. 213) enquanto limites da mutação. O Tribunal Constitucional, por si mesmo, não padece da citada limitação, tendo em vista a faculdade de superação de seus próprios precedentes (PEDRA, 2009, p. 214). No contexto brasileiro da Constituição de 1988, parece incompatível a oposição das decisões vinculantes do Tribunal Constitucional como limites à mutação. Frise-se que a revelação do poder constituinte difuso não se restringe à interpretação judicial, sendo certa a sua possível ocorrência por meio legislativo. A atuação do Poder Legislativo não é excluída em virtude de decisões emitidas pelo Supremo Tribunal Federal. É uma

realidade o acontecimento de mutação constitucional devido a uma lei articulada pelas Casas do Congresso Nacional.

Pedra (2009, p. 222) anota que, para a alteração de um entendimento pelo Tribunal Constitucional, falar-se-ia em ônus para o Tribunal no viés de que este deveria explicar os fundamentos afetos a uma mudança interpretativa. Entretanto, na prática jurídica, verificam-se hipóteses nas quais o Tribunal Constitucional supera o entendimento anterior sem uma remissão expressa às razões fundantes para tanto. O ideal, porém, é que se proceda em congruência com a lição de Pedra.

A “vedação de abolição de cláusulas pétreas” também é versada como limite à mutação por Pedra (2009, p. 222). Como é de conhecimento notório, a Constituição de 1988 é rígida, o que não significa a ausência de um núcleo imutável. As cláusulas pétreas são dispositivos entendidos pelo Poder Constituinte originário como primordiais em nível de positivação na Carta Magna. Apesar de não poderem ser abolidas, as cláusulas pétreas podem sofrer modificações, com a ressalva relativa ao seu núcleo básico. Pedra propõe a abolição das cláusulas pétreas como restrição a qualquer mudança na Carta Magna:

Embora se destine diretamente a limitar a reforma constitucional, as cláusulas pétreas também se impõem como um núcleo intangível à mutação constitucional. Isso porque as cláusulas pétreas visam a impedir modificações fundamentais, trazendo um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição. Ademais, quando se busca proteger parte do texto constitucional contra emendas aniquiladoras, o que se quer, na verdade, é preservar o conteúdo de certas normas constitucionais (PEDRA, 2009, p. 224).

Guilherme Peña (2018, p. 9) refere-se aos princípios fundamentais enquanto uma restrição às mutações constitucionais. Em suas palavras, constitui um limite à mutação a “preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição”. Toda Constituição alberga temas de suma importância para a realidade estatal. Assim, não apenas o núcleo das cláusulas pétreas está incluído nessas restrições. Os princípios afetos à configuração do Estado são cabíveis de lembrança com intuito ilustrativo.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2017, p. 121), quanto a esse limite, “as cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto”. As cláusulas pétreas, assim, revelam-se importantes em função dos valores albergados no seu âmago. São um consenso momentâneo do poder constituinte originário para o futuro – justamente para a proteção do Estado soberano. Uma crítica inicial aos limites colacionados na tese de

doutorado de Pedra (2009) denota-se a partir de uma aparente tentativa de união entre a reforma constitucional e a mutação, setores bastante distintos essencialmente.

Um quarto limite defendido por Pedra (2009, p. 232) é a “vedação de retrocesso para direitos e garantias fundamentais”. A vedação de retrocesso parte da proibição de se retornar ao estado anterior de ausência de proteção ou de resguardo restrito. O objetivo dessa vedação é exatamente a proteção de direitos e garantias fundamentais. A vedação intervém, assim, no campo dos direitos fundamentais, reconhecidos como inerentes à condição da pessoa humana em nível constitucional.

Ingo Sarlet destaca o princípio da vedação de retrocesso como fulcral para o Estado Democrático de Direito, conforme se depreende a seguir:

Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, significando toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não) constata-se, em termos gerais, que, embora nem sempre sob este rótulo, tal noção já foi, em maior ou menor medida, recepcionada no âmbito do constitucionalismo latino-americano (SARLET, 2009, p. 121).

A vedação de retrocesso, nesse âmbito, compreende uma contraposição entre a proteção já obtida e determinadas medidas voltadas à sua restrição ou ao seu esvaziamento. Defende-se, geralmente, na doutrina, uma abordagem, pelo poder constituinte derivado, de proibição a essa conduta, bem como ao Executivo. A carência de parâmetros para a delimitação de “retrocesso” pode contribuir para o questionamento da pertinência da consideração da adunada categoria como limite da mutação constitucional. Frise-se, entretanto, a importância da proteção progressiva tocante aos direitos fundamentais.

Pedra (2009, p. 232) imagina a vedação de retrocesso como um atributo da proibição de abolição das cláusulas pétreas. Uma problemática aventada pelo autor é a das normas de eficácia contida, cujo conteúdo pode ser interpretado pelo legislador. A mutação, em tese, segundo sua lição, poderia se materializar nessa hipótese.

Há limites quanto ao âmbito normativo no plano mutacional. As restrições transcendentais enquadram-se como as primeiras observações. Essas restrições, na mesma esteira da nomenclatura adotada, residem em um ambiente extrajurídico, ou seja, não se localizam no Direito em si mesmo. A seara valorativa, nesse sentido, cumpre o seu desiderato de reverberação no Direito (PEDRA, 2009, p. 253-254). Verifica-se uma tentativa, na tese sugerida por Pedra, de aproximação entre os limites concernentes ao poder constituinte originário e o fenômeno mutacional.

A corrente pesquisa entende pelo não acolhimento aos limites extrajurídicos. Isso porque, metodologicamente, não se coaduna verificável a alocação de requisitos atinentes ao poder constituinte originário à mutação constitucional. O próprio Liern (2014, p. 150-153) não concebe a mutação como parte integrante da teoria constitucional, argumentando-se apenas como uma aporia. Apesar de parecerem adequados, sob um ponto de vista preliminar, aos limites da mutação, os limites extrajurídicos pertencem ao poder constituinte originário, categoria especialmente distinta da mutação.

Para Pedra (2009, p. 262-263), a “aceitação legítima pela comunidade” configura-se como limite à mutação constitucional também no âmbito normativo. O autor sustenta uma concretização vinculada aos valores do grupo social. Se os valores são modificados constantemente, a mutação precisa acompanhá-los. A opinião pública, nesse contexto, desempenha uma tarefa nas etapas de concretização da Constituição.

A “racionalidade das decisões”, conforme Pedra (2009, p. 276), é um limite relativo à norma de decisão: “a racionalidade e a fundamentação devem estar presentes em todas as interpretações orgânicas que geram mutação constitucional”. A racionalidade relaciona-se com a inteligibilidade da decisão, bem como ao princípio da razoabilidade. A fundamentação externa as razões pelas quais uma decisão foi prolatada em determinado sentido. Na mutação, ante o seu caráter informal, reafirma-se a sua imprescindibilidade, pois, com base nos motivos expostos, é possível, se assim se entender, a averiguação de eventual ocorrência de mutação inconstitucional.

Uma restrição subjetiva também é manejada enquanto limite à mutação constitucional no âmbito da norma de decisão, pois a competência para a realização do fenômeno sob exame leva a conflitos entre órgãos e, genericamente, a poderes distintos. Diante disso, uma medida a ser analisada é a quem a Constituição concede certas tarefas na práxis constitucional, devendo a tensão ser resolvida com base, se possível, no próprio texto da Carta Maior (PEDRA, 2009, p. 280-281).

Ainda a respeito dos limites tocantes à mutação na norma de decisão, Pedra (2009, p. 296) destaca a “irretroatividade dos efeitos da nova interpretação”, explanando, em seguida, os efeitos negativos provenientes de uma possível aplicação de nova perspectiva a situações anteriores. O autor, nesse viés, atenta para as mudanças interpretativas.

2.2. A perspectiva de Hesse

Hesse (2009, p. 164-165), a partir da obra de Heller, aduz a normatividade da Constituição como um possível limite ao fenômeno mutacional. Mesmo assim, o renomado constitucionalista atenta para a amplitude do conceito de normatividade, o qual, estruturalmente, não seria capaz de proporcionar uma delimitação precisa para a mutação. Além disso, o autor destaca que, na área teórica, as tentativas associadas a uma maior precisão dos limites do fenômeno em exame não cumpriram seu objetivo inicial – justamente – de preenchimento dessa lacuna teórica.

Há, mesmo no pensamento tradicional ante a mutação constitucional, uma carência quanto a seus limites, manifestando-se, dessa forma, uma relação que tende a afetar a força normativa da Constituição. Uma teoria da mutação ainda não permitiu a formação de um sistema organizado e com seus devidos limites (HESSE, 2009, p. 165-166). Hesse acrescenta:

A mutação constitucional com seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração “no interior” da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição, cuja “mutação” em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação correlativa entre normalidade e normatividade (HESSE, 2009, p. 166).

Quanto às anotações de Hesse, concretiza-se o seu dilema de tornar a mutação um fenômeno palpável sob o ponto de vista da teoria constitucional. A força normativa da Constituição, em Hesse (1991, p. 10-11), empreende um condicionamento entre o núcleo constitucional e a realidade, bem como o papel de conformação da realidade por via da norma. Verifica-se, no jurista em lume, uma preocupação com o desmantelamento da Carta Maior a partir dos fatos. Em função disso, o autor tenta vincular a mutação a uma parcela interna da norma.

O campo normativo integrado na Constituição não restaria adequado se não estabelecesse qualquer relação entre as normas desse documento e a realidade. A vontade de aplicação de um conjunto de normas incompatível com os fatos ensejaria, em regra, um descumprimento generalizado. É preciso que se reconheça, assim, o papel referente à conformação da realidade a partir da norma. A realidade e o Direito Constitucional não são opostos, na medida em que externam pontos de conexão (HESSE, 2009, p. 166).

Para Hesse (2009, p. 167), “o Direito Constitucional abarca também, de forma diferente em cada caso, o pedaço da realidade social pressuposto, recepcionado ou produzido por suas distintas normas”. Essa reflexão possibilita, a partir de Müller (1999, p. 49-51), a perspectiva segundo a qual uma parcela da realidade se integra ao espectro normativo,

notadamente na forma da categoria “âmbito normativo”. Os influxos sociais, logo, derivados da realidade, ramificam-se nas normas constantes da Lei Maior.

Ainda de acordo com Hesse (2009, p. 167), “nem todo fato novo pertence ao setor da realidade regulado pela norma”. Nesse sentido, o jurista alemão mobiliza o programa normativo enquanto instrumento de coordenação desses fatos novos. Caso surja uma modificação nos fatos, portanto, o programa normativo seria o parâmetro com a finalidade de reconhecimento da mudança.

Uma crítica imediata às colocações de Hesse constitui a situação em face da qual os seus escritos ocasionaram, no mesmo viés dos autores tradicionais, uma dificuldade para o alcance de uma resposta na procura dos limites relativos à mutação constitucional. Porém, o próprio autor reconhece essa aporia, sugerindo a sua contribuição como um “ponto de partida” (HESSE, 2009, p. 168). Segundo o constitucionalista alemão (2009, p. 168), a alteração do “âmbito normativo” precisa ser comprovada.

Em Hesse (2009, p. 168), as possibilidades demarcadas pelo texto constitucional, traduzido no “programa normativo”, manifestam o limite das mutações constitucionais. Segundo destaca,

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto (HESSE, 2009, p. 168).

A mutação constitucional e o fato consumado, em Hesse (2009, p. 169-171), são situações contrárias. Enquanto a primeira se restringe pela mudança no “âmbito normativo”, entendido este como intrínseco ao campo normativo, o segundo parece aproximar-se do ultraje aos limites da mutação, produzindo, assim, uma prática incongruente com a Constituição. O esforço teórico de Hesse, no tocante à mutação, não obstante deva ser apreciado, não obteve êxito na resolução da problemática, sobretudo ante a uma suposta teoria das mutações constitucionais. A sua contribuição foi a de ressaltar a visão de Müller acerca do “âmbito normativo” e de desenvolvê-lo com maior apreço à mutação. O autor alemão, quando limita a mutação ao texto, reconhece apenas um de seus limites. Ademais, a concepção de Hesse sobre os fatos e a mudança do “âmbito normativo” propicia um debate sobre quais fatos, realmente, podem alterá-lo.

Konrad Hesse (1992, p. 48), na temática das limitações à interpretação constitucional, determina a existência explícita de limites nos assuntos caracterizados pela indefinição constitucional, ou seja, nos elementos em relação aos quais a Carta Magna não fundamentou

um cumprimento obrigatório. Em resumo, o constitucionalista identifica, em setores nos quais haja ausência de compatibilidade com o texto da Constituição ou inexistência de entendimento lógico, uma ocorrência mais visível acerca desses limites. Hesse (1992, p. 49), ademais, localiza a Constituição escrita como limite à interpretação constitucional.

Com alicerce em todos os limites já analisados em relação à mutação constitucional, percebe-se, quase unanimemente, a indicação referente à necessária observância à abrangência textual contida na Constituição. Não é pertinente, pois, em conformidade com os referenciais teóricos adotados, a violação de pressupostos objetivos do texto. Outra observação preponderante no concernente à temática é a vontade do legislador, a qual foi objeto de manifestação no momento de concretização legislativa. Em casos concretos em que seja viável uma pesquisa afeta a áudios da produção legiferante ou a registros históricos, defende-se o presente limite.

2.3. O limite do campo textual

Ávila e Rios (2016, p. 27) investigam os limites à mutação na via interpretativa pelos tribunais. Em suas palavras,

Se a mutação é remédio ou veneno, é algo que dependerá da dose. Não se pode ignorar os cuidados necessários para que o Tribunal, lançado mão de recursos interpretativos, chegue a soluções hermenêuticas em oposição ao sentido literal do texto, agindo como se estivesse investido do poder constituinte reformador. Na atual quadra do pensamento jurídico, o constitucionalismo no mundo ocidental se ocupa dos limites a serem reconhecidos às Cortes constitucionais na interpretação da Constituição, sobretudo naqueles casos em que o resultado interpretativo contraria o sentido semântico do texto constitucional (e.g., a literalidade do texto veda e a interpretação do Tribunal autoriza) ou inova completamente na ordem jurídica (a Constituição é omissa e o Tribunal afirma positivamente um direito), exercendo atribuição reservada não meramente ao legislador ordinário, mas ao próprio poder constituinte (ÁVILA; RIOS, 2016, p. 30-31).

A viabilidade da mutação constitucional apreende uma discussão complexa, porque há uma linha tênue entre as normas constitucionais e a realidade. Uma mudança material no mundo fático pode acarretar consequências normativas. Depreende-se, do trecho destacado do artigo escrito por Ávila e Rios, a sua opinião segundo a qual a literalidade do texto compõe um limite à mutação. Caso atuasse contrariamente aos ditames do poder constituinte, o Tribunal, com fulcro na interpretação, estaria se sobrepondo à vontade desse poder.

Outro limite pode ser compreendido a partir das colocações de Ávila e Rios. Os autores citam a literalidade do texto como uma das restrições enfrentadas pela mutação. Porém, ao mesmo tempo, separam a tarefa executada pelo poder constituinte daquela situada

no âmbito da mudança em si. Assim, a vontade do poder constituinte, a qual pode ser investigada historicamente, é possível de ser vislumbrada enquanto um limite.

Essa discussão ventilada por Ávila e Rios (2016, p. 30-31) repercute intensamente no Direito Constitucional brasileiro, posto que a atuação do Supremo Tribunal Federal no campo interpretativo é objeto de questionamento. É preciso que se verifique, nos casos concretos, a congruência entre a interpretação do Tribunal Constitucional e a literalidade constante do texto, consoante lecionam os autores. Sob a perspectiva atual, o debate se insere na busca por legitimidade dos precedentes originários da justiça constitucional, pois, genericamente, afirma-se a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário, argumento superado na doutrina.

Nas palavras de Barroso (2013, p. 149), “já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático”. Para o professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a mutação significa justamente uma via que aproxima o Direito e a realidade. Visualiza-se, portanto, um meio interativo entre essas esferas.

A visão restritiva do Direito pelo Direito restou, com o avanço dos valores, impugnada, tendo a carga axiológica sido encampada no âmbito da interpretação jurídica. Em temas constitucionais, houve uma mudança paradigmática com o soerguimento dos valores. O pensamento acerca do Direito sujeitou-se à referida alteração e iniciou um processo de adequação em torno da nova perspectiva jurídica (BARROSO, 2013, p. 149).

O Direito alcança as pessoas sobre as quais incide e, por isso, origina-se de uma demanda subscrita pela realidade. A realidade e o Direito têm uma intersecção. O decurso temporal influencia a realidade e, por via de consequência, causa as mutações constitucionais (BARROSO, 2013, p. 149). Quanto aos limites tocantes ao fenômeno mutacional, Barroso resume:

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E, se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário (BARROSO, 2013, p. 150-151).

A doutrina do mencionado Ministro do Supremo Tribunal Federal prevê dois limites vagos à mutação constitucional. O primeiro, afeto às “possibilidades semânticas do relato da norma”, remete aos possíveis significados a serem abarcados normativamente em face do texto constitucional. O segundo congrega os princípios fundamentais da Carta Magna, cujas características coordenam os fins constitucionais, ou seja, ausentes os atributos em tela, a Constituição perderia seus motivos principais. Nota-se, também, a ausência de uma definição evidente, pelo Doutor em Direito, no que pertine ao denominado “espírito da Constituição”. Reconheça-se, desde já, a importância do respeito à tarefa da Carta Maior. Todavia, para evitar o arbítrio exacerbado na interpretação, reputa-se coerente a enumeração dos limites de forma mais detalhada.

Consoante argumenta Bufulin (2004, p. 452), o fundamento mobilizado para a mutação constitucional é a sua aproximação com o poder constituinte. Contudo, surge uma crítica, na doutrina, acerca desse poder, porquanto, se ao Tribunal Constitucional for reconhecida uma dimensão proativa no reconhecimento do episódio mutacional, um órgão do poder constituído estaria atuando com um fim que não lhe é próprio. Segundo Bufulin, não se pode falar na atuação do poder constituído, porque a mutação não foi positivada na Carta Magna.

O texto constitucional, em Bufulin (2004, p. 453), materializa um limite ao processo não formal de alteração da Carta da República. Quanto aos limites, o autor comenta:

Ademais, outros limites devem ser respeitados tanto na alteração informal das leis quanto da Constituição. As cláusulas pétreas não podem ser sucumbidas diante de uma interpretação que queira ser a melhor diante da nova realidade social. Aliás, uma alteração desta natureza for apenas da lei, surgirá uma inconstitucionalidade material, passível de controle pelo Judiciário. Mas, se a referida alteração se der dentro da própria Constituição surge a problemática do controle a ser realizado, máxime quando a mutação decorre de decisão do Supremo Tribunal Federal (BUFULIN, 2004, p. 454).

A tendência externada por Bufulin, como pode ser averiguada na passagem acima, denota a transposição de limites normalmente conexos ao processo formal de mudança da Constituição para as restrições atinentes ao processo informal, qual seja, mutação da Constituição. Quando o autor refere-se a uma interpretação “que queira ser a melhor”, constata-se, sob o viés de uma parcela da crítica, uma certa pulverização do conceito do fenômeno mutacional. A mutação depende de mudanças fáticas, ou seja, decorrentes da realidade.

Em sede interpretativa pelo Tribunal Constitucional, Campos (2015, p. 272) salienta que “tem-se o papel decisivo do intérprete na (re)construção dinâmica das normas constitucionais quando o texto não mais se mostra adequado à realidade social”. Discute-se,

assim, se o Tribunal Constitucional, se a tarefa lhe couber, cumpre um ditame criativo ou de reconhecimento do fenômeno.

Campos (2015, p. 272-273) pergunta-se sobre a repercussão da mutação constitucional. Em outros termos, ela objetiva comparar o atenuamento à segurança jurídica com a proporção tomada pela dimensão da realidade alterada. A preocupação da autora direciona-se, principalmente, à segurança jurídica e o seu possível esvaziamento em decorrência da mutação constitucional. Segundo Campos,

O papel funcional da legislação no panorama de uma coordenação entre política e direito é a garantia de previsibilidade, um elemento estruturante da noção liberal de Estado, onde o espaço de autonomia privada é condição de possibilidade do desenvolvimento econômico e individual como um todo. Nesse horizonte, ainda que se reconheça que o fenômeno jurídico se manifesta como linguagem – em seus múltiplos momentos – o espaço interpretativo é delimitado, de antemão, pela objetividade da lei positivada, materializada no texto. Há, assim, um limite à aceitação teórica da mutação constitucional ou de seu uso irrestrito como *ratio decidendi*: este limite é apresentado pela própria lei válida, de modo que o principal obstáculo ao recurso às mutações deve ser a imposição da validade da lei. Admitir uma mutação contra *legem* é, nesse sentido, sustentar uma hierarquia entre Legislativo e Judiciário, com prevalência deste, o que parece insustentável na ordem constitucional brasileira. A ocorrência de mutações, embora desejável em certa medida, por permitir uma abertura da ordem jurídica à contingência, encontra limitações decorrentes da própria natureza da lei enquanto manifestação de um poder de império. Há uma dimensão objetiva do texto legal que permanece inalterável, sob pena de esgotamento do princípio da separação de poderes e da preservação da autoridade legislativa (CAMPOS, 2015, p. 273).

As anotações derivadas da reflexão de Campos conduzem à conclusão no sentido de que a autora nota, na legislação, o ponto fulcral do fenômeno mutacional. Simultaneamente, a legislação representa o ponto inicial do processo não formal de mudança da Constituição, mas a própria legislação o limita. Não há espaço, nesse parâmetro, para qualquer alteração informal no âmago legislativo. A banalização da mutação constitucional como fundamento interpretativo é rechaçada pela teórica, pois ensejaria uma predominância de um poder no tocante ao outro. Ressalte-se que a análise de Campos, nesse caso, diz respeito à mutação com base na interpretação.

O Judiciário, quanto à mutação constitucional, tem, a depender do espectro analisado, papel fundamental. Quando aplicam a Constituição, os membros do Judiciário a interpretam e, por essa via, ocorre a possibilidade de alteração do sentido de uma norma constitucional, em que pese o texto esteja imutável. Muitos fatores impactam a quantidade de mutações constitucionais: um deles é a influência dos grupos de pressão (BULOS, 1997, p. 69).

Ainda a partir dos ensinamentos de Campos (2015, p. 273), a lei é produzida pelo Poder Legislativo com vistas a ser cumprida e, por via consecutiva, a conformar a realidade à qual se dirige. A utilização da mutação constitucional como recurso interpretativo pode

comprometer a eficácia legislativa e, logo, a segurança jurídica instaurada com a sua promulgação.

2.4. O limite dos fins constitucionais

A interpretação sistemática da Constituição possibilita uma reunião do corpo constitucional por meio de integração. Integra-se, logo, o texto constitucional sob o manto da esfera normativa. A interpretação, por conseguinte, visa ao alcance de uma estabilidade constitucional em função do cotejamento entre os distintos campos da Carta Magna.

Para que sejam considerados limites à mutação constitucional, os elementos devem priorizar os fins constitucionais, ou seja, as razões fundantes da Constituição. Em outros termos, o objetivo principal dos limites é o de proteção da integridade normativa e da segurança jurídica. Os obstáculos encontrados na esfera interpretativa objetivam a refutação de práticas judiciais que conduzam ao arbítrio desprovido de balizas.

Os princípios estruturais da Carta Magna são aduzidos enquanto limites às transições constitucionais. A fluidez da realidade constitucional fomenta-se como propulsora das transformações notadas com o fenômeno mutacional. O texto e a norma, sob tal ângulo, exercem delimitações recíprocas. Isso legitima as transições em análise (CANOTILHO, 1991, p. 232).

Segundo Canotilho (1991, p. 232), “o reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas (*‘stillen Verfassungswandlungen’*) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional”. Em suma, a interpretação constitucional se viabiliza como um instrumento de manifestação das mutações constitucionais. A tese em apreço corrobora os apontamentos iniciais desta dissertação no caminho de que a interpretação plasmada pelo Tribunal Constitucional Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, teoricamente, deveria se limitar ao reconhecimento de eventuais mutações originadas nas mudanças da realidade ou praticá-las, mesmo implicitamente, de acordo com os requisitos da mutação constitucional.

Quanto aos casamentos decorrentes de relações homoafetivas, a título exemplificativo, Canotilho (1991, p. 232) nega uma suposta facilidade na resolução do problema. Nesse caso, de acordo com o constitucionalista português, a alteração de sentido é “radical”.

Sobre a interpretação, Araújo e Sampaio discorrem:

A interpretação, portanto, é estudada, na atualidade, não apenas como método contemplativo, mas também como verdadeiro método criativo. É o que se chama de função criadora da interpretação. Frise-se, porém, que o intérprete, por estar autorizado a criar através da extração do significado das normas, poderá ultrapassar ou até mesmo ferir o espírito constitucional. O intérprete, dentre de certos limites,

estudados mais a seguir, poderá atuar de forma criativa sobre a norma constitucional. É nesse contexto de interpretação como método criativo do direito que esta assume a figura de método no processo de mutação constitucional. O intérprete, dentro de certos limites estabelecidos pela ordem constitucional, atua, de forma criativa, sobre o significado, alcance e sentido das normas constitucionais. A interpretação constitucional é tida como um dos processos mais eficazes no processo de mutação constitucional (ARAÚJO; SAMPAIO, 2012, p. 274-275).

Quanto à função criadora da interpretação, Araújo e Sampaio propugnam o espírito constitucional na qualidade de limite à mutação constitucional. A difícil tarefa de consubstanciação da vagueza assumida pelo espírito da Constituição postula relevo diante do cenário atual do Judiciário brasileiro. Os Ministros da Suprema Corte nacional são, recorrentemente, questionados acerca da postura criativa que adotam a respeito dos assuntos julgados. Frise-se, mais uma vez, que esta pesquisa não visa ao estudo do ativismo judicial, delimitando-se, portanto, ao fenômeno mutacional e suas aplicações nos casos concretos julgados, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal.

Araújo e Sampaio (2012, p. 274) concatenam, além disso, a eficácia, a interpretação constitucional e a mutação. Uma crítica, quanto a esse aspecto, concerne à qualidade das interpretações delineadas no suposto processo de mutação constitucional. Outra questão tangencia a mencionada criatividade, pois o conceito de mutação tem uma conjuntura respaldada na realidade e, se não é preenchido o pressuposto da alteração material, resta, possivelmente, prejudicada a mutação.

2.5. Sugestão referente à sistematização dos limites

A partir dos marcos teóricos investigados, concluiu-se pelo agrupamento dos limites às mutações constitucionais em duas subdivisões, quais sejam, as de campo textual e de fins constitucionais. Anteriormente, diferentes limites foram debatidos, porém, pelas próprias críticas tecidas, alguns não foram abarcados com vistas à sistematização.

Inicialmente, portanto, sustenta-se a estipulação de limites expressos à mutação constitucional, cujo foco, nesta dissertação, abrange a interpretação judicial. O primeiro limite argumentado é o do campo textual. Com fundamento nos referenciais estudados, o texto constitui o elemento primordial sobre o qual o intérprete deve se ater no processo hermenêutico. Por isso, o campo textual deve ser aferido como a primeira restrição acerca da mutação constitucional. Os métodos interpretativos podem chegar a uma interpretação distinta da literal, porém o texto da norma precisa ser considerado, na prática, no caminho interpretativo.

A mutação constitucional, pela via interpretativa judicial, remete ao Supremo Tribunal Federal. Os Ministros da Corte, ao se depararem com o questionamento da interpretação da Lei Maior, devem, nesse horizonte, orientar suas conclusões a partir do texto normativo. Em outros termos, considerada a mutação como mera mudança de entendimento jurisprudencial pela interpretação, os Ministros têm, na forma de limite, o campo textual da norma constitucional. A literalidade, por exemplo, enquadra-se como uma parcela semântica do campo textual, pois, em alguns dispositivos constitucionais, a dicção pretendida, pelo constituinte originário, é direta e evidente.

O segundo limite pode ser definido como os fins constitucionais. A Constituição, como é cediço, visa à construção de alicerces para a manutenção de um Estado no qual haja respeito a limites nas funções do poder político. Seu objetivo, portanto, relaciona-se ao enaltecimento de balizas estáveis para o Estado. No limite de fins constitucionais, encontram-se a supremacia da Constituição, o núcleo essencial das cláusulas pétreas e, globalmente, o espírito da Carta Magna.

A supremacia da Constituição caracteriza-se pela percepção segundo a qual o documento constitucional tem a maior hierarquia observável no ordenamento jurídico. Em razão disso, posteriormente ao advento de uma nova Constituição, ocorrem os fenômenos da filtragem e da recepção. Se uma interpretação judicial, perante a Constituição, contraria seu posicionamento no centro do ordenamento jurídico, deve ser refutada, na medida em que violou o limite dos fins constitucionais no campo da mutação.

Ainda que, na análise dos referenciais teóricos acerca dos limites da mutação, críticas tenham sido tecidas em face da aproximação exacerbada entre o poder de reforma constitucional e o processo informal de mudança da Constituição, o núcleo básico das cláusulas pétreas integra os fins constitucionais, porque o constituinte originário, com o escopo de proteção mínima mediante eventuais mudanças a serem perpetradas pelo constituinte derivado, elaborou-as. O direito das minorias inclui-se nos direitos e garantias individuais, visto que representa uma faceta crucial dos direitos fundamentais.

Nesse caso, mesmo direcionado explicitamente à reforma constitucional, manifestada, principalmente, pelas emendas constitucionais, o núcleo essencial das cláusulas pétreas deve ser observado na condição de limite à mutação constitucional. Isso ocorre porque esse núcleo perpassa o aspecto formal, abraçando, logo, o ordenamento jurídico como um todo, incluídas as mutações constitucionais.

Para além da supremacia da Constituição e do núcleo básico das cláusulas pétreas, é preciso que se situe o espírito constitucional, também elencado, por uma parcela dos teóricos,

como limite à mutação, dentro do limite citado como fins constitucionais. Tal espírito envolve, de certa maneira, uma interpretação sistemática da Constituição, assim como uma demanda por congruência constitucional a partir de seus pontos mais importantes. Nesse espírito, estão os anseios apresentados pelo constituinte originário e as características básicas do Estado regulado pela Constituição.

Desde logo, é coerente a perspectiva de acordo com a qual os limites tocantes à mutação constitucional têm, como função, impedir incompatibilidades diante da essência da Carta Maior do ordenamento. É importante o reconhecimento de que é passível de críticas qualquer nomenclatura cuja tendência seja de generalização, todavia a denominação “fins constitucionais” foi escolhida como uma possível resposta para a indicação de aspectos substanciais em certa Constituição. Cabe ao intérprete, pela fundamentação, conforme exige a Lei Maior, o embasamento de sua interpretação com base na ótica de que há pontos, na Constituição, dos quais o Estado não pode prescindir.

2.6. Ultraje aos limites da mutação: mutação inconstitucional?

A partir da obra “Reforma e Mutação da Constituição”, cujo autor é Jellinek (1991, p. 16), inferem-se escritos embrionários a respeito de mutações contrárias à Constituição. O autor disserta que, de forma oculta, a interpretação dissolve a inconstitucionalidade em constitucionalidade, adquirindo, o novo contexto, uma roupagem supostamente constitucional. As considerações do teórico alemão, em um primeiro momento, colocam o problema da interpretação para, depois, reconhecer outras possibilidades ocultas de mudança da Constituição dissociadas de alteração textual, como os atos emanados do Executivo e do Legislativo. O autor parece, no entanto, arquitetar o fenômeno mutacional sem qualquer dualidade entre a mutação constitucional e a contrária à Constituição. Em suma, o efeito é a observância da mutação em sentido amplo.

Conforme Jellinek (1991, p. 16, tradução livre), “se se dá de forma constante uma atuação inconstitucional desse tipo, pode surgir uma mutação da Constituição”. Sob a presente visão, uma situação de inconstitucionalidade, de acordo com o autor, converte-se em uma mudança constitucional na esfera informal. Em razão disso, depreende-se a nomenclatura “mutação constitucional” enquanto conglobante da “mutação inconstitucional” nos escritos de Jellinek.

Anna Candida Ferraz (2015, p. 13), principal pesquisadora sobre mutação inconstitucional no Brasil, vincula tal fenômeno ao desrespeito aos limites atinentes à

mutação constitucional. Assim, caso um dos limites seja ultrajado, manifesta-se uma situação de inconstitucionalidade. Para ela, nesses casos, o controle de constitucionalidade não consegue evitar a mudança incompatível com a Carta Maior.

O conceito de mutação inconstitucional, em Ferraz (2015, p. 245-246), abarca diversas práticas opostas à teleologia constitucional, englobando atos oriundos do Poder Executivo, casos concretos específicos e a interpretação, com fins ilustrativos. A proposta desta dissertação é a atribuição do conceito de mutação inconstitucional apenas à esfera interpretativa do Tribunal Constitucional. Isso não significa que os outros poderes não interpretem a Constituição. No caso brasileiro, cabe ao Supremo Tribunal Federal a proteção às normas constitucionais. Logo, a interpretação derradeira sobre a Carta Política compete à Suprema Corte brasileira. O controle de constitucionalidade, pela via direta, tendo a Constituição de 1988 como parâmetro, é dirigido pela aduzida Corte.

Extrai-se, pois, do conceito de Ferraz (2015, p. 13), a violação aos limites da mutação constitucional, pela interpretação, como prova da ocorrência de mutação inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de um caso, pode reconhecer a existência de mutação constitucional ou não. Mesmo que não a reconheça, resta cabível, conforme uma das correntes analisadas, a sua ocorrência nas situações em que houve mudança de interpretação.

Saliente-se que a concretização de mutação, pela via interpretativa, segundo o ponto de vista sustentado nesta dissertação, depende de mudanças na realidade. Por isso, a mera alteração da composição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por si só, com base nessa análise, não enseja mutação constitucional, ainda que haja decisão oposta à outra anterior no mesmo tema.

Como a Constituição tem, nas suas expressões textuais, maleabilidade, faz-se possível, pela interpretação, uma alteração profunda em um entendimento até então predominante. Um exemplo disso é a Constituição Espanhola. A ambiguidade, em razão disso, gera o preenchimento de lacunas interpretativas pelo Tribunal Constitucional (GONZÁLEZ, 2007, p. 300-301). Porém, quando a interpretação se orienta pela arbitrariedade e se dissocia de parâmetros razoáveis e comunicáveis com a mudança da realidade, pode-se perceber a existência de mutação inconstitucional.

É complexa a identificação, no contexto dos referenciais teóricos sobre o objeto de pesquisa, da ocorrência de mutação constitucional, porque, para tanto, imprecinde-se do conceito, o qual, consoante já exposto, tem pouca densidade e uniformidade. Uma mudança drástica na interpretação de um tema pode ensejar uma mutação inconstitucional, desde que

os limites da mutação sejam desrespeitados. O limite textual é o principal deles, tendo em lume a seara semântica que pode ser perpassada pela interpretação.

Com o objetivo de conceituação atinente à mutação inconstitucional, Pedra (2009, p. 209-210) o opõe, inicialmente, à mutação constitucional. Desse modo, a inconstitucional seria resultado da violação das restrições apresentadas pela constitucional. Segundo ele, o sistema constitucional seria desrespeitado com o advento da mutação contrária à Constituição. O autor define o “quebrantamento da Constituição” como sinônimo de mutação inconstitucional. Por meio de um exemplo, explica que, quando há afronta à literalidade do texto da Constituição, devido a práticas estatais, nota-se a mutação inconstitucional. O sentido perfilhado pelo doutor em Direito não se compatibiliza, totalmente, com o adotado nesta dissertação, na medida em que o conceito constituído no presente trabalho concerne apenas ao âmago interpretativo.

Liern (2014, p. 150-153), por via de uma argumentação conectada aos fundamentos da Teoria da Constituição, opina pela incongruência do fenômeno mutacional com a teoria sob exame. A mutação, conforme enuncia, não encampa mais uma classificação de mudança da Constituição, como a reforma, pois conflita com a supremacia constitucional. Assim, de acordo com o autor, o episódio dessume-se em disfunção, de modo que há impossibilidade de alcance da alteração de sentido pela interpretação constitucional. Contudo, assim como explica Liern, a jurisdição constitucional abraça-a e, com isso, transforma-se em poder constituinte.

No tocante ao controle acerca das mutações inconstitucionais, é preciso que seja dissecado, tendo em lume os efeitos de sua consolidação. Meinberg, com base em Ferraz, concebe esse controle na forma a seguir:

Com relação aos processos manifestamente inconstitucionais concretizados via decisão judicial, seu controle de constitucionalidade também competirá ao Supremo Tribunal Federal, e será feito por meio de Recurso Extraordinário. Não existe, porém, uma medida típica para impedir a mutação inconstitucional quando concretizada por decisão judicial do próprio Supremo Tribunal Federal. Neste caso, a atuação do Poder Legislativo poderia ser uma alternativa, promulgando uma nova lei que buscasse regulamentar a situação da qual decorra a mutação inconstitucional (o que nem sempre será possível, uma vez que algumas disposições constitucionais não são passíveis de regulamentação) (MEINBERG, 2014, p. 81).

O Supremo Tribunal Federal, logo, é reconhecido, no ordenamento jurídico brasileiro, como Tribunal Constitucional. A sua competência abarca a interpretação das normas constitucionais e o controle judicial de atos relativos à Carta Política. O Supremo Tribunal Federal, logicamente, exerce controle de constitucionalidade e tem outros mecanismos de garantia da proteção à Carta Magna. O questionamento advindo de Meinberg concerne,

especialmente, ao controle face às mutações inconstitucionais derivadas de decisões do Tribunal Constitucional Brasileiro. Em tese, os tribunais internacionais poderiam ser invocados como resposta ao pleiteado controle, porém, sabe-se que, na prática, com apoio na soberania estatal, prevalece a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda mais no que se refere à Constituição brasileira, documento nitidamente nacional e de Direito interno.

Ainda quanto à obra de Anna Candida da Cunha Ferraz (2015, p. 10), a autora argumenta a existência de mutações constitucionais e inconstitucionais. As primeiras não se opõem à Constituição, ao passo que as segundas violam o seu âmago. Em suas palavras,

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 mutações inconstitucionais. Assim, em síntese, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa a característica fundamental da noção de mutação constitucional que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior (FERRAZ, 2015, p. 10).

Ferraz (2015, p. 9-11), nesse passo, reconhece o embate constante entre as mutações constitucionais e as inconstitucionais. Conforme explana, alguns autores incluem, no próprio conceito de mutações constitucionais, as eventuais contrariedades à Constituição. É preciso que se concorde com Ferraz no pertinente à importância de se balizar a diferença terminológica entre a mutação constitucional e a inconstitucional. Tal apontamento se aproxima, também, à hipótese de que a inconstitucional se apropria de uma roupagem constitucional, porém, essencialmente, contraria os ditames constitucionais. Afigura-se um grande desafio descortinar a suposta constitucionalidade e evidenciar, na prática, o vício de que padece. Mais uma vez, é razoável salientar que o recorte da presente pesquisa qualifica-se pela interpretação instituída no Supremo Tribunal Federal.

Barreto (2018, p. 82-83) relembra os ensinamentos de Hesse no tocante à força normativa da Constituição e a concatena com o fenômeno mutacional. Assim, conforme destaca, a realidade fática e o campo normativo precisam de uma congruência no ínterim de coibir a hegemonia dos fatos perante a norma. Por isso, as restrições à mutação constitucional devem se pautar na Lei Maior. Se não se pautarem, fala-se em mutação inconstitucional. A partir de uma interpretação literal das afirmações de Barreto, parece que suas conclusões ofuscam o caráter não formal do episódio de mutação constitucional. Os limites, afetos ao fenômeno, portanto, engendram-se nos fins constitucionais principalmente. O conceito anotado pela mestre em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo aproxima-se do

delineado pela doutrina, qual seja, o de aproximação entre mutação inconstitucional e a violação aos preceitos mutacionais, sendo, nessa perspectiva, um conceito ainda abrangente.

A arbitrariedade é indicada na dissertação de Lança (2014, p. 122-123) na qualidade de elemento incompatível com a interpretação constitucional. O autor posiciona-se pela atenção do intérprete aos limites constantes da mutação constitucional. A vontade do intérprete, consoante se depreende do teórico, apartada de qualquer parâmetro razoável, deve ser tratada como um “rompimento da Constituição” ou mutação inconstitucional. O constitucionalista assevera, até mesmo, a impossibilidade de consideração da pretensa ocorrência de mutação inconstitucional. Isso porque, se o programa normativo foi afrontado, “o que ocorreu não foi uma mutação, ou seja, uma mudança de sentido e de aplicação da Constituição, mas um rompimento dela” (LANÇA, 2014, p. 123).

Meinberg (2014, p. 80), quanto ao conceito de mutação inconstitucional, opta também pela dualidade entre a constitucional e a contrária aos limites da constitucional. Caso a essência do episódio mutacional seja afrontado, destaca a autora o seu caráter inconstitucional. Logo, a acadêmica aduz a pertinência da retirada da mutação inconstitucional do sistema jurídico, pois não há congruência entre os fins do Direito e a mutação contrária aos limites estabelecidos pelo texto, pelos princípios e pela eficácia afetos à Constituição.

Pedron (2015, p. 20), na mesma linha, cita a legitimidade como um dos fatores a serem analisados com relação ao respeito concernente aos limites da mutação constitucional. Em suma, havendo compatibilidade com os limites, a mutação é legítima. Se, contrariamente, os limites são desconsiderados, ocorre mutação inconstitucional.

Liern (2014, p. 148) determina uma comparação entre a reforma e a mutação constitucional. A reforma alberga o procedimento comum, formal com o escopo de mudança da Constituição. Com efeito, a expectativa inicial, para que se viabilize uma alteração, percorre a necessidade da formalidade disposta na Lei Maior. A mutação constitucional, segundo leciona, pulveriza-se “à margem” da formalidade.

Inferem-se, da nomenclatura empregada por Liern (2014, p. 149), ditames próximos da doutrina brasileira acerca da mutação inconstitucional, porém a sua análise é mais profunda. Por conseguinte, o autor associa o ultraje aos limites da mutação à mudança contrária à Constituição. Ele utiliza as nomenclaturas: “admissíveis” e “inadmissíveis”. Ainda consoante o estudioso de Direito Público, o texto normativo é o aspecto central para um exame acerca da admissibilidade da mutação. Para ele, se a mutação respeita os limites constitucionais, não compromete a supremacia da Carta Maior. A supremacia constitucional

propõe a hegemonia constitucional no ordenamento jurídico. A mutação inconstitucional prejudicaria a sua afirmação no campo versado.

Bulos (1997, p. 71) integra a parcela teórica adepta da distinção entre mutação constitucional e inconstitucional, defendendo, então, classificações diferentes. Segundo o autor, a mutação inconstitucional põe-se em múltiplas realidades, estando inserida no conjunto de situações passíveis de ocorrência.

Nas palavras de Bulos (1997, p. 71), no que tange às mutações inconstitucionais, “além de violarem a letra da Lei das Leis, desbordam o próprio controle de constitucionalidade”. A violação da letra da Constituição pode ser examinada como uma afronta a um dos limites da mutação constitucional. O controle de constitucionalidade, apto a fiscalizar a constitucionalidade de diversos atos, interrompe-se nos meios ocultos da mutação inconstitucional.

A prática social e a interpretação dissociadas das existentes anteriormente são aduzidas, por Lima e Lança (2013, p. 296), enquanto geradoras de mutação inconstitucional, com a condição de violarem o texto constitucional. Entretanto, logo em seguida, os acadêmicos, com apoio em Hesse, averigam a impossibilidade de reconhecimento do fenômeno da mutação inconstitucional, porquanto há rompimento, inconstitucionalidade e, não, mutação. A tese em apreço traça, nessa situação, uma hipótese de inconstitucionalidade pela afronta ao texto em função do intérprete. Lima e Lança advogam, em oposição à mutação inconstitucional, que “a interpretação ou prática que transborda do marco textual revela, na verdade, um descompasso entre a realidade e a constituição escrita, ou seja, um conflito entre o que se deseja como constituição e o que ela positivamente é” (2013, p. 297).

Até o momento, percebem-se duas perspectivas referentes ao fenômeno da mutação inconstitucional. É cediço concluir que a diferença entre as duas vertentes semeia-se na existência dessa modalidade de mutação. Enquanto uma parcela dos teóricos defende a existência da mutação inconstitucional como processo informal de mudança da Constituição, em decorrência da afronta aos limites da mutação constitucional, outra corrente norteia a tese de que não há mutação inconstitucional, ocorrendo, ao revés, uma situação de inconstitucionalidade, justificada pela ausência de mudança no significado da norma constitucional.

Pelo detalhamento de dados quantitativos relativos ao Supremo Tribunal Federal, quanto à mutação, Peña destaca:

A nosso sentir, o recurso à mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem demonstrado cinco características: papel contramajoritário, modelo de bricolagem, intensificação do uso, igualdade de reconhecimento e limite semântico.

Papel contramajoritário, porque a Corte tem decidido sobre questões políticas ou moralmente relevantes que muito dificilmente seriam objeto de proposições submetidas à cognição dos Poderes Legislativo e Executivo, legitimados democraticamente pelo voto popular. Modelo de bricolagem, porque o Tribunal tem recorrido à mutação constitucional de forma mais ou menos aleatória. Nesse enfoque, os magistrados desenvolvem um trabalho de oferecer razões como um bricoleur. Intensificação do uso, porque a Corte tem aumentado significativamente a utilização da mutação constitucional no último biênio, durante o qual podem ser identificadas 57,33% das decisões que abordam o processo informal de mudança constitucional. Igualdade de reconhecimento, porque o Tribunal tem recorrido à mutação constitucional em questões que giram em torno de minorias, sua identidade e diferenças, inclusive raciais. Nesse sentido, os magistrados desenvolvem um trabalho de concretizar os direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Limite semântico, porque a Corte tem deliberado, em algumas hipóteses, sobre o sentido, alcance e conteúdo de normas introduzidas no texto constitucional sem, no entanto, apego às possibilidades semânticas do relato da norma constitucional (MORAES, 2018, p. 11).

Diante do exposto por Guilherme Peña, embora a referência às mutações constitucionais no Tribunal Constitucional Brasileiro sejam frequentes, é preciso que se entenda a sua aplicação prática. A função contramajoritária, normalmente enquadrada no tema dos direitos fundamentais, concatena-se, também, com os reflexos da judicialização da política. O Judiciário tem, gradativamente, decidido casos que, em tese, seriam de eventual proposta do Legislativo ou medida executiva. É interessante a característica do aumento tocante às citações ao tema da mutação no Supremo Tribunal Federal, pois isso define a necessidade da problemática até os dias atuais.

O ponto nodal dos elementos característicos da mutação delineados pelo entendimento de Guilherme Peña (2018, p. 11) abrange justamente o objeto do presente trabalho: o limite semântico. Se ocorre violação à semântica subjacente à Constituição por intermédio da interpretação, debate-se a manifestação de uma mutação inconstitucional no plano do Supremo Tribunal Federal.

Para fins de sugestão, portanto, advoga-se a utilização da expressão “mutação inconstitucional” apenas para designar a violação de limites da mutação constitucional pela via interpretativa judicial. Assim, como a uniformidade na nomenclatura, torna-se possível a formação de discussões mais precisas e aprofundadas tecnicamente sobre o tema.

3. A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Diante da reflexão teórica produzida nos capítulos anteriores, determina-se a mutação constitucional com base na diferença perante a reforma constitucional, cujo resultado significa a característica da informalidade. Sob o ponto de vista da mudança de sentido, advoga-se uma

relação entre a mutação e a realidade. A mudança de perspectiva face ao Direito é apontada, em alguns teóricos, como primordial na análise da temática. Serão utilizadas, no exame dos casos concretos, as duas concepções já examinadas quanto à mutação. A primeira envolve um movimento de mudança interpretativa pelo Tribunal Constitucional, enquanto a segunda considera o suporte da realidade fática para a configuração do episódio.

O estudo de mutação inconstitucional também despertou uma divergência de ideias entre a ocorrência ou não dessa mutação. Uma parcela de teóricos postula que, se ocorre violação aos limites do fenômeno mutacional, produz-se mutação inconstitucional, reverberando-se a mudança informal no ordenamento. Outra parcela sustenta a ocorrência de uma violação genérica à Constituição, não identificando, logo, uma mutação inconstitucional, dado que a última não se compatibilizaria com o núcleo, a essência da mutação constitucional.

Diante disso, serão objeto de estudo, a seguir, três casos relacionados à mutação constitucional, pesquisando-se, a partir desses precedentes, a possibilidade de ocorrência de mutação constitucional ou inconstitucional no âmbito da Suprema Corte brasileira e da Suprema Corte dos Estados Unidos.

3.1. A mutação inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro

3.1.1. *Habeas Corpus* 84.078/MG e *Habeas Corpus* 126.292/SP

3.1.1.1. *Habeas Corpus* 84.078/MG

O *Habeas Corpus* em questão é antecessor ao *Habeas Corpus* 126.292/SP e, à época de seu julgamento, revisou o tema jurisprudencialmente. Serão estudados, sucintamente, os votos do *Habeas Corpus* de Minas Gerais, cujo julgamento ocorreu em 2009, com o objetivo de comparação diante do *Habeas Corpus* sucessor em termos de entendimento jurisprudencial.

O *Habeas Corpus* 84.078/MG versa sobre a suposta ilegalidade cometida no Superior Tribunal de Justiça, tendo em consideração o não acolhimento, por esse Tribunal Superior, do pedido formulado em sede de *Habeas Corpus*. Houve a decretação da prisão preventiva do acusado em decorrência de venda, pelo denunciado, de seus bens com o suposto fim de desvio do cumprimento da lei penal. A sua defesa argumentou, então, a ausência desse propósito e suscitou tal apontamento em sede da presente ação autônoma de impugnação. A questão intrínseca ao caso, porém, diz respeito à execução da pena anteriormente ao trânsito em

julgado, pois se refutou a razão para a prisão preventiva do paciente (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Relatório, 2009, p. 1051-1053).

O voto do Ministro Gilmar Mendes, no *Habeas Corpus* 84.078/MG, será objeto de uma investigação mais profunda, uma vez que o Ministro alterou seu posicionamento de 2009 para 2016, assim como, em seu voto no *writ* de Minas Gerais, abordou, expressamente, a temática da mutação constitucional. Frise-se que, nas duas ações autônomas de impugnação, a execução da pena privativa de liberdade posteriormente ao acórdão condenatório em segunda instância foi discutida.

3.1.1.1.1. Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes, no seu voto, pondera a prisão preventiva como resposta à criminalidade e, não, a execução provisória da pena privativa de liberdade. Além disso, cita o elevado número de presos provisórios no Brasil. Quanto à jurisprudência consolidada, no Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de execução provisória, o Ministro não reputa como incorretas aquelas decisões reiteradas, tratando, da mesma forma, eventual mudança na compreensão do Tribunal a partir do julgamento deste *Habeas Corpus* (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2009, p. 1181-1186).

Em seu voto, o Ministro explica que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permitia a prisão a fim de se recorrer pelas vias excepcionais. A dignidade da pessoa humana foi argumentada como uma das razões pelas quais não se deve autorizar a execução provisória da pena. Além dela, o princípio da proporcionalidade configurou-se mobilizado a fim de argumentação (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2009, p. 1187-1201).

Quando inicia, expressamente, a dissecar o tema da mutação constitucional em seu voto, o Ministro remete a Haberle e Larenz com o intuito de aproximação da realidade à Constituição, concebendo a norma mediante uma postura interpretativa. Nessa senda, conclui pela faculdade conferida à Corte quanto à mudança de entendimento anterior. A situação de igualdade racial é exemplificada, pelo Ministro, para a designação de um caso marcante de mutação constitucional nos Estados Unidos da América. Mendes conceitua a mutação como “a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial”. Por fim, votou pela concessão da ordem, ou seja, contrariamente à execução provisória (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2009, p. 1201-1211).

3.1.1.1.2. Votos dos demais Ministros

O voto do Ministro Eros Grau expressa a necessidade de observância à interpretação literal do texto constitucional no que se refere ao princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência. A leitura do texto da Constituição, segundo o Ministro, acarreta a conclusão de que não se permite a execução antecipada de pena, pois se demanda o trânsito em julgado da decisão condenatória. Apenas a prisão cautelar, anteriormente ao trânsito em julgado, seria possível no ordenamento jurídico (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Eros Grau, 2009, p. 1057-1058).

O entendimento do Ministro Eros Grau caminha na esteira da mutação constitucional, se compreendida a partir de um viés de revisão jurisprudencial pela interpretação judicial, inferindo-se, mediante o voto proferido, um apego ao texto da Carta da República, o qual, no caso, somente possibilitaria uma interpretação literal. O princípio da presunção de inocência, nessa ótica, seria garantido pela impossibilidade de execução antecipada da pena. O Ministro Eros Grau associa a execução antecipada ao campo da conveniência, conforme o seguinte trecho de seu voto:

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subseqüentes embargos e agravos, além do que "ninguém mais será preso". Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Eros Grau, 2009, p. 1064).

Para Eros Grau, portanto, as garantias constitucionais e a conveniência do Judiciário estariam em confronto. Caso não se permitisse a execução antecipada da pena, os magistrados alegariam a inconveniência e ineficácia de suas decisões. Na opinião do Ministro, as garantias constitucionais devem prevalecer, motivo pelo qual o princípio da presunção de inocência não se sujeita à suposta finalidade de formação de jurisprudência defensiva. O Ministro, portanto, votou favoravelmente à concessão da ordem ao paciente.

O Ministro Menezes Direito votou no sentido de continuidade da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, ou seja, defendeu a possibilidade de execução provisória quando apenas restam recursos nos quais se discuta matéria de direito. Para ele, há uma distinção evidente entre os recursos comuns e os excepcionais. Como os recursos excepcionais não têm efeito suspensivo, o Ministro analisa a interpretação literal do princípio

da presunção de inocência como fomentadora da atribuição automática de efeito suspensivo a esses recursos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Menezes Direito, 2009, p. 1101-1103).

Se a orientação preconizada pelo Ministro Menezes Direito se concretizasse, não sealaria em mutação constitucional pela via interpretativa, sob o ponto de vista da revisão jurisprudencial. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, depois da promulgação da Constituição de 1988, permitia a execução antecipada da pena privativa de liberdade, a qual ocorreria após a confirmação do decreto condenatório em segunda instância, momento em que restam os recursos excepcionais, responsáveis por debates relativos ao direito e, não, ao campo fático.

O Ministro Celso de Mello, no seu voto, posiciona-se em conformidade com o voto do Ministro Relator. Para Mello, o acusado, no processo penal, tem garantias e direitos constitucionais a serem respeitados, razão pela qual não se admite a atribuição de culpa apartada do trânsito em julgado da decisão condenatória. O Ministro marca a diferença entre as ações estatais e as garantias consubstanciadas na Constituição (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Celso de Mello, 2009, p. 1111-1115).

O voto do Ministro Celso de Mello lança-se, logo, a favor da mutação constitucional, pela via interpretativa, do dispositivo constitucional em que se materializa o princípio da presunção de não culpabilidade. Essa mutação se operaria, simplesmente, com fundamento na revisão jurisprudencial pela interpretação. Outra corrente exige, para fins de percepção da mutação, uma percepção coerente das mudanças fáticas, cuja origem é a realidade.

O Ministro Cezar Peluso, nos debates, salienta:

Mas vejam os riscos que implicam para o Tribunal assumir a responsabilidade de deixar sem resposta satisfatória ainda que fosse um único caso da prisão de um inocente ou daquele que afinal vem a ser reconhecido, nas instâncias extraordinárias, como inocente! Um único caso seria suficiente (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Debates, Ministro Cezar Peluso, 2009, p. 1133).

O Ministro debruça-se, nos debates, sobre a possível inocência de um acusado a ser reconhecida posteriormente ao julgamento dos recursos comuns, ou seja, aqueles que não se revestem da excepcionalidade disposta no ordenamento jurídico. A figura do inocente, desse modo, coloca-se como fulcral nesse ponto da discussão afeta à execução antecipada da pena.

Em seguida, o Ministro Celso de Mello baliza mais dados correlatos às decisões posteriores ao entendimento dos Tribunais de Apelação:

Além de nossas decisões em sede de "habeas corpus", há a registrar, ainda, os julgamentos penais, proferidos no âmbito de recursos extraordinários, favoráveis, em quase 30%, a pessoas que sofreram condenação criminal, como o demonstrou o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Debates, Ministro Celso de Mello, 2009, p. 1133-1134).

A utilização de dados estatísticos, nos votos relativos às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, consiste, muitas vezes, em argumento de autoridade. Por isso, a própria comprovação dos dados pode significar um indício de mudança na realidade temporalmente. Enquanto em determinado ano, a porcentagem era baixa, em outra, é possível que aumente consideravelmente. Tal reflexão, assim, engloba a mutação constitucional.

O Ministro Ricardo Lewandowski votou em conformidade aos ditames perfilhados pelo Ministro Relator, isto é, favoravelmente à proteção integral ao princípio da presunção de não culpabilidade, reiterando, logo, a impossibilidade de execução antecipada da pena privativa de liberdade (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Ricardo Lewandowski, 2009, p. 1141).

O voto do Ministro Joaquim Barbosa coaduna-se à manutenção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, defende a possibilidade de execução provisória após o julgamento em segunda instância. A efetividade da jurisdição e o princípio da presunção de não culpabilidade, consoante se infere do voto, merecem consideração, porém uma leitura extremada do referido princípio causaria impunidade. A grande quantidade de recursos, pela defesa do acusado, também é considerada na explicação do Ministro, porque se amolda a objetivos meramente protelatórios. Para o Ministro, devido à ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, a execução provisória seria possível (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Joaquim Barbosa, 2009, p. 1142-1145). Nas palavras do Ministro,

Fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime ,em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Joaquim Barbosa, 2009, p. 1145).

O Ministro Joaquim Barbosa, no seu voto, opta pela utilização de dados estatísticos. Ratifica-se, nesse íterim, uma relação direta entre a mutação constitucional pela interpretação judicial – sob a ótica da revisão jurisprudencial na Suprema Corte – e a argumentação dos Ministros a partir de dados estatísticos. No caso do Ministro em referência, a seleção de dados ocorreu mediante os recursos extraordinários julgados pelo próprio. A

consequência é a de que uma razão pragmática fundamentaria a continuidade da jurisprudência permissiva acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade.

O Ministro Carlos Britto ancora sua opinião na revisão jurisprudencial, isto é, opina contrariamente à permissão da execução provisória de pena depois da segunda instância. Para ele, o princípio da presunção de culpabilidade é atenuado na própria Constituição unicamente pela flagrância e por uma ordem judicial fundamentada. Em razão disso, determina os efeitos penais como graves para condenados por instrumentos despídos de trânsito em julgado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Carlos Britto, 2009, p. 1152-1153).

O voto do Ministro Cezar Peluso estriba-se, principalmente, em um viés histórico, rememorando as origens autoritárias do processo penal. Ademais, o ponto de vista do Ministro vai ao encontro da proteção processual ao condenado em segunda instância e se harmoniza com o garantismo. No mais, contesta o argumento associado ao efeito dos recursos excepcionais. Em Peluso, o princípio da presunção de culpabilidade sobrepõe-se à execução provisória, de tal sorte que esta não deve ser permitida (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Cezar Peluso, 2009, p. 1164-1165).

A preocupação da Ministra Ellen Gracie refere-se à segurança jurídica e à revisão de uma jurisprudência aplicada pelo Supremo Tribunal Federal por muito tempo. Além disso, os direitos fundamentais são envolvidos no tema. A Ministra preocupa-se, então, com a mutação constitucional, pela via interpretativa, no sentido de revisão jurisprudencial. Conforme postula, ocorre um embate diante da tese consolidada. Depois da confirmação da condenação em segunda instância, oportunidade na qual se encerra o exame fático, a presunção de não culpabilidade cede lugar à decisão prolatada. Em razão disso, opinou pela denegação da ordem (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministra Ellen Gracie, 2009, p. 1168-1169).

O Ministro Marco Aurélio faz uma distinção entre o processo civil e processo penal, porque, na temática da execução antecipada, discute-se a possibilidade de execução provisória e, não, definitiva da pena privativa de liberdade. Para ele, a presunção de inocência prevalece, não restando possível a execução provisória, porquanto, a retirada da liberdade não pode ser devolvida (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 84.078/MG, Relator: Eros Grau, Voto Ministro Marco Aurélio, 2009, p. 1178-1179).

O resultado da votação afigurou-se na diferença de sete votos favoráveis à concessão da ordem e quatro à denegação. Consequentemente, prevaleceu a conclusão de que a

execução antecipada da pena privativa de liberdade viola o princípio da presunção de não culpabilidade.

3.1.1.2. Habeas Corpus 126.292/SP

O *Habeas Corpus* 126.292/SP teve, como relator, o Ministro Teori Zavascki. Essa ação autônoma de impugnação foi motivada pela decisão do Relator do *Habeas Corpus* 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Segundo o relatório emitido pelo Ministro Zavascki,

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Relatório, 2016, p. 2).

Conforme se observa, o paciente do *Habeas Corpus* foi condenado, na primeira instância, pelo cometimento do delito de roubo majorado. A decisão condenatória foi objeto de recurso de apelação, o qual foi interposto junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo entendimento foi no sentido de afastamento das razões recursais desenvolvidas pela defesa. Nesse sentido, o Tribunal de Apelação ordenou a prisão do paciente, motivo pelo qual manejou *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. Devido ao indeferimento, pelo Ministro Presidente desse Tribunal, do pedido de liminar, o paciente impetrou *Habeas Corpus* mediante o Supremo Tribunal Federal.

O principal argumento escolhido pela defesa, na presente ação de impugnação, consistiu na violação ao princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, o qual tem respaldo constitucional no artigo 5º, LVII (BRASIL, 1988). O objetivo do *Habeas Corpus* é a possibilidade de manutenção da liberdade no decorrer dos recursos que eventualmente ainda seriam interpostos. O Ministro Zavascki, em 5.2.15, deferiu o pleito liminar com vistas à colocação do paciente em liberdade. Há uma tendência dos Tribunais Superiores no ínterim de impedir a análise dos *Habeas Corpus* enquanto substitutivos de possíveis recursos, optando-se, contudo, pela reflexão acerca dos argumentos trazidos nas peças processuais quando ocorre uma ilegalidade evidente (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Teori Zavascki, 2016, p. 4).

3.1.1.2.1. Voto do Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori Zavascki, no começo de seu voto, diferencia a execução provisória da pena e a prisão cautelar. O mandado de prisão do paciente, dessa forma, teria ocorrido com fundamento na execução provisória, pois não foram expostos quaisquer motivos aptos à confirmação de prisão cautelar. Em razão disso, o Ministro avalia a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo na condição de contrária ao resultado do HC 84.078/MG, o qual foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2010. Ele entende, ainda, o tema da execução provisória como de debate entre a presunção da inocência e a efetividade de jurisdição (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Teori Zavascki, 2016, p. 4).

O Ministro Zavascki elencou, historicamente, dois marcos de decisões do Supremo Tribunal Federal no tocante à problemática. Em 1991, com o HC 68.726, o Tribunal entendeu que a pena privativa de liberdade poderia ser executada provisoriamente após a confirmação da decisão condenatória na segunda instância. Em 2010, o HC 84.078/MG foi julgado, alterando-se a jurisprudência relativa à execução provisória. O Ministro, porém, afirmou, mais uma vez, a tese de acordo com a qual o princípio da presunção de inocência não foi desrespeitado com a decisão de 1991, pois, mesmo com a permissão para a prisão, seriam cabíveis os recursos especial e extraordinário, cuja essência é de exceção, a despeito de não apresentarem efeito suspensivo (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Teori Zavascki, 2016, p. 5-6).

Sob uma ótica de mutação constitucional pela interpretação, manifestada na corrente em consonância com a qual, genericamente, uma mudança interpretativa, pelo Supremo Tribunal Federal, gera a mutação, infere-se que, em 2010, em decorrência do julgamento do HC 84.078/MG, houve mutação constitucional, pois o entendimento de possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade foi expurgado pela Corte Suprema brasileira.

Para a fundamentação de seu posicionamento, o Ministro Zavascki determina:

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo* (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Teori Zavascki, 2016, p. 9).

Depreende-se que o princípio da presunção de inocência, portanto, na compreensão do Ministro Zavascki, revela-se congruente perante a possibilidade de execução provisória da pena, porquanto a análise referente às provas e aos fatos concernentes à demanda processual penal findaram-se na segunda instância. O acusado, logo, no processo criminal, é presumidamente inocente. O Ministro, porém, invoca o juízo de culpa, exposto na primeira instância, como obstáculo a essa presunção. A matéria fática, desse modo, cede espaço à de direito no corpo dos recursos especial e extraordinário.

Em função disso, o Ministro Zavascki, quanto ao princípio da presunção de inocência, salienta: “parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Teori Zavascki, 2016, p. 10).

A discussão referente ao “núcleo essencial” é bastante difundida no que diz respeito às cláusulas pétreas, no bojo da qual se incluem os direitos e garantias individuais. O Ministro Zavascki, na construção argumentativa acerca de seu voto, sustenta a ausência de violação do “núcleo essencial” do princípio da presunção de inocência, porque, consoante já explanou, o debate, em sede de recursos excepcionais restringe-se ao campo do direito e, não, dos fatos. Por isso, os direitos e garantias no processo penal não seriam ultrajados com essa suposta releitura do princípio (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Teori Zavascki, 2016, p. 11).

O cenário internacional foi utilizado como argumento, também, no voto do Ministro Zavascki. Mencionaram-se diversos Estados soberanos nos quais, depois do julgamento em segundo grau, cumpre-se provisoriamente a decisão condenatória. A Lei da Ficha Limpa, ademais, na opinião do Ministro, configura um exemplo de efeito anterior ao trânsito em julgado para o condenado por órgão colegiado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Teori Zavascki, 2016, p. 11-12).

A dinâmica do caso concreto, muitas vezes, é concebida como a palavra-chave da justiça. Entretanto, conforme o Ministro, os recursos excepcionais não versam especificamente sobre casos concretos, mas abrangem uma questão de equilíbrio do ordenamento jurídico em sua dimensão global. O recurso extraordinário, posteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, demandou a repercussão geral como pressuposto, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não deve ser vislumbrado como mais uma instância

desvestida de qualquer critério para alcance (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Teori Zavascki, 2016, p. 15-16).

O Ministro alerta o manejo de estratégias recursais, pela defesa, em múltiplas ações judiciais com o intuito de obtenção da prescrição. Nesse ponto, ingressam as decisões dos tribunais acolhedoras do princípio da presunção de inocência em sua condição absoluta. Em oposição aos citados entendimentos, nota-se a efetividade de jurisdição no sentido de coibir a extinção da punibilidade em razão de manobras defensivas (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Teori Zavascki, 2016, p. 17).

No tocante a um argumento recorrente para aqueles que defendem a mutação inconstitucional do artigo 5^o, LVII, da Constituição (BRASIL, 1988), o Ministro responde:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Teori Zavascki, 2016, p. 9).

O aduzido argumento corresponde à possibilidade de cometimento de erros no curso da instrução processual, sejam meritórios ou processuais. Assim, para ilegalidades manifestas, o Ministro sugere a utilização de medidas cautelares de concessão de efeito suspensivo aos recursos excepcionais, na medida em que, na legislação ordinária, sua característica é justamente a inexistência de efeito suspensivo. Alternativamente, explicita a permissão do embasamento de *Habeas Corpus* com o escopo de proteção aos direitos fundamentais.

Devido, dessa maneira, aos motivos citados, o Ministro Zavascki votou pela revogação da liminar anteriormente conferida, depreendendo-se uma necessária mudança da jurisprudência do Supremo para permitir a execução provisória da condenação posteriormente ao julgamento da apelação.

3.1.1.2.2. Voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin, no início de seu voto, conduz a argumentação no sentido de mitigação às interpretações estritamente vinculadas ao aspecto literal do texto constitucional. Assim, caso o texto constitucional permita uma interpretação que aproxime o Supremo Tribunal Federal de sua vertente essencialmente constitucional, e não de funções gradativamente mais diante dessa noção, o intérprete deve fazê-lo (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Edson Fachin, 2016, p. 21).

Percebe-se, nesse ponto, uma formulação argumentativa do Ministro Fachin com o objetivo de confirmação da tese veiculada pelo Ministro Relator. Todavia, a análise do voto do Ministro Fachin permite um exame afeto à interpretação constitucional. A mutação constitucional, primordialmente pela via interpretativa, recebe, teoricamente, o limite textual. Isso significa que, para o intérprete da Constituição, não é cabível qualquer interpretação, pois há um espaço semântico a ser respeitado com base no texto. Na mutação, sabe-se que o texto continua estável, enquanto o alcance normativo, por exemplo, pode ser objeto de mudança. Outro significado pode ser atribuído, nesse plano, à norma constitucional. O voto do Ministro Fachin, perante tal cenário, discute a pertinência da literalidade enquanto limite inafastável.

O Ministro Fachin enuncia, além disso, o artigo 5^o, LVII, da Constituição como regra constitucional, a qual não é absoluta, pois deve ser analisada conjuntamente a outros dispositivos constitucionais. Essa regra, a partir de seu voto, não está isolada no sistema constitucional brasileiro. O âmago principiológico da norma assenta a necessidade de correlação mediante outras normas constitucionais. O princípio da razoável duração do processo também é lembrado por Fachin, porque sua inteligência opõe-se a outras instâncias para além da segunda (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Edson Fachin, 2016, p. 21-22).

Conforme destaca o Ministro Fachin, em seu voto,

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Edson Fachin, 2016, p. 25).

Uma razão, logo, para o voto do Ministro na mesma esteira do entendimento proferido pelo Ministro Zavascki localiza-se na confiança depositada nas decisões oriundas dos juízes de primeira instância e dos Tribunais de Apelação, os quais se responsabilizam, em regra, pelo exame do caso concreto. Isso se produz pela reflexão acerca dos fatos e das provas

produzidas no curso processual. O voto de Fachin, portanto, reflete e confirma a tese sustentada pelo Ministro Relator do corrente *Habeas Corpus*.

3.1.1.2.3. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, pondera o voto com esteio notório em suas obras doutrinárias. Inicialmente, explica o conceito de mutação constitucional, fenômeno que provém de uma alteração na esfera fática ou de uma nova perspectiva concernente ao Direito. Na mutação, assim, o texto continua e a norma constitucional se modifica. O Ministro estipula a relação entre o Direito e a realidade, rememorando, nessa linha, as teorias concretistas de interpretação da Carta Magna (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Luís Roberto Barroso, 2016, p. 31-32). Nas palavras de Barroso,

Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Luís Roberto Barroso, 2016, p. 32).

Verifica-se, nessa etapa, a argumentação do Ministro Barroso na perspectiva em concordância com a qual a vindoura mutação constitucional decorreria de mudanças fáticas, ou seja, de consequências da decisão de 2009 na realidade, especialmente, no sistema penal. É preciso afirmar, desde logo, que o Ministro reconhece, na decisão de 2009, uma mutação constitucional pela via interpretativa.

Quanto aos efeitos decorrentes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, o Ministro Barroso aponta o manejo de recursos protelatórios, os quais visam ao retardamento do processo com vistas, por exemplo, à prescrição da pretensão punitiva, ou seja, prejudica-se o andamento dos processos no Judiciário. Ademais, menciona que, com fulcro em “pesquisa artesanal”, “de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Luís Roberto Barroso, 2016, p. 32-33).

É importante destacar que a mutação constitucional, especialmente nesse caso de presunção de não culpabilidade, não pode ser justificada somente pela quantidade pequena de absolvições em sede excepcional. Independentemente do pequeno número de absolvições, o

entendimento mais coerente com os fins constitucionais não se amolda a uma análise afeta apenas a elementos quantitativos.

O agravamento da seletividade do sistema penal também é elencado, pelo Ministro Barroso, como um efeito negativo da decisão de 2009, posto que os recursos excepcionais, geralmente, são interpostos pelos acusados com mais condições financeiras. Além disso, a sociedade, conforme o Ministro, foi impactada pelo descrédito na justiça em função, até mesmo, da ausência de punição. A partir do voto, averigua-se a defesa de uma tese que coordene a relação entre o princípio da não culpabilidade e outros princípios constitucionais, ofuscando-se uma visão extremada (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Luís Roberto Barroso, 2016, p. 33-34).

O Ministro Barroso, no conteúdo de seu voto, comenta explicitamente a mutação constitucional, fenômeno que pode se materializar pela via interpretativa. O Supremo Tribunal Federal, órgão de hierarquia mais elevada do Poder Judiciário, tem a incumbência de proteção da Lei Maior. A argumentação do Ministro, no caso específico desse *Habeas Corpus*, aproxima-se, teoricamente, da noção de mutação sugerida nesta dissertação. Isso porque o Ministro cita um substrato fático, oriundo da realidade, na qualidade de propulsor do fenômeno mutacional. Ainda não se está discutindo o mérito do voto do Ministro, mas o elemento formal, qual seja, de identificação de mudanças na realidade enquanto requisito da mutação.

Ainda no que se refere aos fundamentos do voto do Ministro Barroso, infere-se sua tentativa de embasamento da tese favorável à execução provisória da pena por meio da refutação a interpretações extremadas do princípio da presunção de não culpabilidade. Então, para o Ministro, não há qualquer vínculo entre o trânsito em julgado e a decretação de prisão do acusado. Ele suscita, pois, uma interpretação sistemática (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Luís Roberto Barroso, 2016, p. 35-36).

O Ministro Barroso, dessa maneira, votou similarmente ao Ministro Relator, pugnando pela revogação da liminar, assim como pela denegação do *Habeas Corpus*.

3.1.1.2.4. Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber, quando instada à votação, emite considerações de que seu entendimento caminha pela continuidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou seja, pela ausência de ruptura diante da compreensão advinda de 2009, a qual prestigiou a

impossibilidade de execução provisória. O princípio da segurança jurídica, nessa senda, caracterizou o voto da Ministra. Segundo ela, apenas a mudança dos membros da Suprema Corte não deveria acarretar uma alteração na jurisprudência (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministra Rosa Weber, 2016, p. 55).

Com a última afirmação, a Ministra parece discordar dos argumentos de mudanças fáticas delineados no voto do Ministro Barroso. Se ela considera somente a mudança dos integrantes da Corte como motivo da alteração jurisprudencial, não vislumbra, na realidade, fatores modificativos a serem inseridos no campo normativo.

Sob um primeiro ponto de vista acerca da mutação constitucional, o voto da Ministra, caso prevalecesse, impediria a ocorrência de mutação constitucional pela via interpretativa, pois, anteriormente, em 2009, já houve revisão da jurisprudência no tocante à temática. Essa perspectiva, independentemente de alteração ou não dos membros da Corte, reconhecera a mutação constitucional na hipótese.

Sob uma segunda compreensão, defendida neste trabalho, a categoria “mutação constitucional”, no âmbito da interpretação, somente poderia ser reconhecida nas situações em que se comprovam mudanças fáticas, oriundas da realidade, as quais estariam aptas a uma mudança informal da Constituição. Na hipótese em que houve mudança dos membros da Corte e, somente em razão disso, aconteceu uma alteração interpretativa de um dispositivo constitucional, advoga-se, aqui, o não reconhecimento da categoria “mutação constitucional”. Na verdade, poder-se-ia falar em “mutação inconstitucional”, o que dependeria da corrente adotada quanto à temática. Como a referida nomenclatura é apenas uma sugestão e, doutrinariamente, reconhece-se o fenômeno, pela via interpretativa, com a simples alteração jurisprudencial pela Suprema Corte, expõem-se as duas perspectivas.

A mutação inconstitucional, conforme se explicou nesta dissertação, relaciona-se ao ultraje referente aos limites da mutação constitucional. A premissa defendida por uma das perspectivas é a de que alterações fáticas precisam estar presentes a fim de se embasar a mutação. Se não houver qualquer alteração fática e, mesmo assim, a via interpretativa se sobrepuser em relação ao princípio da segurança jurídica, no caso da simples alteração dos Ministros, seria possível a argumentação pela existência de mutação inconstitucional, desde que seja realizada uma investigação integrada aos demais limites ora estudados. O cenário jurídico, nesse sentido, acaba sendo conformado pela nova interpretação da Suprema Corte, a qual não observa determinados parâmetros. Isso não significa que o princípio da segurança jurídica tenha adquirido um patamar absoluto. Basicamente, é como se a mudança fática, derivada da realidade, consistisse em um pressuposto da mutação constitucional.

De acordo com Nascimento dos Santos (2015, p. 88), “a mutação constitucional ocorrerá principalmente em hipóteses de clara distância entre o disposto no texto constitucional e a realidade social circundante”. Observa-se, assim, a necessidade de análise acerca da realidade a fim de se concluir pela ocorrência de mutação constitucional.

3.1.1.2.5. Votos dos demais Ministros

O Ministro Luiz Fux, brevemente, acompanha os votos proferidos pelos Ministros acolhedores da possibilidade de execução provisória da pena. O trecho abaixo, retirado de seu voto, chama a atenção:

É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Luiz Fux, 2016, p. 59).

A hipótese de aceitação social da interpretação constitucional é bastante problemática, na medida em que, se boa parte da sociedade não concorda com determinada interpretação, esta se esvairia diante dos anseios sociais. Quanto ao tema, é preciso o estabelecimento de equilíbrio, pois, ao mesmo tempo em que o corpo social desempenha papel crucial no Estado, nem sempre a vontade da maioria deve prevalecer: um exemplo é a situação dos direitos fundamentais dos grupos minoritários.

Pergunta-se, logo, se a suposta mutação constitucional, pela via interpretativa, delineada pelo prevalecimento da relativização do princípio da não culpabilidade, corromperia os limites relativos ao fenômeno. A grande indagação, portanto, sobre o tema da mutação advém de suas restrições.

O voto da Ministra Cármen Lúcia ficou sucinto e corroborou a tese do Ministro Relator, reafirmando a posição anterior defendida pela Ministra no julgamento de 2009 sobre o mesmo assunto. O princípio da presunção de inocência, nesse sentido, não seria desrespeitado com a execução provisória, pois, após o acórdão emanado do Tribunal de Apelação, a discussão limitar-se-ia ao direito (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministra Carmén Lúcia, 2016, p. 61-62).

Quanto ao voto do Ministro Gilmar Mendes, é de se notar, *a priori*, uma mudança no seu entendimento no tocante a 2009. As razões indicadas, no seu voto, ponderam elementos

coincidentes com as demais manifestações favoráveis à execução posterior ao julgamento em segunda instância. O doutor em Direito explica que, na Alemanha, o trânsito em julgado opera-se em momento anterior ao praticado no Brasil. Com seu voto, entende pela possibilidade do cumprimento de pena sob exame, porquanto não se exige tratamento uniforme ao réu no curso integral do processo. Para ele, a comprovação da culpa se intensifica em conformidade com as fases perpassadas no processo, se for o caso (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2016, p. 63-73).

Uma possível crítica ao voto do Ministro Gilmar Mendes, em primeiro lugar, remete às razões localizadas na sua manifestação, pois a revisão jurisprudencial precisa observar, desde logo, o princípio da segurança jurídica, o qual pode ser ponderado em relação a outros. Ainda que o Ministro tenha alegado maior profundidade em sua argumentação justamente em função da mudança de entendimento, faz-se imprescindível uma reflexão face à realidade e aos aspectos ensejadores da alteração na perspectiva do Ministro.

O Ministro Marco Aurélio, no decorrer de seu voto, problematiza a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal tem interpretado a Constituição de 1988, pois essa interpretação pode ser responsável pela retirada do caráter cidadão da Lei Maior. O Ministro, durante a explicação, enfatiza a distinção extremada entre a interpretação da Corte Suprema em ocasião anterior e a de 2016, na medida em que o texto constitucional quedou-se imutável (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Marco Aurélio, 2016, p. 76-78).

Considerando-se a corrente segundo a qual ocorreria mutação constitucional com a mudança interpretativa nesse caso, o Ministro Marco Aurélio parece identificar o limite, às mutações, sobre o espaço semântico do texto constitucional, ou seja, até onde o intérprete pode se deslocar no âmbito interpretativo, conforme se observa a seguir:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Marco Aurélio, 2016, p. 77-78).

Assim, no voto do Ministro, o princípio da autocontenção constitui uma orientação, ao Poder Judiciário, no sentido de percepção acerca das funções típicas de outros Poderes, comportando-se, dessa forma, na perspectiva de controle relativo a seus atos em cotejo com os demais Poderes. Nesse contexto, a opinião do Ministro exara uma preocupação face às interpretações conferidas pela Suprema Corte brasileira. No caso da execução provisória da pena privativa de liberdade, depreende-se, desse voto, a violação direta ao texto constitucional e, por conseguinte, à norma com a qual se relaciona, porquanto não há espaço interpretativo para a questão.

Com relação ao voto do Ministro Celso de Mello, ele indaga a interpretação feita ao dispositivo constitucional referente à presunção de inocência, porque, segundo detalha, a Constituição prevê restrições para o Estado. O trânsito em julgado, de acordo com o voto, seria o marco temporal para a delimitação da culpa do acusado, razão pela qual a execução provisória não deveria ser cabível. A democracia, nesse ínterim, sofreria um impacto com o reconhecimento da possibilidade de execução antecipada (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ministro Celso de Mello, 2016, p. 88-89).

O Ministro Ricardo Lewandowski manteve o seu posicionamento de 2009, qual seja, contrário à execução provisória da pena privativa de liberdade posteriormente à confirmação da condenação em segunda instância. Isso porque não caberia interpretação do dispositivo constitucional em comento devido à sua clareza. Além disso, argumentos derivados do mundo prático não seriam capazes de modificar a presunção de inocência. O Ministro examina o princípio na qualidade de cláusula pétrea, mediante a qual nem mesmo o Poder Legislativo poderia interferir no seu núcleo essencial (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292/SP, Relator: Teori Zavascki, Voto Ricardo Lewandowski, 2016, p. 97-98).

3.1.1.3. Comparação entre os fundamentos dos votos: continuidades e rupturas

A primeira observação a ser feita com relação às continuidades e às rupturas, a partir da relação entre os dois *Habeas Corpus*, diz respeito à diferença na composição da Corte Suprema. No julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, o qual aconteceu em 2009, compunham a Casa os seguintes Ministros: Carlos Britto, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Eros Grau, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski.

No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, datado de 2016, os Ministros a seguir integravam a Casa: Cármen Lúcia, Celso de Mello, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Pela comparação entre a composição da Suprema Corte brasileira nos dois períodos – 2009 e 2016 – conclui-se pela continuidade dos Ministros Cármen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Assim, dos onze Ministros participantes da Corte em 2009, cinco permaneceram em 2016. Ocorreu, conseqüentemente, uma alteração significativa na composição do órgão de maior hierarquia do Poder Judiciário. De início, portanto, é razoável a consideração dessa mudança como um dos fatores para a revisão jurisprudencial acerca da execução antecipada da pena privativa de liberdade. Faz-se importante uma análise sobre a congruência entre os votos externados em 2009 e 2016 no tocante aos Ministros que continuaram na Corte.

A Ministra Cármen Lúcia manteve sua opinião referente à problemática, apoiando-se na tese de acordo com a qual o princípio da presunção de não culpabilidade não resta ultrajado com a possibilidade de execução provisória da pena. As etapas fáticas do processo já foram objeto de decisão no Tribunal de Apelação. Os votos da Ministra, portanto, enaltecem a mesma essência. Em 2009, seu voto não prevaleceu. Em 2016, mediante a corrente mais difundida na doutrina, sua interpretação, pertencente à maioria, consagrou-se vencedora e ocasionou uma mutação constitucional pela via interpretativa judicial, de acordo com uma das correntes estudadas.

O Ministro Celso de Mello, em ambos os votos, enaltece o papel constitucional de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Se uma ação estatal colide com a mencionada proteção, incumbe controle a fim de afastá-la. O Ministro manteve seu posicionamento em defesa da proibição da execução provisória. Em 2009, durante os debates, o Ministro, visando à revisão jurisprudencial, expôs dados estatísticos para a demonstração de que, mesmo na etapa de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal reparou injustiças. Quanto aos números derivados de pesquisas estatísticas, ante a sua menção tanto em 2009, como em 2016, recomenda-se a dissecação dos dados, ou seja, o detalhamento da pesquisa, dos processos investigados a fim de se permitir maior transparência na sua verificação.

Os dados estatísticos, devidamente comprovados a partir de outra pesquisa, podem ser indicativos de uma mudança na realidade, não apenas nas decisões judiciais. É possível, desse modo, que reflitam alterações desvinculadas do “dever ser”. A fundamentação das decisões judiciais é imprescindível, conforme defende a própria Constituição, para a transparência dos

entendimentos firmados. A Suprema Corte de um Estado soberano, nesse sentido, além do papel jurídico, agrega, essencialmente, um caráter político. Por isso, confirma-se a necessidade de fundamentação precisa da interpretação mobilizada.

Houve, quanto aos votos do Ministro Gilmar Mendes, alteração emblemática. Em 2009, o doutor em Direito advoga a mutação constitucional do dispositivo constitucional afeto ao princípio da presunção de inocência, aferindo que não se fala em decisão certa ou errada no que se refere ao entendimento anteriormente fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Sete anos depois, a opinião do Ministro coloca-se inteiramente oposta à de 2009, amoldando-se aos argumentos instrumentalizados pelos defensores da execução provisória da pena. Constata-se, pois, uma ruptura no tangente ao voto do Ministro.

Os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski continuaram com suas opiniões intactas na esteira de proteção à literalidade do texto constitucional. Assim, são favoráveis à impossibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, pois o trânsito em julgado é o momento cabível para, quando há condenação, a cessação da presunção de inocência. Pela análise dos votos, averigua-se congruência entre 2009 e 2016.

3.1.1.4. Houve mutação inconstitucional?

Conforme se demonstrou anteriormente, na etapa teórica, a mutação inconstitucional é percebida por via de dois pontos de vista. Parte da doutrina não a considera como categoria autônoma, razão pela qual seu enquadramento, no mundo jurídico, corresponderia a uma violação genérica à Constituição: o “quebrantamento” constitucional. Outra parcela doutrinária, a seu turno, defende a existência da categoria autônoma da mutação inconstitucional, cuja essência abarcaria a violação dos limites construídos para a mutação constitucional.

É válido pontuar que a distinção entre as mutações constitucional e inconstitucional não significa somente uma baliza próxima à do controle de constitucionalidade. Essa diferença expõe-se a partir do desrespeito aos limites de um fenômeno, não necessariamente oposto diretamente ao conteúdo constitucional.

O posicionamento adotado, nesta dissertação, afere a mutação inconstitucional na condição de categoria autônoma, pois o ultraje aos limites da mutação constitucional, também entendido na esfera interpretativa, reproduz efeitos similares ao fenômeno da mutação constitucional, porém contrários às restrições traçadas pelo episódio.

O pressuposto a partir do qual se deve trabalhar na esfera da mutação constitucional pela interpretação do Judiciário é o de que, anteriormente a 2009, o Supremo Tribunal Federal permitia a execução antecipada da pena privativa de liberdade e, com a decisão modificativa de 2009, somente seria possível a execução antecipada da pena com o trânsito em julgado, priorizando-se uma interpretação literal do princípio da presunção de não culpabilidade. Em 2016, a jurisprudência original do Supremo Tribunal Federal foi retomada, tendo muitos doutrinadores argumentado a mutação constitucional do artigo 5^o, LVII, Constituição (BRASIL, 1988).

Consoante o artigo 5^o, LVII, da Constituição, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Esse dispositivo constitucional é classificado na seara dos direitos e garantias individuais. A literalidade afirma-se como importante devido ao limite do campo textual, o qual se encontra na teoria das mutações constitucionais empreendida no corrente estudo.

Com esteio em uma interpretação literal, o momento do trânsito em julgado é o definidor do elemento da culpa. Assim, se não se perpetrou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o réu não pode ser considerado culpado. Sob uma interpretação literal, caso não tenha havido o trânsito em julgado, não se reputa cabível o cumprimento antecipado da pena pelo acusado, pois, em decorrência da presunção de não culpabilidade, ainda não deve ser considerado culpado.

Quanto ao limite do campo textual, o texto constitucional conduz, imediatamente, apenas a uma interpretação: não cabe a execução provisória da pena privativa de liberdade caso não tenha se concretizado o momento processual do trânsito em julgado. Alguns Ministros, porém, argumentaram no sentido de que, por intermédio de uma interpretação sistemática, seria possível uma leitura para além da literalidade do dispositivo. Nesse caso, como os direitos constitucionais não são absolutos, caberia uma análise mais ampla. No entanto, para fins de respeito às garantias constitucionais, a interpretação adequada é a que verifica, no citado artigo da Lei Maior, a impossibilidade de execução provisória da pena.

Na concepção de Hesse (2009, p. 162), “o texto contém, acima de uma maior ou menor necessidade de interpretação, elementos firmes a respeito dos quais, apesar de interesses e pré-compreensões opostos, não cabe discussão”. Desse modo, a finalidade do artigo constitucional em comento reside justamente na aposição do trânsito em julgado como momento definidor da culpa, o qual, conseqüentemente, ensejaria o cumprimento da pena. No Brasil, mesmo depois da segunda instância, se o réu recorrer da decisão condenatória, não terá operado o trânsito em julgado, razão pela qual ainda se presume sua não culpabilidade.

As pesquisas estatísticas, como já se explicou, precisam ser devidamente comprovadas, pois há diversos números, muitas vezes contraditórios, os quais embasam a argumentação de um posicionamento que poderá ser decisivo na formação de uma mutação constitucional interpretativa.

Além disso, argumentos pragmáticos, referentes a uma melhor sistematização e condução dos processos, não devem se sobrepor às proteções constitucionais, sobretudo no tocante aos direitos e garantias individuais, os quais protegem os indivíduos diante da ação estatal. A constrição penal se justifica apenas como medida necessária ao caso concreto. Mesmo no campo pragmático, a admissão da impossibilidade de execução antecipada da pena privativa de liberdade não obsta a prisão preventiva, por exemplo, desde que preenchidos os requisitos ditados pela legislação processual penal. Esse foi um dos argumentos selecionados em 2009 pela maioria dos Ministros.

De 2009 para 2016, portanto, no que se refere ao limite do campo textual, constatou-se sua violação, na medida em que a única interpretação coerente com o dispositivo constitucional e com sua finalidade protetiva aproxima-se da literalidade e invoca o trânsito em julgado como ocasião definidora da culpa. A semântica do artigo não permite uma interpretação que despreze sua essência, qual seja, a de presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado.

A mutação constitucional veicula, ainda, outro limite: os fins constitucionais. É possível o questionamento, com o advento de interpretações diferentes em pouco tempo, do respeito à supremacia da Constituição. A segurança jurídica foi apontada anteriormente como um possível limite à mutação, todavia o entendimento a que se chegou, pela análise teórica, não considera a segurança jurídica como um limite, mas como um dever dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A nomenclatura “vedação do retrocesso” já foi criticada, anteriormente, em função do termo “retrocesso”, o qual resta indefinido semanticamente. A interpretação constitucional de 2009 conferiu maior proteção ao princípio da presunção de não culpabilidade. Então, o retorno de uma compreensão mais restritiva, em termos de direitos fundamentais, ultrajaria os fins constitucionais. O núcleo essencial da cláusula pétrea de direitos e garantias individuais foi desrespeitado pela decisão de 2016, cujo teor restringiu a abrangência do princípio em lume.

Considerando-se o exposto, a decisão do Supremo Tribunal Federal de 2016, quando autorizou a execução provisória da pena privativa de liberdade depois da confirmação do decreto condenatório em segunda instância, respaldou uma mutação inconstitucional, porque

violou os limites impostos, primordialmente com fulcro em Hesse e Pedra, às mutações constitucionais. Assim, sob essa perspectiva, em virtude dos efeitos oriundos da decisão, fomentou-se uma conjuntura de formação de um suposto processo de mutação constitucional, o qual, ao contrário, manifesta sua contrariedade aos fins constitucionais e à abrangência semântica permitida pelo texto constitucional.

Ademais, sob um ponto de vista conceitual, retomam-se as duas correntes já explicadas. A primeira corrente identifica a mutação pela simples revisão jurisprudencial, a qual aconteceu de 2009 para 2016. Dessa forma, para a primeira corrente, houve mutação constitucional inicialmente. Pela contribuição trazida nesta dissertação, esta, em verdade, trata-se de mutação inconstitucional por violação dos limites.

A segunda corrente é mais profunda, porquanto não verifica mutação constitucional com a simples mudança de membros da Corte ou pela revisão jurisprudencial. Para essa corrente, a realidade precisa ter exigido a mudança interpretativa da Suprema Corte. Sob esse parâmetro, a identificação da mutação parte mais da ideia de fenômeno, ou seja, uma concepção de reconhecimento, pelos Ministros, da mutação. Sob esse ponto de vista, não houve mutação constitucional de 2009 para 2016, posto que não houve qualquer alteração fática comprovável para fins de modificação da realidade. As mudanças indicadas, por alguns Ministros, concernem muito mais a questões pragmáticas do que propriamente a alterações percebidas na realidade. Portanto, a alteração do posicionamento de um Ministro e a mudança da composição da Corte teriam sido os fatores cruciais para a alteração de entendimento. Assim, como a segunda corrente não percebeu mutação constitucional, a conclusão extraída da mudança de entendimento pode ocasionar a compreensão segundo a qual houve, simplesmente, violação à Constituição.

3.1.2. Reclamação 4.335/AC

A Reclamação 4.335/AC representa um dos precedentes mais debatidos, em termos de mutação constitucional, desde o advento da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. O caso concreto despertou, em alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, uma argumentação relacionada ao fenômeno. Por isso, no começo da dissertação, abordou-se o reconhecimento expresso, pela Suprema Corte, das mutações constitucionais.

A Reclamação em questão foi proposta, pela defesa de inúmeros réus, visando à progressão de regime. A peculiaridade dos condenados se concatena ao cometimento de crimes hediondos, ocorrendo a execução da pena no regime fechado. No HC 82.959, o

Supremo Tribunal Federal decidiu, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da proibição tocante à progressão de regime no cometimento dos citados crimes. O Juiz de Direito, na Comarca de Rio Branco, negou o pedido de progressão ajuizado pela Defensoria Pública com o fundamento segundo o qual a conclusão, no HC, diria respeito somente às partes envolvidas no processo, pois o controle de constitucionalidade, na ocasião, foi difuso (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Relatório, 2014, p. 4).

Optou-se, no que pertine à presente Reclamação, por uma análise restrita aos votos dos Ministros que defendem a tese de mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição (BRASIL, 1998), porque, dessa forma, será possível a identificação de uma perspectiva diferente sobre a mutação constitucional no julgamento do Supremo Tribunal Federal.

3.1.2.1. Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes introduz seu voto com a argumentação no sentido de repelir a alegação segundo a qual a reclamação não seria cabível. A oposição às teses seguidas pela Suprema Corte, no controle de constitucionalidade abstrato, enseja o manejo de reclamação. A reclamação serviria, em conformidade com a Constituição, para a preservação da eficácia dos entendimentos esposados pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2014, p. 12-14).

O princípio da separação dos poderes era utilizado para a explicação da possibilidade de suspensão da lei, pelo Senado, mediante as decisões finais do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade. Com a promulgação da Constituição de 1988, ante a abrangência do controle abstrato, a suspensão pelo Senado foi superada. O controle incidental de constitucionalidade, dessa forma, valeria para todos, não dependendo, assim, de eventual suspensão do Senado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2014, p. 27).

O Senado Federal, conforme a Lei Maior, tem uma função no controle de constitucionalidade. Contudo, a visão tradicional acerca desse papel precisa ser revista. A suspensão da eficácia, pelo Senado, iniciou-se, no Brasil, em 1934, momento em que a órbita da separação dos poderes era extremada. Alguns Estados soberanos, na época, já concediam eficácia contra todos para as conclusões adotadas no controle abstrato. Com a introjeção, na Constituição brasileira, do controle abstrato, a suspensão, pelo Senado, esvaziou-se (BRASIL,

Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2014, p. 32-33).

O controle abstrato de constitucionalidade, em razão da extensa gama de legitimados e das aporias sobre as quais incide, reparou algumas problemáticas derivadas do controle incidental. O controle abstrato propiciou, nesse sentido, o debate de múltiplas questões constitucionais, alterando-se o modelo inicial de controle no Brasil. Uma diferença marcante, no tocante ao desenvolvimento do controle abstrato em território brasileiro, foi o acréscimo de legitimados. A Constituição de 1988, então, reforçou a amplitude do controle abstrato. O controle difuso, com essa mudança na legitimidade do controle abstrato, teve sua relevância limitada. Os legitimados, em sede abstrata, poderiam nortear quaisquer discussões constitucionais no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2014, p. 34-35).

A partir de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade obteve relevância e, com isso, o controle difuso se transmudou em uma alternativa menos evidente no cenário jurídico brasileiro. Isso porque, além do elemento atinente à legitimação, há a possibilidade de concessão de liminar a fim de impedir a produção de efeitos de um ato normativo. Em resumo, o foco, em tema de controle de constitucionalidade, direcionou-se para o controle abstrato (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2014, p. 35-37).

No que tange à mutação constitucional, o Ministro Gilmar Mendes pontua:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2014, p. 53).

O Ministro Gilmar Mendes, desse modo, reconhece, nas alterações advindas do controle de constitucionalidade e do plano constitucional, a ocorrência de mutação constitucional. O Ministro, enquanto votante no processo, externa a importância da afirmação, pelo Supremo Tribunal Federal, da manifestação de uma mutação, cuja consequência seria a de releitura do artigo 52, X, da Constituição (BRASIL, 1988).

A reformulação do sistema jurídico e as novas interpretações do Supremo Tribunal Federal em outros casos servem de explicação, pelo Ministro, acerca da suposta mutação constitucional no mencionado artigo constitucional. O papel do Senado Federal, reconhecido

integrante do Poder Legislativo, estaria sendo delimitado, caso acolhida a argumentação de Gilmar Mendes, pelo órgão máximo do Judiciário.

À guisa de conclusão sobre o julgamento da Reclamação em tela, o Ministro Gilmar Mendes explana:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Gilmar Mendes, 2014, p. 53).

O Ministro Gilmar Mendes, pela análise do ordenamento jurídico como um todo, especialmente depois da promulgação da Carta Magna de 1988, percebeu alterações marcantes, no campo do controle de constitucionalidade, face às Constituições anteriores. Na sua opinião, conforme visto, o controle abstrato intensificou-se e limitou a importância do difuso. Ainda segundo Mendes, houve uma mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição de 1988. Tal constatação decorreria de mudanças práticas, cujo teor se aproximaria de uma alteração geral no sistema jurídico e de mudanças legislativas e judiciais. Mendes, portanto, não concebe mais, no Senado Federal, o papel de determinação acerca da suspensão de eficácia de leis consideradas, no controle difuso, como inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com o Ministro, a função do Senado, com a ocorrência da suposta mutação constitucional, limitar-se-ia ao dever de publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Gilmar Mendes depreende a perspectiva, até então dominante na doutrina acerca do artigo 52, X, da Constituição de 1988, como ultrapassada, consoante se explicou nas linhas anteriores. É possível vislumbrar, no voto do Ministro, uma orientação proativa no viés de superação de um apontamento consolidado, qual seja, o de suspensão da eficácia dos atos normativos, pelo Senado, em sede de controle difuso de constitucionalidade. As decisões, em controle abstrato, realmente designam efeitos *erga omnes* e vinculam diferentes órgãos, porém, quanto ao difuso, prevalece, na doutrina, o argumento de que o Senado mantém a prerrogativa refutada pelo Ministro Gilmar Mendes. Este, na conclusão do voto, acolheu a reclamação.

3.1.2.2. Voto do Ministro Eros Grau

A interpretação e a segurança jurídica são expostos como fatores a serem considerados na decisão judicial. Há uma relação direta entre a norma e a interpretação, pois o texto diferencia-se da norma. Na Constituição, ocorre uma distinção entre o texto, o qual é elaborado pelo poder constituinte, e a norma, cuja derivação é semeada pelo intérprete do texto. Tais ocasiões – do texto e da norma – não são absolutamente identificáveis, porquanto a interpretação, em virtude do trabalho com o texto, compõe uma estrutura única (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Eros Grau, 2014, p. 64-65).

O Ministro Eros Grau, quando se depara com o argumento do Relator afeto à mutação constitucional, tece as seguintes considerações:

O eminente Relator, jurista sensível à necessidade de adequação da Constituição ao devir social, em seu voto propõe se a promova no que tange aos efeitos das decisões do Supremo no exercício do controle difuso. E o faz extraíndo o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional: ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. Eis, pois, o que nos incumbe: verificar se no caso houve --- ou se não houve --- mutação constitucional (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Eros Grau, 2014, p. 66).

Identifica-se, na corrente manifestação do Ministro Eros Grau, uma opinião que encontra, no “devir social”, a explicação para a proposta do Ministro Gilmar Mendes no pertinente à existência de mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição de 1988. É válida a visão de que o argumento do “devir social” se concatena ao esperado de uma mutação constitucional, uma mudança social cuja influência justifique uma alteração da Lei Maior desacompanhada de um processo formal. Grau, atento às razões encaminhadas por Mendes, desafia-se à resposta relativa à existência de mutação constitucional.

No voto do Ministro Eros Grau, nota-se uma discussão sobre os pilares básicos da mutação constitucional, qual seja, a do conflito entre a rigidez e a elasticidade da Carta da República. A “moldura do texto” é defendida, por Grau, como um limite à mutação constitucional, pois o Ministro pretendeu, em seu voto, examinar se o entendimento de Mendes violou as possibilidades conferidas ao intérprete. A criatividade, portanto, foi questionada, inicialmente, por Grau a fim de produção de uma análise. Conforme Grau pergunta, “até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula?”

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Eros Grau, 2014, p. 66-67).

Em seu voto, o Ministro Eros Grau salienta que houve uma substituição do texto, pelo Relator, e, não, interpretação. Segundo Grau, essa substituição se ancora na mutação constitucional. A interpretação, distintamente, compreenderia o papel recorrente da Suprema Corte (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Eros Grau, 2014, p. 71). Em suas palavras,

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Eros Grau, 2014, p. 72).

O texto e a norma, no voto do Ministro Eros Grau, abrangem estruturas díspares, entretanto próximas. A norma se forma pela interpretação do texto, isto é, o intérprete exerce papel fundamental na extração da norma a partir do texto. A tentativa de aposição da moldura textual como limite à mutação constitucional queda-se inerte com a afirmação de Grau de que a mutação é operada com uma espécie de substituição de um texto por outro.

O Ministro Eros Grau opina, ainda, no ínterim de que “em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Eros Grau, 2014, p. 74). A suposta mutação reconhecida, em Grau, viola, portanto, os limites do texto constitucional.

Os fundamentos do voto de Eros Grau caminham, ademais, para o questionamento sobre as opiniões doutrinárias. A despeito de eventual contrariedade dos teóricos ante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a doutrina cederá ao entendimento externado pela Corte. A guarda à Constituição, pela Suprema Corte, é também objeto de utilização por Grau (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Eros Grau, 2014, p. 75-77).

O Ministro, além disso, finaliza o voto com sua opinião definitiva:

Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por

decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete 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. Indague-se, a esta altura, se esse texto, resultante da mutação, mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta é afirmativa. Ademais não se vê, quando ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios; o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RCL 4.335/AC, Relator: Gilmar Mendes, Voto Ministro Eros Grau, 2014, p. 77).

O novo texto, que, na argumentação de Grau, substitui o anterior do artigo 52, X, da Constituição de 1988, adequa-se, portanto, para o Ministro, ao contexto. Além disso, o espaço semântico constitucional é mobilizado, novamente, como congruente perante o novo texto. Grau julgou a Reclamação procedente.

3.1.2.3. Análise sobre a suposta mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição

O voto do Ministro Gilmar Mendes, responsável pela inauguração dos debates na Reclamação 4.335/AC, expõe a ocorrência de mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição. Consoante mencionado, o Ministro substitui a interpretação defendida doutrinariamente acerca da faculdade de o Senado Federal suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte brasileira no âmbito do controle difuso de constitucionalidade e, em seu lugar, explicita apenas o dever de conferir publicidade às decisões proferidas pelo Supremo.

Observe-se que, no caso da Reclamação 4.335/AC, não é o processo interpretativo do próprio caso, como um todo, compreendido como a mutação constitucional. Ao contrário, a suposta mutação constitucional aparece nos votos dos Ministros competentes para julgamento da controvérsia. Nesse ponto, ingressa a ideia de reconhecimento de mutação constitucional pelos Ministros da Suprema Corte. Assim, na presente hipótese, mesmo auxiliados pelo processo interpretativo, a mutação constitucional transforma-se em um mecanismo argumentativo a fim de justificar uma mudança do texto constitucional.

Não obstante os Ministros tratem de autores como Jellinek e Dau-Lin, em seus votos, infere-se, exatamente com fulcro nos principais referenciais teóricos sobre o tema da mutação, a escolha do termo “mutação constitucional” no estigma de motivação para a substituição do texto da Lei Maior.

A primeira possibilidade acerca do conceito empregado de mutação constitucional, nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, refere-se a uma mutação constitucional

proveniente de práticas constantes e externas à interpretação definitiva do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, o reconhecimento, pela Suprema Corte, pela via interpretativa, de uma mudança informal do texto seria um meio supostamente hábil para o enaltecimento de uma mutação externa à Corte.

A segunda possibilidade abrange, estritamente, a utilização do argumento da mutação constitucional como um recurso retórico de afirmação de opiniões distintas do texto constitucional. Nesse caso, a escolha do termo “mutação constitucional” cumpriria um papel limitado à sustentação de um entendimento que se pretenda afirmar na Corte.

Mesmo com essa subdivisão conceitual realizada, a conclusão a que se chega, a partir da união entre os argumentos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, é no sentido da impropriedade da pretensão que veiculam. Caso a maioria dos Ministros da Corte concluísse pelo reconhecimento da mutação constitucional em exame, o Supremo Tribunal Federal estaria legislando em substituição ao poder constituinte, representado pelo Legislativo. Nesse viés, Pedron ressalta:

Se para o STF a Constituição de 1988 não está suficientemente em compasso com o que ele entende por “realidade”, a questão deixa de ser tratada sob o ponto de vista de uma discussão pública e democrática sobre a necessidade de reforma/alteração da Constituição pelos canais institucionais que o próprio Texto Maior prevê, e passa a ser vista como uma saída mais imediatista, qual seja, a alteração da normatividade constitucional pelo STF (PEDRON, 2015, p. 231).

Como já se concluiu a partir dos referenciais teóricos estudados, a mutação constitucional recebe limitações, dentre as quais se encontram o campo textual e os fins constitucionais, cada um com suas subdivisões e peculiaridades. Segundo o artigo 52, X, da Constituição de 1988, “compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988).

Ainda que se defendesse o afastamento total a respeito da literalidade do dispositivo constitucional sob debate, não seria possível a interpretação de acordo com a qual, ao Senado Federal, cumpre apenas o dever de publicidade das decisões emitidas pela Suprema Corte brasileira. O campo textual cerca, nesse plano, os limites interpretativos. O papel do Senado, em consonância com a literalidade textual, é a de suspensão de lei declarada inconstitucional definitivamente e, não, de consubstanciar publicidade à referida declaração.

Se o Supremo Tribunal Federal, pois, reconhecesse a ocorrência de mutação constitucional apta a modificar complementamente o texto constitucional, substituindo-o, o efeito imediato seria a admissão de ultraje aos limites da mutação, motivo pelo qual materializar-se-ia uma mutação inconstitucional.

Os professores Anderson Vichinkeski Teixeira e João Luiz Rocha do Nascimento, quando dissecam o voto do Ministro Eros Grau, especialmente no que se refere à mutação constitucional decorrente de substituição do texto, concordam com o posicionamento produzido nesta pesquisa:

Ocorre que, ao propor a substituição da atual redação do art. 52, X, da Constituição de 1988, por uma interpretação diversa daquela literal, verifica-se que o voto proferido pelo então Ministro Eros Grau na Recl. 4.335-5/AC contraria o entendimento geral de mutação constitucional, desde Laband a Hesse, passando por Jellinek, Kelsen e Dau-Lin. Todos, sem exceção, sustentam que o fenômeno da mutação constitucional preserva o texto da norma, que é alvo da mudança, apenas, de sentido ou significado (TEIXEIRA; NASCIMENTO, 2017, p. 459).

Dessa forma, o objetivo do Ministro Eros Grau, com o reconhecimento da mutação constitucional, seria o de substituição de um texto por outro completamente diferente. Pela literalidade, a função do Senado consistiria na eventual suspensão da eficácia do ato normativo. O novo texto, supostamente decorrente de mutação constitucional, postularia apenas o dever de publicidade pelo Senado Federal.

A ideia de substituição de um texto por outro e o afastamento conceitual da mutação constitucional em relação à interpretação judicial demonstram a confusão terminológica pela qual o Ministro Eros Grau atravessou. O pragmatismo pode ser interpretado como condutor da argumentação de Grau, na medida em que a seara prática foi considerada com vistas ao melhor desenvolvimento dos trabalhos no Judiciário (CARDOSO, 2014, p. 109).

Segundo Cardoso (2014, p. 133), “a possibilidade de mudança de um texto da Constituição não pode acontecer de forma aleatória, ao interesse de alguns dos seus intérpretes”. A afirmativa é coerente, contudo são necessárias balizas para a proteção aos propósitos constitucionais, que podem ser representadas pela construção doutrinária relativa aos limites da mutação constitucional.

A mutação constitucional aglomera raízes do positivismo jurídico, porque ocorre um embate entre o texto constitucional e a realidade, de tal sorte que os princípios englobam uma possível resposta para o momento atual. Os estudiosos do fenômeno mutacional perceberam restrições à sua ocorrência: os limites. O ultraje a esses limites reverbera a mutação inconstitucional. Os votos de Mendes e Grau buscam, com o reconhecimento da mutação, maior celeridade, por exemplo. O tema poderia encontrar limitação na cláusula pétrea da separação dos poderes (PEDRON, 2015, p. 232-233).

A substituição textual, feita pelo Judiciário, contraria a competência expressamente estipulada pelo poder constituinte originário, que previu, nas funções do Senado Federal, a faculdade de suspensão do ato normativo. Se a suposta mutação defendida pelos Ministros

Eros Grau e Gilmar Mendes fosse acolhida pela Corte, o Supremo estaria, de fato, elencando novas competências, cujo teor é dissonante das previstas constitucionalmente. O texto do artigo 52, X, da Constituição, portanto, não permite uma interpretação absolutamente díspare da sua expressão (PRESGRAVE, 2013, p. 188).

Na mesma esteira, Sgarbossa e Iensue aduzem:

É pouco verossímil, com efeito, sustentar que a expressão “suspender a eficácia” possa legitimamente ser lida como significando “dar publicidade”, conceitos estes que parecem bastante distantes. É importante observar que não obstante todas as inovações hermenêuticas conhecidas pelo Direito Constitucional contemporâneo e a variedade de novas técnicas de decisão adotadas em sede da jurisdição constitucional, existem limites (SGARBOSSA; IENSUE, 2017, p. 92).

Com esteio nas obras de Müller e de Hesse, a literalidade configura um componente fundante na determinação do programa normativo e a violação direta à literalidade textual não pode ensejar o reconhecimento de eventual mutação constitucional. Se isso ocorresse, haveria, no caso, uma mutação inconstitucional (GONÇALVES, 2016, p. 92).

Os argumentos, nessa senda, contrários ao acolhimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese de ocorrência de mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição de 1988 têm pertinência, especialmente, com os limites interpretativos dos membros da Corte e do respeito perante o texto constitucional e seu campo de interpretação.

Sob o ponto de vista da mutação como uma mudança interpretativa do texto constitucional, a própria conclusão do Supremo Tribunal Federal, ao acolher a tese de ocorrência de mutação constitucional, serviria como mutação. Nesse caso, seria uma mutação que se refere ao reconhecimento, pelo Supremo, da ocorrência de uma mudança sistemática, cuja origem seria a realidade, desprovida de alteração formal.

Em outras palavras, na mutação, pela via interpretativa judicial, majoritariamente aceita, não é preciso que os Ministros se refiram expressamente ao fenômeno: os especialistas em Direito Constitucional investigam a materialização do episódio. No entanto, na hipótese da Reclamação em tela, se o entendimento majoritário concordasse com as opiniões dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, haveria uma suposta mutação constitucional, pela via interpretativa, que referenciaria uma mutação constitucional como fundamento.

Mesmo com a visão de mutação constitucional sob o viés de mudança da realidade, não apenas sobre alteração de perspectiva face ao Direito, as mudanças indicadas, no ordenamento decorrentes da realidade, pelo Ministro Gilmar Mendes, poderiam ensejar a necessária mudança fática, porém, no caso, ocorre violação direta do texto e não há possibilidade interpretativa quanto à pretensão de dever de publicidade das decisões do

Supremo pelo Senado Federal. A partir de uma visão similar à retratada acerca do fenômeno mutacional, Nascimento dos Santos explica:

Para justificar a argumentação do Ministro Gilmar Mendes, se fazia necessário que o entendimento lançado por ele acerca do art. 52, X, da Constituição Federal fosse corroborado pela prática das instituições envolvidas. Isto é, o Senado teria de fazer um uso nulo ou insignificante da competência concedida a ele pela Constituição Federal, não sendo esta a hipótese na pesquisa aqui apresentada. O reconhecimento do fenômeno da mutação constitucional precisa necessariamente de uma análise prática, ou seja, precisa da análise das ocorrências de fatos corriqueiros de sentido diverso ao exposto pelo texto constitucional. Frise-se: é a partir dos fatos, dos comportamentos reiterados que há uma mudança de sentido do texto constitucional, e não por métodos interpretativos do texto normativo. Se assim for, não há um fenômeno – o reconhecimento de práticas reiteradas –, mas uma mudança de interpretação do texto constitucional em razão de elementos subjetivos do intérprete (SANTOS, 2014, 605).

O entendimento de Nascimento dos Santos vincula a mutação constitucional a mudanças decorrentes da realidade. A alteração na perspectiva do Direito, pelo intérprete, é afastada, segundo o autor, do fenômeno da mutação. O ponto de vista delineado pelo teórico tem uma semelhança e uma diferença quanto à corrente apresentada, nesta dissertação, como relativa à necessidade de mudança na realidade para o reconhecimento da mutação. A semelhança concerne justamente à exigência de alterações na realidade para a existência de verdadeira mutação. A diferença consiste na percepção, nesta pesquisa, de que não necessariamente o intérprete se utilizará de sua subjetividade com intuito de arbitrariedade, é possível a ocorrência de mutação, pela via interpretativa judicial, quando a interpretação seja reflexo de uma mudança na realidade. O Supremo Tribunal Federal pode ser, assim, protagonista de eventuais mutações constitucionais, desde que a interpretação esteja amparada na realidade e não viole os limites afetos ao campo textual e aos fins constitucionais.

No tocante ao eventual resultado favorável às teses de Mendes e Grau, Pedron sublinha:

Por meio da afirmação de que o Tribunal irá proceder a uma mutação constitucional, busca-se exatamente encobrir a dificuldade em lidar com outro *standard* normativo que não as regras, qual seja, a figura dos princípios jurídicos. Tal situação fica muito clara quando se volta aos momentos históricos nos quais a teoria da mutação constitucional foi pensada: a crise do positivismo na Alemanha (PEDRON, 2015, p. 233).

A crítica de Pedron realmente traça uma vertente na qual o reconhecimento de uma suposta mutação constitucional, pelos Ministros, tratar-se-ia de um óbice proveniente da concentração do Direito nas regras. Contudo, faltam inúmeras respostas sobre a teoria da mutação constitucional e, com base nesta pesquisa, respalda-se a mutação não apenas como um elemento da crise do positivismo.

Na Reclamação 4.335/AC, a tese do Ministro Gilmar Mendes não venceu, porém, mesmo assim, o pleito contido na Reclamação foi julgado procedente. O argumento da ocorrência de mutação constitucional, portanto, não foi ratificado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Sendo desnecessária a aferição da correspondência com os fins constitucionais, o campo textual já permitiu a ilação em consonância com a qual, caso acolhida a tese de ocorrência de suposta mutação, tratar-se-ia, em verdade, de mutação inconstitucional por violação dos limites ao episódio.

3.2. A mutação inconstitucional no ordenamento jurídico norte-americano

3.2.1. Os casos *Minersville School District v. Gobitis* e *West Virginia Board of Education v. Barnette*

A partir deste subtópico, opta-se pela investigação da suposta mutação constitucional no cotejo entre dois casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. É razoável frisar, porém, que, estando os Estados Unidos inseridos na tradição da *common law*, a pesquisa deve atentar para eventuais peculiaridades, motivo, pelo qual, metodologicamente, particularidades são percebidas e evidenciadas.

Apesar dessa ressalva metodológica, segundo Cappelletti (1993, p. 133), existem distinções, mesmo atualmente, entre as tradições da *civil law* e da *common law*. No entanto, observa-se um movimento de aproximação entre tais tradições, concedendo-se, ao Judiciário, uma importância significativa.

Os casos em questão foram julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos e têm, em comum, o mesmo tema, qual seja: a liberdade religiosa. A primeira observação a ser realizada, a nível introdutório, diz respeito ao pequeno período de tempo entre as decisões dos dois casos: o primeiro, de *Gobitis*, foi decidido em 1940, o segundo, de *Barnette*, em 1943. Apenas três anos separam as duas decisões proferidas pela Suprema Corte. Entretanto, a discussão proveniente da comparação entre os casos alberga a contrariedade entre os entendimentos firmados.

Nesse passo, a partir de uma perspectiva geral acerca de ambos os casos, apartada, portanto, de uma análise minuciosa acerca dos votos dos juízes da Suprema Corte, vislumbra-se a resposta à pergunta se houve mutação constitucional com a segunda decisão. Além disso, se confirmada sua existência, argui-se se, na verdade, trata-se de mutação inconstitucional.

Perceba-se, desde já, que o parâmetro de estudo, nesses casos, é a Constituição Americana de 1787, especialmente no concernente a suas emendas.

3.2.1.1. *Minersville School District v. Gobitis*

O caso *Minersville School District v. Gobitis* foi julgado, pela Suprema Corte, em 3 de junho de 1940. A situação concreta versa sobre os filhos de Gobitis, aos quais foi solicitado, pelo pai, Gobitis, que não participassem da saudação à bandeira dos Estados Unidos da América. A problemática surgiu com o cumprimento, pelos filhos, da orientação delineada por Gobitis. Havia uma regulação do Estado, a respeito do assunto, de acordo com a qual, caso o aluno não participasse do juramento à bandeira, receberia a sanção de expulsão da escola pública. Envolvem-se, dessa forma, os argumentos da liberdade religiosa e da unidade nacional (ESTADOS UNIDOS, 1940, p. 591-597).

O contexto de 1940 se inseriu, especificamente, no período de Segunda Guerra Mundial. No começo da Grande Guerra, Roosevelt não engendrou equipes militares para a participação no confronto imediatamente. Roosevelt, todavia, já tinha uma conclusão de que os Estados Unidos combateriam na Guerra. Os Estados Unidos, assim, distantes, tentavam evitar o confronto direto com os Estados soberanos do Eixo (DAVIDSON, 2016, p. 247-248).

Na época da elaboração das conclusões no caso de Gobitis, a Dinamarca já havia sido invadida pela Alemanha, assim como esta visava à obtenção do território francês pela via da ocupação (WIECEK, 2006, p. 221). Antes do bombardeio a Pearl Harbor, havia uma confusão de opiniões sobre a entrada dos Estados Unidos na Grande Guerra.

Essa breve contextualização foi necessária, posto que, no período sob exame, emergiu, intensamente, um sentimento nacionalista, de proteção à nação em detrimento de outras. Devido a isso, a Suprema Corte, na sua decisão, ponderou aspectos da denominada “unidade nacional”. O juramento à bandeira, pelos alunos das escolas públicas, independentemente de suas religiões, seria uma maneira de fomentar o sentimento nacional. A pátria, nesse viés, seria o objeto de proteção.

A liberdade religiosa, nos Estados Unidos, suscitou diversos conflitos a serem julgados pela Suprema Corte. O respaldo constitucional dessa liberdade se encontra na Primeira Emenda à Constituição Americana. Depois de 1937, conclusões determinantes foram constituídas na Suprema Corte acerca da temática. As Testemunhas de Jeová consistiram em um dos principais grupos relacionados às questões debatidas na Corte em apreço. A citada religião se pauta nos ensinamentos do pastor Russel, o qual fundou a seita. Os seus

integrantes instrumentalizam-se da propalação de suas ideias, por exemplo, na forma de cartazes (RODRIGUES, 1992, p. 259).

As “imagens gravadas”, na seita das Testemunhas de Jeová, são rechaçadas. A bandeira dos Estados Unidos, então, por ser uma “imagem gravada”, não permite qualquer juramento de fidelidade. A própria integração à política é vedada entre as Testemunhas de Jeová, tendo em vista não pertencerem a questões terrenas. O juramento à bandeira nacional, logo, configuraria desrespeito aos ditames da seita. A forma de atuação das Testemunhas de Jeová gerou inquietação de alguns grupos insatisfeitos. Alguns atos normativos foram editados com o propósito de limitação de suas práticas. Porém, as decisões, até 1940, compatibilizaram-se com os pedidos formulados pelas Testemunhas de Jeová (RODRIGUES, 1992, p. 259-260).

A proteção à nação é, no decorrer da *opinion* do juiz Frankfurter, comparada à liberdade de crença. William e Lillian Gobitis, alunos de uma escola pública em Minersville, foram sancionados com a expulsão em virtude da recusa ao juramento perante a bandeira dos Estados Unidos. O juramento à bandeira estava contemplado no rol de atividades constantes praticadas nas escolas públicas da região. As crianças não desempenhavam o ato de juramento em função de suas crenças, ancoradas na religião das Testemunhas de Jeová. A interpretação da Bíblia capitaneada, pela seita, impede a saudação à bandeira (ESTADOS UNIDOS, 1940, p. 591-592).

Notou-se, no período em que o caso de Gobitis estava sendo apreciado pela Suprema Corte, uma tendência progressiva de valorização do patriotismo e do nacionalismo. A reverberação disso aconteceu em muitas leis elaboradas na época, dentre as quais está a da obrigatoriedade de saudação à bandeira pelas crianças de escolas públicas. A exigência da lei restou bastante controvertida (ANDERSEN, 1940, p. 149).

Com a recusa das crianças ao ato exigido nas escolas públicas locais, a consequência foi sua expulsão da escola gratuita. Por isso, os filhos de Gobitis precisaram frequentar estabelecimentos de ensino particular. Contudo, os gastos trazidos à família de Gobitis provenientes da escola particular ocasionaram problemas financeiros, razão pela qual a questão foi judicializada e, por fim, chegou às portas da Suprema Corte. No começo do processo, o juiz Albert Maris se coadunou à posição sustentada por Gobitis, acolhendo seu pedido, decisão que foi confirmada na Corte de Apelações do Terceiro Circuito (ESTADOS UNIDOS, 1940, p. 591-592).

A violação à Primeira e à Décima Quarta emendas foi o campo de discussão no caso concreto. Debateu-se, nessa senda, a constitucionalidade da lei no sentido de obrigar os alunos

das escolas públicas ao juramento diante da bandeira dos Estados Unidos. A primeira emenda garante a liberdade religiosa e a décima quarta, o devido processo legal. O juiz Frankfurter relembra as longas batalhas em busca da proteção estatal à liberdade de consciência, de religião. O bem comum aparece como contraponto à liberdade de religião. O juiz menciona limites à liberdade de religião em nome da sociedade como um todo. O magistrado, por conseguinte, sugere uma conciliação entre os direitos (ESTADOS UNIDOS, 1940, p. 593-594).

Na *opinion* do juiz Frankfurter, averigua-se a lei estadual questionada como geral e, nessa qualidade, não interferiria diretamente sobre uma religião específica. A lei geral deveria ser cumprida por todos. A responsabilidade política é colocada, na *opinion*, como prioridade. A ordem, na sociedade, é mobilizada com viés favorável à constitucionalidade da lei estadual. A unidade nacional e a segurança nacional instrumentalizam-se, na argumentação do juiz Frankfurter, como razões para a proteção aos caminhos selecionados pelo Legislativo na produção legiferante (ESTADOS UNIDOS, 1940, p. 594-595).

A fundamentação extraída da *opinion* do juiz Frankfurter depreende a afirmação de que, se há liberdade religiosa, esta deriva de uma sociedade organizada, orientada por leis gerais elaboradas pelo Legislativo. A unidade nacional estaria configurada na bandeira dos Estados Unidos. O sentimento de união nacional, nesse ângulo, embasaria a vontade do legislador em conduzir a educação das crianças. O juiz parece reduzir a relevância da crença dos pais das crianças Gobitis (ESTADOS UNIDOS, 1940, p. 595-597).

A lealdade, ademais, aparece como objetivo da lei estadual que sanciona as crianças com a expulsão em caso de ausência de saudação à bandeira. A liberdade de crença das crianças, exposta na religião da qual são seguidores, se subjugam ao sentimento de unidade nacional. A unidade, por sua vez, reafirma-se no juramento à bandeira. Esse ato influencia o desenvolvimento das crianças. A política educacional não pertence ao julgamento da Suprema Corte (RODRIGUES, 1992, p. 261).

De acordo com o magistrado, a saudação à bandeira americana tratar-se-ia de um componente comum às crianças nas escolas públicas. A política, no campo da educação, não caberia, nesse sentido, à análise da Suprema Corte. As crianças são notadas a partir de sua posição de futuros cidadãos. O objetivo das escolas públicas, com a lei estadual, compreende a possibilidade de incutir, nos alunos, o respeito à bandeira nacional, ainda que, na educação fornecida pelos pais, a prática seja contestada (ESTADOS UNIDOS, 1940, p. 597-601).

O juiz Stone divergiu do voto prevalente no julgamento. No entendimento do juiz, os pais das crianças em questão não foram desleais com os Estados Unidos. As crianças somente

não procederam ao juramento à bandeira devido à sua crença religiosa. A relação das crianças com sua religião apenas impediu que cumprissem uma lei contrária à percepção da seita na qual acreditam. A sinceridade configurou um pilar para a recusa demonstrada pelos filhos de Gobitis. As liberdades religiosa e de expressão restaram ultrajadas com o advento da lei estadual questionada. O juiz nota que, em algumas situações, os cidadãos são obrigados a determinadas práticas independentemente de suas vontades, como é o caso da convocação para a guerra. Porém, no caso de Gobitis, é patente a coação ilegal do documento estatal em relação à liberdade religiosa das crianças, na situação, Testemunhas de Jeová (ESTADOS UNIDOS, 1940, p. 601-603).

O argumento de lei geral também é refutado pelo juiz Stone, na medida em que a liberdade de expressão, manifestada na liberdade religiosa, não pode sucumbir face à coação ilegal do Estado. A Constituição protege, segundo Stone, a liberdade religiosa e o direcionamento, pelo Estado, do viés educativo nas escolas não deveria obstar a livre manifestação de crença (ESTADOS UNIDOS, 1940, p. 603-607).

A lealdade, para Stone, não seria medida exclusivamente pela ausência de saudação à bandeira dos Estados Unidos. A convicção das crianças, em suas crenças religiosas, não poderia ser subordinada ao ato de juramento. O direito das minorias seria transgredido com a decisão da Suprema Corte no ínterim de confirmação da sanção de expulsão em virtude da ausência de saudação. As Testemunhas de Jeová, logo, teriam, com a decisão, seus direitos afastados e sua liberdade religiosa quebrantada (RODRIGUES, 1992, p. 261-262).

A organização não-governamental *American Civil Liberties Union*, ACLU, atuando como *amicus curiae*, posicionou-se favoravelmente à compreensão do juiz Stone, porquanto a liberdade de expressão e o devido processo legal restaram comprometidos com o ato normativo estatal que permitiu a expulsão de crianças na forma explicada (REYNOLDS, 1998, p. 77).

O ato estatal referente à expulsão das crianças que não saudassem a bandeira se traduz estritamente contrário à primeira emenda à Constituição americana, cujo objetivo consiste no reconhecimento da liberdade religiosa e na liberdade de expressão. As Testemunhas de Jeová, grupo minoritário na realidade americana, deveria ter seus direitos resguardados pela decisão da Suprema Corte. A análise dos juízes da Suprema Corte deveria, pois, ter sido mais minuciosa (REYNOLDS, 1998, p. 78-79).

Consoante Lêda Boechat Rodrigues (1992, p. 261), no caso de Gobitis, a Suprema Corte, “partindo da presunção de constitucionalidade das leis estaduais, aceitou a validade de lei do Estado da Pennsylvania que excluía de suas escolas os filhos menores da Testemunhas

de Jeová que, em nome de suas crenças, recusassem saudar a bandeira”. Em junho de 1940, portanto, a Suprema Corte, depois de anos acolhendo solicitações das Testemunhas de Jeová, quanto às violações a seu direito de liberdade religiosa, refutou a liberdade de escolha no tocante ao juramento à bandeira dos Estados Unidos.

A decisão da Corte, nesse caso, foi de não intervenção na lei produzida pelo Legislativo, cuja estratégia teria pertinência com o sentimento de unidade nacional. O voto do juiz Frankfurter representou a opinião majoritária do Tribunal, apenas restando dissidente o juiz Stone. A nível interpretativo, portanto, a Suprema Corte, quando se debruçou na primeira e na décima quarta emendas constitucionais, empreendeu uma interpretação no sentido de mitigação da liberdade religiosa em cotejo com a unidade e a segurança da nação.

A Corte, assim, determinou a saudação à bandeira como ato cívico, não engendrando um debate sobre o desrespeito ao nível religioso. A chamada doutrina excepcional priorizou a obrigatoriedade imposta pelo Estado, colocando, em segundo plano, a liberdade de escolha quanto ao ato sob exame (WIECEK, 2006, p. 221).

A partir da referida interpretação, tendo, como parâmetro as emendas em comento, a Suprema Corte reputou constitucional a lei estadual nos termos da qual seria possível a obrigatoriedade de juramento à bandeira em nome do sentimento de unidade nacional. A força da nação, assim, articular-se-ia na forma de pressuposto da liberdade religiosa. A lei geral, desse modo, albergaria o sentimento de nação e justificaria a obrigação de saudação à bandeira pelos alunos das escolas públicas americanas.

3.2.1.2. *West Virginia Board of Education v. Barnette*

Três anos depois da decisão proferida no caso de Gobitis, deliberou-se acerca da situação da família Barnette. Isso ocorreu em 14 de junho de 1943. Contextualmente, os Estados Unidos já tinham ingressado na Segunda Guerra Mundial. O processo em epígrafe se iniciou com a expulsão de crianças da escola em razão da ausência de saudação à bandeira americana. O argumento subscrito, pela família Barnette, lastreou-se na violação, pelo Conselho educacional quanto à expulsão das crianças, da primeira e da décima quarta emendas à Constituição Americana. Após serem incorporadas à Lei Maior, sabe-se que as emendas constitucionais têm o *status* de normas constitucionais, sendo possível, por exemplo, a realização de controle de constitucionalidade face à legislação ordinária. As emendas, sob esse ângulo, tornam-se parâmetro para controle.

Na *District Court*, houve uma decisão prolatada por três juízes no sentido de confirmação dos argumentos sustentados pela família Barnette, a despeito do entendimento esposado pela Suprema Corte no caso de *Gobitis*. O tema versado, nos dois processos, é o mesmo. Insatisfeito com a conclusão adotada na *District Court*, o Conselho educacional da *West Virginia* apelou junto à Suprema Corte. O juiz Jackson elaborou a *opinion* oriunda da compreensão majoritária na Corte. Estabeleceu-se, naquela região, por meio de ato normativo, a necessidade de que as crianças frequentassem cursos cuja função seja a de estímulo à lealdade junto à nação. Ademais, exigiu-se, com respaldo na decisão de *Gobitis*, a saudação à bandeira enquanto uma prática constante e obrigatória nas escolas públicas (ESTADOS UNIDOS, 1943, p. 625-626).

Caso as crianças não saudassem a bandeira, em consonância com o regulamento, seus pais poderiam ser processados judicialmente, assim como presos. Além disso, falar-se-ia, possivelmente, em encargo financeiro propiciado por via de multa. Os filhos, em seguida, estariam em situação ilegal junto à escola na qual estivessem matriculados. Para as Testemunhas de Jeová, na comparação entre as leis divinas e as terrenas, prevalecem as primeiras. A opinião em consonância com a qual a bandeira se traduz em imagem, à qual é proibido o culto, constitui um dos pilares da crença em estudo. A recusa das crianças Barnette, no juramento à bandeira, ensejou seu tratamento, pelo Estado, como delinquentes (ESTADOS UNIDOS, 1943, p. 629-631).

O juiz Jackson, na *opinion*, explica que, geralmente, há disputa entre direitos de dois grupos. No entanto, no caso de Barnette, se acolhido seu pedido, o direito de ninguém seria ultrajado. Os direitos individuais e a autoridade estatal estão em litígio. A crença estatui-se de uma forma muito pessoal, estando no âmago do indivíduo. O juiz não despreza o simbolismo como uma maneira de comunicação: a bandeira constitui um símbolo. Além disso, o simples cumprimento da saudação pode ser completamente desacompanhado da crença que o regulamento objetiva. Por isso, pergunta-se qual o papel efetivo procurado pela obrigatoriedade do juramento (ESTADOS UNIDOS, 1943, p. 631-633).

Mesmo que sejam consideradas pertinentes e eficazes as ordens apresentadas pelo Estado, a obrigatoriedade de proferir determinado posicionamento de crença é passível de análise pela Suprema Corte. O argumento de manutenção da sociedade como requisito para a liberdade religiosa, segundo Jackson, autorizaria o comprometimento de qualquer resultado da liberdade de expressão. A autoridade, por isso, subjugaria os direitos individuais sempre. Tais direitos, ao revés, congregam setor primordial para a limitação do poder estatal, conforme defende o juiz (ESTADOS UNIDOS, 1943, p. 633-637).

No decorrer de sua *opinion*, o juiz Jackson objetiva a valorização da liberdade individual em oposição a uma suposta uniformidade exigida pelo governo. A escola pública precisa, conforme a *opinion*, englobar diversas opiniões, estando implícita a diversidade como seu motor. A neutralidade, assim, sinaliza uma das bases dessas escolas. Com o respeito às emendas constitucionais, o Estado não diminuiu sua relevância. Os Conselhos educacionais, na qualidade de componentes do Estado, devem observância ao devido processo legal insculpido na décima quarta emenda constitucional. As liberdades das crianças, nesse caminho, precisam ser objeto de preocupação dos Conselhos (ESTADOS UNIDOS, 1943, p. 637-638).

Conforme a opinião do juiz Jackson, a intervenção da Suprema Corte não substituiu o papel dos Conselhos educacionais, mas protege a declaração de direitos constante da Constituição americana por intermédio das emendas. Em *Gobitis*, priorizaram-se os ditames do ato normativo em detrimento das liberdades. O Judiciário, porém, para Jackson, desempenha função no campo da ausência de proteção às minorias. Logo, a opinião da maioria não prevalece necessariamente, pois, havendo desrespeito com os direitos da minoria, o projeto democrático não se concretiza (ESTADOS UNIDOS, 1943, p. 638-639).

A décima quarta emenda, para Jackson, fortalece-se com as balizas fornecidas pela primeira emenda constitucional, porque o devido processo legal corresponde a um princípio amplo, enquanto a liberdade de religião e de expressão preenchem essa lacuna. O sentimento de unidade nacional, quando visa à uniformidade, requer a expurgação das diferenças. Todavia, no fim, desconstrói os próprios sujeitos. A primeira emenda coíbe a eliminação da pluralidade de pensamentos e manifestações. A voluntariedade substituiu a obrigatoriedade quanto à saudação à bandeira (ESTADOS UNIDOS, 1943, p. 639-641).

Os magistrados Black e Douglas mudaram seu posicionamento nesse caso em relação ao de *Gobitis*. Os juízes lembram que os indivíduos, na sociedade, não têm liberdade absoluta, porém, reconheceram seu equívoco interpretativo no caso *Gobitis*. As Testemunhas de Jeová não averiguam, na ausência de juramento, uma deslealdade, na medida em que sua crença não permite saudação a “imagens gravadas”, conforme exposto anteriormente. A obrigatoriedade de saudação, para os citados juízes, revela uma perseguição camuflada na seara religiosa (ESTADOS UNIDOS, 1943, p. 643-645).

O juiz Murphy, em suas considerações, destaca a liberdade como um dos fins mais essenciais do Estado, razão pela qual deve ser limitada em circunstâncias excepcionais. Ele exemplifica a obrigação de depor em juízo, à qual não cabe afastamento por objeção de consciência. Todavia, no caso da saudação à bandeira pelas Testemunhas de Jeová, a consciência e o espírito repelem uma interferência extremada. Mesmo que fizessem o

juramento em decorrência da obrigatoriedade, as crianças não identificariam significado na prática e, por conseguinte, o objetivo da norma não seria alcançado (ESTADOS UNIDOS, 1943, p. 645-647).

A perseguição sofrida pelas Testemunhas de Jeová foi percebida, ademais, na concepção de Murphy. Infere-se, em seguida da decisão externada em *Gobitis*, um reforço às mudanças legislativas para a continuidade de perseguições à presente seita e de violações a seus direitos enquanto grupo minoritário. Como consequência de *Gobitis*, houve uma tendência de criminalização dos pais e das crianças (WIECEK, 2006, p. 240).

O juiz Frankfurter, ao discordar do posicionamento majoritário, revela compor, pessoalmente, um grupo minoritário. Em que pese essa constatação, manteve sua opinião do caso *Gobitis*, ou seja, sustentando o sentimento de unidade nacional e o respeito aos atos normativos gerais. A questão política, no interior da Constituição e de sua interpretação, é discutida por Frankfurter. A interpretação de devido processo legal, conforme o juiz, não autorizaria o descumprimento de um objetivo do ato normativo geral em nome da consciência pessoal (ESTADOS UNIDOS, 1943, p. 647-649).

Frankfurter era nacionalista e, em inúmeras ocasiões de julgamento, reafirmava a distância de seus valores quanto à opinião perfilhada no processo. A imparcialidade e a neutralidade eram mencionadas, nas suas exposições, como necessárias tanto para ele como para os demais juízes da Corte. Além disso, o juiz parecia ter encontrado métodos a fim de manter uma postura neutra no concernente a seus valores pessoais. A democracia constante das leis gerais também arquiteta um marco em suas conclusões nos processos (WIECEK, 2006, p. 224).

A maneira da qual a Suprema Corte decide os casos aos quais é instada gera vários estudos. Em regra, por via de um pensamento simples e direto, a Corte aplicaria os dispositivos constitucionais aos casos concretos. Porém, na prática, os dispositivos tornam-se objeto de interpretações distintas. Os especialistas, pautando-se nessa informação, inferem, das decisões dos juízes, características e valores pessoais. Frankfurter, a seu turno, negava veementemente essa influência em suas *opinions* (DANZIG, 1984, p. 675).

O resultado da submissão do processo ao crivo da Suprema Corte significou a incompatibilidade do ato normativo da *West Virginia* com a Constituição Americana, sobretudo a primeira e a décima quarta emendas, as quais garantem a liberdade religiosa e o devido processo legal respectivamente. A decisão, portanto, foi totalmente oposta à verificada no caso de *Gobitis*. O espaço de tempo entre uma conclusão e a outra foi, consoante visto, de

apenas três anos. A interpretação da Constituição, pelos juízes da Suprema Corte, compôs nova maioria.

Nas palavras de Rodrigues (1992, p. 262), “três anos depois, reformando a jurisprudência firmada nesse caso, declarou a Corte Suprema a inconstitucionalidade de lei estadual que exigia a saudação compulsória à bandeira, sob pena de expulsão do colégio”.

3.2.1.3. Cotejo entre os casos: continuidades e rupturas

Quanto à composição da Suprema Corte, no caso de *Gobitis*, integravam a Casa os juízes: Black, Douglas, Frankfurter, Hughes, McReynolds, Murphy, Reed, Roberts e Stone. Em *Gobitis*, a decisão, protetora dos interesses da *Minersville School District*, foi acompanhada por oito juízes. O único dissidente foi o juiz Stone, o qual votou favoravelmente a *Gobitis*. A decisão da Corte, no caso, confirmava a obrigatoriedade de saudação à bandeira pelas Testemunhas de Jeová. Ela foi prolatada em 1940.

A composição da Corte, no caso de *Barnette*, modificou-se em relação à de *Gobitis*. Os seguintes juízes participavam da Casa: Black, Douglas, Frankfurter, Jackson, Murphy, Reed, Roberts, Rutledge e Stone. Afere-se que, pela comparação entre as composições da Casa, os juízes McReynolds e Hughes retiraram-se e seus lugares foram ocupados pelos magistrados Jackson e Rutledge.

Lêda Boechat Rodrigues realça, a seguir, as mudanças de opinião e de composição da Suprema Corte entre o caso de *Gobitis* e o de *Barnette*:

Ao voto de Stone juntavam-se, agora, mudando de opinião, os dos juízes Black, Douglas e Murphy, que há um ano haviam declarado publicamente ter chegado à conclusão de haver sido o caso *Gobitis* “decidido erroneamente”, e os dos novos juízes, Jackson e Rutledge. Permaneceram fiéis a seu entendimento anterior os juízes Roberts, Reed e Frankfurter. Foi Relator o juiz Jackson (RODRIGUES, 1992, p. 262).

Considerando-se a mutação constitucional, pela via interpretativa judicial, como revisão jurisprudencial, ou seja, nova perspectiva acerca do Direito, coloca-se a mudança na composição da Corte como um possível indicativo da presença de ulteriores mutações. A inércia do texto é substituída pela celeridade da interpretação. A mutação, a partir de uma visão fenomenológica, como resultado de uma mudança na realidade confirmada pela interpretação judicial, depende de uma análise mais aprofundada.

Em três anos, a interpretação da Suprema Corte dos Estados Unidos, em relação à primeira e à décima quarta emendas constitucionais, modificou-se explicitamente e produziu consequências importantes para a realidade americana. Esta pesquisa não visa a um

aprofundamento tangente à tradição da *common law* ou ao ativismo judicial, todavia a discussão de mutação constitucional se esvazia nessa tradição, pois “a Constituição é viva”, consoante se extrai dos escritos de Ackerman (2007, p. 1741).

A Constituição americana, como é de conhecimento notório, recebeu poucas alterações formais desde seu advento. Assim, se a Constituição não se modifica formalmente, a via adequada para sua atualização reside na interpretação judicial (ACKERMAN, 2007, p. 1742). A Constituição, nesse horizonte, atualiza-se pelos movimentos judiciais, os quais podem ser de autocontenção ou de criatividade. A vida da Constituição se intensifica nas decisões judiciais e no papel do Judiciário na tradição da *common law*.

Saliente-se que esta investigação, desde o início, não pretendeu versar sobre o ativismo judicial. A postura proativa dos juízes se coloca, a todo momento, na perspectiva do Direito jurisprudencial, o qual é fundamento da *common law*. As mutações constitucionais e sua teoria, na sua forma mais aceita, portanto, não constituem objeto de preocupação específica nessa tradição: a modificação interpretativa, pela Suprema Corte, integra o sistema.

3.2.1.4. Houve mutação inconstitucional?

A mutação inconstitucional, como já foi debatido, compreende a transgressão aos limites reconhecidos para a mutação constitucional. A fixação de limites explícitos e dissecados, para a mutação, pode auxiliar na exigência argumentativa, em relação aos membros da Suprema Corte, seja do Brasil, seja dos Estados Unidos, acerca de uma mudança na interpretação do texto constitucional. O ponto de vista desta pesquisa focaliza a mutação inconstitucional na qualidade de categoria autônoma e, como sugestão, voltada estritamente para a esfera interpretativa judicial.

Na comparação entre o caso de *Gobitis* e o de *Barnette*, constata-se uma semelhança normativa, uma vez que ambos versam sobre a primeira e a décima quarta emendas à Constituição Americana. A primeira emenda dispõe:

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos (ESTADOS UNIDOS, 1791, p. 7).

A primeira emenda, nesse ínterim, valoriza as liberdades dos americanos. O Estado americano, dessa forma, assim como o brasileiro, é laico, não impondo os dogmas de uma religião específica para sua população. Os cultos têm liberdade para sua realização. A

liberdade religiosa, pois, ostenta um dos pontos essenciais da primeira emenda. A décima quarta emenda, na sua primeira seção, afirma:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis (ESTADOS UNIDOS, 1868, p. 9).

A décima quarta emenda transmite uma ideia de preservação da liberdade, dos bens e da vida dos cidadãos americanos. A cláusula do devido processo legal, logo, idealiza a garantia de proteção aos bens jurídicos em tela. Internamente ao devido processo legal, estão o contraditório e a ampla defesa. O contraditório faculta o embate entre opiniões, isto é, os envolvidos no litígio têm a permissão de serem ouvidos sobre a controvérsia, ao passo que a ampla defesa refere-se à seara probatória e aos meios de execução desse intento. O devido processo legal, assim, é de difícil pormenorização, sendo complementado, muitas vezes, com outros princípios constitucionais.

Anteriormente à investigação sobre a possibilidade de ocorrência de mutação inconstitucional, é preciso que se verifique a manifestação da suposta mutação constitucional, a princípio.

Sob a visão mais difundida na doutrina, houve mutação constitucional do caso *Gobitis* para o caso *Barnette*, porque a Suprema Corte modificou substancialmente a interpretação da primeira e da décima quarta emendas à Constituição Americana e o texto, em si, não foi objeto de alteração formal. O significado obtido modificou-se com a nova interpretação. Nessa primeira ótica, portanto, houve mutação constitucional pela via interpretativa judicial.

Quanto à segunda visão, exposta nesta pesquisa, o enquadramento de um fenômeno como mutação constitucional depende da efetiva mudança fática, advinda da realidade, que justifique uma mudança interpretativa pela Suprema Corte. A mera mudança dos componentes da Corte e a alteração da perspectiva individual sobre o Direito não teriam a capacidade de enquadramento na categoria de mutação constitucional. No caso concreto, com fundamento nas *opinions* dos juízes da Suprema Corte norte-americana, percebeu-se que, posteriormente à decisão do caso *Gobitis*, houve uma intensificação na perseguição ao grupo minoritário das Testemunhas de Jeová: os direitos dessa minoria restavam violados constantemente e respaldados em uma decisão da Suprema Corte. Em razão do exposto, mesmo quanto a essa segunda perspectiva, apreende-se a ocorrência de suposta mutação constitucional.

Admitindo-se a mutação inconstitucional como categoria autônoma, sua definição se relaciona à transgressão afeta aos limites engendrados para a mutação constitucional. No que diz respeito a esses limites, com respaldo no desenvolvimento teórico trazido nesta pesquisa, estes são: o campo textual e os fins constitucionais, cada um com suas especificidades e subdivisões.

O campo textual, no concernente às obras de Müller, de Hesse e de Pedra, associa-se, notadamente quanto ao texto constitucional, ao programa normativo. Esse campo abarca as orientações possíveis, com base na interpretação, face ao texto. A literalidade comporta uma restrição passível de análise. O objetivo, nesse limite, é a proibição de um processo hermenêutico que desconsidere completamente o texto e a vontade do legislador constituinte, ainda que não seja originário.

A partir da observação atenta acerca do conteúdo das referidas emendas constitucionais, infere-se, claramente, a proteção à liberdade religiosa e ao devido processo legal. No caso *Barnette*, a interpretação dessas emendas gerou a conclusão de que as crianças, *Testemunhas de Jeová*, não seriam obrigadas ao juramento à bandeira dos Estados Unidos nas escolas públicas, porquanto sua crença não permitia. O argumento do suposto sentimento de unidade nacional sucumbiu ante a liberdade religiosa.

Essa nova interpretação, pelos juízes da Suprema Corte, não viola o limite do campo textual. Isso porque tal compreensão respeita as balizas fornecidas pelo texto das emendas constitucionais. A decisão do caso *Gobitis*, ao contrário, opõe-se frontalmente ao texto dessas emendas. No caso *Gobitis*, a interpretação violou tanto a primeira emenda, em razão do esvaziamento da liberdade religiosa, como também a décima quarta, pois a expulsão das crianças ocorria apartada de qualquer etapa pertinente ao devido processo legal, não havia contraditório.

Sob o ponto de vista do campo textual, portanto, observa-se que, no caso *Barnette*, mais recente em cotejo com o *Gobitis*, a Suprema Corte seguiu uma interpretação mais próxima da literalidade dos textos das emendas constitucionais em comento. Assim, a interpretação realizada se coaduna com as possibilidades semânticas do texto, motivo por que não há qualquer ultraje a esse limite da mutação constitucional.

O segundo limite às mutações constitucionais, mais amplo, refere-se aos fins constitucionais. A Constituição, quando se estabelece em um ordenamento jurídico, impõe sua supremacia, ou seja, esse documento político-jurídico fundamenta o ordenamento como um todo, refletindo, na legislação ordinária, seus ditames. O limite em questão abrange a supremacia da Constituição, o núcleo essencial das cláusulas pétreas e o espírito

constitucional. A respeito das cláusulas pétreas, sob uma ótica dos Estados Unidos, Richard Albert tece comentários sobre as *entrenchment clauses*, as quais têm atributos parecidos com os das cláusulas pétreas no Brasil:

O primeiro propósito das *entrenchment clauses* é o de proteger algumas características estruturais do Estado. Por exemplo, uma *entrenchment clause* pode preservar o federalismo, o republicanismo, o secularismo ou outra estrutura constitucional. Eu denomino isso de *entrenchment clauses* de preservação (ALBERT, 2010, p. 666, tradução livre).

No tocante à supremacia da Constituição Americana, esta não foi comprometida com a mudança de interpretação, na Suprema Corte, acerca da obrigatoriedade de saudação à bandeira pelas crianças em escolas públicas. A liberdade religiosa, um dos direitos previstos no *Bill of Rights*, com a nova interpretação, obteve, de fato, garantia de cumprimento. A suposta preservação da segurança e da unidade da nação não justificou a retirada compulsória desse direito, no caso, das Testemunhas de Jeová. A supremacia constitucional, ao revés, fortaleceu-se com a mudança interpretativa das emendas.

As *entrenchment clauses*, nos Estados Unidos, são restrições apresentadas a eventuais mudanças na Constituição. Genericamente, para fins da verificação do limite dos fins constitucionais, selecionar-se-ão o federalismo e os direitos fundamentais como diretrizes no direito americano. Sabe-se que, nos Estados Unidos, as competências dos Estados sempre foram extensas se comparadas às da União. O federalismo americano, nessa senda, tem uma peculiaridade no cotejo com outros Estados soberanos.

Com o intuito de averiguação das *entrenchment clauses*, a resposta consiste na ausência de violação do limite das mutações constitucionais com a decisão prolatada, pela Suprema Corte, no caso Barnette. Isso porque a decisão ampliou a proteção dos direitos fundamentais das Testemunhas de Jeová e, com efeito, de todos os cidadãos americanos. A suposta tese de unidade nacional quedou-se esvaziada e refutada com o advento de uma interpretação próxima ao sentido literal das emendas. Em outros termos, o direito das minorias foi afirmado e instrumentalizado por meio de garantias.

Não houve, ainda, qualquer transgressão ao federalismo americano, porquanto a suposta unidade nacional, consoante deliberou a *opinion* do juiz Jackson, não deve ser instrumento de perseguição e de desaparecimento de opiniões ou crenças divergentes das majoritárias. Existem outras formas de corroboração do sentimento nacional, não sendo necessário o desrespeito à crença individual das crianças. A segurança nacional não comporta justificativa pela exclusão e ultraje a uma perspectiva íntima e pessoal: a fé.

Para além das *entrenchment clauses*, o espírito constitucional deve ser objeto de averiguação na qualidade de limite às mutações constitucionais, mormente as oriundas da via interpretativa judicial. A Constituição escrita americana de 1787, acrescentada por diversos direitos fundamentais em 1791, tem, como um de seus objetivos, o resguardo da pessoa humana. Nesse âmbito, o Estado, nas ocasiões previstas na Lei Maior, precisa se abster de condutas contrárias ao espírito libertário.

A Constituição escrita auxilia, portanto, na limitação das funções de poder do Estado. O poder político, em si, não se sujeita à divisão faticamente, mas, na seara didática, aceita-se tal reflexão. O espírito da Constituição americana, pois, alberga ideais libertários e de proteção ao cidadão perante o Estado e suas condutas, não obstante, em cada época, a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha manifestado tendência a alguns posicionamentos opostos.

O caso *Barnette*, se comparado com o *Gobitis*, expressa uma valorização à proteção dos pensamentos e da liberdade de religião de grupos minoritários, os quais, nas hipóteses, são representados pelas Testemunhas de Jeová. A interpretação constitucional, pela Suprema Corte, no tocante às emendas já comentadas, alterou-se significativamente. A determinação a que se chega, mediante o detalhamento do limite de fins constitucionais, como um todo, é a de que não houve violação a esse limite. Assim, a suposta mutação constitucional em exame, pela esfera interpretativa, do caso *Gobitis* para o caso *Barnette*, não representa uma mutação inconstitucional. Não houve, portanto, uma mutação inconstitucional, mas sim uma mutação constitucional no plano interpretativo judicial a partir das perspectivas estudadas.

CONCLUSÃO

Portanto, esta dissertação objetivou uma análise, principalmente, relacionada à mutação inconstitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Corte brasileira responsável pelo julgamento de questões constitucionais. No seu conjunto de funções, encontra-se o controle de constitucionalidade, materializado de forma difusa ou abstrata. Os temas submetidos a julgamento, na Casa, despertam, nos Ministros que a compõem, a necessidade de interpretação dos dispositivos constitucionais. Essa interpretação pode ser um mecanismo para a ocorrência de mutação constitucional.

Ante a constatação de que o objeto desta pesquisa abrange a mutação inconstitucional, entendeu-se razoável e necessário o retorno aos conhecimentos iniciais concernentes à mutação constitucional. A fim de que se compreenda a mutação

inconstitucional, revela-se imprescindível o conhecimento do conceito e dos limites da mutação constitucional.

A partir de autores como Laband e Jellinek, primeiros teóricos a se debruçarem, de fato, sobre o tema da mutação constitucional, extraiu-se, da escola de direito público alemã, a perspectiva de que a Constituição não estava sendo modificada formalmente, porém o significado de alguns de seus dispositivos havia se alterado completamente. Essa dissonância entre o texto e o contexto inquietou os aduzidos estudiosos da escola alemã.

Laband realmente revelou o conhecimento embrionário acerca da mutação constitucional, pois percebeu a incongruência entre o texto da Constituição e a realidade circundante. Jellinek, com seu estudo mais atento, produziu o conceito mais difundido, até a atualidade, sobre o fenômeno mutacional. Nesse fenômeno, o texto permanece na maneira descrita pelo poder constituinte, todavia, ocorre uma mudança informal. Não há, logo, qualquer formalidade no processo de mutação. A tensão entre o texto e a realidade, na opinião de Jellinek, produz a alteração informal do texto constitucional.

Diante dessa exposição, o primeiro parâmetro utilizado para a distinção com a mutação constitucional é a reforma da Constituição. Enquanto a mutação dispensa formalidades, manifestadas no processo de alteração constitucional previsto pelo constituinte, a reforma abarca a formalidade e o cumprimento de etapas previstas no interior da Lei Maior. A reforma da Constituição, no caso da Constituição de 1988, viabiliza-se pelas emendas constitucionais e, em determinado momento, foi possibilitada pela revisão, a qual não tem mais cabimento.

As emendas constitucionais, instrumentos de reforma da Constituição, sujeitam-se a um quórum maior, em cotejo com a mudança da legislação ordinária, na medida em que a Constituição de 1988 é rígida. Em função da existência da citada característica, a alteração da Constituição é mais difícil do que a mudança da legislação infraconstitucional. Há, quanto a essas emendas, inúmeros limites, porquanto são produzidas pelo poder constituinte derivado, que deve observância a certos ditames pautados pelo constituinte originário. Um exemplo, para essas restrições, diz respeito ao núcleo fundamental das cláusulas pétreas. Estas estão expressas na Constituição, entretanto cabe, ao intérprete, por via dos métodos tradicionais, a identificação do adunado núcleo essencial mediante balizas específicas.

A mutação constitucional, na contramão da reforma, não apresenta, no texto da Constituição, uma gama de limites. Nesse sentido, o desenvolvimento de seu conceito, com fulcro nos referenciais teóricos mobilizados, tem importância elevada. Em suma, a diferença entre a mutação e a reforma reside nos elementos formal e volitivo. Quanto ao formal, a

explicação decorre da previsão expressa da reforma no texto da Carta Magna. Sobre o volitivo, na reforma, a vontade é do poder constituinte derivado, representante do povo por via de voto direto. Na mutação, dependendo da modalidade analisada, a vontade se dissipa, em regra, nas práticas de órgãos e instituições. É possível a ilação segundo a qual a espontaneidade pode se imiscuir nessas práticas.

A interpretação conforme a Constituição também é passível de confusão com o episódio da mutação constitucional. Na interpretação conforme, o intérprete vislumbra um quadro interpretativo. No quadro, existe um número de interpretações possíveis. No exame dessas possibilidades, o intérprete afasta praticamente todas, restando, somente, a interpretação conforme. As outras interpretações são refutadas e descartadas, ao passo que a interpretação conforme permanece, como pertinente e compatível com a Constituição, no ordenamento jurídico. Na mutação constitucional pela via interpretativa judicial, uma primeira visão identifica uma alteração na perspectiva face ao Direito, enquanto outra demanda uma mudança efetiva da realidade como motor do fenômeno.

Os discursos jurídicos, geralmente, reconhecem a mutação constitucional na mudança interpretativa do Supremo Tribunal Federal acerca de um dispositivo integrante da Constituição. A revisão jurisprudencial, quando se discute a interpretação de um artigo da Lei Maior, engloba, nesses discursos, um sintoma imediato da mutação. Conforme explicado no decorrer desta pesquisa, há, no meio jurídico, a visão de acordo com a qual a revisão jurisprudencial, pela Suprema Corte, a partir da mudança interpretativa de um artigo da Carta Magna, significa uma mutação constitucional. Em consideração a esse ponto de vista, neste trabalho, comentou-se a referida opinião no exame dos casos concretos constantes do último capítulo.

No entanto, o entendimento mais compatível com a teoria da mutação constitucional, pautado nas lições de Laband, Jellinek e Dau-Lin, verifica a mutação como um fenômeno que depende da alteração da realidade para a sua ocorrência. Assim, a alteração de perspectiva do Direito, pelos membros da Suprema Corte, não necessariamente gera uma mutação constitucional. Um exemplo marcante é a mudança de Ministros no Supremo Tribunal Federal. Se a interpretação da Constituição foi modificada desaparelhada de uma mudança na realidade, ou seja, apenas fomentada pela alteração da composição da Corte, não há que se falar em mutação. Nesse caso, houve, simplesmente, uma nova interpretação. A mutação constitucional, portanto, sob essa ótica, demanda uma mudança fática. A comprovação dessa mudança cumpre ao intérprete da Constituição, o qual, mesmo com a ausência de referência à

mutação constitucional, pode demonstrar argumentos aptos à defesa de uma tese que, como consequência, gera um processo informal de mudança da Constituição.

A filtragem constitucional, na doutrina, concatena-se ao reflexo da Constituição na legislação ordinária. O Código Civil, por influência da Carta Magna de 1988, principalmente de seus princípios, modificou-se no aspecto teleológico. A mutação constitucional atinge os dispositivos da Constituição, enquanto a constitucionalização dos demais ramos do Direito afeta o âmago infraconstitucional. A nova ordem constitucional de um Estado soberano abrange os ramos do Direito.

O fenômeno da mutação constitucional apresenta, como ponto essencial, a mudança informal do texto da Constituição. Um conjunto de mudanças, para além do Direito, recorrentemente, é associado ao episódio em tela. No entanto, se a mutação não estivesse delimitada por algumas balizas, reforçar-se-ia a arbitrariedade. Por isso, a teoria da mutação constitucional, sobretudo com fundamento nas lições de Hesse, exige o estabelecimento de restrições, ou seja, de limites quanto à mutação constitucional independentemente da perspectiva adotada.

Em termos de limites à mutação, optou-se pela reflexão de Hesse, relacionada à de Müller e à de Pedra, enquanto referenciais teóricos, visto que, em virtude da teoria estruturante do Direito, o episódio mutacional obteve uma compreensão melhor. A partir de Müller, destacaram-se o programa normativo, o âmbito normativo e a norma de decisão. O programa normativo se relaciona ao texto da Constituição, o âmbito, à dimensão da realidade e a norma, ao resultado de uma análise que compare o programa ao âmbito. Com esteio em uma investigação detida de Hesse, o principal limite, relacionado à mutação, é averiguado, justamente, no texto normativo. Os limites apresentados por Pedra foram examinados, de modo que, pela argumentação desenvolvida nesta dissertação, uma parcela deles foi afastada e outra abarcada enquanto fundamento para a sistematização em apreço. O texto da Constituição e suas possibilidades albergam uma restrição à mutação da Lei Maior.

O texto, dessa forma, serve como baliza para o âmbito do fenômeno mutacional. Denominou-se, nesta dissertação, o presente limite como o de campo textual. Além disso, perante os demais referenciais teóricos, derivou-se o limite dos fins constitucionais, chamados, por alguns autores, de espírito constitucional. No interior do último limite, na corrente pesquisa, constatam-se a supremacia constitucional, os núcleos essenciais das cláusulas pétreas e o espírito constitucional.

A despeito de alguns autores aproximarem a figura da mutação à de poder constituinte, a conclusão a que se chegou, nesta dissertação, foi no sentido de se objetivar uma

relação, entre os fenômenos, com ressalvas. À mutação, assim, não devem corresponder todos os limites construídos doutrinariamente para o poder constituinte originário. A essência dos fenômenos não é a mesma. Isso não impede, porém, a utilização de limites parecidos, como o do núcleo essencial das cláusulas pétreas, cuja aproximação diz respeito ao poder constituinte derivado.

Encerrada a digressão atinente à mutação constitucional e aos seus limites, iniciou-se uma reflexão afeta à mutação inconstitucional e ao seu reconhecimento no ordenamento jurídico. Percebeu-se, nos autores da temática, uma divergência entre a existência dessa mutação e a ocorrência, não de mutação inconstitucional, mas de quebrantamento ou violação da Constituição. A conclusão, manifestada nesta pesquisa, foi no viés da existência da mutação inconstitucional, a qual deve ser verificada nas ocasiões de ultraje aos limites reconhecidos à mutação constitucional.

A mutação inconstitucional externa a violação às balizas constituídas para a mutação constitucional. Se houve violação, não terá deixado de ocorrer uma mutação, mas suas consequências, pautadas em um contexto inconstitucional, acontecerão como se fossem constitucionais. A roupagem, logo, da mutação inconstitucional é a de mutação constitucional. Cabe, aos pesquisadores e aos juristas em geral, a identificação dessas aporias fenomenológicas com o escopo de expurgá-las do ordenamento jurídico.

Por derradeiro, mediante essas constatações teóricas, selecionou-se uma base empírica para fins de sua aplicação. Tal base compreendeu casos concretos julgados por órgãos constitucionais. Houve, inicialmente, uma comparação entre o *Habeas Corpus* 126.292/SP e o *Habeas Corpus* 84.078/MG. Para além de uma perspectiva comparativa entre casos, estudaram-se os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4.335/AC. A Corte Constitucional envolvida, nos casos, foi o Supremo Tribunal Federal. Por fim, com o objetivo de observação breve das realidades dos Estados Unidos, compararam-se os casos de *Gobitis* e de *Barnette*. Nessa situação, a Suprema Corte dos Estados Unidos configurou a Corte Constitucional que julgou os casos. A finalidade do cotejo realizado entre os casos julgados disse respeito à verificação da ocorrência de mutação constitucional. Se confirmada a suposta mutação constitucional, a partir dos limites à mutação, vislumbrou-se identificar se, em verdade, aquelas mutações tratar-se-iam de mutações inconstitucionais.

Na comparação entre os *Habeas Corpus* 126.292/SP e o *Habeas Corpus* 84.078/MG, os quais versam sobre a execução antecipada da pena privativa de liberdade, restou demonstrada a tese de que houve mutação inconstitucional, de acordo com uma das correntes investigadas, tendo em consideração a violação ao limite do campo textual. O artigo

constitucional em comento na ocasião não permitia uma interpretação apartada da literal. Os direitos fundamentais foram submetidos a uma restrição incompatível com a Carta Magna.

A Reclamação 4.335/AC, para além de questões comparativas em torno da verificação da ocorrência de mutação inconstitucional, visou à análise dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, os quais reconheceram a ocorrência de mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição (BRASIL, 1988). Concluiu-se, a partir dos votos, que houve uma confusão no conceito de mutação constitucional, pois esta não corresponde ao processo de substituição de texto, mas de mudança no significado e na amplitude da norma constitucional.

O texto não se modifica, mas há um confronto entre realidade e texto, texto e contexto. Isso não significa que haja a impossibilidade de reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma mutação constitucional, porém, nesse caso, o reconhecimento precisa observar os limites à mutação. Ademais, a própria interpretação judicial, pelo Supremo Tribunal Federal, pode ensejar mutação constitucional, tendo em vista a reconhecida existência da modalidade de mutação constitucional pela via interpretativa judicial.

No cotejo entre o caso de Gobitis e de Barnette, concluiu-se pela ocorrência de mutação efetivamente constitucional e, não, inconstitucional. Isso porque nenhum limite foi violado com a interpretação concedida face à primeira e à décima quarta emendas. A intensificação da perseguição às Testemunhas de Jeová configurou elemento da realidade suficiente para o reconhecimento da mudança interpretativa como mutação constitucional. Além disso, com a nova decisão, a proteção aos direitos de grupos minoritários foi alcançada, fortalecendo a proteção aos direitos fundamentais. Em que pese o objeto da presente dissertação refira-se ao Supremo Tribunal Federal, optou-se pela remissão à Suprema Corte dos Estados Unidos como contraponto ao trabalho hermenêutico desenvolvido na realidade brasileira.

Sustenta-se, ademais, a unificação de nomenclatura acerca da expressão “mutação inconstitucional”. Nesse sentido, com o intuito de evitar uma abrangência exacerbada do instituto, argumenta-se sua seleção somente na hipótese de ultraje aos limites da mutação constitucional pelo plexo interpretativo judicial. Com a precisão técnica da nomenclatura, diversas pesquisas poderão manejar a expressão sob a mesma perspectiva, realizando-se, assim, discussões mais coerentes.

Argumenta-se, pois, pelo estabelecimento de um conceito de mutação inconstitucional limitado à interpretação judicial oposta ao espírito constitucional e às práticas inconstitucionais decorrentes da aludida interpretação.

A hipótese de que é desnecessária a menção, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por escrito, em seus votos, à ocorrência de mutação constitucional para a configuração do fenômeno restou comprovada. Isso porque o episódio mutacional depende de uma mudança na realidade fática e, independentemente de uma menção expressa, a alteração interpretativa em razão de um suporte fático possibilita a sua ocorrência. Em outras palavras, a despeito da possibilidade de os Ministros do Supremo Tribunal Federal escreverem, em seus votos, uma possível materialização da mutação, a menção expressa não configura requisito para a sua formação. Nesse sentido, a consciência, em *Jellinek*, não é requisito para a mutação.

Ademais, outra perspectiva hipotética congruente com o resultado da pesquisa contempla a ideia de acordo com a qual a mutação inconstitucional pode ser conceituada a partir do ultraje aos limites impostos à mutação constitucional. Não se trata apenas de estipular o vício de inconstitucionalidade quanto à mutação, mas de reconhecer possíveis mudanças inconstitucionais perante a realidade fática trazidas com uma interpretação judicial que viole os limites da mutação. É primordial, nesse ínterim, que a comunidade jurídica não se preocupe somente com a suposta roupagem de constitucionalidade da mutação, uma vez que as consequências de uma suposta mutação constitucional – quando, no caso concreto, demonstra-se como inconstitucional – influenciam a realidade fática. Isso significa que a análise referente ao requisito da mudança da realidade fática deve ser utilizado tanto na etapa conceitual da mutação, como também nas etapas posteriores, quais sejam, de efeitos de uma mutação, de fato, inconstitucional.

A hipótese de que há mutação inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro restou confirmada em virtude da aplicação do conhecimento obtido nos *Habeas Corpus* 84.078/MG e *Habeas Corpus* 126.292/SP, na medida em que houve uma redução progressiva a respeito da proteção aos direitos fundamentais. No caso em si, houve violação ao princípio da presunção de não culpabilidade principalmente com base no limite do campo textual a partir de um cotejamento, espelhado em Müller, quanto ao âmbito normativo.

Outro aspecto desenvolvido no decorrer da pesquisa refere-se à perspectiva de que incumbe, aos membros dos Tribunais Constitucionais, no caso concreto, refletir, com fundamento nos limites à mutação, sobre a sua possível ocorrência. O desenvolvimento, como consta na obra de Hesse, de limites densos sobre a mutação permite um caminho de maior segurança jurídica.

O entendimento prévio de que, nos Estados Unidos, não há uma preocupação com a mutação ratificou-se, porquanto, em função das peculiaridades apresentadas na *common law*,

averigua-se a importância da formação jurisprudencial do Direito. Porém, Cappelletti pondera sobre a aproximação entre as famílias jurídicas e tal consideração merece um entendimento segundo o qual é possível que, futuramente, a mutação seja uma tema passível de reflexão nos Estados soberanos marcados pela tradição da *common law*.

A partir da ótica de mutação estudada, os precedentes analisados nos Estados Unidos como um exemplo de mutação constitucional, até mesmo reconhecida genericamente por autores brasileiros, como Barroso, possibilitaram um exame de efetiva mutação constitucional pautada na realidade, tendo em vista o momento histórico investigado e as consequências da primeira decisão prolatada quanto ao tema. Com o entendimento mais recente, o direito à liberdade religiosa foi garantido.

A pesquisa, mediante um aprofundamento das hipóteses, portanto, contribuiu, também, no viés de expressar as diferentes perspectivas acerca da mutação na comunidade jurídica. Mesmo as óticas reputadas atécnicas foram estudadas com o propósito de visualização do ultraje aos limites impostos à mutação, a qual, mesmo decorrente de uma alteração na realidade, precisa se submeter à integridade do ordenamento jurídico.

O caminho da mutação inconstitucional, portanto, decorre de ultraje a balizas colocadas opostamente à arbitrariedade e à subjetividade extremada do intérprete. O presente trabalho visou ao entendimento segundo o qual as mutações constitucionais acontecem no ordenamento brasileiro, o elemento da dissonância entre a realidade e o texto deve ser considerado como fundante do fenômeno e é possível a existência de mais mutações inconstitucionais além do caso analisado nesta dissertação. Cumpre aos pesquisadores e aos juristas o exame constante acerca da existência de mutação inconstitucional no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The living Constitution. **Harvard Law Review**, n. 7, p. 1737-1812, mai. 2007. Disponível em: < <https://harvardlawreview.org/2007/05/the-living-constitution/>>. Acesso em: 8 out. 2018.

ALBERT, Richard. Constitutional Handcuffs. **Arizona Law State Journal**, n. 42, p. 664-715, jan. 2010. Disponível: < <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1509&context=lsfp>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

ANDERSEN, William F. Constitutional Law: Due Process: Freedom of Religious and Conscience: Compulsory Flag Salute. **Michigan Law Review**, v. 39, n. 1, p. 149-152, nov. 1940. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1282924?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 4 jan. 2019.

ARAÚJO, Anarda Pinheiro; SAMPAIO, Jéssyca Figueiredo. O fenômeno da modificação informal da Constituição: a mutação por interpretação constitucional. **Revista Controle**, v. 10, n. 2, p. 261-281, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6167735>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das “Capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. **Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI: v.2**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ARZATE, Enrique Uribe; ESQUIVEL, Grisel Alejandra Correa. Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional. **Revista de Derecho de la Universidad del Norte**, n. 38, p. 196-224, jul /dez. 2012.

AVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutações constitucionais e proibição de discriminação por motivo de sexo. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 21-47, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17987>>. Acesso em: 18 out. 2018.

BACHELARD, Gaston. **Epistemologia**. Lisboa: Edições 70, 2010.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2009.

BARRETO, Lara Gomes Macedo. **Contribuições aos limites da mutação constitucional sob a perspectiva da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller**. UFES, 2018.

120 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, p. 31-63, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.). **Metodologia da pesquisa em Direito**. Caxias do Sul: EDUCS, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator: Min. Eros Grau, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional 4335/AC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, p. 507-526, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24325/23096>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BUFULIN, Vinicius Castrequini. Controle de constitucionalidade em face da mutação constitucional e da mutação legal. **Scientia Iuris**, v. 8, p. 447-470, 2004. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11147>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, p. 25-43, 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176380>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: L.G.D.J., 1976.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. **Revista Sequência**, n. 57, p. 95-114, dez. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2008v29n57p95/13640>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. Mutações hermenêuticas e coisa julgada na jurisdição constitucional: os limites da mutabilidade do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, n. 3, p. 267-277, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.06>>. Acesso em: 11 set. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. 134 p.

CARDOSO, Guilherme Moraes. **Mutação Constitucional:** análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4335-5/AC. UNIVEM, 2014. 151 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**. 2015, p. 183-206. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5839961>>. Acesso em: 3 ago 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A teoria constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-53.

CORTUCCI, Andréa Mancine. **Mutação constitucional, entre a interpretação e a Justiça Constitucional**. PUC-SP, 2016. 167 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

DANZIG, Richard. Justice Frankfurter's Opinions in the Flag Salute Cases: Blending Logic and Psychologic in Constitutional Decisionmaking. **Stanford Law Review**, v. 36, n. 3, p. 675-723, fev. 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1228720.pdf?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 5 jan. 2019.

DAVIDSON, James West. **Uma breve história dos Estados Unidos**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: IVAP, 1998. 183 p.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Minersville School District v. Gobitis**, 310 U.S. 586 (1940). Justia. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/586/>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. **West Virginia State Board of Education v. Barnette**, 319 U.S. 624 (1943). Justia. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutações, reforma e revisão das normas constitucionais. In: Clémerson Merlin Cléve e Luis Roberto Barroso. (Org.). **Direito Constitucional: Doutrinas Essenciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 765-794.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015. 280 p.

FRIEDMAN, Barry. (1993). Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, V. 91, 577-682.

GARCIA, Emerson. **Interpretação constitucional**: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos**. In.: GARGARELLA, Roberto. Por uma justiça dialógica. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

GONÇALVES, Antônio Armando Freitas. **Possibilidades e limites das mutações informais da Constituição**: o caso da perda do mandato parlamentar na ação penal 470. UFC, 2016. 128 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. Reforma, Mutación y... Quiebra Constitucionales. II Jornadas Sobre Reforma de la Constitución. **UNED**, Barbastro, n. 19, p. 295-310, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição** (Die Normative Kraft der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1991. 34 p.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, n. 188, p. 14-35, abr./jun. 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45104>>. Acesso em: 3 set. 2018.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 96, p. 69-86, jul. 2013.

LANÇA, João André Alves. **Mutação constitucional**: fundamentação e limites à luz da hermenêutica filosófica e da teoria estruturante do direito. UFMG, 2014. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

LEITE, Glauco Salomão. **Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**: do guardião da Constituição ao diálogo institucional. 2014. 218 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

LIERN, Göran Rollnert. La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 101, p. 125-155, mai /ago. 2014.

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**, n. 62, p. 275-303, jan./jun. 2013.

MACIEL, Silvio Luiz. **Interpretação conforme a Constituição**. PUC-SP, 2008. 176 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MEINBERG, Marcio Ortiz. **Direitos fundamentais e mutação constitucional**. PUC-SP, 2014. 140 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. v. 1. 272p.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. 1. ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007. v. 1. 232p.

MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva. 2011.

MENDES, Conrado Hübner. Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. **Florida Journal of International Law**, v. 17, p. 449-461. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade na Alemanha. **Revista de Direito Administrativo**, n. 193, p. 13-32, jul./set. 1993. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45768/47095>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Luís Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. 216 p.

MORAES, Guilherme Peña de. Constitucionalismo brasileiro: Passado, Presente e Futuro da Constituição Cidadã. In: **30 anos da CF e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais especialmente com base na teoria estruturante do Direito. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 7, p. 315-327, 2003. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/761502.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2019.

OLIVEIRA, Larissa Pinha de. **Parâmetros hermenêuticos de mutação constitucional**. PUC-RJ, 2011. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: Idem. Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia

jurídica. **Letra Legal**. 2004, p. 137-167. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em: 07 ago 2018.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da mutação constitucional**: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização. 2009. 328 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. O julgamento da Reclamação nº 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 207, p. 213-237, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515195/001049179.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. **Revista de Direito do Estado**, n. 13, jan./mar. 2009.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **A vinculação nas decisões de controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal**. 2013. 238 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

REGINATO, Karla Cristine; Battezzini, Andy Portella. A concretização do princípio constitucional da igualdade nas uniões homoafetivas sob a perspectiva da teoria estruturante de Friedrich Müller. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas**, v. 4, n. 2, p. 57-74, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://revista.fisul.edu.br/index.php/revista/article/view/46/45>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

REYNOLDS, Carl. Minersville School District v. Gobitis. **Brigham Young University Prelaw Review**, v. 12, p. 71-81, 1998. Disponível em: <<https://scholarsarchive.byu.edu/byuplr/vol12/iss1/7>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SACCHETTO, Thiago Coelho. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. **Revista Eletrônica de Direito Público**, v. 2, n. 1, p. 123-140, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publica.pt/volumes/v2n1/pdf/Vol.2-N%C2%BA1-Art.07.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 2, p. 597-614, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v10n2/1808-2432-rdgv-10-2-0597.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, n. 1, p. 80-91, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.08>>. Acesso em: 20 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do TST**, Brasília, vol. 75, n. 3, jul/set 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 5, n. 20, p. 145-165, 2007. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/458>>. Acesso em: 1 jan. 2019.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Algumas reflexões críticas sobre a tese da “abstrativização” do controle concreto de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). **Seqüência**, n. 75, p. 79-104, abr. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n75/0101-9562-seq-75-00079.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. Mutaciones Constitucionales. Tradução de María del Pilar Hernández. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 1, jul /dez. 1999.

SILVA, Ricson Moreira Coelho da. **A mutabilidade das normas constitucionais e os limites de atuação do juiz**. USP, 2014. 119 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. São Paulo: Malheiros, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-Interpretacao_e_sincretismo.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **UNOESC**, v. 17, n. 3, p. 721-732, set. /dez. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. Mutação constitucional como evolução normativa ou patologia constitucional? Tempo e Direito à luz da hermenêutica filosófica. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 433-474, 2017. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/87>>. Acesso em: 1 nov. 2018.

TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Estudo da concretização da norma jurídica de direito social no Estado brasileiro, sob a ótica de Müller e Alexy. **Revista Centro de Estudos Judiciários**, n. 64, p. 13-19, set. /dez. 2014. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1877/1853>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 58, p. 105-135, jan /abr. 2000.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VECCHI, Cristiano Brandão. **Mutação constitucional**: a origem de um conceito problemático. PUC-RJ, 2005. 148 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

WIECEK, William M. **The Birth of the Modern Constitution**: The United States Supreme Court, 1941-1953. New York: Cambridge University Press, 2006.