



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



Linha de Pesquisa:

Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional

Tema:

Mutação constitucional: da promessa de Guarda à “Supremocracia”

Carlos Victor Nascimento dos Santos

Rio de Janeiro, fevereiro de 2013.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos.

Mutação constitucional: da promessa de guarda à “Supremocracia”.
Niterói, RJ, 2013.

Dissertação de mestrado – Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito
Constitucional da Universidade Federal Fluminense – UFF.

Orientador: Marco Antônio Macedo.

1. Mutação Constitucional; 2. Supremo Tribunal Federal; 3. *Design*
Institucional; 4. Realidade Social; 5. Legitimidade Democrática.

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

CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS

**Mutação constitucional:
da promessa de guarda à “Supremocracia”**

Rio de Janeiro, fevereiro/2013.



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



CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS

**Mutação constitucional:
da promessa de guarda à “Supremocracia”**

Dissertação de Mestrado, sob orientação do Prof. Dr. Marco Antônio Macedo, apresentado a UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito Constitucional.

Rio de Janeiro, fevereiro/2013.



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



Título do trabalho:

**Mutação constitucional:
da promessa de guarda à “Supremocracia”**

Elaborado por: CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS

Dissertação de Mestrado, sob orientação do Prof. Dr. Marco Antônio Macedo, apresentado a UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito Constitucional.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: Marco Antônio Macedo.

Nome do examinador 1: Helena Elias Pinto – UFF.

Nome do examinador 2: Rodrigo Brandão – UERJ.

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Nota final: _____.

Rio de Janeiro, fevereiro/2013.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que iluminou e abençoou a minha vida de forma inenarrável.

Agradeço também aos meus pais e minha irmã, por todo o apoio, presteza, paciência, carinho e dedicação a mim que, mesmo em diversos momentos estando distante deles, souberam compreender e apoiar, torcer e vibrar em cada curto passo dado em minha vida, sempre transformando cada momento como único e inesquecível. Amo vocês!

Não poderia deixar de agradecer aos grandes amigos que conquistei nesta caminhada que, além de esperar e confiar que sejam eternos, souberam ter a cumplicidade e companheirismo que se espera de uma verdadeira amizade, quer seja nas brincadeiras constantes ou nos momentos mais delicados, em que se verifica o valor real da amizade. Agradeço enormemente os meus amigos, em nome de Gabriel Borges, Izabel Nuñez, Paulo Augusto Franco, Fábio Ferraz, Leonardo Sato, Fernando Fontainha, Cristiane Lopes e Daniel Moraes.

Ao professor Marco Antônio Macedo, pela exemplar orientação; aos Professores Diego Werneck Arguelhes e Fernando de Castro Fontainha, por todo apoio, paciência, solidariedade e constante ajuda nos momentos mais conflituosos desta caminhada que apenas se inicia; e a todos aqueles que contribuíram de forma direta ou indireta à realização deste trabalho, com sugestões, críticas, discussões etc., os meus mais sinceros agradecimentos.

Por fim, e parafraseando Albert Einstein, *“Agradeço todos aqueles que me disseram não. Foi por causa deles que eu fui lá e fiz.”*

RESUMO

O objetivo do presente estudo é demonstrar uma dissociação entre o significado da expressão “mutação constitucional” dada pela doutrina e os usos e sentidos dados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Para analisar tal questão, procedeu-se (a) a uma contextualização do surgimento da expressão e os consequentes estudos feitos por autores clássicos, (b) o apontamento de um caminho possível à chegada da discussão no Brasil, além de como a doutrina brasileira lida com o tema, e (c) um mapeamento jurisprudencial que indicasse os diferentes usos e sentidos dados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal à expressão investigada. Feita a pesquisa, identificou-se uma variedade de usos a uma mesma expressão, capaz de indicar os mais diversos sentidos; sendo identificada, no presente estudo, como uma das possíveis consequências à inexistência de um método hábil ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional. Comparando os sentidos dados à expressão pelos Ministros do Supremo e algumas situações que poderiam ser consideradas uma mutação constitucional com o referencial deixado pela doutrina, percebeu-se que o Supremo Tribunal Federal está afastado do debate clássico e, portanto, fazendo um uso ilegítimo da expressão. Partindo da premissa de não existir um método capaz de atestar o reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional, e considerando os estudos desenvolvidos pela doutrina, são destacadas algumas observações necessárias ao uso legítimo da expressão - como a constatação empírica, por exemplo. Por fim, a mudança do *design* institucional do Supremo Tribunal Federal é apontada com uma das possíveis consequências ao uso ilegítimo da expressão, demonstrando uma ampliação da atuação e competência do tribunal por meio das próprias decisões, podendo representar grandes mudanças na democracia constitucional brasileira.

Palavras-Chave: mutação constitucional; Supremo Tribunal Federal; *design* institucional.

ABSTRACT

This thesis aim is to show the contrast between the “constitutional mutation” doctrinal meaning and the way that the Brazilian Supreme Court justices use this technique. To study it, I (a) contextualized the expression appearance and the classical studies about it; (b) identified how the debate arrived in Brazil and how the doctrine deals with it; (c) mapped the jurisprudence that indicated different usage and senses the Brazilian Supreme Court Justices associate to the expression. After that, I identified a variety of uses associated to this expression, which shows the difficulty to determine a method to recognize the constitutional mutation. Comparing the different meanings this expression has, I discovered that the Brazilian Supreme Court is far away from the classical debate and has been using the expression in a wrong way. As I consider there are no good methods to recognize the constitutional mutation, and also considering the research developed by the doctrine, I bring to light some characteristics to the expression use, based on empirical research, for example. At last, the institutional design changes, inside the Brazilian Supreme Court, is showed as a consequence of the expression legitimate use, showing an expansion on its performance and its competence, by its own decisions production, and also demonstrates big changes in Brazilian constitutional democracy.

Key-words: constitutional mutation; Supreme Federal Court; institutional design.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade
Adin – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais
Ag - Agravo
AI – Agravo de Instrumento
Ag.Reg. AI – Agravo Regimental em agravo de instrumento
Art. – Artigo
DJU – Diário de Justiça da União
HC – *Habeas Corpus*
Min. – Ministro
MP – Ministério Público
Rcl. – Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
Rel. – Relator
Res. – Resolução
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJ – Tribunal de Justiça
TRT – Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO | 13 |
| 1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: DA CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA À IMPORTAÇÃO DA IDEIA PELO DIREITO BRASILEIRO | 17 |
| 1.1. Breve panorama da mutação constitucional no Direito brasileiro | 25 |
| 1.2. Contexto de surgimento e debate travado por autores tradicionais acerca da mutação constitucional | 32 |
| 2. TRANSFORMAÇÕES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 45 |
| 2.1. Apontamentos metodológicos | 46 |
| 2.2. Mapeamento jurisprudencial da expressão “mutação constitucional” no Supremo Tribunal Federal | 48 |
| 2.3. Observação do comportamento do Supremo Tribunal Federal no uso e reconhecimento da mutação constitucional | 56 |
| 2.4. A mutação constitucional refletida nos comportamentos judiciais e extrajudiciais | 70 |
| 2.5. Os diferentes movimentos surgidos na Corte Constitucional brasileira em relação à mutação constitucional | 72 |
| 3. AS POSSÍVEIS MUDANÇAS DE COMPORTAMENTO POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DO USO ILEGÍTIMO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL | 75 |
| 3.1. Diferenças significativas entre os processos formais e informais de mudança da Constituição | 76 |
| 3.2. Confrontando a mutação constitucional com algumas categorias jurídicas | 78 |
| 3.3. Pressupostos necessários ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional: da ausência de um método à utilização da empiria | 88 |
| 3.4. A legitimidade democrática dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no uso da expressão “mutação constitucional” | 96 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 103 |
| REFERÊNCIAS | 107 |
| ANEXO | 111 |

LISTA DE FIGURAS

| | |
|-----------------|-----------|
| Figura 1 | 49 |
| Figura 2 | 50 |
| Figura 3 | 52 |
| Tabela 1 | 56 |
| Tabela 2 | 58 |

INTRODUÇÃO

O sistema constitucional brasileiro vem passando por constantes modificações após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Há uma clara ampliação à proteção aos direitos e garantias individuais, como a criação de instrumentos jurídicos que possibilitem a sua efetivação - mandado de injunção, por exemplo. Além disso, é feito o estabelecimento de um sistema de controle misto de constitucionalidade, permitindo-se uma ampliação de acesso ao Supremo Tribunal Federal por meio de demandas individuais discutidas em sede recursal. Isto é, somadas à função de Corte Constitucional, há também o exercício da função de um Tribunal de Recursos que envolvam temas de Direito Constitucional. Com o objetivo de atribuir maior eficácia às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a Reclamação é tida como um instrumento de denúncia dos Tribunais brasileiros que desrespeitem a jurisprudência do Supremo Tribunal.

Referente ao controle concentrado de constitucionalidade, surgiram novas figuras como: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, responsável por discutir a constitucionalidade de lei ou ato normativo que tenha efetivamente entrado em vigor antes da promulgação da Constituição de 1988, além de ter sido jurisprudencialmente considerado o instrumento idôneo à discussão de constitucionalidade de leis municipais; e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, responsável por determinar o fim de possíveis controvérsias acerca da constitucionalidade de determinado lei ou ato normativo que tenha sido amplamente discutido nos Tribunais. Ainda no controle concentrado de constitucionalidade, a ampliação do rol de legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade tornou-se um grande marco ao superar o monopólio da propositura que cabia ao Procurador-Geral da República antes da Constituição de 1988.

Sem adentrar nas mudanças institucionais, que serão brevemente citadas no capítulo adiante, o fortalecimento da Democracia proposto pela Constituição Federal de 1988 permitiu uma expansão do Poder Judiciário no Brasil, concedendo-lhe força

inclusive para julgar atos do Poder Público, competência que sofria grandes ingerências do Poder Executivo antes de 1988. A redefinição do papel de cada um dos Poderes da República garantiu ao Poder Judiciário, além de uma ampliação de sua competência, maior visibilidade no cenário nacional. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, é atualmente uma das instituições mais conhecidas e respeitadas pela sociedade civil brasileira, o que não ocorria antes da promulgação da Constituição de 1988.

Em poucos anos de promulgação da Constituição, foi possível notar grande modificação da Jurisdição Constitucional brasileira que, a partir do amplo acesso ao STF e a credibilidade da instituição, permitiu que o órgão máximo do Poder Judiciário decidisse cada vez mais demandas que influenciariam diretamente na vida do cidadão. E, nas palavras do Min. Celso de Mello, por dotar do “monopólio da última palavra em interpretação constitucional”, o órgão responsável por guardar a Constituição, em pouco tempo, estava legitimado a decidir questões comuns da vida civil.

A referida ampliação do campo decisório permitiu que o Supremo Tribunal Federal passasse a utilizar em demasia a via interpretativa, passando em pequeno decurso de tempo a ser reconhecido o seu ativismo jurisprudencial. Essa modificação tanto da construção quanto dos efeitos da jurisprudência constitucional brasileira concedeu novo olhar ao Supremo Tribunal, que poderia estar ampliando a sua atuação e competência por meio das próprias decisões proferidas, podendo-se inclusive alegar a criação e desenvolvimento de um “direito constitucional dos tribunais”.

Por se tratar de um órgão não legislativo e, portanto, não competente para ampliar a sua forma de atuação e competência no cenário jurídico nacional, alguns questionamentos foram levantados em relação (i) a condução, e construção argumentativa dos debates travados no STF (ii) e do resultado prático das suas decisões. A doutrina constitucional brasileira, então, no afã de desenvolver estudos acerca do comportamento político do Tribunal começou a observá-lo mais atentamente e a questionar as discussões jurídico-constitucionais que tramitavam na Corte, como: a ausência de profundidade das discussões, argumentos de cunho

cada vez mais político etc. Mas, uma das críticas que chama bastante atenção é a do Supremo Tribunal Federal manipular conceitos jurídicos de modo a utilizá-los à ampliação de sua própria competência. E diante de um cenário em que a Corte Constitucional, a partir das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e da mudança de sua atuação perante a sociedade civil brasileira, buscava uma reafirmação da sua legitimidade democrática, buscando (re)definir suas capacidades institucionais, surge a discussão acerca da mudança da Constituição por processos informais, materializada na figura da mutação constitucional.

Percebendo a importância da discussão no cenário jurídico nacional, o tema foi escolhido para a realização de um pequeno estudo a seu respeito. Apesar de ser uma discussão iniciada no Brasil anos antes, o tema só adentra a Corte Constitucional em 2001, na ADI n.º 1.484/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, em que foi discutida a possibilidade de ocorrência de uma mutação do texto constitucional devido à inércia do Poder Público. Em se tratando de uma recente discussão nos tribunais e doutrina, é identificada a necessidade da compreensão correta do conceito atribuído à expressão “mutação constitucional”, tendo em vista as consequências do seu uso ilegítimo. Como o Direito brasileiro tem por hábito a importação de ideias e conceitos sem ao menos fazer um estudo mais sistemático acerca de sua abrangência, limites etc., o presente estudo pretende propor a utilização de uma metodologia simples de compreensão e utilização de conceitos jurídicos:

Em um primeiro momento, será buscada a identificação do contexto de surgimento da mutação constitucional para, posteriormente, compreender o processo pelo qual se deu a importação de sua ideia ao Direito brasileiro. Após, será feito um mapeamento jurisprudencial a fim de esclarecer como o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal e que usos e sentidos os seus Ministros lhe atribuem ao proferir decisões. Estabelecidos os usos e sentidos dados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal à expressão “mutação constitucional”, será estabelecido um marco distintivo de investigação do presente tema: a dissociação entre o significado da expressão e o cumprimento da função que ela é capaz de exercer no Direito brasileiro. Conforme poderá ser notado nas páginas seguintes, foram identificados diversos usos e sentidos a uma mesma expressão, o que não é

incomum no Direito brasileiro. Posteriormente, será apresentada uma metodologia compreensiva da ocorrência de uma autêntica mutação constitucional, em que serão dispostos alguns pressupostos necessários ao seu uso legítimo.

De forma mais detalhada, no primeiro capítulo será apresentado o contexto de surgimento da mutação constitucional, com a evolução conceitual desenvolvida pela doutrina tradicional e a indicação de um possível caminho que tenha permitido que a discussão chegasse ao Brasil. Ao final do primeiro capítulo é feita uma distinção básica estabelecida pela doutrina entre a mutação constitucional e a Reforma da Constituição. No capítulo seguinte, é feito um mapeamento jurisprudencial que tem por objetivo desvendar os possíveis usos e sentidos dado à expressão investigada, possibilitando (i) a identificação de diferentes movimentos existentes na Corte acerca do desenvolvimento de uma mesma ideia e (ii) demonstrando diferenças significativas entre o conceito estabelecido pela doutrina e o uso efetivo da expressão investigada. Por fim, é feita uma abordagem capaz de demonstrar o que não é uma mutação constitucional, passando à discussão se a expressão compõe ou não uma categoria da hermenêutica jurídica, de modo a destacar a irrelevância prática da sua categorização; sugerindo, então, a discussão de como as instituições, diante das capacidades que possuem, devem interpretá-la, em comparação à discussão que tramita em torno tão somente do processo interpretativo

1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: DA CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA À IMPORTAÇÃO DA IDEIA PELO DIREITO BRASILEIRO

A promulgação da Constituição de 1988, sendo responsável por regular a vida social, organizar o Estado, promover a garantia dos direitos fundamentais, além de estabelecer uma independência e proporcionar uma harmonia entre os Poderes da República, resultou de um histórico processo de redemocratização da sociedade brasileira, estabelecendo já em seu artigo 1º a instauração de um Estado Democrático de Direito. O destaque ao “Democrático” deve ser atribuído às consequências geradas pela implantação do Governo Militar que, sob o fundamento também da instauração de um “Governo Democrático”, antecedeu a Constituição de 1988. E o Governo Militar que perdurou de 1964 a 1985 foi responsável por significativas mudanças no Estado brasileiro ao não dar efetividade a alguns direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, por exemplo; erigir a segurança nacional como valor supremo do Estado; restringir a estabilidade e vitaliciedade dos magistrados; facilitar o processo de modificação material da Constituição (Emendas Constitucionais); e ampliar os poderes legislativos do Presidente, inviabilizando os seus atos ao controle judicial.

O período de Ditadura Militar ocorrido no Brasil representa o defendido por Ferdinand Lassale ao se referir que a Constituição de um país não deve se resumir a mera folha de papel. Em discurso proferido na segunda metade do século XIX, Lassale defende a necessidade de conhecermos e definirmos a Constituição a partir de um método próprio, que consiste em comparar o seu objeto de análise com objetos semelhantes (Constituição e lei, por exemplo) a fim de traçar as diferenças básicas que lhes definem. A partir de tal análise, Lassale identifica na Constituição uma força ativa, eficaz, capaz de atingir a todos, fundamentando-se neles próprios, sendo o principal fator de diferenciação entre ela e as demais leis. Defende ainda ser a sociedade regida por fatores reais e efetivos de poder, que em suas palavras: *“são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas*

são.¹” A soma destes fatores, resultariam na Constituição de uma Nação para Lassale. O interessante da construção feita pelo autor se refere aos fatores reais de poder enquanto não escritos na Constituição, aos quais representariam a força que conduziria a regulação da vida social, criando possibilidades de criação de leis, instituições jurídicas etc. Após serem incorporadas ao papel, se tornariam direitos. Diante deste cenário, o autor passa a defender que a Constituição não deve se resumir a meras folhas de papel, mas a uma força ativa e eficaz que estabeleceria a ordem e conduziria a regulação da vida social. A Constituição, segundo Lassale, precisaria também ser efetiva.²

A perspectiva acima nos indica a necessidade de aproximação constante da Constituição com a realidade social ao qual está inserida. Para Lassale, a Constituição seria o seu reflexo. Há autores que discordam deste pensamento, como Konrad Hesse, que defendeu que graças ao caráter normativo da Constituição, não deveria ela representar tão somente a expressão da realidade de social de cada momento. Na visão de Hesse, a Constituição possui uma força normativa, com conteúdo conformador e pretensão de eficácia, não devendo apenas ficar a mercê do acompanhamento da realidade social. Daí decorre o método concretizador, hipótese em que a norma dotaria do status de elemento primário do processo interpretativo e se iniciaria com a atribuição de significados aos enunciados propostos pelo “ser” e “dever ser” presentes na norma constitucional.³

¹ LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1998, p.10-11.

² Segundo Lassale: “Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.” (LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1998, p.40)

³ “La Constitución jurídica viene condicionada por la realidad histórica. La Constitución no puede ignorar las circunstancias concretas de una época, de forma que su pretensión de vigencia sólo puede realizarse cuando toma cuenta dichas circunstancias. Pero la Constitución jurídica no es sólo expresión de la realidad de cada momento. Gracias a su carácter normativo ordena e conforma a su vez la realidad social y política. De esta coordinación correlata entre ser y deber ser se derivan las posibilidades y, al mismo tiempo, los límites de la fuerza normativa de una Constitución.” (HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 75)

Do debate acima mencionado, decorre a necessidade de correspondência mínima entre a Constituição escrita e a realidade social. Como instrumento que servirá de guia ao comportamento social, a Constituição, além de possuir elementos trazidos de um debate público daqueles que legitimamente estão propondo o seu texto, também representa valores de uma sociedade e Estado que minimamente se encontram em um processo de transição política e (nova) ordenação social. A Constituição, então, de acordo com observações feitas por Heinheart Koselleck⁴, traçaria um marco representativo tanto de experiências sociais e políticas estabelecidas nos textos jurídicos que a antecedem, como expectativas acerca do estabelecimento de uma nova ordem social e política. Isto é, a Constituição representaria o passado de uma sociedade já fundada sob determinados valores que anseia por significativas mudanças principalmente em sua estrutura política.

No Brasil, é possível dar sentido a esta observação se nos atentarmos às mudanças trazidas pela Constituição de 1988, que não se apresentam tão somente na ampliação do rol de direitos fundamentais e na alegação de uma força normativa das normas constitucionais, mas também na consolidação de um sistema misto de controle de constitucionalidade; na criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, da Reclamação e do Mandado de Injunção; no aumento das possibilidades do Supremo Tribunal Federal se manifestar acerca da constitucionalidade de atos do Poder Público; na ampliação do rol de legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade; na extensão dos efeitos da decisão do STF aos órgãos administrativos (EC n.º 03/93); e criação da súmula vinculante e repercussão Geral (EC n.º 45/2004). Além disso, a Constituição de 1988 reestabelece o sistema de governo presidencialista com um sistema eleitoral proporcional com lista aberta, torna o federalismo mais forte (em relação às suas capacidades administrativas e fiscais), estabelece uma separação maior entre as atribuições do Executivo e Legislativo, fragmentando mais o poder político etc.

⁴ KOSELLECK, Heinheart. Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006.

A partir de tais eventos (jurídicos e institucionais), iniciou-se uma mudança na ordem constitucional brasileira, capaz de representar um momento de reflexão da sociedade, inclusive acerca das mudanças de concepções políticas que as suas instituições vêm sofrendo principalmente após a promulgação da Constituição Federal. O evento pode ser facilmente notado pelos constantes debates que se tem gerado sobre o desenho institucional de alguns órgãos de determinados Poderes da República, dentre eles, um dos que mais tem chamado atenção é o Supremo Tribunal Federal. Por se tratar do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, e dotar de novas competências a partir da Constituição de 1988, o STF passou a ser objeto de estudo sob o enfoque de sua atuação e competência.

Por se tratar de uma Constituição analítica, o texto constitucional brasileiro, repleto de signos linguísticos abertos, foi e é centro de grandes debates. Nos dez anos da Constituição, muito se discutia, por exemplo, acerca do grande número de emendas constitucionais que poderiam tê-la descaracterizado devido à necessidade de implementação dos planos de governo dos governantes brasileiros. A discussão sobre o STF não se tinha fundado ainda no impacto das decisões que proferia talvez pelo tempo necessário de maturação de que a Constituição necessita. Neste período, as maiores discussões tramitavam em torno da mudança de atuação do STF diante das novas competências que adquirira na Constituição de 1988. Passando a ter um volume cada vez mais crescente de processos, a função exercida como um “tribunal de recursos” passou a ser amplamente discutida no sentido de identificar mecanismos capazes de frear este tipo de atuação, principalmente por causa da inflação de processos.

A questão acima é interessante para demonstrar que o desenho institucional do STF, a partir da Constituição Federal de 1988, permitiu o seu acesso irrestrito a demandas que versavam principalmente sobre questões de fato. E, sendo órgão máximo do Poder Judiciário, ao se manifestar sobre elas, suas decisões passavam a dotar de autoridade condutora de consolidação de entendimentos sobre tais questões. Pouco tempo depois, nos quinze anos de Constituição, a discussão

passou a ser a necessidade de realização de uma Reforma do Poder Judiciário⁵. O objetivo era criar mecanismos que pudessem atribuir maior celeridade na apreciação das demandas, além de frear o acesso de determinados casos no STF. O que se justifica por se tratar de órgão especializado em tratar de demandas constitucionais, e não de análise de casos concretos.

Por outro lado, foi percebido que o Supremo Tribunal Federal estava proferindo decisões que versavam sobre a análise de casos concretos cujo impacto repercutia em todos os demais órgãos do Poder Judiciário. A partir disso, já nos vinte anos de Constituição de 1988, muito se discutiu acerca dos métodos interpretativos de resolução de controvérsias utilizados pelos Ministros do Supremo na apreciação de demandas que trouxessem questões constitucionais de grande repercussão. Atualmente, o processo de tomada de decisão e os efeitos produzidos pelas decisões acima descritas estão sendo o grande cerne das discussões sobre o STF. Muitos passaram a fazer um estudo um pouco mais sistemático do Supremo Tribunal Federal a partir de uma leitura de sua jurisprudência. E no tocante a este respeito, tem sido inegável que o estudo de casos demonstra a forma de atuação do Supremo Tribunal, seu comportamento político etc. Por tais motivos, estudos de casos têm se tornado cada vez mais constante na ordem constitucional brasileira.

Próximo de completarmos vinte e cinco anos sob a égide de uma nova Constituição, o cenário jurídico desenhado por ela ainda provoca grandes debates. Produto também de um processo de redemocratização do Estado brasileiro, a Constituição de 1988 passou a ser reconhecida não só pelos motivos anteriormente expostos, mas também pelo *design* institucional sugerido por ela. Para tanto, a Constituição Federal mudou significativamente o âmbito de atuação e competência do Poder Judiciário brasileiro, que passou a se tornar ainda mais notório devido o fortalecimento de seus órgãos - principalmente do Supremo Tribunal Federal, e o poder e a discricionariedade decisória concedida aos magistrados. Dentre outras conseqüências, tal postura gerou um maior ativismo da Corte Constitucional, que

⁵ Apesar da necessidade de um tempo de maturação da Constituição, já em 1993 foi proposta uma Emenda Constitucional para reformar o Poder Judiciário, sofrendo várias mudanças até se tornar Emenda Constitucional em 2004 (EC n.º 45/2204 – A reforma do Judiciário).

passou a extrair da força normativa da Constituição, comandos que demonstrassem consideravelmente um aumento de sua competência.

A partir do processo acima, em poucos anos, o Direito Constitucional brasileiro se viu cada vez mais próximo de uma hermenêutica própria, capaz de identificar e utilizar métodos específicos de interpretação, integração (aqui entendido como preenchimento de lacunas) e aplicação do Direito; capazes de demonstrar a ampliação e discricionariedade no campo decisório dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, além do considerável aumento de seus poderes. São exemplos de teses jurídicas que demonstram alguns desses fenômenos: a utilização da interpretação conforme a Constituição, declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, preenchimento de lacuna legislativa na hipótese de inconstitucionalidade por omissão, mutação constitucional das normas etc.

Com a expansão do Poder Judiciário no Brasil, promovida pela Constituição Federal de 1988, os aplicadores do Direito ganharam mais liberdade no campo decisório, podendo se aproximar de outros campos do saber para julgar, como a moral, política, economia, filosofia etc.. A aproximação dos magistrados com outros campos do saber colaborou ao aumento de percepção da realidade social, fazendo com que ao julgar casos difíceis, se utilizassem dessa fundamentação maximalista de diálogo com outros saberes, estabelecendo mecanismos de legitimação a este processo, como as audiências públicas - que permitem que diferentes grupos de interesse se manifestem sobre a causa discutida. Como exemplo, é possível citar o caso das células-troncos⁶, em que se buscou auxílio a conhecimentos biológicos, científicos, religiosos etc.. A maior aproximação do julgador com a sociedade contribuiu também a um aumento da sua sensibilidade na condução de casos difíceis, fazendo com que se utilizasse das técnicas disponibilizadas pela hermenêutica para interpretar o direito, preencher algumas lacunas que nele existem e aplicá-lo.

⁶ STF. ADI n.º 3.510. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Plenário. DJ: 29.mai.2008.

A questão hermenêutica, portanto, terá como objeto, nas palavras de Carlos Maximiliano: “(...) o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.⁷ Logo, um de seus maiores desafios será a avaliação e o estabelecimento de um limite do sentido de dada expressão, além do sentido que este limite pode traduzir. Entretanto, o referido autor afirma que quando o aplicador do Direito extrai da norma tudo o que dela se pode, está exercendo o ato de interpretar e, por consequência, poderia se afirmar que a hermenêutica se traduz como um “ato de interpretar”. Sendo assim, saliento que este não é o posicionamento defendido no presente texto, em que a hermenêutica será entendida em sua visão tradicional, conforme já exposto em parágrafos anteriores, sendo compreendida em suas três vertentes: interpretar, integrar e aplicar o Direito. Como não é objeto deste estudo aprofundar as categorias da hermenêutica, tampouco dialogar de forma mais constante com a filosofia do Direito, estabeleço uma rápida diferenciação entre as vertentes aqui estabelecidas para fins de maior compreensão do até aqui abordado: (i) interpretar seria o ato de atribuir, identificar o melhor significado ou sentido a determinados vocábulos diante da leitura do caso concreto que se está analisando; (ii) integrar revela o preenchimento de lacunas deixadas pelas expressões de textura mais aberta; e (iii) aplicar o Direito revela a melhor forma de enquadramento da norma jurídica ao caso concreto.⁸

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, além da hermenêutica constitucional, acresce o fato de se utilizar de argumentações tipicamente constitucionais, com o auxílio de alta carga de doutrina especializada, para decidir demandas difíceis. Este processo de expansão do Poder Judiciário, com aumento e garantia de sua discricionariedade, principalmente associado ao princípio da livre motivação/convicção do magistrado, aumenta consideravelmente a atuação e competência dos tribunais brasileiros. Todo este trabalho avaliará a possibilidade de ampliação da atuação e competência especificamente do Supremo Tribunal Federal a partir do argumento da ocorrência de autêntica mutação do texto constitucional,

⁷ MAXIMILIANO: 2002, 1.

⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. Editora Saraiva: Rio de Janeiro, 2010.

que muitos autores traduzem como sendo umas das possíveis categorias da hermenêutica, associando-a a um método de interpretação das normas.

A mutação constitucional se insere num 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. Para compreendê-la, torna-se fundamental um olhar cuidadoso à norma, ao contexto social e político que estava inserida quando foi criada, e a realidade social circundante, tema que será mais detalhado adiante.

Tendo como parâmetro uma possível mudança do comportamento político do Supremo Tribunal Federal – órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, o presente estudo buscará apresentar elementos que possam nos levar à reflexão de uma possível mudança de comportamento político do tribunal a partir não apenas das significativas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, mas pelas decisões por ele proferidas. Principalmente porque os Ministros do STF vêm se utilizando cada vez mais de argumentação tipicamente constitucional, técnicas de interpretação do texto constitucional e discursos completamente sofisticados para ampliarem ainda mais o âmbito de sua atuação e competência.

Não é raro nos depararmos com hipóteses em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal estão tomando decisões que influenciam diretamente a vida dos cidadãos brasileiros. Tornou-se comum o fato de Ministros do STF darem entrevistas em jornais, rádios e televisões acerca do cenário político brasileiro, antecipando inclusive votos sobre casos polêmicos, e mais: fundamentando suas convicções nas mais diversas teses jurídicas, que variam desde o clamor popular a refinadas teorias oriundas do direito alemão. O fortalecimento do Poder Judiciário, e especificamente do Supremo Tribunal Federal, a partir das decisões de seus Ministros é inquestionável. Assim, o que se buscará no presente texto é apresentar elementos que nos levem à reflexão acerca de possíveis limites a este fortalecimento. Mesmo se revestindo da função de “Guardião da Constituição”, o STF também dota de competência e legitimidade para interpretá-la. E pouco se questiona que o intérprete é quem extrai normas das regras jurídicas. Daí a possibilidade dos Ministros do STF,

por meio de seus votos, ampliem a sua competência por meio de interpretação e argumentação constitucional.

Com vistas a buscar uma possível compreensão a este processo de mudança de comportamento político do Supremo Tribunal Federal, será feita no presente capítulo: uma revisão de literatura que permita (i) em um primeiro momento, apontar o que a doutrina brasileira entende por mutação constitucional; após (ii) será feito um mapeamento dos autores que a doutrina brasileira citam como referência aos seus estudos para verificar a existência ou não de uma correspondência entre o que a doutrina tradicional e a brasileira entendem como sendo uma autêntica mutação do texto constitucional. Esse processo contribuirá a compreensão do significado dado pela doutrina à expressão perseguida, além de demonstrar um possível contexto de surgimento da expressão “mutação constitucional” e a sua importação ao Direito brasileiro. No capítulo seguinte, então, será apresentada uma pesquisa feita a partir do mapeamento jurisprudencial de todos os processos em que houve referência à expressão “mutação constitucional” de modo a permitir a identificação dos diferentes usos e sentidos dados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal à expressão pesquisada. Por fim, no terceiro capítulo será apresentada uma análise de alguns possíveis sentidos dados à mutação constitucional, tendo como parâmetro de comparação o entendimento fixado pela doutrina disposto no presente capítulo.

1.1. Breve panorama da mutação constitucional no Direito brasileiro

Apesar de alguns autores brasileiros como Uadi Lamêgo Bulos⁹ apontarem Luiz Pinto Ferreira como o autor que primeiro fez menção à mutação constitucional no Brasil, chamando de “mudança material” as alterações de sentido do texto constitucional provenientes por usos, costumes e interpretação judicial¹⁰, Anna Cândida da Cunha Ferraz foi a primeira autora brasileira a desenvolver um estudo aprofundado sobre o tema. Em 1986, a autora publica a sua tese de doutorado

⁹ BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 33, n.º 129, jan./mar.1996, p. 26.

¹⁰ FERREIRA, Luiz Pinto. Direito Constitucional Moderno. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 108.

intitulada “*Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*”.

Em seu livro, Anna Cândida faz uma abordagem mais densa, demonstrando a possibilidade de ocorrência de uma mutação constitucional por atos provenientes dos três Poderes da República, assim como o fizeram Jellinek e Hsü Dau-Lin em suas obras. Apesar das semelhanças do defendido entre os autores, Anna Cândida da Cunha Ferraz¹¹ vai além, defendendo a possibilidade de a mutação constitucional alterar o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito¹². A preocupação de autores que estabelecem um limite à ocorrência da mutação do texto constitucional funda-se também na possibilidade do novo sentido ultrapassar os limites impostos pelo próprio texto.

O problema acima identificado merece atenção especial quando referentes ao limite imposto pelo texto constitucional. A mutação constitucional ocorrerá principalmente em hipóteses de clara distância entre o disposto no texto constitucional e a realidade social circundante, em que o texto permita uma mudança de seu sentido. Vale dizer que tais hipóteses possivelmente ocorrerão diante de signos linguísticos de textura mais aberta¹³, permitindo-se recorrer à alegação da ocorrência de sua mutação. E os signos de ordem mais aberta podem ter sido inseridos no texto constitucional com o propósito de aproximá-lo um pouco mais da realidade social quando os seus aplicadores fizerem seu uso. Enfim, quando diante de um texto constitucional de textura mais aberta, de forma a se permitir a manipulação de seu sentido pelo aplicador do Direito, pode ser que no momento da sua criação, a norma tenha sido feita de modo a permitir uma maior discricionariedade por parte do executor da norma. Diante de hipóteses como esta,

¹¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. 1ª ed., 1986, Max Limonad, p. 10.

¹² Em relação a observação feita pela autora acerca do respeito ao espírito da norma, vale reprimir o cuidado especial que se deve ter no desenvolvimento de um argumento como este. O espírito da norma, assemelhado ao argumento da interpretação teleológica que busca a finalidade da lei incorre num problema de ordem prática em que se atesta a completa dificuldade de se confirmar se o motivo pelo qual a norma foi aprovada e inserida na Constituição é verdadeiramente o mesmo pelo qual foi criada. Na verdade, este seria um vício inerente ao processo legislativo, que demonstra o cuidado especial que se deve ter no desenvolvimento de um argumento como o da necessidade da mutação constitucional respeitar o espírito da norma.

¹³ Expressão utilizada por HART em: HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

torna-se completamente discutível a ocorrência ou não de uma autêntica mutação constitucional, porque se estará dando concretude a uma ideia abstrata intencionalmente criada pelo legislador.

Após Anna Cândida fazer a sua densa abordagem acerca do conceito de mutação constitucional, em 1996, Uadi Lamêgo Bulos escreve artigo cujo título é: “*Da Reforma à mutação constitucional*”. Fazendo uma densa abordagem sobre a rigidez constitucional, Bulos discute a possibilidade da mutabilidade do texto também ser parte inerente às Constituições flexíveis por ser proveniente não apenas de interpretação e construção judiciais, mas também de usos e costumes.¹⁴ No que se refere aos possíveis limites à mutação constitucional, o autor critica a doutrina por não ter ainda enfrentado este tema e defende a sua impossibilidade em decorrência da representação de um poder difuso:

(...) a prática constitucional evidencia a possibilidade de traçarmos, com exatidão, as limitações a que estão sujeitas o Poder Constituinte difuso, de que nos fala Burdeau, responsável pela ocorrência daquelas alterações informais, que, se, não alteram a letra dos preceitos supremos do Estado, modificam-lhes a substância, o sentido, o significado, o alcance.

Em verdade, não é possível, 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.¹⁵

Na mesma esteira, em 1999 Raul Machado Horta publica o artigo “*Permanência, mutações e mudança constitucional*”¹⁶, fazendo uma nova análise da mutação constitucional e fazendo uso do “sentimento constitucional” utilizado por Verdú para compreender o fenômeno. Horta faz uma diferenciação entre mudança e mutação constitucional, hipótese em que esta deve ser considerada como espécie da “mudança constitucional”. A mutação, assim como a reforma constitucional, é entendida como espécie da “Mudança da Constituição”, que tem por objetivo corrigir

¹⁴ BULOS: 1996, 40.

¹⁵ BULOS, 1996: 41.

¹⁶ HORTA, Raul Machado. Permanência, mutações e mudança constitucional. Minas Gerais: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição Nº 02 de 1999 - Ano XVII. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=1>.

imperfeições constantes tanto no texto constitucional quanto em sua interpretação, contrapondo-se à ideia de Permanência. Na mesma linha seguida por Bulos, Raul Machado Horta defende que a mutação constitucional não necessariamente é consequência natural e própria das Constituições rígidas porque deve se relacionar com a plasticidade do texto constitucional:

A mutação constitucional nem sempre se ajusta ao sistema da Constituição rígida, e sua adoção se compatibiliza melhor com a plasticidade da Constituição, e aos períodos iniciais de funcionamento do regime político, como se pode verificar nos casos de sua aplicação. A mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo à norma escrita da Constituição. Na análise da mutação constitucional nos Estados Unidos, LOEWENSTEIN alude exatamente ao uso constitucional, cuja ação modificadora tornaria o texto de 1787 irreconhecível aos autores da Constituição.

O regime parlamentar do século XIX, que surgiu e se consolidou sob o impulso de normas consuetudinárias, tornou-se o território predileto da mutação constitucional. São dessa natureza as convenções constitucionais do regime parlamentar britânico e as normas de *correttezza costituzionale*, que mereceram, estas últimas, largo tratamento no Direito Constitucional italiano.

BISCARETTI DI RUFFIA, retomando o tema que SANTI ROMANO desenvolveu no seu trabalho — *Diritto e Correttezza Costituzionale* — qualifica a norma de correção de norma social e muitas vezes o Direito nela encontra seu pressuposto necessário. Estranha ao Direito, a norma de correção é dele indispensável complemento.¹⁷

Adiante, o Min. Gilmar Mendes que (i) em 1991 havia publicado a tradução de “*A força normativa da Constituição*”, de Konrad Hesse; e (ii) em 1997, publicou a tradução de “*Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*”, de Peter Häberle; publica em 2004 o artigo: “*O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*”.

Em seu artigo, o Min. Gilmar Mendes faz uma análise histórica da competência conferida ao Senado Federal para expedir resoluções atribuindo eficácia *erga omnes* às normas declaradas inconstitucionais pelo plenário do STF, no controle difuso. De acordo com o Ministro, a referida competência, nos dias

¹⁷ HORTA, 1999.

atuais, teria se tornado obsoleta e entrado em completo desuso pelo Senado Federal. Para uma mudança de paradigma em relação à competência conferida ao Senado, o Min. Gilmar Mendes alega que a simples declaração de inconstitucionalidade proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que no controle difuso, já teria efeito *erga omnes* em razão de ser o órgão que profere a última palavra sobre a Constituição. Assim, defende que a competência historicamente conferida ao Senado Federal teria o condão de atribuir mera publicidade às decisões do Supremo, cumprindo assim o princípio democrático e, por isso, devendo ser reinterpretada de modo a não ser mais fundamental ao processo constitucional. A este processo histórico, o Min. Gilmar Mendes chama de “autêntica mutação constitucional”, recorrendo a autores como Hsü Dau-lin, Jellinek e Anna Cândida da Cunha Ferraz para fundamentar o seu posicionamento.

Adiante, Luis Roberto Barroso dedica um capítulo do livro “*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*”, em 2009, para discutir a mutação constitucional, identificando uma adaptação necessária da Constituição às transformações sociais que se impõem tanto por ações estatais quanto por comportamentos sociais¹⁸. Para o autor, as formas mais comuns de ocorrência de tal adaptação, seriam por meio da interpretação e dos costumes constitucionais, responsáveis por alterarem o sentido do texto normativo. Enfim, embora existam outros autores que tenham discorrido sobre o tema no Brasil, o objetivo do presente estudo não é o de esgotar o tema no Brasil, fazendo uma análise pormenorizada de cada um dos autores que tenham mencionado a expressão aqui investigada, mas apresentar o modo como a ideia foi desenvolvida no Direito brasileiro.

Apesar das discussões que atualmente gravitam em torno da formulação mais adequada ao conceito de mutação constitucional, na visão da doutrina tradicional, ela está relacionada a um processo informal de mudança da Constituição, em que se identifica a mudança de sentido de um texto normativo em razão da mudança do comportamento social ou estatal, sem alterar-lhe a redação. Tal questão torna-se imprescindível para compreendermos que o fenômeno da

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1ª Ed. Saraiva: Rio de Janeiro, 2009, p. 128 ss.

mutação constitucional em nada se relaciona com a reforma da Constituição, que pressupõe a expressa modificação do texto constitucional.

A controvérsia acerca da formulação do conceito de mutação constitucional descrita acima, existente há mais de um século, demonstra o quão problemático o tema é. No presente texto, o tema será abordado sob duas vertentes: (i) como o Direito brasileiro faz uso da expressão “mutação constitucional”, tendo como parâmetros de análise a doutrina e jurisprudência; e (ii) se existe alguma forma mais específica de utilização da mutação do texto constitucional, como o uso estratégico por parte do STF etc. O enfrentamento de tais questões são de suma importância, sob pena de Juízes e Tribunais, que são reconhecidamente os maiores aplicadores de tal conceito, estar procedendo erroneamente a uma mutação inconstitucional e, conseqüentemente, uma reforma constitucional silenciosa, conforme se demonstrará nas páginas seguintes.

O conceito de mutação constitucional, então, vem sendo associado aos mais diversos entendimentos. Há autores que fazem uma associação do conceito a um método de interpretação da norma constitucional. Outros preferem associar como sendo um fenômeno. Neste sentido, a mutação constitucional entendida como um fenômeno não induz a uma interpretação do texto normativo, mas ao reconhecimento de uma prática já existente e reiterada na sociedade ao qual é aplicável. Enquanto fenômeno, não poderia a mutação constitucional revestir-se de elementos em que se pudesse identificar a possibilidade de manipulação à defesa de determinado sentido a um texto constitucional. Surge, então, a necessidade de observação e descrição do objeto analisado para adaptar a norma (alterando o seu sentido) à nova realidade social observada e descrita¹⁹.

O fenômeno da mutação constitucional deve ser mais bem compreendido como sendo modificações de sentidos dos textos constitucionais, sem qualquer alteração em sua estrutura, i.e., sem revisões ou emendas. Por tal entendimento, pode-se depreender que a mutação denota algumas mudanças de sentidos de texto

¹⁹ Esta discussão retornará nas páginas seguintes, quando se fizer referência à superação do terceiro mito que circunda a mutação constitucional.

lógicas e inevitáveis, por conta das constantes transformações da realidade social. E a Constituição, norma fundamental do Estado de Direito, apesar de ter a rigidez como característica formal, pode ser também um “organismo vivo”²⁰ se considerarmos que deve acompanhar todas as mudanças nas estruturas básicas da sociedade e as conseqüentes transformações sociais.

A mutação constitucional, então, consistiria em mudanças de sentido, e não na estrutura das palavras existentes no texto constitucional a partir de um processo de transformações de comportamentos não organizados, difusos, em que não se torna possível a identificação de uma ingerência formal do Poder Constituinte Derivado. Diferentemente da aplicação dos preceitos constitucionais aos casos concretos, na mutação constitucional tem-se um reconhecimento de repetidos comportamentos unidos por uma aceitação implícita, capaz de lhe atribuir caráter geral e abstrato como se norma fosse.²¹ Assim, a mudança de sentido de preceitos constitucionais tem por objetivo uma possível adaptação destes aos fatos que se insurgem, de forma espontânea, sem seguir procedimentos formais como no processo de emendas à Constituição.²²

²⁰ Há controvérsia na doutrina constitucional a respeito da consideração da Constituição como um “organismo vivo”. Alguns autores entendem que, por o termo “Constituição” ter surgido da expressão latina *constituere*, nos transmitindo a ideia de estabelecer, delimitar, firmar, deve ela ser considerada como uma sistematização de direitos e deveres, em que toda a regulação da vida social estaria ali expressamente disposta. Nesse sentido: José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.). Em sentido contrário, conforme anteriormente demonstrado: LOEWENSTEIN, 1976, P. 164; e BULOS, 2007, p. 321. Parece-nos cabível a consideração, mesmo para fins do desenvolvido até aqui, que merece prosperar a ideia de que a Constituição seja um “organismo vivo”, principalmente se levadas em consideração as suas diversas possibilidades de mudanças, como a por meio de uma mutação constitucional. Hipótese em que é aberta a possibilidade de comportamentos reiterados pela sociedade, com aceitação em massa por ela, ensejar interpretação diversa da que o texto constitucional sugere.

²¹ Ver FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad LTDA., 1986.

²² As normas constitucionais deverão observar, assim, o novo sentido de seu texto normativo para terem a sua aplicabilidade aos casos concretos. Isso não importa dizer que são normas de eficácia contida, sob a alegação de que dependem de uma complementação, via de regra legislação infraconstitucional, para serem completamente eficazes. Com a mutação constitucional, a norma constitucional mantém o seu status de norma de eficácia plena, contida ou limitada, transformando-se apenas o sentido que uma palavra possuía no texto normativo, mas mantendo-se os efeitos, quanto à sua aplicabilidade, anteriores à mutação constitucional realizada. (BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n.º 129, jan./mar., 1996, p. 34-43.)

Para construir os entendimentos acima expostos, a doutrina brasileira utiliza como referência autores principalmente do Direito alemão, local onde grande parte da doutrina entende ter surgido o conceito pesquisado. Utilizando-se como referência os autores clássicos mencionados nos textos escritos pelos autores brasileiros, o tópico a seguir apresentará uma revisão da literatura indicada pela doutrina brasileira acerca da mutação constitucional. O próximo tópico, então, permitirá a verificação da existência de uma correspondência entre o que a doutrina tradicional escreveu sobre a mutação constitucional, dando início aos seus estudos, e o que a doutrina brasileira vem desenvolvendo sobre o tema. E, havendo proximidade entre os escritos, o passo seguinte será o de verificar se os usos e sentidos dados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal correspondem aos estudos desenvolvidos pela doutrina constitucional.

1.2. Contexto de surgimento e debate travado por autores tradicionais acerca da mutação constitucional

Com o objetivo de unificar a Alemanha, Otto Von Bismarck liderou a Guerra Franco-Prussiana, entre 1870 e 1871, devido à França lhe causar óbices à integração dos Estados do Sul da Alemanha, impedindo a criação de um novo país. Para dar início à guerra, alguns autores²³ afirmam que Bismarck teria insultado a França, além de ter alterado um mensagem enviado por seu Rei, encurtando um telegrama que visava o fim da crise entre os países e que, após a sua “falsificação”, se tornava grande afronta aos franceses. Com o exército maior e mais bem preparado para a guerra, os prussianos sagraram-se vitoriosos, recebendo da França uma grande indenização e um território de maioria germânica, sendo fundamental à unificação da Alemanha. Estabelecido o Império Alemão, a estrutura federal foi considerada a mais apropriada para organizá-lo, contando com vinte e dois Estados monárquicos e três cidades livres. O esboço de Constituição feito por Bismarck em 1866 para a Confederação Alemã do Norte, com algumas adaptações, tornou-se a Constituição do Império Alemão, em 1871.

²³ GUILLEN, Pierre. O Império Alemão de 1871 a 1918. In: NÉRÉ, Jacques (Org.). *História Contemporânea*. Trad. Octávio Mendes Cajado, São Paulo: Círculo do Livro, s.d., p.31-327.

A referida Carta política estabeleceu uma nova ordem na Alemanha gerando, inclusive, uma situação de anormalidade nos Estados federados. Ao mesmo tempo em que a nova Constituição estabelecia novas diretrizes a serem seguidas, permitia também que ficassem resquícios da ordem jurídica e política anterior, por exemplo, parte do Poder Legislativo era eleito por meio do sufrágio – *Reichstag*, e outra pela Assembleia de Delegados – *Reichsrat*; o governo era comandado pelo Chanceler que, por sua vez, era nomeado pelo Imperador. Além disso, grande parte dos Estados da Alemanha manteve suas Constituições, mesmo já tendo vários dispositivos revogados parcial ou totalmente pela Constituição Imperial. Este cenário, somado ao elevado grau de rigidez da Constituição do Império Alemão, criou enorme hiato entre a Carta política alemã e a sua realidade social.

Preocupados com o distanciamento entre a Constituição de 1871 e a realidade social alemã, a Escola Alemã de Direito Público começa a desenvolver trabalhos que permitam essa maior proximidade, conforme assinala Anna Victoria Urrutia:

Esta escuela fundada por Gerber y Gierke inicia una tradición ‘científica’ em Alemania dentro de La cual se inscriben juristas como Laband y Jellinek. La Escuela alemana de Derecho Público propugnaba como punto de partida metodológico la separación entre derecho y política. El derecho público, según esta escuela, debía ser estudiado de manera aislada sin tener en cuenta los fenómenos políticos cambiantes. En este contexto, no deja de resultar paradójico que sean precisamente dos autores destacados de esta tradición los que inicien El estudio del contraste entre lo descrito em las normas constitucionales y el funcionamiento real del Estado constitucional.²⁴

Conforme mencionado acima, Urrutia indica Paul Laband e Georg Jellinek como os principais teóricos dos fenômenos políticos. Ligado à Escola Alemã de Direito Público e membro do Conselho do Estado de Alsácia, Paul Laband começa a observar²⁵ a realidade social alemã e a perceber que, apesar das distorções

²⁴ URRUTIA, Anna Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de La Constitución: una aproximación AL origen del concepto, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, p. 105-135.

²⁵ Sobre as observações feitas por Laband, URRUTIA (op. cit. 108-109) esclarece: “*La inexistencia de definición de La posición política de los ministros del Reich, la no previsión de um procedimiento de incorporación de nuevos territorios a la Unión Alemana, la regulación constitucional imperfecta y*

proporcionadas pela nova Carta política, a Constituição era modificada informalmente. Isso porque, o autoritarismo imposto por ela permitia que as maiores autoridades dispostas no texto constitucional interpretassem a nova Constituição aproximando-a constantemente tanto de seus interesses quanto de possíveis transformações sociais. Laband, então, passa a reconhecer que o Estado é capaz de modificar a sua Constituição sem atendimento a procedimentos formais específicos. Apesar das controvérsias existentes acerca do surgimento e primeira formulação da ideia de mutação constitucional, a doutrina tradicional aponta Paul Laband como precursor da ideia, alegando ter criado o conceito *Verfassungswandlung* – mutação constitucional, que se contrapunha a *Verfassungänderung* – reforma constitucional. A ideia da mutação constitucional é de modificação informal do texto constitucional, hipótese em que se altera o seu sentido e alcance, embora o texto permanecesse intacto.

Estudos feitos por Anna Victoria Urrutia²⁶ e Pablo Lucas Verdú²⁷ indicam que Paul Laband observou ao menos três meios de alteração informal da Constituição: (i) leis criadas pelo Império que modificavam competências do poder central, criavam novas instituições políticas e estabeleciam parâmetros de observação de direitos e liberdades públicas; (ii) leis capazes de gerar contradições com o disposto na Constituição a partir de suas novas diretrizes; e (iii) uma modificação de postura dos Poderes Públicos em relação sua atuação e competência por meio de usos e costumes.

Adiante, o alemão Jellinek²⁸, em obra escrita no final do século XIX, faz uma densa abordagem acerca do conceito de mutação constitucional. Para o autor, a mutação constitucional é fundada na teoria do fato consumado, em que se demonstra uma situação já consolidada no tempo. A partir da existência de um fato consumado, defende o autor a possibilidade de alteração de sentido de um texto normativo, considerando que o ali disposto poderia não mais atender às demandas

escasa de las finanzas Del Reich y La vaga e incompleta previsión constitucional de los criterios de distribución competencial entre los Länder y el Reich suponían que su situación real sólo pudiese ser deducida del contenido de las leyes del Reich. Así, para Laband, la mayoría de las leyes suponían, em La práctica, um cambio de La situación constitucional del Reich."

²⁶ URRUTIA, op. cit., p. 109.

²⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Madrid: Tecnos, 1984, vol. IV, p. 165.

²⁸ Jellinek: 1991, 1-90.

da realidade social vigente. A situação já consolidada no tempo seria, então, suficiente à alteração de sentido do texto constitucional que, por sua vez, deveria acompanhar a progressividade da realidade social.

Após demonstrar que a mutação constitucional deve ser fundada na teoria do fato consumado, por se mostrar mais adequada à mudança de sentido de um texto normativo em pleno vigor, Jellinek apresenta nas páginas seguintes exemplos de possibilidade de incidência de mutações constitucionais feitas por interpretações aplicadas não só pelos Juízes e Tribunais, mas também pelo Parlamento e Administração Pública, adicionando o elemento volitivo como fundamental à diferenciação entre a mutação constitucional e a reforma da Constituição. Isto é, para Jellinek, o marco distintivo e caracterizador de uma autêntica mutação constitucional é a inexistência de uma consciência acerca da efetiva mudança.

Apesar dos autores mencionados terem iniciado os estudos sobre o tema, foi Hsü Dau-Lin quem o aprofundou, em 1932, ao escrever sobre as transformações constitucionais. O autor chinês, que aprofundou seus estudos na Escola Alemã de Direito Público, é responsável por um dos estudos mais completos sobre a mutação constitucional. Para o autor, a mutação constitucional é um fenômeno que revela uma nova ordem política, demonstrando um distanciamento entre as normas constitucionais e a realidade social. Na linha do pensamento desenvolvido por Lassale, a mutação constitucional é responsável por reconhecer a preponderância da realidade fática sobre a Constituição escrita. Para não caracterizá-la em mera “folha de papel”, o fenômeno da mutação constitucional aproximaria dada realidade do texto normativo, alterando o seu sentido e alcance de modo transformá-lo em uma Constituição real e efetiva.²⁹ Hsü Dau-Lin esclarece as possíveis formas de manifestação da mutação constitucional: (i) realidade sem norma – prática causada pela falta de reforma da Constituição, que não acompanha as transformações sociais; (ii) norma sem realidade – o que pode dificultar o exercício de direitos

²⁹ Conforme Hsü Dau-Lin: “El significado de esse problema resulta de La naturaleza e intención de la Constitución escrita. Porque em el caso de una mutación de La Constitución, ésta como tal e cuestiona en su significado fundamental: Aquí normas que deben abarcar La vida estatal en su totalidad y exigen que su validez sea superior a La de lãs leyes ordinariasse reducen a letra muerta. Em efecto, La realidad para la cual se emanaron estas normas, ya no coincide com ellas. Reina una tensión entre La Constitución escrita y La situación real constitucional.” (Hsü Dau-Lin, 1932: p.30).

legítimos e constitucionalmente previstos; (iii) relação de incoerência entre norma e realidade, hipótese em que a realidade tanto pode contradizer a norma – resultando numa prática inconstitucional – quanto pode mudar o sentido da norma.

A obra escrita por Hsü Dau-Lin proporcionou um direcionamento maior ao debate acerca da mutação constitucional, dando ensejo a aprofundados estudos sobre processos de modificação da Constituição. Pouco tempo após a publicação de sua obra, por exemplo, o professor e membro do Conselho Constitucional francês Georges Vedel passa a dedicar estudos acerca dos processos de formação do ato ou atividade jurídica que resultam nas manifestações do Poder de regular a vida social – associando o tema a uma discussão de Teoria do Estado. Vedel em seus escritos defende a necessidade do processo normativo refletir a supremacia do povo, alegando que os aplicadores do Direito não poderiam impor determinados pontos de vista, devido à impossibilidade de se alegar que a Constituição tenha conteúdo imutável.³⁰ O professor francês Georges Vedel, que combatia a Escola de Exegese Alemã *Kantorowicz*, tornou-se referência no Direito Constitucional francês com a publicação de “*Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*”³¹. Aprofundando-se em Teoria do Estado, Vedel orientou o brasileiro Manoel Gonçalves Ferreira Filho no doutorado realizado na Universidade de Paris³².

Ganhando cada vez mais notoriedade no cenário mundial, e sendo associado à Teoria do Estado, ainda na década de 1930, é publicada a obra póstuma “*Teoria do Estado*”, de Hermann Heller, que permite a demonstração de sua dedicação ao tema. Heller³³ entendia a mutação constitucional como parte do conceito dinâmico de Constituição, apontando à existência de elementos não

³⁰ Ver FERREIRA FILHO, 2007.

³¹ A referência completa da obra é: VEDEL, Georges. *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*. Paris. Librairie Du Recueil Sirey, 1949 *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 5ª edição: O Poder Constituinte. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

³² Para fins de compreensão do processo de chegada da discussão do presente tema no Direito brasileiro, cabe destacar que Manoel Gonçalves Ferreira Filho realizou em sua tese de doutorado um estudo comparado do estatuto constitucional dos partidos políticos no Brasil, Itália, França e Alemanha. O contato com o Direito Constitucional francês e alemão foi determinante em sua trajetória acadêmica, permitindo uma formação que abrangesse duas distintas Escolas de Direito Público: França e Alemanha. Em 1967, Manoel Gonçalves Ferreira Filho publica obra intitulada “*Curso de Direito Constitucional*” e, em seguida, torna-se professor titular da Universidade de São Paulo, onde orientou Anna Cândida da Cunha Ferraz nos cursos de Mestrado e Doutorado. A autora foi a primeira, no Brasil, a fazer um estudo mais aprofundado sobre o tema.

³³ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Edit. Mestre Jou, 1968.

jurídicos que atuariam na modificação do texto constitucional sem o procedimento próprio utilizado à reforma de seu texto, como as Emendas Constitucionais.³⁴ Apesar de Heller, assim como Lassale, defender que a Constituição real e efetiva se materializa a partir das relações reais de poder, acrescenta que tais relações se modificam constantemente, devendo-se relacionar, sobretudo, com a organização e unidade do Estado.

Em 1951, o espanhol Manuel Garcia-Pelayo, enquanto professor da Universidade Central da Espanha, publicou o livro *“Derecho Constitucional Comparado”*³⁵, passando a entender a mutação constitucional como uma situação excepcional que tende a se tornar rotina, convertendo-se em norma e transformando a estrutura da norma constitucional. A referida mudança da Constituição, para o autor, é uma característica própria das Constituições Rígidas³⁶. Garcia-Pelayo destaca quatro formas de manifestação das mutações constitucionais: (i) a prática não regulada pelo texto constitucional e que não se opõe às suas regras escritas; (ii) impossibilidade do uso ou desuso de determinado mandamento constitucional; (iii) práticas que se opõem aos preceitos constitucionais; e (iv) práticas ou leis que esvaziam os direitos e garantias individuais a partir das transformações causadas por interpretações das normas constitucionais.³⁷ Até a presente obra, é perceptível uma preocupação dos autores em conceituar a mutação constitucional, apontar-lhe características próprias e identificar formas de sua manifestação. Entretanto, nenhum autor havia ainda desenvolvido estudo no sentido de discutir possíveis limites à mutação constitucional. Um dos primeiros autores a discutir tal possibilidade

³⁴ “Segundo Heller: “A Constituição de um Estado coincide com sua organização enquanto esta significa a Constituição produzida mediante atividade humana consciente e só ela. Ambas referem-se à forma ou estrutura de uma situação política real que renova constantemente por meios de ato da vontade humana. Em virtude desta forma de atividade humana concreta, o Estado transforma-se em unidade ordenada de ação e é então quando adquire, em geral, existência. Ao adquirir a realidade social, ordenação e forma de uma maneira especial é quando o Estado aparece na sua existência e modos concretos.” (HELLER: 1968, 295.)

³⁵ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2ª Ed. Madrid: Revista de Occidente, 1951.

³⁶ Segundo Garcia-Pelayo: "Hemos visto las razones y las vías de las transformaciones constitucionales incluso en aquellos casos en que se trata de constituciones rígidas. Es, pues, claro que la constitución sufre cambios aunque permanezca inalterable su texto y que, por consiguiente, no es el método de reforma previsto por la constitución el único camino para la transformación está estrechamente vinculada a la esencia de la constitución." (GARCIA-PELAYO: 1951, 126.)

³⁷ GARCIA-PELAYO: 1951: 126, 137-138.

é Konrad Hesse ao destacar a impossibilidade da preponderância do fato sobre a norma, sob pena de macular a Constituição ao não se admitir a sua força normativa.

Assim, o Juiz do Tribunal Constitucional Alemão Konrad Hesse, na obra intitulada “*A Força Normativa da Constituição*”, publicada em 1959, adota um conceito mais restrito de mutação constitucional, como o estabelecimento de critérios próprios aplicáveis à sua utilização. Isto é, o texto da norma estaria limitando a amplitude da mutação constitucional. Para Hesse, aceitar a supremacia do fato sobre a norma resultaria no fim da força normativa da Constituição.³⁸ O autor, em verdade, defendia o equilíbrio entre a estrutura normativa e a realidade constitucional, alegando a impossibilidade de a norma constitucional estar desprovida de conteúdo e dissonante da realidade social. Caracterizadas por sua generalidade e abstração, Hesse intensificou estudos no sentido de demonstrar a necessidade de concretizar (entendida como interpretar, aplicar e controlar) os comandos normativos contidos na Constituição.

Preocupado em estabelecer um método para concretizar as normas constitucionais, o jurista alemão Friedrich Müller, em obra intitulada “*Métodos de trabalho de Direito Constitucional*”, demonstra uma ausência de fundamentação detalhada no processo interpretativo, dificultando a compreensão do processo decisório. O método estruturante sugerido por Müller visa diferenciar o “programa da norma” – texto expresso na norma -, do “âmbito da norma” – que está relacionada ao ambiente normativo, à realidade social em que a norma se insere. O processo de concretização da norma constitucional passa pela identificação de elementos fundamentais como a interpretação, jurisprudência, dogmática, teoria etc. que estruturam e constituem a norma constitucional. A interpretação, assim, seria apenas um dos elementos de concretização da norma.

A realidade social, de acordo com Müller, será a maior responsável por concretizar as normas constitucionais, mas estará vinculada ao programa normativo que, com a utilização dos elementos acima, indicará as possibilidades de

³⁸ HESSE, Konrad. *Limites de la mutación constitucional*. Escritos de Derecho Constitucional, 1983.

concretização da norma, estabelecendo inclusive alguns limites. Tal hipótese pode ser inclusive esclarecida com a visão do autor acerca da mutação constitucional:

La 'mutación constitucional' vendrá, así, impuesta por una modificación producida en el 'ámbito normativo' (normbereich) de la norma constitucional, pero será el 'programa normativo' (normprogramm), contenido básicamente en el texto de la norma, quién determinará qué hechos de la realidad quedan comprendidos en el 'ámbito normativo', siendo susceptibles con ello de ocasionar una 'mutación constitucional'³⁹

O texto é o ponto de partida do método proposto por Müller⁴⁰, que está preocupado com a fundamentação e controle racional da decisão. O autor se destaca na doutrina constitucional alemã por tratar o tema como fundamental à compreensão do processo decisório.

Além de Friedrich Müller que identificou e problematizou a ausência de fundamentação da interpretação no processo decisório, Peter Häberle, que teve Konrad Hesse como professor e orientador, manteve as tradições do pensamento liderado pelo Juiz alemão. Häberle volta a colocar o processo interpretativo como cerne da aplicação da norma constitucional.

Em relação aos estudos da mutação constitucional, Häberle associa a discussão aos conceitos de sociedade aberta e fechada, aprofundando o tema na obra: *“Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição”*, publicada pela primeira vez na década de 1960. Nesta obra, o autor trata do tema da mutação como uma forma de aproximação do disposto no texto normativo à realidade constitucional, discutindo a interpretação das normas constitucionais no processo de tomada de decisão numa sociedade aberta.

³⁹ MÜLLER, Friedrich, *apud*: Pedro Cruz Villalon, na introdução aos *Escritos de Derecho Constitucional* de HESSE, Konrad. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 28.

⁴⁰ Segundo Müller, “(...) a norma jurídica apresenta-se ao olhar realista como uma estrutura composta pelo resultado da interpretação de dados linguísticos (programa da norma) e do conjunto de dados reais conformes ao programa da norma (âmbito normativo). Nessa estrutura a instância ordenadora e a instância a ser ordenada devem ser relacionadas por razões inerentes à materialidade da questão [sachlich zusammengehören]. O texto da norma não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/input mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente.” (MÜLLER, op. cit. p. 07.)

Atentando ao pluralismo existente na sociedade, Häberle defende que os critérios de interpretação da norma constitucional não devem ficar restritos aos intérpretes jurídicos e àqueles que participam do processo constitucional – sociedade fechada, mas também envolver todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos – sociedade aberta. Esclarece o autor: “*Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais aberto quanto mais pluralista for a sociedade*⁴¹.” Assim, Häberle se torna um dos pioneiros na discussão de como a opinião pública pode ter a sua participação no processo de tomada de decisão, contribuindo inclusive na interpretação e identificação de novos fatos sociais que modifiquem e permitam compreender a sociedade pluralista. O cidadão e a realidade constitucional em que estão inseridos, além dos demais atores deste processo de compreensão da realidade social, tornam-se elementos centrais no processo de tomada de decisão.

Entretanto, para que o processo acima descrito ocorra de forma legítima, Häberle, defende (i) a existência de uma relativização da interpretação jurídica, em que o Juiz deixe de ser o único intérprete da Constituição e os participantes sejam potencialmente intérpretes pluralistas públicos; (ii) que os instrumentos de informação dos juízes sejam ampliados e aperfeiçoados; e (iii) que ocorra um controle judicial, permitindo que as leis sejam aprovadas com participação popular e controle da opinião pública, além da existência de um “Consenso Constitucional”.⁴² Ao se referir ao “Consenso Constitucional”, Häberle demonstra uma preocupação em seu discurso: os mecanismos de maior compreensão da realidade constitucional revelam o objetivo implícito com o que mais se aproximaria da interpretação correta da norma em relação ao seu destinatário final – a sociedade, tomando ela própria como parâmetro.

É possível perceber que, apesar dos autores que iniciaram a discussão a respeito da mutação do texto constitucional, com o passar dos anos ela foi ganhando novos contornos, passando a ser aprofundada na Teoria do Estado e,

⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

⁴² HÄBERLE: 1997, 46-58.

principalmente, na Hermenêutica constitucional - mais especificamente como um mecanismo de interpretar o texto normativo lhe atribuindo novo sentido mediante a realidade circundante. Seguindo a mesma linha de pensamento, segundo o qual a interpretação é um mecanismo de aproximação do texto constitucional à realidade social, o professor alemão, jurista e filósofo do Direito Karl Larenz, publica a obra "*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*" – Metodologia e Ciência do Direito, também na década da de 1960. Em sua obra, Larenz dedica alguns capítulos para discutir a modificação de entendimento da norma constitucional a partir de interpretações legítimas.

Larenz admite a existência de uma necessidade de interpretação das normas diante de fatos que dificultem a atribuição de sentido ao texto normativo, além de seu real alcance. Quando diante de um signo linguístico que denota conotações distintas a uma mesma expressão, ou normas contrárias que se apresentam no sentido de regular um mesmo fato, o autor defende a necessidade de uma interpretação de cunho evolutivo, capaz de alcançar a realidade fática e melhor traduzir o significado e alcance das normas. Este processo se daria de forma comparativa, tendo como elementos a norma objeto de interpretação, o sentido que possuía à época de sua edição, o decurso de tempo capaz de demonstrar as suas formas de aplicação e a realidade constitucional transpassada por esse decurso de tempo. O "processo constitucional-interpretativo" mencionado pelo autor, pode ser mais bem compreendido nas seguintes palavras:

De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se 'ajustar' às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas tempo também não está em quietude; o que no momento da génese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem

toda a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução – por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito – quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser ‘evidente’.⁴³

Além do exposto, Larenz destaca também a necessidade do Juiz analisar as possíveis consequências de cada uma das interpretações possíveis do fato analisado, tendo como parâmetro o bem comum⁴⁴, sendo um dos pioneiros a considerar a consequência da escolha do sentido que se queira atribuir à norma como elemento necessário ao processo interpretativo.

Seguindo a mesma linha de pensamento de Larenz, o professor espanhol Pablo Lucas Verdú, em obra publicada em 1984⁴⁵, trata da “interpretação evolutiva”, hipótese em que a aproxima da mutação constitucional. VERDÚ considera como legítima a interpretação constitucional atribuída a uma Carta política que tenha ficado obsoleta, fragilizada, descompassada com a realidade vigente. E a partir deste hiato entre as normas constitucionais e a realidade social vigente, o autor recorre à ideia de “sentimento jurídico”⁴⁶, “sentimento constitucional”, que utiliza para

⁴³ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 495.

⁴⁴ De acordo com Larenz: “Não pode proceder segundo a máxima: *Fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente, que as consequências (mai remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à ideia de “bem comum”, especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível – e este é, seguramente, em larga escala o caso – da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, “racional.” (LARENZ: 1997, 517.)

⁴⁵ VERDÚ, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Madrid: Tecnos, 1984, vol. IV.

⁴⁶ Para VERDÚ, “(...) o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a ideia de justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar-se com o direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o *sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência*. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o *sentimento constitucional*. Em ambos os casos, não se trata de um fenómeno concomitante – seguindo Agnes Helles; não é uma reacção, mas algo inerente aos sujeitos afetivamente implicados.” (VERDÚ, Pablo Lucas. O sentimento constitucional – aproximação ao estudo do sentir constitucional como método de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53.)

demonstrar que a Constituição deve sempre atender às necessidades populares, sendo esta a razão e finalidade para o qual foi criada. A observação do autor se fundamenta na crítica que faz à falsa ideia de soberania popular que, ao invés de inserir na Constituição os anseios populares, legitima parlamentares para discutir e aprovar disposições normativas que atendam a determinados grupos de interesses em detrimento dos anseios populares. Identificando o que chama de falha no princípio democrático, Verdú elenca a mutação constitucional e a interpretação constitucional – entendida pelo autor como forma de preencher as lacunas deixadas pelo texto normativo -, como instrumentos capazes de superação das falhas apontadas no princípio democrático, colocando o destinatário final das normas em posição de destaque. E assim, compartilha com autores anteriormente citados o entendimento de que a mutação constitucional reflete a preponderância do fato sobre a norma constitucional.

Enfim, toda esta abordagem não representa o que se escreveu sobre mutação constitucional fora do Brasil, mas demonstra de forma sucinta uma possível progressividade do raciocínio que a permeia. Apesar de haver controvérsias sobre como a ideia que tramita em torno da mutação constitucional foi importada ao Direito brasileiro, conforme mencionado em páginas anteriores, é possível que o tema tenha chegado ao Brasil por intermédio do autor francês Georges Vedel, que orientou Manoel Gonçalves Ferreira Filho no doutorado da Universidade de Paris em um período em que o tema estava em constante discussão na doutrina constitucional. Posteriormente, Ferreira Filho tornou-se titular da Universidade de São Paulo, orientando Anna Cândida da Cunha Ferraz nos cursos de mestrado e doutorado, autora responsável por fazer o estudo mais aprofundado do tema no Brasil até o momento. Independente de este ter sido o caminho pelo qual a mutação constitucional tenha chegado ao Brasil, é interessante notar que o tema ganha maior enfoque no cenário nacional mais de um século após os indícios de seu surgimento, conforme apontado pela doutrina tradicional; razão capaz de justificar os poucos estudos realizados sobre o tema no Brasil.

Este primeiro capítulo teve por objetivo apresentar marcos indicativos do surgimento da expressão “mutação constitucional”, para ser possível traçar uma progressividade em seu raciocínio, de forma a mapear o seu trajeto até a chegada ao Direito brasileiro. Para tanto, procedeu-se à compreensão de como a doutrina brasileira entende a mutação constitucional para, em momento posterior, mapear os autores clássicos por ela indicados e apontar o contexto de surgimento da expressão, além da construção e desenvolvimento do raciocínio que tramita em torno da mutação do texto constitucional. Assim, pela leitura do presente capítulo, tornou-se possível distinguir os seguintes momentos: (i) contexto de surgimento e desenvolvimento do conceito pela doutrina tradicional; (ii) como a doutrina brasileira trata do tema; e (iii) a correspondência entre o que a doutrina tradicional e a brasileira entendem por mutação constitucional. Estabelecida a distinção de tais momentos, o próximo capítulo apresentará um mapeamento jurisprudencial feito a partir da análise de todos os processos em que houve referência à expressão “mutação constitucional” no Supremo Tribunal Federal, para verificar se os possíveis usos e sentidos dados por seus Ministros correspondem ao que a doutrina constitucional entende por mutação constitucional. E, assim, ser possível dissociar o significado da expressão e o cumprimento da função que é capaz de exercer no Direito brasileiro.

2. TRANSFORMAÇÕES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No capítulo anterior, foi demonstrado o contexto de surgimento da expressão “mutação constitucional” e o significado dado pela doutrina tradicional. A preocupação demonstrada por cada um dos autores que apresentaram um estudo mais detalhado acerca da expressão é a de aproximar o texto constitucional das transformações sociais. A partir daí, a mutação constitucional passou por diversos desdobramentos: (i) foi entendida como uma interpretação judicial, (ii) teve flexibilizada a ideia de que somente poderia se manifestar em Constituições rígidas, (iii) sofreu a tentativa de criação de um método para sua manifestação, (iv) foi identificada a inexistência de uma discussão acerca de seus limites etc..

Posteriormente, foi apontada uma possível forma da importação do conceito ao Direito brasileiro: o professor francês Georges Vedel, especialista de Teoria do Estado e Direito Constitucional Comparado, teria orientado Manoel Gonçalves Ferreira Filho na Universidade de Paris, em sua tese de doutoramento. Após se tornar professor titular da Universidade de São Paulo, o constitucionalista brasileiro Manoel Gonçalves Ferreira Filho orientou Anna Cândida da Cunha Ferraz nos cursos de Mestrado e Doutorado, hipótese em que a autora escreveu tese sobre os processos informais de mudança da Constituição, fazendo até a presente data, o estudo mais aprofundado sobre a mutação constitucional no Brasil. Independente dos estudos acerca da mutação constitucional terem feito o caminho acima descrito, torna-se inevitável a alegação de que, ao menos, deram passadas na referida trilha. Fato é que, após a sua chegada ao Direito brasileiro, com o estudo sistemático e aprofundado de Anna Cândida, autores como Raul Machado Horta, Uadi Lammêgo Bulos e Gilmar Ferreira Mendes dedicaram-se à compreensão do instituto de modo a problematizar a ideia, apontando-lhes significados, descrevendo hipóteses de sua incidência e apontando a inexistência de limites à sua manifestação.

Diferentemente, das páginas anteriores, o presente capítulo apresentará um mapeamento jurisprudencial realizado a partir da leitura minuciosa dos votos dos

Ministros do Supremo Tribunal Federal em que foi possível identificar referências à expressão “mutação constitucional”. A pesquisa se ateve ao Supremo Tribunal Federal por se tratar de órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, responsável por guardar a Constituição quer seja por meio da aplicação do Direito (constitucional) ou por sua interpretação. Logo, diante da possibilidade de ocorrência de uma mutação do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal se torna o único legítimo e competente para verificar a sua incidência. Por estes motivos, a pesquisa foi restrita a esse órgão. Assim, o objetivo do presente capítulo é o de investigar os usos e sentidos da mutação constitucional no Direito brasileiro, permitindo a dissociação entre o significado da expressão e o cumprimento da função que ela é capaz de exercer.

2.1. Apontamentos metodológicos

Para se verificar a função que a mutação constitucional exerce no Direito brasileiro, foi percebida a necessidade de investigar o órgão legitimado ao seu reconhecimento. Para tanto, procedeu-se à busca a cada uma das menções a tal expressão para que fosse possível estabelecer um paralelo entre elas e, assim, determinar diferentes usos da Mutação constitucional pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Dando início à pesquisa, foi utilizado o mecanismo de busca às decisões disponibilizadas no site oficial do Supremo Tribunal Federal. De acordo com informações obtidas na Secretaria de Jurisprudência do próprio Tribunal, é o meio mais confiável de consulta à jurisprudência do STF. Assim, por meio da busca pela expressão “mutação constitucional” (inclusive entre aspas) no campo “Jurisprudência”, com marcação à consulta em Acórdãos, Repercussão Geral, Súmulas Vinculantes, Decisões Monocráticas, Decisões da Presidência, Informativo e Questão de Ordem, foram encontrados os seguintes dados: (i) 14 acórdãos; (ii) 16 Decisões Monocráticas; (iii) 2 Decisões da Presidência; (iv) 1 Questão de Ordem; e (v) 7 Informativos. Importante frisar que a pesquisa foi atualizada no dia 31 de janeiro de 2013 e que, a pesquisa ora apresentada relaciona-se ao número de

processos em que foi feita referência à expressão “mutação constitucional”, e não ao número de citações existentes no bojo de um mesmo processo, por exemplo.

A partir dos primeiros dados obtidos, procedeu-se a leitura minuciosa da íntegra de cada um dos processos identificados na pesquisa a fim de se determinar o contexto das citações feitas à expressão investigada. Para uma melhor compilação e armazenamento dos dados que interessavam ao desenvolvimento da pesquisa, foi feita uma tabela com algumas categorias que melhor descreviam os dados obtidos.⁴⁷ As categorias são as seguintes: “Descrição do processo” – apresenta a referência dos processos analisados; “Resumo do caso” – descreve em poucas palavras o assunto ou tema constitucional tratado no caso em análise; “Voto analisado” – aponta o Ministro que está tendo o voto descrito; “Usos e/ou sentidos da mutação constitucional” – foi criada para explicitar como os próprios Ministros do Supremo Tribunal veem a mutação constitucional e que categoria lhes atribui; “Reconhecimento da ocorrência de uma mutação constitucional” – expõe a opinião do Ministro que teve o seu voto analisado sobre o reconhecimento ou não de ocorrência de uma mutação do texto constitucional; “Trecho do (s) voto (s)” – apresenta trechos selecionados dos votos analisados que demonstrem justificativas aos “Usos e /ou sentidos da mutação constitucional” atribuídos pelos Ministros do Supremo; e “Observações” – representa uma categoria mais aberta destinada à identificação de questões que podem ser suscitadas a partir dos dados coletados.

Observação importante deve ser feita em relação à categoria “Usos e/ou sentidos da mutação constitucional”: a categoria é o eixo mais importante do presente capítulo, que tem por objetivo identificar os possíveis usos e sentidos à expressão aqui investigada. Nela, após leitura cuidadosa dos votos, foi inserida a forma como os próprios Ministros veem a mutação constitucional, justificando com a demonstração de trechos das argumentações desenvolvidas em seus votos. Para fins didáticos, adiante poderá ser notado um exercício necessário de abstração para melhor explicitar e esclarecer cada uma das categorias apresentadas pelos Ministros, sistematizando o estudo acerca da mutação constitucional.

⁴⁷ A tabela completa poderá ser consultada no anexo deste estudo.

Em relação ao período da pesquisa, cumpre assinalar que, de acordo com a base de dados constante no site oficial do Supremo Tribunal Federal, a primeira referência à expressão “mutação constitucional” ocorre na ADI n.º 1.484/DF, em Decisão Monocrática proferida pelo Min. Rel. Celso de Mello, publicada em 28 de agosto de 2001. E a última citação à expressão em comento data de 16 de setembro de 2011, no Habeas Corpus n.º 110.237 MC/PA, também de Relatoria do Min. Celso de Mello. Os casos em referência são importantes para demonstrar que a base de dados constantes no site do Supremo Tribunal Federal em relação à referida expressão compreende um período, ao menos, de ago./2001 a 31 de janeiro de 2013 – data da última atualização da pesquisa -, estabelecendo como período da varredura o compreendido entre ago./2001 e set.2011. Por fim, alguns dados serão mais bem distribuídos em tabelas ou gráficos dispostos nas páginas seguintes, hipótese em que a metodologia de sua criação também será explicitada. Apesar de se tratar de um capítulo preponderantemente descritivo.

2.2. Mapeamento jurisprudencial da expressão “mutação constitucional” no Supremo Tribunal Federal

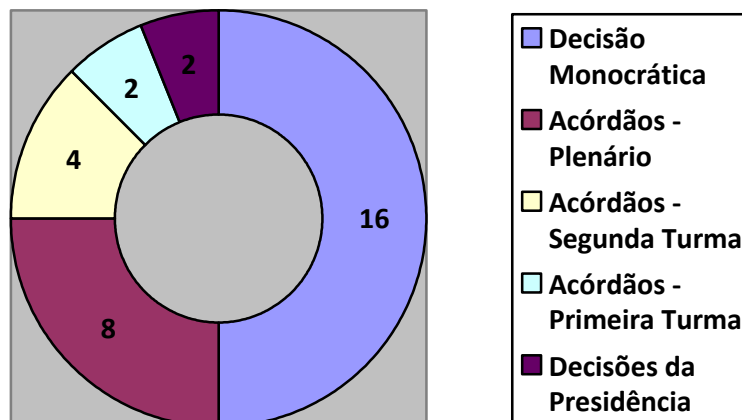
A coleta de dados realizada no site do Supremo Tribunal Federal permitiu a realização de um mapeamento dos usos e sentidos atribuídos à expressão “mutação constitucional” nos votos proferidos por seus Ministros. Em toda a pesquisa, percebeu-se a referência à expressão “mutação constitucional” em 32 (trinta e dois) processos⁴⁸, dentre os quais, 28 (vinte e oito) deles estão associados ao controle difuso de constitucionalidade e apenas 4 (quatro), ao controle abstrato. Por meio do referido dado é possível perceber que o uso da expressão investigada está preponderantemente associado ao controle difuso de constitucionalidade, hipótese que pode se justificar na própria ideia que ela traduz: partindo do pressuposto que a mutação constitucional denota a observância a um ou mais fatos capazes de modificar o sentido do texto normativo, e o controle difuso de constitucionalidade é

⁴⁸ A palavra “processo”, no presente caso deve ser associada tanto a recursos quanto às ações diretas. Ela foi utilizada tão somente para fazer distinção dos casos. Ao todo, foram encontradas 37 referências à expressão “mutação constitucional” em diferentes processos, dentre os quais: (i) 4 delas estava relacionada a RECL n.º 4.335-5/AC; (ii) 2 fazia menção ao MS 26.602-3/DF; e (iii) 2 relacionavam-se ao RE n.º 166.791-5/DF.

caracterizado pela discussão das normas aplicadas aos casos concretos, i.e., torna-se compreensível que o uso da expressão esteja associado ao controle difuso.

A partir do mapeamento dos processos em que foi feita referência à “mutação constitucional”, por meio da observação da localização da expressão, foi possível identificar quais Ministros faziam referência a ela e em quantos e quais processos, a menção à “mutação constitucional” esteve presente. No mecanismo de busca do site do Supremo Tribunal Federal foi apresentada a seguinte distribuição nos processos:

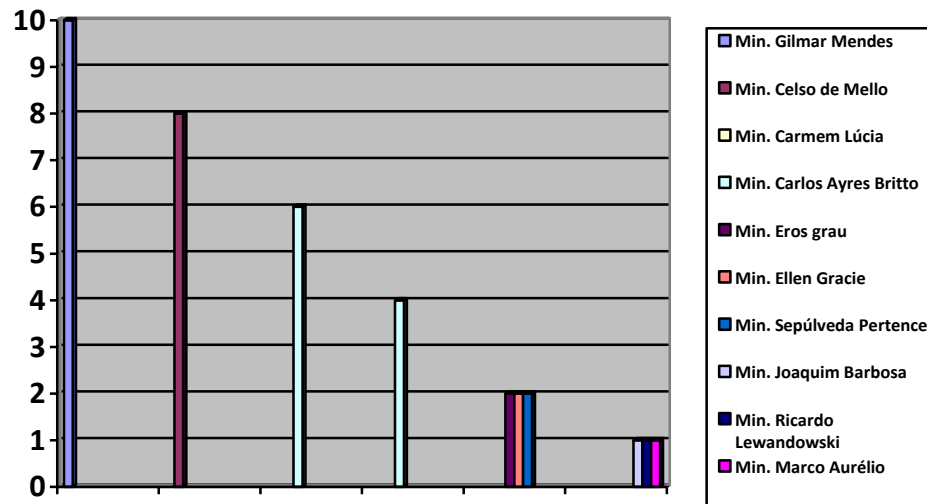
Figura 1:



Fonte: site do Supremo Tribunal Federal.

Para visualizar melhor a distribuição dos Ministros que se referiram à expressão, além de em quantos processos ela foi feita, o gráfico abaixo pode ser bem ilustrativo. Vejamos:

Figura 2:



Fonte: site do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a tabela acima, é possível perceber que no período em que se fez a busca (de 2001 a 2011), dez Ministros citaram a expressão “mutação constitucional” em diferentes casos. Dentre os dez Ministros que fizeram tal referência, quatro deles já se aposentaram (Ministros Carlos Ayres Britto, Eros Grau, Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence) e a Min. Ellen Gracie deixou o cargo para se candidatar a Juíza da Corte Internacional de Justiça, em Haia; os demais foram aposentados compulsoriamente. Os Ministros que mais se referiram à expressão foram os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Carmem Lúcia e Carlos Ayres Britto.

Separando pelos temas de discussão, o Min. Gilmar Mendes foi quem mais fez referência à mutação constitucional em diferentes temas; o Ministro Celso de Mello fez menção à expressão em casos que versavam preponderantemente sobre a prisão civil de depositário infiel; e a Min. Carmem Lúcia, com exceção de um caso apenas, faz referência à expressão para analisar a constitucionalidade da Lei n.º 9.506/97 - que estabelece o Instituto da Previdência Social. Adiante, poderá ser notado também que o Min. Carlos Ayres Britto, apesar de fazer menção 4 (quatro) vezes à mutação constitucional, ele atribui ao menos três sentidos diferentes. Mas este dado surgirá nas linhas seguintes quando se apresentarem os dados relativos aos usos e sentidos da expressão perseguida baseadas na informação constante na

tabela em anexo. Além disso, de acordo com a análise dos dados, é possível afirmar que o Min. Gilmar Mendes somente mencionou a expressão mutação constitucional quando o processo compunha o plenário da Corte; seguindo a mesma linha, o Min. Celso de Mello somente se referiu à expressão quando o processo fazia parte da Segunda Turma e o próprio Ministro era o Relator. Já a Min. Carmem Lúcia somente mencionava a expressão em decisão proferida monocraticamente.

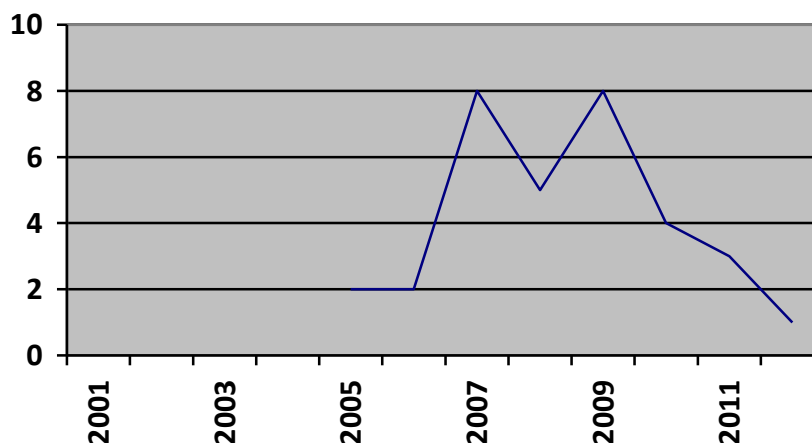
Outro dado que surgiu a partir do mapeamento feito diz respeito ao período em que a expressão foi mencionada. Destacando-se se tratar de referências à expressão em diferentes processos, o primeiro caso em que houve menção à mutação constitucional foi na ADI n.º 1.484/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, em decisão monocrática por ele proferida e publicada em 28 de agosto de 2001. O caso tinha por objeto a discussão da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial dos Poderes Executivos e Legislativo referente à Lei n.º 9.295/96, que “dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências”. Neste caso, o Min. Celso de Mello verificou a alegação de inércia do Poder Público em fazer aquilo que a Constituição impõe, esclarecendo que as omissões normativas anteriormente reconhecidas haviam sido preenchidas por lei superveniente à sua denúncia. Assim, invocando os ensinamentos de Anna Cândida da Cunha Ferraz, defende ter ocorrido uma das modalidades de mutação constitucional elencadas pela autora na obra “Processos informais de mudança da Constituição”.

O Min. Celso de Mello, primeiro a manifestar a ideia de ocorrência de uma mutação constitucional, conforme dado acima, por ter se formado na Universidade de São Paulo, assim como a autora Anna Cândida da Cunha Ferraz, pode ter sofrido influência da autora, que foi em verdade uma das primeiras expoentes do tema no Brasil. Por possuírem formação no mesmo local e terem sido contemporâneos (enquanto o Min. Celso de Mello fazia sua graduação, a autora concluíra seu mestrado), o contato que tiveram (e se tiveram), além do ambiente frequentado e os professores acessados, pode representar um indicativo da influência dos ensinamentos da autora para o Min. Celso de Mello.

Outra forma de se verificar como se deu o acesso do tema no Supremo Tribunal Federal é a identificação da construção feita e do autor citado como referência. Conforme dito anteriormente, Anna Cândida da Cunha Ferraz foi uma das pioneiras no Brasil a desenvolver tese sobre o tema. Apesar de sua abordagem se assemelhar a feita por Hsü Dau-Lin, o Direito brasileiro carecia de um estudo mais profundo acerca da questão. Apesar de ter sido publicada em 1986, a tese desenvolvida sobre os processos informais de mudança da Constituição é referência para todos que escrevem a respeito do tema até os dias de hoje. E, como em 2001 não havia um estudo mais recente e tão completo como o da autora, tornou-se referência para o Min. Celso de Mello, que alegou que a hipótese em questão se enquadrava numa das hipóteses de ocorrência de mutação constitucional listadas pela autora em seu livro.

Após a primeira referência à expressão “mutação constitucional”, somente houve menção novamente a ela em 2005. A partir daí, é possível identificar uma progressividade e recorrência do tema nos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A figura abaixo pode demonstrar os períodos em que houve menção à expressão investigada, além da quantidade (em número de processos) em que ela se insurgiu:

Figura 3:



Fonte: site do Supremo Tribunal Federal

A figura acima demonstra um vácuo entre os anos de 2002 e 2004 no que tange a menção à mutação constitucional. A primeira citação foi feita em 2001 e a segunda apenas em 2005, com o Min. Gilmar Mendes. Este período sem qualquer referência à ocorrência de uma mutação no texto constitucional pode apresentar como possíveis justificativas um decurso maior do tempo, i.e., necessidade de maturação do tempo de promulgação da Constituição Federal – que havia completado apenas doze anos de existência quando foi feita a primeira alegação de ocorrência de uma mutação em seu texto. Outra possível justificativa é a ausência de um estudo mais recente e aprofundado sobre o tema. E, por último, é preciso ressaltar que o período de 2002 a 2004 foi um período de recomposição da Corte, que sofreu a alteração de cinco Ministros: o Min. Gilmar Mendes ingressou no lugar do Min. Néri da Silveira, o Min. Cezar Peluso substituiu o Min. Sydney Sanches, o Min. Carlos Ayres Britto assumiu a vaga deixada por Ilmar Galvão, assim como o Min. Joaquim Barbosa em relação ao Min. Moreira Alves e o Min. Eros Grau que supriu a vaga deixada pelo Min. Maurício Corrêa. Este pode ser um dos possíveis motivos à inexistência de referências à mutação constitucional no período em análise, considerando as prioridades da Corte em seus julgamentos e o olhar de cada um dos Ministros sobre o binômio relevância-necessidade de cada um dos processos que apreciam e julgam.

Em 2004, dois anos após o seu ingresso na Corte e três após a primeira citação da mutação constitucional em votos proferidos por Ministros do STF, o Min. Gilmar Mendes publica o artigo “*O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*”, discutindo a possibilidade de ocorrência de uma autêntica mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal, que se refere à competência do Senado Federal em expedir resolução atribuindo eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. O Min. Gilmar Mendes defende a possibilidade de tal competência ter entrado em desuso e estar presente no texto constitucional por justificativas de índole meramente histórica. O artigo do Min. Gilmar Mendes foi mencionado como fundamento em votos proferidos pela Ministra Ellen Gracie e Eros Grau, nos respectivos processos: ADI n.º 3.929 MC/DF, Rel. da Min. Presidente Ellen Gracie,

Decisão da Presidência, DJ em 25.jul.2007; e MS n.º 26.602-3/DF, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ em 03.out.2007.

Um ano após a publicação de seu texto, o Min. Gilmar Mendes faz menção à expressão mutação constitucional na ADI n.º 3.345/DF, de relatoria do. Min. Celso de Mello, apreciado e julgado pelo plenário, sendo o acórdão publicado no dia 25 de agosto de 2005 – segundo processo em que houve menção à expressão mutação constitucional, além de ser a primeira vez em que a menção à expressão é feita no plenário da Corte. No caso em apreço, foi apreciada a legitimidade da participação de Ministro do STF (que atuou no TSE) no julgamento de ação direta ajuizada contra ato emanado daquela alta Corte eleitoral. Apesar de não defender a ocorrência ou não de uma mutação constitucional no presente caso, o Min. Gilmar Mendes cita trechos de seu artigo que faz referência à mutação constitucional para fundamentar a sua decisão – destacando-se que o Min. Gilmar Mendes cita o seu artigo como fundamentação em todas as hipóteses em que faz o uso da expressão pesquisada.

A partir de 2005, a menção à mutação constitucional aumentou consideravelmente nos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. De 2005 a 2006, os Ministros do Supremo fizeram menção à expressão em apenas quatro casos, e nenhum deles foi provocada uma discussão conceitual, de aplicabilidade prática ou de constatação da ideia que tramita em torno da mutação constitucional. Os três casos seguintes à menção feita pelo Min. Gilmar Mendes apenas trataram de mencionar o instituto da mutação constitucional, tomando-o como exemplo de interpretação ou jurisprudência – o que será discutido mais adiante.

Em 2007, em voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na Recl. n.º 4.335-5/AC, cuja relatoria é do próprio Ministro, em processo ainda pendente de julgamento, o Min. Gilmar Mendes provocou a primeira discussão no plenário da Corte acerca da mutação constitucional. Para tanto, o Min. Gilmar se utilizou de uma argumentação de cunho histórico, além de citar o artigo que publicara em 2004, que versa exatamente sobre demanda idêntica à apreciada na Reclamação, e autores como: Hsü Dau-Lin, Jellinek, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Anna Cândida da Cunha Ferraz. A Recl. 4.335-5/AC foi o primeiro processo a levar a discussão sobre

a mutação constitucional ao plenário do Tribunal, contando com o voto de quatro Ministros: Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau – reconhecendo a ocorrência da mutação constitucional; e Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa – negando a sua ocorrência. Até a data da presente pesquisa, o processo encontrava-se aguardando data para que fosse posto a julgamento.

O voto do Min. Gilmar Mendes inaugurou um período de acréscimo às referências feitas à mutação constitucional, que alcançou o seu pico no período compreendido entre os anos de 2007 a 2009, período em que a Corte teve como Presidente, a Min. Ellen Gracie e o Min. Gilmar Mendes. Esta observação funda-se na hipótese de os Presidentes do Tribunal neste período terem colocado em pauta determinados processos que podem refletir prioridades em suas agendas, considerando ser de competência do Presidente da Corte a inclusão de processos em pauta para julgamento⁴⁹. Após o período mencionado, identifica-se uma queda no uso da expressão, que pode estar relacionado à pendência no julgamento do caso que primeiro discutiu os limites e alcances que estão por trás da ideia de ocorrência de uma autêntica mutação constitucional no Direito brasileiro – Recl. n.º 4.335-5/AC, conforme discussão travada em votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa e que será mais bem explorada no tópico seguinte.

⁴⁹ De acordo com informação constante no site oficial Supremo Tribunal Federal: “Os processos instruídos pelo Relator são liberados para julgamento, por meio de inclusão do feito em pauta ou apresentação em mesa, nas hipóteses regimentais. Independe de inclusão em pauta o julgamento de *habeas corpus*, mandados de segurança e recursos internos, que são apresentados em mesa. Compete ao Presidente selecionar, dentre os processos liberados, aqueles que serão julgados na sessão.

Publicação: despachos de inclusão do feito em pauta são publicados no DJE. Há intimação pessoal nos casos previstos em lei.

Divulgação: às sextas-feiras de cada semana, é disponibilizada na página do STF na internet a relação dos feitos que podem ser chamados a julgamento nas sessões da semana seguinte.” (Grifei) Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pautainicio>>.

2.3. Observação do comportamento do Supremo Tribunal Federal no uso e reconhecimento da mutação constitucional

No que se refere aos usos e sentidos dados à expressão “mutação constitucional”, deve-se destacar inicialmente uma importante questão: os dez Ministros do Supremo Tribunal Federal que fazem alusão à expressão concordam, de acordo com leitura minuciosamente feita, que a mutação constitucional representa uma mudança de sentido do texto normativo. As divergências se apresentam no momento de manifestação do processo pelo qual ocorre tal mudança de sentido. E, neste aspecto, de forma bem sucinta, os Ministros apresentam nove usos e sentidos distintos da mutação⁵⁰:

Tabela 1:

| Usos e Sentidos dados à mutação constitucional | Explicação da categorização apresentada (tradução da visão dos Ministros)⁵¹ | Ministros |
|---|--|--|
| Mutação ocorrida a partir da inércia do Poder Público. | Mudança de entendimento do texto constitucional a partir da inércia do Poder Público em fazer aquilo que a Constituição impõe | Min. Celso de Mello |
| Mudança de sentido, sem expressa modificação do texto. | Mudança de sentido do texto normativo sem um processo específico de transformação do entendimento | Min. Gilmar Mendes, Min. Eros Grau, Min. Sepúlveda Pertence e Min. Joaquim Barbosa |
| Transformação do texto gerada por Emenda Constitucional | Modificação do entendimento sobre determinada questão a partir da transformação do texto constitucional (Mutação constitucional traduzida de forma aproximada à mudança da Constituição) | Min. Sepúlveda Pertence e Min. Carlos Britto |
| Mudança na interpretação | A mudança de sentido do texto ocorre a partir da interpretação, sem estabelecimento de diferenciação entre o | Min. Ricardo Lewandowski |

⁵⁰ Neste momento, a categorização feita é aquela apresentada pelos próprios Ministros nos votos proferidos. Em momento posterior, será apresentada uma proposta de recategorização dos referidos usos e sentidos dados à mutação constitucional.

⁵¹ No anexo, encontram-se trechos de votos dos Ministros que justificam a categorização apresentada nesta tabela.

| | | |
|--|---|--|
| | aplicador da norma e uma mudança de comportamento social que estimule tal mudança | |
| Interpretação judicial | Mudança de sentido a partir da interpretação do aplicador da norma – Ministro do Supremo Tribunal Federal | Min. Celso de Mello e Min. Carmem Lúcia |
| Interpretação extensiva | Mudança de sentido por meio da interpretação, levando-se em consideração uma ampliação de entendimentos do texto constitucional – observado o princípio da unidade da Constituição. | Min. Carmem Lúcia e Min. Ellen Gracie e Min. Carlos Britto |
| Interpretação evolutiva | Mudança de sentido a partir de uma interpretação necessária, que se modifica a partir das transformações sociais. | Min. Gilmar Mendes e Min. Marco Aurélio |
| Mudança de jurisprudência | A mudança ocorre a partir da superação de um entendimento já sacramentado pela Corte | Min. Carlos Britto e Min. Gilmar Mendes |
| Evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial | Pressupõe uma mudança de entendimento não apenas da Corte, mas também da doutrina especializada. | Min. Gilmar Mendes |

Fonte: site do Supremo Tribunal Federal

É possível depreender ainda que o Min. Gilmar Mendes é quem mais faz diferentes usos da expressão “mutação constitucional”, seguido pelos Ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Apesar dos nove diferentes usos e sentidos atribuídos à mutação constitucional, vários deles se aproximam, como as categorias que se referem à interpretação e à jurisprudência, por exemplo. Para fins de facilitação dos dados acima, adiante serão expostos trechos de votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que melhor os ilustram, destacando que abaixo será disposto apenas um exemplo para cada categoria, mas, no anexo, há trecho de votos para cada caso analisado. Vejamos:

Tabela 2:

| Descrição do processo | Resumo do caso | Voto analisado | Usos e/ou sentidos da mutação constitucional | Trechos do (s) voto (s) |
|--|---|----------------------------|--|---|
| <p>ADI 1484/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática. DJ 28.ago.2001.</p> | <p>ADI que objetiva a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial dos Poderes Executivos e Legislativo referente a Lei n.º 9.295/96 que 'dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências'.</p> | <p>Min. Celso de Mello</p> | <p>Mutação ocorrida a partir da inércia, omissão do Poder Público.</p> | <p>Citação de trecho do livro "Processos informais de mudança na Constituição", de Anna Cândida da Cunha Ferraz como fundamento: "(...) a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando esse efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental. Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados."</p> |
| <p>MS 26.602-3/DF. Rel. Min. Eros Grau. Plenário. DJ 03.out.2007.</p> | <p>Extinção de mandato por infidelidade partidária decorrente de mudança de partido.</p> | <p>Min. Eros Grau</p> | <p>Mudança de sentido, sem expressa modificação do texto</p> | <p>"Apenas a transformação do sentido do enunciado da Constituição, sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, é que se poderia admitir a presente impetração. Vale dizer, apenas se operada a mutação constitucional, admitindo nova</p> |

| | | | | |
|---|---|---------------------|---|---|
| | | | | <i>hipótese de perda de mandato, é que o presente mandado de segurança pode ser analisado."</i> |
| Rcl 7336/SP. Decisão Monocrática. Julgamento: 03.fev.2009. | Equiparação de salário dos delegados de polícia do Estado de São Paulo aos Procuradores de Estado. | Min. Carlos Britto | Transformação do texto gerada por Emenda Constitucional | <i>"(...) o art. 241, norma especial que garantia isonomia dos delegados de polícia com as carreiras disciplinadas no art. 135 (Procurador de Estado e Defensor Público), foi excluído da Constituição por força da Emenda Constitucional n.º 19/98. Mutação constitucional, patrocinada pela EC n.º 19/1998, incidente, ainda, sobre os seguintes dispositivos: I 'a isonomia foi abolida do art. 135, para, em seu lugar, fixar-se a remuneração por subsídio; II 'o  1  do art.39, concretizador do tratamento isonômico, passou a ordenar que os sistemas remuneratórios diferenciem-se em função da responsabilidade, complexidade, requisitos de investidura e peculiaridades de cada cargo."</i> |
| QO em HC de n.º 86.009-5/DF. Rel. Min. Carlos Britto. Primeira Turma. DJ 29.ago.2006. | Mudanç a de jurisprudência: fixação da competência dos Tribunais de Justiç as Estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais | Min. Carlos Britto | Mudanç a na interpretação | <i>"Em boa verdade, mesmo tratando-se de alteração de competência, por efeito de mutação constitucional (nova interpretação ao texto da Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental (...)."</i> |
| HC 110.237 MC/PA. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática. DJ | Competência para apreciar e julgar crime praticado por civil contra a Administração Militar | Min. Celso de Mello | Interpretação judicial | <i>"No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de</i> |

| | | | | |
|--|---|--------------------|-------------------------|---|
| 16.set.2011. | | | | <i>(re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que 'A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la'.</i> |
| RE 476.747/SC. Rel. Min. Ellen Gracie. Decisão Monocrática. DJ 18.nov.2010. | Constitucionalidade da Lei n.º 9.506/97 a partir da Emenda Constitucional n.º 20/98 | Min. Ellen Gracie | Interpretação extensiva | <i>"Com a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, o inciso II do art. 195 da CF/88 passou a albergar, no universo dos contribuintes à previdência social, não só os trabalhadores, mas também os 'demais segurados da previdência social'. Ocorrendo a mutação constitucional, a lei, que não foi ainda objeto do controle concentrado, nem teve suspensa sua execução pelo Senado, continua em vigor e, se não conflitar com o novo texto constitucional, será válida e eficaz."</i> |
| ADPF 46/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Plenário. DJ 26.fev.2010. | Serviço postal e o privilégio da entrega de correspondências | Min. Marco Aurélio | Interpretação evolutiva | <i>"Pablo Lucas Verdú convencionou chamar de 'mutação constitucional', hipótese em que a Carta federal fica obsoleta, fragilizada, caduca. Cabe ao intérprete, no caso, proceder a uma interpretação evolutiva, reconhecendo que essas 'mutações constitucionais silenciosas' funcionam, na verdade, como atos legítimos de interpretação</i> |

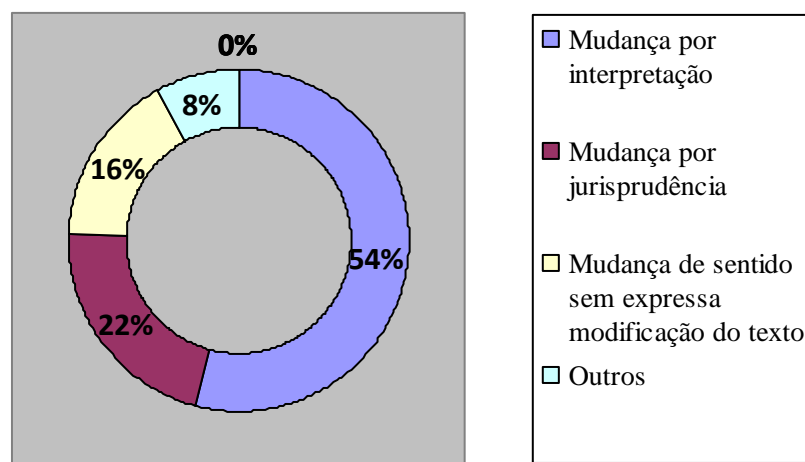
| | | | | |
|---|---|--------------------|---|--|
| | | | | <i>constitucional"</i> |
| AG. REG. No RE n.º 450.504-5/MG. Rel. Min. Carlos Britto. Primeira Turma. DJ 21.nov.2006. | Competência para apreciar e julgar pedido de indenização por acidente de trabalho, deduzido contra o (ex) empregador. | Min. Carlos Britto | Mudança de jurisprudência | "(...) a mudança na jurisprudência ao Supremo surgiu por mutação constitucional. Vale dizer, da redação originária do artigo 114 c/c inciso I do artigo 109 da Lei Maior, esta colenda Corte passou a extrair um outro sentido - o da competência da Justiça trabalhista." |
| MS 26.603-1/DF. Rel. Min. Celso de Mello, Plenário. DJ 04.jul.2007. | Extinção de mandato por infidelidade partidária decorrente de mudança de partido. | Min. Gilmar Mendes | Evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial. | "A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial - uma autêntica mutação constitucional - passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal." |

Fonte: site do Supremo Tribunal Federal

Apesar da apresentação dos diferentes usos e sentidos da expressão mutação constitucional pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e de nove categorias dispostas pelos próprios ministros, é possível agrupar algumas das categorias por eles dispostas e restringir os sentidos atribuídos à expressão. Por exemplo, existem quatro categorias que dispõem sobre variações do uso da interpretação como instrumento de modificação do texto normativo: “Mudança na interpretação”, “Interpretação Judicial”, “Interpretação extensiva” e “Interpretação evolutiva”. Se consideradas como variações da interpretação, estarão dispostas num mesmo grupo: mudança do sentido do texto constitucional por interpretação, que pode se manifestar de diferentes formas. Desta forma, das 37 (trinta e sete) diferentes manifestações à expressão pesquisada, distribuídas em 32 (trinta e dois) processos, teríamos 20 (vinte) em que houve menção à mutação constitucional.

De igual forma, se agruparmos as categorias “Mudança de jurisprudência” e “Evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial”, teríamos mais 8 (oito) referências. Se somados os dois novos grupos formados, alcançaríamos 28 (vinte e oito) referências à mutação constitucional, das 37 identificadas, o que corresponderia a aproximadamente 76% dos casos. Vejamos, de forma mais ilustrativa, a distribuição no gráfico abaixo:

Figura 4:



Fonte: site do Supremo Tribunal Federal

Os dados demonstrados podem dar indicações de que os usos e sentidos da mutação constitucional, pelos Ministros do Supremo, referem-se preponderantemente à mudança por interpretação e de jurisprudência. Apenas para evitar confusão entre tais termos, entende-se por jurisprudência a consolidação de dado entendimento, representando a voz do Tribunal sobre dado assunto. Diferentemente, na interpretação não há uma consolidação de dado entendimento, mas a demonstração de um ponto de vista a partir das circunstâncias que foram tomadas como análise. Isto é, a interpretação deve ser entendida como o reconhecimento ou atribuição de determinado significado a partir da análise de uma estrutura de valorações, em seus mais diversos aspectos. Este é o entendimento extraído por análise dos discursos e argumentações desenvolvidos pelos Ministros do STF quando se referem à interpretação e jurisprudência para atribuir sentido ao texto constitucional.

De todos os votos analisados, em apenas 4 (quatro) houve negativa à ocorrência de uma mutação constitucional, sendo utilizados diferentes usos e sentidos à sustentação da tese: “Mudança necessária na interpretação”, alegada pelo Min. Gilmar Mendes para defender a sua inoportunidade em relação às normas abertas que asseguram a atuação do Ministério Público; e, em três hipóteses, a “Mudança de sentido, sem alteração expressa do texto”, que pode ter sido utilizada por ser de cunho mais aberto e permitir uma variação argumentativa maior. Além disso, foi diante deste sentido que foram discutidos os limites impostos à mutação constitucional, conforme se poderá notar nas páginas seguintes.

Após a compreensão dos diferentes usos e sentidos dados à mutação constitucional, cabe o destaque que, apesar da variedade encontrada, só houve discussão acerca de seus usos e sentidos em dois processos. O primeiro é o MS n.º 26.602-3/DF, de relatoria do Min. Eros Grau, apreciado e julgado pelo plenário do Tribunal, publicado em 03 de outubro de 2007. O caso trata da extinção de mandato por infidelidade partidária decorrente de mudança de partido. Em voto proferido pelo Min. Rel. Eros Grau, foi defendida a inoportunidade de uma mutação constitucional, em que afirma se tratar de uma incongruência entre a prática constitucional e o texto da Constituição. Vejamos trecho do voto proferido pelo Min. Eros Roberto Grau:

Apenas a transformação do sentido do enunciado da Constituição, sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, é que se poderia admitir a presente impetração. Vale dizer, apenas se operada a mutação constitucional, admitindo nova hipótese de perda de mandato, é que o presente mandato de segurança pode ser analisado.

Reafirmo, nesse ponto, o que mencionei no julgamento na Recl. 4.335, Relator o Ministro Gilmar Mendes. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a prática constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.

Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os limites do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida a ele, o texto dela resultante, seja coerente repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a JEAN-PIERRE VERNANT para dizer que o novo texto, para ganhar sentido,

deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico. O que há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [=à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele a se amoldar com exatidão. Diferente da hipótese da Recl. 4.335, a questão discutida no presente writ não admite a mutação constitucional. (MS 26.602-3/DF. Rel. Min. Eros Grau. Plenário. DJ 03.out.2007.)

De acordo com o Min. Eros Grau, a mutação constitucional não se efetiva tão somente por meio de interpretação. É preciso o reconhecimento de um hiato entre a realidade constitucional e o texto da Constituição. Além disso, acrescenta o elemento “coerência” como pressuposto à ocorrência de uma mutação do texto constitucional. Para o Ministro, a interpretação feita deve se relacionar com os objetivos ao qual a norma foi criada, somado a coerência com o sistema constitucional vigente, podendo tal análise ser aproximada à observância ao princípio da Unidade da Constituição.

Diferentemente do raciocínio desenvolvido, o Min. Gilmar Mendes profere longo voto defendendo a ocorrência de autêntica mutação constitucional sob o fundamento de que ela pode se efetivar mediante interpretação que se consubstancie em mudança de jurisprudência da Corte. De acordo com o voto proferido pelo Ministro:

A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial - uma autêntica mutação constitucional - passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal.

(...)

Lembre-se, neste ponto, que não se trata aqui de aplicação do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, mas de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional. (MS 26.602-3/DF. Rel. Min. Eros Grau. Plenário. DJ 03.out.2007.)

Para o Min. Gilmar Mendes, a mutação constitucional deve ser reconhecida no caso por se tratar não apenas de interpretação, mas por representar uma “evolução doutrinária e jurisprudencial”. Isto é, o argumento do Ministro denota a ideia de progressividade ao se referir à expressão “evolução”, somados aos ensinamentos da doutrina especializada e da consolidação do entendimento da Corte sobre dado tema constitucional. Para corroborar sua visão e fortalecer os

argumentos apresentados, o Min. Gilmar Mendes cita em seus votos autores como: Hsü Dau-Lin, Jellinek, Karl Larenz, Peter Häberle e Inocêncio Mártires Coelho⁵². Do trecho acima, é possível ainda perceber uma diferenciação estabelecida entre mudança de jurisprudência e nova interpretação: a jurisprudência é entendida pelo Ministro como produto final da nova interpretação do texto constitucional, consolidando um dado entendimento. E, ocorrendo tal procedimento, o Ministro defende a possibilidade em se alegar a ocorrência de uma autêntica mutação constitucional.

O segundo e mais polêmico caso, que em verdade foi o que deu início à discussão já explicitada acima e mencionada nas páginas anteriores, é a Recl. n.º 4.335-5/AC, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que está sendo apreciada e julgada pelo plenário do STF – i.e., ainda pendente de julgamento. O caso, conforme mencionado anteriormente, discute a necessidade ou não de expedição de resolução do Senado Federal para suspender a eficácia de normas declaradas inconstitucionais, pelo plenário do STF, no controle difuso de constitucionalidade e, assim, lhes atribuir eficácia *erga omnes*. O Min. Rel. Gilmar Mendes proferiu voto no sentido de defender a mutação do art. 52, X da Constituição Federal sob a argumentação que tal competência encontrava justificativas de índole meramente histórica, além de estar sendo inutilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Segue trecho do voto do Min. Gilmar Mendes que melhor ilustra a sua argumentação:

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.

(...)

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a

⁵² O autor foi professor do Min. Gilmar Mendes e do Procurador da República Paulo Gustavo Gonet Branco na Universidade de Brasília. Juntos escreveram a obra “Curso de Direito Constitucional”. Inocêncio Mártires Coelho escreveu também o livro “*Interpretação Constitucional*”, da Editora Sergio Antonio Fabris, publicado em Porto Alegre, em 1997. Em seu livro, o autor defende que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o resultado do processo interpretativo ou que a norma é a sua interpretação (Vide Cap. 4.).

declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. (RECL. 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes. Ainda pendente de apreciação e julgamento pelos demais Ministros.)

Pelos motivos acima indicados, na visão do Min. Gilmar Mendes, novo sentido deveria ser dado ao texto constitucional, para a fixação de entendimento de que a competência ali indicada se referiria tão somente à atribuição de maior publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal que, por ter o monopólio da última palavra constitucional, já dotaria de eficácia *erga omnes*.

Diferentemente do processo anterior, o Min. Eros Grau concorda com o Min. Rel. Gilmar Mendes acerca do reconhecimento da ocorrência de uma mutação do art. 52, X da Constituição Federal. Compartilhando de argumentação diversa, o Min. Eros Grau reconhece tal ocorrência não apenas por se tratar de interpretação diversa, mas por haver uma significativa alteração do comando normativo. Vejamos trecho do voto do Min. Eros Grau que consubstancia a referida observação:

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. (RECL. 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Voto proferido pelo Min. Eros Grau. Ainda pendente de apreciação e julgamento pelos demais Ministros.)

Os votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau se assemelham no sentido de considerar a mutação constitucional uma mudança de sentido do texto constitucional, sem a alteração expressa de sua redação. Apesar

das argumentações acima dispostas, é possível perceber por meio da leitura de seus votos que não divergem em relação a este aspecto. O mesmo pode se afirmar em relação aos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que igualmente proferiram votos no presente caso, embora tenham defendido a impossibilidade de se reconhecer a ocorrência da mutação constitucional.

Este caso é emblemático para demonstrar uma preocupação que a doutrina constitucional começa a ter: os limites e alcances da mutação constitucional. Apesar de concordarem com os Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau sobre o sentido que deve ser dado à mutação constitucional (ao menos no presente caso) – mudança de sentido do texto constitucional, sem a alteração expressa de sua redação -, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa defendem a impossibilidade de sua ocorrência devido à necessidade de imposição de limites à mutação constitucional. No presente caso, em apenas quatro votos proferidos, surgem três limites à mutação constitucional, todos estabelecidos pelos Ministros que se colocam contrários à ocorrência da mutação constitucional. O primeiro limite imposto é feito pelo Min. Sepúlveda Pertence, ao asseverar sobre o cuidado especial que se deve ter ao alegar a ocorrência de uma mutação constitucional de norma definidora de competência. Vejamos:

Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.

(...)

Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto - concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado - com a premissa generosa dos dois colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário.

(...)

A Emenda Constitucional 45 dotou o supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante. (RECL. 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence. Ainda pendente de apreciação e julgamento pelos demais Ministros.)

A observação do Min. Sepúlveda Pertence se refere à possibilidade de esvaziamento e supressão de uma competência concedida pelo Poder Constituinte Originário ao Senado Federal por meio das decisões proferidas pelo órgão máximo do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal. A argumentação do Min. Sepúlveda Pertence deve ser compreendida não apenas como a impossibilidade de ocorrência da mutação constitucional de uma norma definidora de competência, mas como a impossibilidade de alegação de tal mutação por interpretação dos Ministros do Supremo. É necessário que para se reconhecer uma mutação constitucional de norma definidora de competência seja comprovada uma mudança de comportamento do próprio ente que dota da referida competência.

No presente caso, o Min. Sepúlveda Pertence assemelha a hipótese defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau a um golpe de Estado, hipótese que refletiria a tomada da competência do Senado pelo Supremo Tribunal Federal, que estaria ampliando consideravelmente os seus poderes ao adquirir a competência de um órgão do Poder Legislativo por meio de interpretação e argumentação tipicamente constitucionais, e não por Emenda à Constituição. Resumindo, para o Ministro Sepúlveda Pertence a mutação constitucional de norma definidora de competência deve seguir os processos formais de mudança da Constituição – Emenda Constitucional, ou refletir uma mudança de comportamento do próprio ente competente que deve ser comprovado de modo a não refletir tão somente a intuição dos aplicadores da norma constitucional.

Os demais limites à mutação constitucional são discutidos pelo Ministro Joaquim Barbosa, que se refere à necessidade de observação de um decurso de tempo e de constatação empírica para o reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional. Ao concordar com o Min. Sepúlveda Pertence em não reconhecer a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição, o Min. Joaquim Barbosa apresenta rápida pesquisa que teria feito para comprovar a utilização da referida competência pelo Senado Federal, vejamos trecho de seu voto:

Mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (Direito Constitucional, p.1102). Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva "*désueetude*" do dispositivo. Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso Nacional suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução nº 2). (RECL. 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Voto proferido pelo Min. Joaquim Barbosa. Ainda pendente de apreciação e julgamento pelos demais Ministros.)

A primeira observação feita pelo Ministro Joaquim Barbosa diz respeito a um decurso de tempo maior para se alegar a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal. Apesar de se tratar de uma competência que ultrapassa inclusive os vinte e cinco anos que a Constituição Federal está prestes a completar, de 1988 a 2007 (ano de publicação dos quatro votos acima destacados), haviam passado menos de vinte anos de promulgação da Constituição Federal, razão pela qual o Min. Joaquim Barbosa defende um decurso de tempo maior para análise da questão. Desde então, o processo encontra-se paralisado e sem nenhum outro voto proferido. A imposição do limite pelo Min. Joaquim Barbosa foi feita especificamente em relação à mutação do art. 52, X da Constituição Federal, o que não significa que em casos diversos já não exista tempo hábil ao reconhecimento de uma mutação constitucional. O importante de sua construção refere-se à compreensão do decurso de tempo como um limite ao reconhecimento da mutação do texto constitucional, principalmente pela necessidade de maturação maior da Constituição Federal, ainda que se considerem as constantes transformações sociais.

A observação seguinte feita pelo Min. Joaquim Barbosa é a da necessidade de constatação empírica ao reconhecimento de autêntica mutação do art. 52, X da Constituição Federal. Para o Ministro Joaquim Barbosa, a mudança de sentido do texto constitucional não se dá tão somente por interpretação, mas principalmente por observação e descrição da realidade constitucional comprovada por empiria. Nesta hipótese, há o reconhecimento da preponderância do fato sobre a norma a partir do

reconhecimento de uma mudança de comportamento capaz de ser comprovada empiricamente. O argumento levantado pelo Ministro inova a discussão acerca dos meios de comprovação da ocorrência da mutação constitucional.

Corrente liderada pelo Min. Gilmar Mendes defende a constatação de sua ocorrência por doutrina e interpretação, que podem consolidar um entendimento modificando a jurisprudência. Já o Ministro Joaquim Barbosa defende a necessidade de utilização da empiria ao seu reconhecimento, por tratar-se de hipótese em que se verifica a preponderância do fato sobre a norma. Esta discussão altera os métodos possíveis à observação e descrição da realidade constitucional pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, inaugurando uma discussão, que pode inclusive não ser levada adiante acerca da utilização da empiria nos estudos de Direito Constitucional. Este tema será discutido nas páginas seguintes.

2.4. A mutação constitucional refletida nos comportamentos judiciais e extrajudiciais

A partir dos dados extraídos, foi possível identificar diferentes usos e sentidos atribuídos à mutação constitucional nos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Compreendida como uma alteração de sentido sem a expressa modificação do texto, a mutação do texto da Constituição é refletida na mudança de comportamento capaz de estabelecer uma nova ordem constitucional. De acordo com os dados, apesar da variedade do uso da expressão, pode-se afirmar que tais mudanças de comportamentos ocorrem tanto no plano judicial quanto no extrajudicial. A diferença entre ambos reside no olhar ao ator principal do processo, vejamos:

Os comportamentos judiciais capazes de modificar o sentido do texto constitucional referem-se ao exercício praticado pelos Ministros do Supremo no processo de concretude da norma. Fazem parte deste processo: a atuação dos Ministros no processo interpretativo e na mudança de jurisprudência. A interpretação refere-se, conforme se poderá notar no capítulo seguinte, ao processo de tradução dos sentidos dos signos linguísticos. Para traduzir os signos linguísticos, a

interpretação se utiliza de diversos critérios, dando ensejo ao desenvolvimento das mais diversas subcategorias, como: a interpretação histórica, evolutiva, judicial, extensiva, sistemática etc. Todas elas representam exemplos de categorias dadas pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos. Pela diversidade de critérios existentes no processo interpretativo, extrai-se uma insegurança e instabilidade interpretativas, principalmente por permitir uma infinidade de sentidos a um mesmo signo linguístico de acordo com o critério a ser utilizado.

Diferentemente, a jurisprudência é entendida como a consolidação de um entendimento acerca de determinado tema, a partir de reiterados julgados num mesmo sentido. Isto é, na jurisprudência de um determinado Tribunal é estabelecido um único sentido acerca de determinado tema. Quando há uma mudança da jurisprudência, é reconhecida uma ruptura no entendimento que anteriormente era consolidado para se estabelecer um novo que o substitua de forma imediata, de modo a fixar o novo entendimento quando diante de demandas posteriores semelhantes. A mutação constitucional refletida nos comportamentos judiciais, de acordo com os dados extraídos do mapeamento jurisprudencial, é feita tanto por interpretação quanto por jurisprudência.

Os comportamentos extrajudiciais refletem lógica distinta, referindo-se a questões que não são controladas e conduzidas pelo Poder Judiciário – no presente caso, o Supremo Tribunal Federal. A manifestação dos comportamentos extrajudiciais pode ser observada em dois aspectos: mudança textual e superação da norma pelo fato. No primeiro caso, apesar de poucas referências a este sentido, é defendida uma mudança do próprio texto ocorrida a partir da edição de uma Emenda Constitucional. A mutação constitucional, neste caso, é entendida como uma transformação do texto, e não apenas de seu sentido. E em relação à superação da norma pelo fato, tem-se o entendimento de que modificações de comportamentos que influenciem a realidade constitucional são capazes de alterar o sentido do texto expresso na Constituição, diminuindo o hiato existente entre ambos e estabelecendo nova correspondência entre eles. Na referida hipótese, há clara preponderância do fato sobre a norma constitucional. Como exemplo é possível citar a alegação de mutação constitucional ocorrida a partir da inércia do Poder Público e

a mudança da competência do Senado Federal no que diz respeito ao disposto no art. 52, X da Constituição e exaustivamente discutido até aqui.

As tendências acima dispostas revelam que a mutação do texto constitucional pode se manifestar por diferentes comportamentos, inclusive por atuação única e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai dos dados. No tópico seguinte, serão apresentados movimentos liderados por alguns Ministros que podem elucidar as formas de manifestação do fenômeno aqui investigado.

2.5. Os diferentes movimentos surgidos na Corte Constitucional brasileira em relação à mutação constitucional

Após a coleta dos dados, fazendo uma leitura mais abrangente, nota-se a existência de diversas fases de utilização da mutação constitucional. O uso da expressão não passou por nenhum momento de uniformidade, permitindo que Ministros manifestassem seus entendimentos acerca da figura jurídica que se insurgia. Recém-chegada no Supremo Tribunal Federal, a ideia transmitida pela mutação constitucional era ainda muito incipiente, sem muitos exemplos de situações ocorridas no Brasil que permitissem o seu uso. Em 2001, treze anos após a promulgação da Constituição, quando o Min. Celso de Mello invocou pela primeira vez o termo para discutir o descompasso do texto constitucional com a realidade vigente, não havia ainda discussões sobre os seus possíveis usos.

Após o seu ingresso na Corte Constitucional, o Min. Gilmar Mendes invocou pela segunda vez a expressão, inaugurando um processo de utilizações mais efetivas da ideia que a expressão mutação constitucional poderia transmitir. A partir disso, foi iniciado o primeiro movimento: uma vasta utilização da expressão, que denotava os mais diversos sentidos apenas para declarar a sua existência. Tanto é que, se fizermos uma análise, por exemplo, dos oito primeiros casos em que houve expressa manifestação à ocorrência da mutação constitucional, teremos as seguintes observações: em cinco casos, houve menção à expressão em decisões monocráticas; em cinco diferentes processos, o Ministro Relator foi quem invocou o

termo; a expressão foi invocada por cinco diferentes Ministros (Min. Celso de Mello, Min. Gilmar Mendes, Min. Sepúlveda Pertence, Min. Carlos Britto e Min. Ellen Gracie); e a expressão teve 7 (sete) diferentes usos nos primeiros 8 (oito) processos.

Num segundo movimento, há a utilização em demasia da expressão “mutação constitucional” para se referir à mudança da Constituição por interpretação e jurisprudência, liderados principalmente pelos Ministros Celso de Mello e Carmem Lúcia. Até a o término da pesquisa, o maior uso da mutação constitucional feito pelos Ministros do Supremo é para referir-se à mudança por interpretação, que se revela em seus mais diversos aspectos: interpretação histórica, interpretação - evolutiva, interpretação judicial, interpretação extensiva etc. O entendimento que tramita em torno da mudança da Constituição por jurisprudência também é elevado, e somado à mudança por interpretação, representam aproximadamente 76% (setenta e seis por cento) de todos os casos analisados, o que demonstra pretensa força do movimento.

Em movimento posterior, encontra-se a possibilidade de compreensão da mutação constitucional como representando a superação da norma pelo fato, liderado pelo Min. Gilmar Mendes principalmente no desenvolvimento da tese jurídica de que deveria ser reconhecido o desuso da competência conferida ao Senado Federal pelo art. 52, X da Constituição. Como reação, surge um último movimento, liderados pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, no sentido de estabelecer parâmetros à ocorrência da mutação constitucional.

Para o Min. Sepúlveda Pertence, a tese da mutação constitucional no caso acima disposto representa um exemplo da necessidade de se estabelecer limites à sua manifestação. E, assim, argumenta no sentido da impossibilidade de ocorrência de uma autêntica mutação constitucional por tratar-se de norma definidora de competência, podendo ela estar sendo usurpada pelo Poder Judiciário. Seguindo a lógica da imposição de parâmetros à mutação constitucional, o Min. Joaquim Barbosa defende ser necessário uma constatação empírica para se falar em uma efetiva mutação do texto constitucional, e cita pesquisa feita que indica a utilização da competência pelo Senado Federal. Diferentemente da abordagem feita pelo Min. Gilmar Mendes que busca a constatação da ocorrência do fenômeno por pareceres

doutrinários, o Min. Joaquim Barbosa destaca a necessidade de observação da realidade e comprovação mediante critérios e dados objetivos de que a realidade constitucional se modificou ao ponto de se sobrepôr à norma, modificando o seu sentido.

Os movimentos indicados apontam uma progressividade no uso da expressão investigada, deixando claro também não tratar-se de uma discussão finda, uma vez que o caso que mais tem gerado polêmica acerca de seu alcance e limite encontra-se ainda pendente de julgamento (Recl. n.º 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes). Assim, o presente capítulo, conforme mencionado em sua apresentação, teve por objetivo a apresentação de um mapeamento acerca dos usos e sentidos dados à mutação constitucional pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal a partir da leitura minuciosa dos votos por eles proferidos.

3. AS POSSÍVEIS MUDANÇAS DE COMPORTAMENTO POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DO USO ILEGÍTIMO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Nos capítulos anteriores, procedeu-se ao desenvolvimento de um raciocínio que permitisse a dissociação entre o significado da expressão “mutação constitucional” dado pela doutrina constitucional e os usos e sentidos que lhes são conferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No mapeamento jurisprudencial realizado, foi possível perceber que a mutação constitucional é uma ideia ainda em construção, apesar de já ter sido reconhecida em algumas importantes decisões. Tal pesquisa foi importante para demonstrar que o Supremo Tribunal Federal atribui diferentes sentidos à “mutação constitucional” nos votos proferidos por seus Ministros, fundamentando nos autores mencionados no primeiro capítulo deste estudo, mas não necessariamente estabelecendo uma correspondência lógica entre o uso efetivo que dá a expressão e o significado que a doutrina lhe confere.

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

3.1. Diferenças significativas entre os processos formais e informais de mudança da Constituição

Por tratar-se de um mecanismo de Mudança da Constituição, a mutação constitucional passa a ser entendida como um processo informal de alteração de sentido do texto normativo, não podendo ser confundida com as Emendas Constitucionais – processos formais de alteração do texto constitucional. O objetivo deste tópico é tão somente o de estabelecer diferenças pontuais entre a mutação e reforma constitucional, além de estabelecer diretrizes que melhor permitam a compreensão dos referidos institutos jurídicos.

Segundo Karl Loewenstein⁵³, filósofo do Direito e político alemão, a reforma constitucional pode se manifestar de várias formas, inclusive como forma de complementar lacunas deixadas por cláusulas constitucionais vagas. Loewenstein identificou dois tipos de lacunas: as descobertas (ou claras, nítidas) e as ocultas. A primeira é identificada quando o Poder Constituinte demonstra ser consciente da necessidade de sua regulamentação, mas por motivos diversos deixa de fazê-lo no momento da promulgação do texto constitucional. A segunda relaciona-se com a imprevisibilidade; hipótese que, no momento de criação da carta constitucional, não se pôde prever a necessidade de regulamentação de determinadas situações que eventualmente surgiriam com o passar dos anos.

A situação acima descrita é perfeitamente compreensível na ordem constitucional brasileira, se considerarmos que na época de promulgação da Constituição Federal, o Brasil passava por um processo de redemocratização, em que a Assembleia Constituinte para aprovar o texto constitucional teve que se submeter às pressões de diversos grupos, principalmente dos militares. Assim, torna-se compreensível a existência de lacunas ora deixadas de forma consciente pelo Poder Constituinte, ora por imprevisibilidade de determinadas situações, principalmente devido ao momento histórico ao qual se encontrava.

⁵³ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1986.

A reforma da Constituição pode ser feita ainda de forma tácita, que pode ser entendida também como um erro de técnica legislativa. Tal procedimento é reconhecido quando uma Emenda à Constituição altera um texto constitucional, mas não necessariamente o substitui. As emendas constitucionais, quando não inseridas no local exato em que se encontra o texto a ser modificado, podem modificar tacitamente a Constituição. Principalmente por estar revogando, retirando tacitamente do ordenamento jurídico determinada norma constitucional e, conseqüentemente, substituindo por outra de igual hierarquia.

Mesmo apresentadas todas as espécies de reforma da Constituição, não se pode olvidar que ela apresenta limites, como bem defendido por Loewenstein, seguido por Suzana de Barros Toledo⁵⁴. A Constituição da República apresenta limites, chamados pelos autores citados de imanes ou intrínsecos. Os limites imanes são aqueles embasados na estrutura da ordem constitucional a qual vige a Constituição. Os valores e princípios são disposições intangíveis da norma fundamental e devem, em todo instante, ser observadas e protegidas. A Constituição não é feita apenas de normas escritas, mas também de valores e princípios que se revestem de normas implícitas e ganham aplicabilidade cada vez mais constante na sociedade civil.

Tais valores e princípios servem também de supedâneo na realização de qualquer mutação ou reforma constitucional. Não são raras as hipóteses em que o Poder Constituinte Derivado se verá impossibilitado de alterar determinado texto constitucional devido à proposta de emenda violar valores e princípios implícitos, inerentes à Constituição.

Neste contexto, não se pode permitir a violação da Constituição sob o argumento de que toda norma constitucional comporta exceções, e até mesmo justificá-las em seus princípios e valores implícitos. Isto ocorre quando o intérprete mantém a validade da norma constitucional, mas apresenta exceções em casos concretos, bem ponderados que podem violar ou suprimir determinados bens

⁵⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

jurídicos previstos constitucionalmente a fim de promover outro bem jurídico. O referido exame não deve ser feito de forma despreziosa.

Enfim, o mais importante de tais premissas é que seja possível descrever todo o arcabouço em que a Reforma da Constituição se encontra, a fim de estabelecer parâmetros de análise para a diferenciarmos da mutação constitucional, eixo fundamental do presente estudo. Sob esta ótica, cabe-nos afirmar que tanto a mutação quanto a reforma devem observar atentamente os limites implícitos da ordem constitucional brasileira. Assim, a mutação constitucional se revela num instrumento de aproximação do texto constitucional da realidade social a qual está inserida, não causando qualquer alteração em seu texto normativo. Diferentemente, a reforma tem por característica fundamental a alteração substancial de seu texto normativo, não sendo entendida como qualquer mecanismo interpretativo ou com o condão de verificar os usos, costumes e práticas reiteradas da sociedade civil para que seja proposta, devendo observar apenas os limites objetivos e subjetivos existentes no sistema constitucional brasileiro.

3.2. Confrontando a mutação constitucional com algumas categorias jurídicas

Por ausência de uma metodologia própria ao uso da mutação constitucional, a expressão vem sendo utilizada de diversas formas e ganhando enormes sentidos na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira. O presente tópico será destinado à análise das ideias que tramitam em torno de possíveis usos e sentidos da mutação constitucional no Direito brasileiro, tendo como parâmetro os autores clássicos e brasileiros. Para tanto, será utilizado o método que Ferdinand Lassale se apropriou para buscar o significado de Constituição. Em suas palavras, o método *“baseia-se em compararmos o objeto cujo conceito não conhecemos com outro semelhante, esforçando-nos para penetrar clara e nitidamente nas diferenças que afastam um do outro.”*⁵⁵ Assim, a mutação constitucional será colocada em debate com: (i) a interpretação; (ii) jurisprudência; (iii) integração; (iv) aplicação do Direito;

⁵⁵ LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 4ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1998, p.7.

(v) correção legislativa; e (vi) a norma ainda constitucional ou inconstitucionalidade progressiva.

Nas páginas anteriores, foi possível perceber que a maior proporção do uso da mutação constitucional pelos Ministros do Supremo, é a sua utilização como método de interpretação. Após o referido dado, caberia uma análise para compreendermos bem esse uso específico da mutação constitucional.

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

Ainda sobre a mutação constitucional manifestada por meio da interpretação, parte da doutrina se coloca bastante reticente no que se refere a tal possibilidade. Para Canotilho, poderia a mutação constitucional se manifestar quando fosse relacionada às mudanças de sentido de determinados textos normativos gerados por conceitos institucionais, ao qual admite ter vida própria, entranhando-se na pessoa, fazendo parte dela, mas com duração superior a sua existência por subsistir no meio social. É possível citar como exemplo o conceito de família, que é uma instituição de durabilidade superior aos cidadãos.

Atualmente, pode ser facilmente notado alguns juízes considerando família como a instituição composta também por casais de relação homoafetiva⁵⁶, conceito inadmissível há tempos atrás. A esse processo, Canotilho denomina de problema normativo-endogenético⁵⁷.

No entanto, o mesmo Canotilho refuta a ideia do que chama de evolução normativo-exogenética, na qual a interpretação da constituição se dá sem levar em consideração o dever-ser constitucional. Sob essa ótica, as transformações da vida social se realizam mais por obra do legislador do que por necessidades da sociedade civil. A interpretação da Constituição se efetivaria com base nas leis que são editadas. E, com base nelas, que acompanham as novas questões econômicas e sociais presentes na vida civil, deixando de lado o dever-ser constitucional, o texto constitucional passa a ser reinterpretado, adaptando-o às novas leis. Tal possibilidade pode ser facilmente notada em Constituições flexíveis, como a da Inglaterra, por exemplo. A crítica do autor se justifica na possibilidade de a Constituição ser facilmente descaracterizada devido à possibilidade de o legislador modificar o sentido de seus textos normativos por questões até mesmo de governabilidade.

Neste sentido, não se deve levar adiante a possibilidade da mutação constitucional ser entendida como um método de interpretação do texto normativo. Partindo do pressuposto de que o método pode ser compreendido como um meio pelo qual se pode alcançar um dado conhecimento, entender a mutação constitucional como um método de interpretação do texto normativo é admitir que a

⁵⁶ O Superior Tribunal de Justiça, em diversas hipóteses já tratou dos casais homossexuais, como: a possibilidade de o parceiro homossexual, em caso de separação receber o equivalente à metade do obtido pelo esforço comum, tratando de partilha de bens (BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial 148.897**. Recorrente: Milton Alves Pedrosa. Recorrido: João Batista Prearo. Relator: Ministro Ruy Rosado. Quarta Turma. Minas Gerais, 06 de abril de 1998.); o recebimento de pensão por morte do parceiro falecido (BRASIL. Superior tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 238.715**. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: RPC. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Rio Grande do Sul, 07 de março de 2003.); possibilidade de o homossexual colocar seu parceiro como dependente no plano de saúde (STJ. *DJ* 10.out.2006. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma.); e reconhecimento do casal homossexual como entidade familiar (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.026.981**. Recorrente: Severino Galdino Belo. Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Terceira Turma. Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2003.). O Supremo Tribunal Federal também enfrentou a questão recentemente quando proclamou a união homoafetiva nas ADI n.º 4.277 e na ADPF n.º 132, ambos de Relatoria do Min. Ayres Britto.

⁵⁷ Canotilho: 2003, 1228-30.

inserção de elementos subjetivos do intérprete, e objetivos das mais diversas ordens, sejam instrumentos hábeis ao reconhecimento de uma situação preexistente e habitual de forma a considerá-la como uma realidade social vigente. A mutação constitucional não pode ser considerada como um método de interpretação do texto normativo, principalmente pela inexistência de critérios objetivos na sua condução⁵⁸. De igual forma, também não pode ser considerada como um método de interpretação judicial, uma vez que estamos cada vez mais habituados à prática por parte dos Juízes e Tribunais do chamado por muitos de “ativismo judicial”.

Não é incomum nos depararmos com julgamentos carregados de sentimentos, ideologias e teorias de Justiça. Estas práticas têm se tornado cada vez mais habituais nas decisões judiciais, nos votos condutores de jurisprudência proferidos por Ministros do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal etc. Parafraseando Carlos Maximiliano, a “jurisprudência sentimental”⁵⁹ tem demonstrado objetivos de prática de Justiça Social por meio da interpretação dos textos normativos feitos pelos aplicadores do Direito, o que se revela em clara manipulação da lei ou Constituição, por elementos e critérios intuitivos, sob a argumentação de se estar aplicando uma mutação constitucional ao caso concreto, por exemplo. Assim, **a mutação constitucional não deve ser confundida com um método de interpretação.**

Além do acima exposto, de acordo com os dados obtidos na pesquisa realizada, a jurisprudência é o segundo uso mais frequente da mutação constitucional no Supremo Tribunal Federal. É frequente a confusão feita entre interpretação e jurisprudência. A interpretação deve ser considerada como o processo de tradução dos sentidos de determinadas expressões linguísticas. Quando diante de um signo linguístico aberto, o processo de interpretação levará em consideração fatores externos a esse signo para lhe atribuir possíveis sentidos. É possível citar novamente a expressão “família” como exemplo. Diferentemente da ideia que a interpretação é capaz de produzir, a jurisprudência representa uma consolidação sobre dado entendimento, mais precisamente, o posicionamento do

⁵⁸ Ver MÜLLER: 2000, 7.

⁵⁹ MAXIMILIANO: 1998, 159.

Tribunal acerca de determinado tema. A jurisprudência é alterada quando o Tribunal consegue consolidar novo entendimento acerca da demanda que já havia sido discutida. Quando o entendimento já consolidado se altera há uma ruptura ou mudança da jurisprudência.

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

Igualmente, também não se deve confundir a mutação constitucional com a interpretação ou preenchimento de cláusulas constitucionais vagas, também chamada de integração. Nesta última hipótese, os parâmetros utilizados à interpretação são em grande parte políticos e legislativos. O que deve ser levado em consideração é que, na norma constitucional aberta, há margem para o seu executor, de acordo com razões de ordem objetiva ou subjetiva, interpretar de diversas formas o texto constitucional; não havendo, portanto, uma mudança de sentido do texto normativo por reiterados comportamentos. Um exemplo bastante discutido no direito trabalhista versa sobre a possibilidade de o empregador monitorar os *emails* de seus empregados, tendo acesso a eles quando bem entender. Se analisada sob o prisma da Constituição, tal conduta deveria ser

considerada inconstitucional por afrontar o art. 5º, X, da Constituição Federal, que afirma serem invioláveis “*a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

No entanto, há entendimento do Tribunal Superior do Trabalho da 2ª Região, no sentido de ser possível o empregador monitorar os *e-mails* de seus empregados, desde que de forma moderada, e se lhes avisar por algum meio legítimo, como cláusula contratual, convenção ou acordo coletivo.⁶⁰ Assim, tem-se um exemplo de interpretação constitucional de uma norma que tem por característica a sua vaguidade e, nessas condições, é esperado que a interpretação desses termos abertos mude com o passar do tempo.

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

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR n.º 613/2000-013-10-00.7.** . Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. São Paulo, 27 de agosto de 2010.

mutação constitucional em nada se relaciona com o preenchimento de cláusulas constitucionais vagas.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, não se pode confundir a mutação constitucional com a aplicação do Direito. Como categoria da visão tradicional da hermenêutica, a aplicação do Direito tem por objeto a identificação de fatos para a subsunção da norma a eles. Vale dizer, a aplicação do Direito tem por objeto a identificação da regra jurídica mais adequada ao caso concreto por meio da compreensão do conteúdo da norma – comando normativo -, e do enquadramento de fatos a este conteúdo. Há na hipótese uma primazia da norma sobre o fato, capaz de estabelecer uma imediata correspondência entre eles.

Na mutação constitucional ocorre uma lógica inversa: não há correspondência direta entre a norma e o fato porque eles se distanciaram a partir das transformações sociais. A partir de tal distanciamento, as práticas se modificam e o texto que antes lhe fazia correspondência se torna inadequado à nova prática que se impôs. A mutação constitucional refletiria, então, a supremacia do fato sobre a norma, fazendo com que ela modifique o seu sentido para tornar a fazer correspondência à nova realidade. Em outras palavras, a mutação constitucional reconhece um novo direito a ser aplicado. Assim, **a mutação constitucional não se relaciona com a aplicação do Direito.**

A mutação constitucional também pode ser confundida com a correção legislativa da jurisprudência. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência ocorre:

(...) através de emenda constitucional, lei complementar ou lei ordinária. Implica: a) o radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma intencionalmente contrastante com a jurisprudência; b) a retificação da norma anterior que, por ambiguidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria⁶¹

⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 447-448.

A correção legislativa, nas duas hipóteses acima, em nada se relaciona com a mutação constitucional. Nos dois casos, correção legislativa se confronta com a interpretação: no primeiro, tem por objetivo afastar da norma uma interpretação judicial incompatível com a jurisprudência; no segundo, busca retificar a interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários que a permeiam. A última forma de manifestação da correção legislativa apontada pelo autor é a que mais poderia se aproximar da mutação constitucional, o que não ocorre devido (i) à impossibilidade de entendimento da mutação constitucional como um método de interpretação, conforme mencionado anteriormente; além de (ii) seus parâmetros de análise serem a jurisprudência e os pressupostos doutrinários da matéria, e não a manifestação de nova realidade constitucional que possibilite a alteração de sentido do texto. Vejamos o exemplo abaixo:

No Recurso Ordinário no Mandado de Segurança de n.º 22.192-9/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, tem-se um interessante exemplo. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu por interpretar de forma diferente o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, que aduz: “São **isentas** de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.” Onde se lê o termo “isenção”, deve-se subentender o termo “imunidade”. Isso porque a Constituição Federal não concede isenções, e sim imunidades tributárias.

Além disso, em se tratando de imunidade tributária, não poderia lei ordinária dispor sobre imunidades, o que é cabível apenas mediante lei complementar. Tal questão leva também ao entendimento de que a lei que a Constituição Federal se remete no dispositivo seja complementar, e não ordinária. A referida hipótese se aproxima da retificação de interpretação tendo por base os pressupostos doutrinários da matéria, conforme as palavras de Ricardo Lobo Torres.

No exemplo citado, poderíamos falar, em hipótese extrema, em mutação constitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de erro de técnica legislativa, que apontam para o fato de que, apesar de tais modificações de sentido não partirem de práticas sociais, não há hipóteses previstas na Constituição de que existam concessões de isenções tributárias. A referida matéria

relaciona-se às limitações ao Poder de Tributar, que são competências reservadas apenas à Constituição Federal, sendo as imunidades uma dessas limitações ao Poder de Tributar. Assim como a Constituição estabelece competências tributárias, também concede imunidades. Por tais motivos, a Constituição não concede isenções, mas imunidades tributárias, sendo essa uma situação clara de erro de técnica legislativa sanada por meio da correção legislativa.

Nessa mesma seara, poderia se discutir se a correção de um erro de técnica legislativa por jurisprudência não seria, em verdade, uma modalidade de Reforma Constitucional. E a resposta é negativa, porque, conforme mencionado em páginas anteriores, a característica fundamental da Reforma Constitucional é a alteração das palavras ou expressões do texto constitucional, e não de seus significados. Por tais motivos, **não há como confundir a correção legislativa com uma autêntica mutação do texto constitucional.**

Não é incomum confundirem também a mutação constitucional com a “norma ainda constitucional” ou inconstitucionalidade progressiva (superveniente). Por esta teoria, deve-se entender que uma norma, mesmo incompatível com a Constituição Federal, pode ser considerada constitucional enquanto não se insurgirem questões que permitam lhe atribuir um caráter de inconstitucionalidade. Como exemplo é possível citar o art. 68 do Código de Processo Penal, que afirma: “*Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.*” O referido dispositivo foi inserido no código antes da criação das Defensorias Públicas, que tem por principal objetivo prestar assessoria jurídica à população pobre e com dificuldade de acesso à Justiça. O que demonstra a perda de eficácia do dispositivo nos Estados em que a Defensoria Pública já estiver instalada.⁶²

Por este entendimento, é possível depreender uma maior flexibilidade do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de normas ao atribuir a

⁶² O Supremo Tribunal Federal compartilha do mesmo raciocínio desenvolvido no AG REG. No RE n.º 341.717/SP. Min. Rel. Celso de Mello. Segunda Turma, DJ em 05.ago.2003.

uma norma a sua constitucionalidade transitória, a depender do *staus quo* para produzir sua eficácia. Isto é, a inconstitucionalidade progressiva pressupõe que a constitucionalidade da norma perde o seu sentido de acordo com o distanciamento dela da realidade constitucional. As diferenças entre a inconstitucionalidade progressiva ou superveniente e a mutação constitucional operam em dois planos: hierarquia das normas e eficácia.

Na primeira hipótese apontada, deve-se esclarecer que a inconstitucionalidade superveniente se relaciona com as normas infraconstitucionais; do contrário, não poderiam sofrer o chamado “processo de inconstitucionalização”. As normas constitucionais são os parâmetros de análise e é em contraste a elas que as normas infraconstitucionais podem ou não ser consideradas “ainda constitucionais”. Diferentemente, a mutação constitucional refere-se tão somente ao texto expresso na Constituição e, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, não há possibilidade de se considerar uma “norma constitucional inconstitucional”.⁶³ Em relação ao plano da eficácia, cabe esclarecer que na mutação constitucional, o objetivo é aproximar o texto da realidade circundante, permitindo que a norma não perca sua eficácia e estabeleça uma perfeita correspondência com a realidade constitucional; enquanto que na inconstitucionalidade superveniente, a eficácia da norma é temporária, i.e., ela deixa de produzir efeitos quando os fatos estabelecem uma nova realidade em que a norma se torna injustificável e inaplicável. No exemplo anteriormente citado, o art. 68 do Código de Processo Penal perderia a sua eficácia nos Estados em que a Defensoria Pública já estivesse instalada. À época da apreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal, a norma apenas não foi declarada inconstitucional porque produzia eficácia em alguns Estados em que a Defensoria Pública não havia sido instalada. Mas, com a ampliação do acesso à Justiça, esta é uma norma que estaria entrando num “processo de inconstitucionalização” até que, quando a Defensoria Pública se instalasse em todos os Estados da Federação, a norma perderia a sua eficácia e seria considerada inconstitucional. Portanto, **a inconstitucionalidade progressiva ou superveniente em nada se confunde com a mutação constitucional.**

⁶³ Ver a ADI n.º 815-3/DF. Min. Rel. Moreira Alves. Plenário, DJ em 28.mar.1996.

Deste modo, por meio da análise aqui proposta, foi possível estabelecer diferenças pontuais entre a mutação constitucional e alguns institutos jurídicos de modo a reconhecer a ideia aqui discutida quando confrontadas com outras que se assemelhem a ela em algum aspecto. O que permitiu identificarmos, ao menos, o que não é uma mutação constitucional ao confrontar as situações anteriormente expostas com o significado que a doutrina lhe confere, demonstrando inclusive o uso ilegítimo da expressão pelos Ministros do STF ao se distanciarem do debate clássico que envolve a matéria. A partir disso, serão expostos no tópico a seguir alguns pressupostos básicos ao seu reconhecimento, de modo a permitir a sua utilização da forma menos gravosa e mais apropriada possível.

3.3. Pressupostos necessários ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional: da ausência de um método à utilização da empiria

Entendido e superadas as questões acima, passemos à análise de uma das mais polêmicas: a ausência de um método ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional. Conforme se pode depreender do exposto acima, para que a mutação constitucional se concretize e seja autêntica deve-se buscar o reconhecimento de uma prática já existente e reiterada na sociedade para que a mutação do texto normativo se efetive. Para tanto, a prática capaz de modificar o sentido do texto, aproximando-o da realidade constitucional vigente à época da mutação, deve ser considerada geral e abstrata pela própria sociedade, como se norma fosse. Eis as primeiras observações à concretização de uma autêntica mutação: a generalidade e abstração de comportamentos reiterados tanto por parte da sociedade quanto pelo Estado.

Ora, como a generalidade e abstração são características próprias das leis, com o reconhecimento da mutação constitucional não poderia ser diferente, principalmente se partirmos do pressuposto de que a mutação sugere a mudança de sentido e alcance do texto normativo, mas com ele continuando em vigor, mesmo que sob um novo entendimento. Assim, não poderia a mutação de um dispositivo estar fundamentada em particularidades ou análises pouco abrangentes da sociedade civil ao qual o texto normativo faz parte. A generalidade e abstração do

comportamento da sociedade civil evitam que a mutação constitucional seja fundada de forma intuitiva e contribui que a força normativa de tal dispositivo continue incontestada.

Apesar do exposto, devemos nos atentar que não parece existir outro meio de reconhecermos certa generalidade e abstração do comportamento da sociedade civil ou do Estado a não ser que por meio da constatação empírica de seus comportamentos. Considerando que o conceito de mutação constitucional está atrelado ao reconhecimento de um comportamento que, por reiteradas práticas já se tornou reconhecidamente comum, e este é um argumento empírico, não resta outro meio de sua comprovação a não ser a constatação empírica. Apesar de não se ter um método próprio capaz de proporcionar o reconhecimento de autêntica mutação constitucional, é preciso que o aplicador do Direito (no estudo em análise, o Supremo Tribunal Federal) observe algumas importantes questões que serão descritas adiante.

Em um primeiro momento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal devem se colocar diante de um decurso tempo necessário à alteração de sentido do texto constitucional. A observação se faz necessária pelo tempo de maturação que a Constituição Federal precisa para se adequar a uma transformação social que, modifique as práticas sociais ou estatais e, por meio da alteração de sentido do texto constitucional, evite o distanciamento do disposto no próprio texto com a nova realidade que se impõe.

Após, é preciso que os Ministros do Supremo não reconheçam uma alteração de sentido da norma constitucional que não seja coerente com o sistema constitucional ao qual ela está inserida. Nas palavras do Min. Eros Grau:

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

Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida a ele, o texto dela resultante, seja coerente repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a JEAN-PIERRE VERNANT para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico. O que há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [=à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele a se amoldar com exatidão. (MS 26.602-3/DF. Rel. Min. Eros Grau. Plenário. Trecho de voto do Min. Eros Grau. DJ 03.out.2007.)

O destaque dado pelo Min. Eros Grau deve se relacionar com a possibilidade do texto da Constituição não atender mais a práxis constitucional, hipótese em que há uma ruptura do sistema com a falta de correspondência da norma com a nova práxis. Assim, o novo sentido atribuído ao texto constitucional não pode ser distante do contexto ao qual ela foi criada, devendo ser coerente com a tradição de aplicação da norma e reconstituir o sistema que havia sido rompido, permitindo que a norma volte a corresponder à nova realidade constitucional. A ideia defendida pelo Min. Eros Grau se assemelha àquela em que prioriza a análise da Constituição tendo como parâmetro a sua Unidade e o Sistema Constitucional estabelecido por ela.

Verificadas as duas hipóteses acima, o reconhecimento da mutação constitucional deve ter especial atenção com as normas definidoras de competência, principalmente àquelas estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário. Tal preocupação se deve à possibilidade de o órgão máximo do Poder Judiciário, no poder que lhe é investido de reconhecer a mutação do texto constitucional, tomar pra si o entendimento do esvaziamento de competência de órgãos vinculados a outros Poderes da República.

Consoante exhaustivamente mencionado, a mutação constitucional se dá mediante mudanças de hábitos que se tornam comuns, consolidando determinada prática. Quando diante de uma norma definidora de competência, a postura a ser adotada é a do reconhecimento de que o próprio Poder que a norma faça referência esteja modificando a sua postura. E não que o Poder Judiciário, por meio de sua observação, intuição e argumentação jurídica esvazie a competência de órgão

vinculado a outro Poder da República. Vale mencionar as palavras do Min. Sepúlveda Pertence, em voto proferido na Recl. 4.335-/AC, em que se verificava a ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal:

(...) Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.⁶⁴

De acordo com o raciocínio levantado pelo Min. Sepúlveda Pertence, o reconhecimento da mutação constitucional de forma intuitiva, principalmente em relação a uma norma definidora de competência poderia se assemelhar a um golpe de Estado, tendo em vista que um Poder estaria modificando a competência de outro, e pior: tomando pra si competência que não lhe havia sido conferida pelo Poder Constituinte Originário. Logo, *é de se ressaltar o cuidado especial que o Supremo Tribunal Federal deve ter em relação às normas definidoras de competência, sob pena de não estar reconhecendo uma mudança de postura de determinado órgão, mas interpretando a referida competência de acordo com suas próprias preferências, consubstanciadas por argumentações tipicamente constitucionais.* .

Podendo incorrer numa forma de ampliação de competência do Supremo Tribunal Federal por meio de suas próprias decisões, o Min. Joaquim Barbosa, conforme se verá adiante, defende a necessidade de constatação empírica para o reconhecimento da mudança de comportamento aqui mencionada. E para adentrar neste campo, abaixo serão exploradas mais algumas observações necessárias ao reconhecimento da mutação constitucional.

O primeiro passo é a descrição objetiva da realidade que se quer investigar para atestar a inoportunidade ou prática mínima do originalmente previsto no texto constitucional. A descrição objetiva da realidade tem por escopo o afastamento da utilização de meios intuitivos de percepção da realidade, capaz de identificar a

⁶⁴ RECL. 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence. Ainda pendente de apreciação e julgamento por alguns Ministros.

inocorrência da prática constitucional prevista no texto e o seu conseqüente distanciamento. Assim, se a descrição objetiva da realidade demonstrar nova prática que vem se reiterando com as transformações sociais, e atestar a inocorrência do originalmente previsto no texto constitucional, somados às observações anteriormente dispostas, a mutação constitucional poderia ser reconhecida. Na ocorrência da prática mínima do originalmente previsto no texto, se fará necessário o desenvolvimento de um estudo específico para se investigar as motivações que levaram a diminuição de tais práticas, por existir a possibilidade de sua ocorrência se justificar em fins meramente estratégicos.

Para conseguir descrever objetivamente a realidade constitucional e comprovar a mudança de comportamento capaz de permitir o reconhecimento da mutação constitucional, os Ministros do Supremo precisarão recorrer à coleta de dados em fontes seguras, quando possível. Dependendo do comportamento observado, o Supremo Tribunal Federal não poderá fazê-lo, hipótese em que o executor da norma deverá requerer estudos específicos sobre o tema, ou fazer uso do *Amicus Curiae* e da Audiência Pública, por exemplo.

Embora a proposta acima pareça um tanto complexa, enrijecendo a possibilidade de reconhecimento da mutação do texto constitucional, é necessário que algumas observações sejam feitas neste processo de aproximação do texto constitucional à nova realidade que se impõe. Tal reconhecimento de forma intuitiva, por exemplo, pode gerar sérios abalos às estruturas do sistema constitucional, como a realização de uma reforma constitucional silenciosa, em que o Supremo Tribunal Federal estaria modificando a Constituição por meio de suas próprias decisões carregadas de interpretação e argumentações tipicamente constitucionais.

Este foi exatamente o posicionamento defendido quando busquei analisar a plausibilidade da tese de que teria ocorrido mutação constitucional no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, especificamente quanto à competência conferida pela Constituição ao Senado Federal para suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional no controle difuso de constitucionalidade. Esse argumento foi empregado pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 4335-5/AC. Para analisar a consistência

dessa tese, (a) foram discutidas as condições necessárias à plausibilidade de um argumento de mutação constitucional na ordem jurídica brasileira e (b) foi realizada uma análise empírica do papel do Senado Federal diante do art. 52, X, da Constituição⁶⁵.

Feita a coleta de dados, e utilizado o conceito tradicional de mutação constitucional, concluiu-se que não merecia prosperar a tese do Min. Gilmar Mendes em que defende o reconhecimento de “autêntica mutação constitucional” do art. 52, X, da Constituição Federal. Como resultado da pesquisa, defendeu-se não ser possível dar plausibilidade a esse tipo de argumentação apenas tendo por base jurisprudência, doutrina e argumentação tipicamente constitucional, necessitando de base empírica que o permita atribuir mais solidez e consistência a qualquer argumento de mutação constitucional na ordem jurídica brasileira.

⁶⁵ Para ser possível identificar se o Senado Federal utilizava efetivamente a competência concedida pela Constituição Federal, em seu art. 52, X, foi preciso quantificar o número de acórdãos proferidos pelo plenário do Supremo Tribunal Federal¹¹ e o de resoluções expedidas pelo Senado, suspendo a execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo plenário do STF, no período de 1989 a 2009 (ano da última base de dados possível de análise). Há de se destacar que, para fins de facilitação da pesquisa, foram analisados os acórdãos que declararam inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, ocorridas no controle difuso, somente por meio de recurso extraordinário, sabendo-se que é possível também que ocorram em sede de outros instrumentos processuais, como Mandado de Segurança, *Habeas Corpus* etc.

Da base de dados disponível, se pôde verificar a existência de 470.239 REs, distribuídos entre 1988 a 2010, em que a referida pesquisa se utilizou da análise de 372.961 REs, compreendidos no período de 1989 a 2009. A partir de tais dados, identificaram-se 97.130 REs providos, total ou parcialmente, pelo plenário do STF. E em apenas 136 REs houve efetiva comunicação de suas decisões ao Senado Federal, mesmo com o art. 178 do Regimento Interno do STF considerando tal postura como um dever. Isto é, dos REs analisados e providos, total ou parcialmente, apenas 0,1% teve sua decisão comunicada ao Senado.

Na verdade, o próprio Supremo Tribunal Federal não está cumprindo com o seu Regimento Interno, ao qual deveria comunicar tais decisões ao Senado. Tal postura nos permitiu indagar inclusive se a argumentação utilizada ao se defender a desnecessidade de expedição de resolução pelo Senado, para suspender eficácia de norma declarada inconstitucional no controle difuso, não seria uma forma de o STF inutilizar a competência conferida pelo art. 52, X, da Constituição. Isso porque as expedições de resoluções por parte do Senado para o uso efetivo do art. 52, X, da Constituição ocorrem a partir da comunicação das decisões do STF ao Senado Federal. A partir do momento em que tais comunicações não são feitas, o Senado fica impossibilitado de fazer uso da sua competência constitucional.

A argumentação acima descrita pode ser ainda mais plausível ao se verificar o percentual das resoluções expedidas pelo Senado Federal, a partir das comunicações feitas pelo STF. De acordo com os dados coletados, das 136 comunicações feitas pelo STF ao Senado Federal, este expediu 95 resoluções suspendendo a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional, o que equivale a aproximadamente 70% de todas as comunicações feitas. Considerando tal dado, pode não fazer sentido a argumentação de que a competência conferida ao Senado no art. 52, X, da Constituição possui índole meramente histórica ou que não faça uso efetivo de tal competência. (SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Mutação constitucional do controle difuso no Brasil? Uma análise do papel do Senado diante do art. 52, X, da Constituição*. In: *Coleção Jovem Jurista*, v.01. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2010, p.151-202.)

Apesar de, na análise dos dados, faltarem elementos necessários para qualquer conclusão sólida, eles já terão chamado a atenção a uma importante questão: não há que se falar em autêntica mutação constitucional de forma intuitiva, ou por meio de argumentação constitucional puramente doutrinária ou jurisprudencial. É preciso fazer a análise dos elementos que a caracterizam, que a justificam para, somente após esse processo, ser possível discutir se se verifica ou não a manifestação de tal fenômeno.

A constatação empírica do reconhecimento da mutação constitucional, conforme dito anteriormente, se funda na necessidade de observação e descrição do objeto a ser analisado a fim de nos aproximarmos o máximo possível da realidade social circundante. Exemplo: na pesquisa citada anteriormente, uma norma definiu uma competência e alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal defenderam uma mudança de entendimento da norma a partir do desuso de tal competência. A forma mais apropriada para se confirmar o alegado é a utilização de um método para compreensão daquela realidade como, por exemplo, investigar se o Senado estaria ou não utilizando da competência que a Constituição lhe conferiu. Isto é, sustentações de argumentos como a mutação constitucional, de forma intuitiva, poderia resultar na violação do texto constitucional.

Em verdade, a necessidade de constatação empírica é aqui apontada como um dos elementos fundamentais ao reconhecimento da ocorrência de uma autêntica mutação constitucional, na ausência de um método que proporcione tal resultado. A utilização de um método, por exemplo, permitiria uma maior racionalização do processo que levaria à ocorrência da mutação constitucional, dificultando a possibilidade de se violar o próprio texto constitucional. Do contrário, poderíamos incorrer numa reforma constitucional silenciosa, em que os Ministros do Supremo Tribunal, por meios das suas próprias decisões, estariam modificando a Constituição de forma intuitiva e de acordo com as suas próprias preferências, tendo como fundamento a utilização da interpretação e sofisticadas argumentações jurídico-constitucionais. Em ocorrendo tal prática, e por ser um órgão não legislativo, o Supremo Tribunal Federal poderia ser considerado um órgão não legítimo

democraticamente ao exercício de tal função, temas que serão mais bem discutidos nos tópicos seguintes.

O presente tópico teve por objetivo confrontar a mutação constitucional com ideias que poderiam confundir o seu reconhecimento, de modo a demonstrar o que poderia não ser uma autêntica mutação constitucional, além da indicação de algumas observações necessárias ao seu legítimo reconhecimento. A partir daí, alguns questionamentos se insurgem sobre a categorização da mutação constitucional no Direito brasileiro. O primeiro questionamento refere-se à abrangência da hermenêutica constitucional. No início do presente estudo, foi estabelecido que, apesar de dialogar em todo o momento com a hermenêutica constitucional, este não seria um tema aprofundado no presente estudo, de modo a discutir as categorias que a compõem. Ainda assim, foi estabelecido que a visão acerca da hermenêutica jurídica a ser desenvolvida seria a sua tradicional divisão: interpretação, integração e aplicação do Direito.⁶⁶ E no tópico anterior, ficou estabelecido que a mutação constitucional não se relaciona com nenhum dos três aspectos, demonstrando existirem dúvidas quanto ao seu enquadramento como uma categoria da hermenêutica jurídica.

Apesar da discussão acima, categorizar expressões no Direito tem o objetivo principal de tornar mais didática a sua compreensão. O estudo sistematizado é reconhecidamente mais fácil de ser compreendido, demonstrar uma progressividade no desenvolvimento do raciocínio, por isso a doutrina busca classificar o que escreve. Independente dos possíveis enquadramentos que se queiram dar à mutação constitucional, a referida questão revela o quanto é possível manipular o raciocínio jurídico por meio de sofisticadas teorias sem adentrar nas questões de relevância prática, considerando que nenhuma das observações sobre uma possível categorização da expressão aqui investigada é capaz de revelar o exercício legítimo da sua utilização pelos Ministros do Supremo, por exemplo.

⁶⁶STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 333.

No presente estudo, a preocupação maior não é categorizar a mutação constitucional – que pode ser entendida como um rótulo que sintetiza um processo de justificação da decisão judicial -, mas diferenciar o seu significado da função que verdadeiramente exerce no Direito brasileiro. Tanto é que foi proposto no início do estudo, uma contextualização acerca do surgimento da ideia que permeia a mutação constitucional, a sua importação ao Direito brasileiro e os usos e sentidos dados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando a invocam. A relevância prática do estudo é a de identificar os usos e sentidos dados pelos Ministros do STF à expressão mutação constitucional, tendo em vista que seu uso ilegítimo, além de afastá-lo do debate clássico sobre o tema, poderia ocasionar graves consequências no sistema constitucional brasileiro, tema que será abordado no tópico seguinte.

3.4. A legitimidade democrática dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no uso da expressão “mutação constitucional”

De acordo com o estudo até aqui desenvolvido, foi possível perceber que o Supremo Tribunal Federal se utiliza de diferentes usos e sentidos ao invocar a expressão “mutação constitucional”. Os usos mais comuns referem-se à associação da expressão à interpretação e jurisprudência, constatação que nos remete ao exercício da função de guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal. A importância aqui atribuída à função que a expressão exerce no Direito brasileiro ganha força ao considerarmos a mutação constitucional como fazendo parte de um dos instrumentos de mudança da Constituição por processos informais. E se a considerarmos como um método de interpretação, chegaremos à conclusão de que a Constituição Federal poderá estar sendo alterada por interpretação. Dependendo da categorização que se faça à mutação constitucional, a sensação poderá ser mais grave, como a alteração da Constituição por mera argumentação jurídica.

Por tais motivos, e deixando a categorização de lado, é preciso que se estabeleça um método capaz de reconhecer uma autêntica mutação constitucional, de modo a não incorrer em violação da Carta Política e não torná-la um instrumento de manipulação da realidade social a partir das preferências dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal. O uso ilegítimo da mutação constitucional pelos

Ministros do Supremo Tribunal Federal incorrem em três importantes questões: (i) a (re)definição dos intérpretes da Constituição; (ii) a legitimidade democrática dos Ministros do STF em seu reconhecimento e (iii) o novo desenho da separação de Poderes proporcionados pelo uso ilegítimo da expressão.

Ao Supremo Tribunal Federal é concedida a competência para proteger a Constituição Federal, evitando que seja violada em seus mais diversos aspectos. Por dotar do “*monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional*”, conforme as palavras proferidas pelo Min. Celso de Mello⁶⁷, o Supremo Tribunal Federal nos transmite a ideia que apenas ele é legítimo às traduções dos sentidos do disposto no texto constitucional. No entanto, a mutação constitucional sugere situação diversa: as práticas sociais ou estatais, quando consolidadas, modificam o sentido do disposto na Constituição. Ao Supremo Tribunal Federal caberia, por meio da decisão judicial, declarar o reconhecimento de tal mudança de sentido. Eis que surge um exemplo em que a Corte Constitucional não dotaria do monopólio da atribuição de sentidos à Constituição, dividindo tal competência com a própria realidade constitucional.

No tocante a este respeito, uma das considerações cabíveis é a possibilidade do Supremo Tribunal Federal entender que, por dotar do “monopólio da última palavra em interpretação constitucional” e a mutação constitucional tratar de um mecanismo de mudança informal da Constituição, o uso mais adequado a ser feito da expressão seria o de considerá-la como um método de interpretação. Assim, a Corte constitucional na função que lhe cabe de proteger a Constituição, promoveria interpretações que modificassem os sentidos dos textos, alterando a sua aplicabilidade.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal estaria modificando informalmente a Constituição Federal por meio da interpretação, não sendo um órgão democraticamente legítimo para tanto. Para evitar este tipo de insinuação, o Supremo Tribunal Federal precisaria reconhecer a mutação constitucional não como uma mudança da Constituição, mas como um instrumento de compatibilização entre

⁶⁷ AG. REG. em AI n.º 244.979-7/MG. Min. Rel. Celso de Mello. Segunda Turma, DJ em 26.out.1999.

o texto e a nova realidade constitucional, dando fim ao hiato existente entre eles. Isto é, a Corte Constitucional não estaria mudando a Constituição, mas a reinterpretando de modo a estabelecer uma maior sintonia com a realidade, facilitando a sua aplicação. Essas preocupações representam, em verdade, uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal na sociedade brasileira, i.e., preocupações de *design* institucional que pouco são levadas em consideração quando da análise da mutação constitucional. As capacidades institucionais de órgãos não legislativos – como o Supremo Tribunal Federal - devem ser discutidas principalmente quando se utilizam da competência de interpretar a Constituição.⁶⁸

Neste sentido, é necessário que a discussão que permeia a interpretação da norma constitucional avance para, além de se discutir o processo interpretativo, apontar a forma como as instituições, diante das capacidades que possuem, devem interpretá-la. Essa abordagem permite discutir as consequências da tomada de cada uma das decisões das instituições capazes de interpretar a norma constitucional. Em se tratando da mutação constitucional, é possível que o Supremo Tribunal Federal faça análise prévia das consequências do reconhecimento de nova prática capaz de modificar o sentido da Constituição para, posteriormente, decidir reconhecê-la ou não. Vejamos o exemplo abaixo:

O art. 93 da Constituição Federal estabelece ser de iniciativa do Supremo Tribunal Federal a edição de lei complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura. Quando inserido na Constituição, o dispositivo previu a iniciativa legislativa ao órgão máximo do Poder Judiciário que, além de ter a competência precípua de guarda da Constituição - art.102 da Constituição Federal -, também apreciava questões administrativas relacionadas à atividade correcional dos Magistrados, devido a ausência de um órgão específico que pudesse exercer a

⁶⁸ Sobre a necessidade de teorias constitucionais estabelecerem considerações institucionais, Sunstein e Vermeule: “*To evaluate theories of interpretation, it is necessary to focus on institutional considerations – to ask how actual judges would use any proposed approach, and to investigate the possibility that an otherwise appealing approach will have unfortunate dynamic effects on private and public institutions. (...) In many cases, an understanding of institutional capacities and dynamic effects should enable diverse people, with different views about ideal legal interpretation, to agree on what actual legal interpretation should entail.*” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *University of Chicago Law and Economics, Olin Working Paper n. 156, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320245> or DOI: 10.2139/ssrn.320245, p. 1 e 36*)

função. Com a edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça foi criado com a função de exercer o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, além das atribuições que lhe forem concedidas pelo Estatuto da Magistratura – art. 103-B, §4º da Constituição Federal. De acordo com a Emenda Constitucional, há clara diminuição de funções a serem exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, que acumulava algumas das funções anteriormente citadas.

Embora existam argumentos contrários⁶⁹, e lembrando que o hipotético caso está sendo lembrado a guisa de exemplo, poderia o Supremo Tribunal Federal levar em consideração (i) o decurso de tempo desde a promulgação da Constituição, (ii) a inércia do órgão em propor a lei complementar, comprovada inclusive mediante critérios objetivos, (iii) o advento da criação do Conselho Nacional de Justiça, além de (iv) observar todos os pressupostos anteriormente dispostos ao legítimo reconhecimento de uma mutação constitucional e declarar a mudança de sentido do texto constante no art. 93 da Constituição para se compreender que, além do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça também teria a competência para propor lei complementar que criasse o Estatuto da Magistratura.

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

⁶⁹ Como, por exemplo, a alegação da inexistência de uma prática reiterada que permitisse a mudança de sentido do texto. Embora a inércia pudesse ser considerada como a continuidade da prática omissiva e o Supremo Tribunal Federal já ter apreciado questão semelhante na ADI 1484/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática. DJ 28.ago.2001.

Conforme mencionado, outro aspecto a ser considerado é o do uso ilegítimo da mutação constitucional. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um sistema constitucional em que o Supremo Tribunal Federal ficou bastante fortalecido em comparação à sua atuação e competência antes da promulgação da Constituição. As inovações trazidas pela nova Carta política permitiram um maior acesso ao Supremo Tribunal Federal, ampliando consideravelmente o seu campo decisório, o que permitiu a utilização em demasia da via interpretativa pelos Ministros. Este poderia ser um dos caminhos possíveis à compreensão do ativismo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que vem modificando a jurisdição constitucional, inclusive a aproximando da opinião pública (ainda que considerado um órgão contra majoritário)⁷⁰, por meio das próprias decisões proferidas.

A nova postura da Corte Constitucional brasileira e, conseqüentemente, do Poder Judiciário precisa ser mais bem compreendida por estar relacionada a uma mudança de comportamento político ocasionado pelas próprias decisões que proferem. No que se relaciona com a mutação constitucional, o uso de forma desmedida da expressão pode resultar num instrumento utilizado para transformar a realidade de acordo com as próprias preferências da Corte sob o fundamento da mera observação da realidade. A consequência de tal postura é o da procedência a uma reforma constitucional silenciosa pelos Ministros do Supremo, entendida como uma mudança da Constituição suavizada, feita sem grandes alardes, tendo como fundamentação a guarda da própria Constituição. Para tanto, os Ministros se utilizam da hermenêutica jurídica e de sofisticados argumentos jurídico-constitucionais.

A mudança de papel político do órgão máximo do Poder Judiciário mediante a postura acima pode gerar debates em torno do princípio da separação de poderes, tendo em vista existirem procedimentos específicos à reforma da Constituição devido a sua rigidez. Não seria admissível na ordem democrática que um órgão dotasse das funções de reforma, guarda e interpretação da Carta política, principalmente um órgão não legislativo como o Supremo Tribunal Federal.

⁷⁰ Ver BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012, p. 225/271.

Reportando novamente à mutação constitucional, se o Supremo Tribunal Federal, por meio de suas decisões, estiver ampliando a sua competência inclusive com o uso desmedido da referida expressão, sem qualquer observância aos seus pressupostos, será considerado um órgão ilegítimo democraticamente.

Assim, se os usos e sentidos dados à mutação constitucional pelos Ministros distanciarem dos seus pressupostos, a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal restará questionada, podendo resultar num novo desenho da separação de poderes no Brasil: um órgão não legislativo estaria assumindo para si competências anteriormente exclusivas ao Poder Legislativo e acumulando as funções de reforma, guarda e intérprete da Constituição. O Poder Judiciário não seria apenas fortalecido com acréscimo de uma importante função, mas, por dotar do “monopólio da última palavra”, caso tal postura fosse questionada, caberia a ele próprio tecer considerações e proferir uma decisão a respeito, podendo se tornar um Poder da República prevalente sobre os demais. Situação que se aproxima do defendido por Oscar Vilhena Vieira no artigo intitulado “Supremocracia”⁷¹.

Em resumo, o objetivo do presente trabalho foi destacar a importância na utilização da expressão “mutação constitucional” no Direito brasileiro. Por um lado, o seu uso ilegítimo acarretaria consequências gravosas à ordem democrática brasileira. Por outro, para identificar o seu uso ilegítimo seria preciso que se desenvolvesse um método à sua utilização, com a delimitação de seu alcance. Citando como exemplo o Direito brasileiro, a utilização de conceitos e ideias jurídicas são utilizadas sem a preocupação da função que são capazes de exercer e das consequências jurídicas que podem gerar. Uma das principais críticas que remetem ao Direito quanto à possibilidade de ser considerado como ciência é a ausência de um método⁷², refletida no caso aqui investigado, por exemplo. E, o trabalho aqui desenvolvido, buscou partir desta ideia para discutir primeiramente a forma como um conceito pode ser estudado no Direito brasileiro, diferenciando o seu significado da

⁷¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: Revista DIREITOGV, São Paulo: FGV, n.º 8, ano: 2009, p. 441-464.

⁷² Hans Kelsen, no livro intitulado “Teoria pura do Direito”, ressaltou o problema da ausência de metodologia que permitisse tornar o Direito uma ciência, destacando a necessidade de observar o Direito e estudá-lo por sua própria ótica, buscando, então, sugerir um método que contribuísse à superação desta crítica.

função que é capaz de exercer para, em momento posterior, destacar a necessidade de utilização de um método capaz de demonstrar o seu uso legítimo, atentando às consequências da sua não utilização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário brasileiro, com o novo desenho institucional promovido pela Constituição Federal de 1988, ampliou consideravelmente a sua atuação e competência. Reconhecido por seus Ministros como detentor do monopólio da última palavra no que se refere à interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal é um das instituições mais atuantes não apenas na proteção, mas também na promoção de direitos fundamentais. O que se deve não apenas às inovações trazidas pela Constituição, mas também à fragmentação do poder político que permitiu, dentre outras medidas, a diminuição da ingerência do Poder Executivo em seu processo decisório, além de estabelecer uma maior separação entre as atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo.

Conseqüentemente, com o aumento considerado de sua atuação e competência, o Supremo Tribunal Federal ganhou maior visibilidade no cenário nacional, passando a ser considerado não apenas o guardião da Constituição, mas também como órgão que, além de proteger direitos e garantias individuais: passa a utilizar em demasia a via interpretativa e argumentações tipicamente constitucionais, inovando com ousadas teses jurídicas; promove políticas públicas por meio de suas decisões, forçando manifestação e atuação concreta do Poder Executivo; aprecia e julga atos do poder público com apoio popular; dialoga com a imprensa inclusive antecipando votos sobre casos de grande repercussão social e jurídica; profere decisões estipulando prazo para o Poder Legislativo editar leis, sob pena de aplicar outra que considere cabível por analogia; comanda o processo eleitoral brasileiro por meio de suas decisões, mesmo diante da existência de uma Justiça eleitoral etc.

Todo o cenário descrito acima permite a concordância com a assertiva proposta por Oscar Vilhena Vieira ao atribuir como uma das ideias atreladas à “Supremocracia”, “*a expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes*” (VIEIRA: 2008, 445), que justifica inclusive o título do presente do trabalho. A singularidade do arranjo institucional do Supremo Tribunal Federal nos remonta à seguinte discussão: o fortalecimento do Poder Judiciário ocorre a partir do

fortalecimento e consolidação da democracia ou da instabilidade do arranjo democrático? As duas assertivas, em parte, podem ser verdadeiras.

Uma leitura histórica do constitucionalismo brasileiro indicaria a possibilidade de o Poder Judiciário ter se tornado mais atuante nos momentos em que o princípio democrático era mais fortalecido. Nos períodos autoritários, além do Brasil demonstrar grande concentração do poder nas mãos do Presidente da República, o Poder Judiciário sofria grandes ingerências do Poder Executivo que variavam do completo descaso e descumprimento às suas decisões até ataques diretos à Corte Constitucional, como a insuscetibilidade dos atos do Presidente da República ao controle judicial, a restrição à estabilidade e vitaliciedade dos magistrados etc. Diferentemente, nos momentos constitucionais em que o Brasil passou por um Estado Democrático, o fracionamento do poder político contribuiu ao fortalecimento do Poder Judiciário, aumento sua visibilidade no cenário nacional a partir da ampliação de sua atuação e competência, principalmente ao construir uma jurisprudência de proteção às liberdades fundamentais (BRANDÃO: 2012, 89-117).

Pela leitura acima, é possível identificar indícios de que a mudança de comportamento político do Poder Judiciário pode estar relacionada à fragmentação do poder político e ao crescente fortalecimento e consolidação da Democracia. Por outro lado, é frequente a leitura de que algumas instituições democráticas encontram-se bastante enfraquecidas na democracia constitucional brasileira. O Poder Executivo brasileiro encontra dificuldades em criar meios de efetivação das políticas públicas que possibilitem à promoção de direitos sociais, por exemplo, principalmente devido à falta de diálogo com os demais Poderes da República, em especial ao Poder Legislativo. Por sua vez, o Poder Legislativo assumiu a posição de fiscalizar a oposição partidária, em nível inferior à formação da política legislativa em prol do cidadão brasileiro que precisa do mínimo necessário à sua subsistência. Diante deste cenário, com as demandas cada vez mais crescentes da população brasileira e partindo da ampliação de acesso ao Supremo Tribunal Federal, o referido órgão passou a se manifestar diretamente sobre questões de grande repercussão social e política, passando desde as políticas de ações afirmativas até a efetiva utilização de competência pelo Senado Federal.

Legitimado pelo apoio popular e pressionado pela opinião pública, o Supremo Tribunal Federal passou a utilizar demasiadamente o posto de detentor do “*monopólio da última palavra em interpretação constitucional*”, conforme as palavras do Min. Celso de Mello, para proferir decisões com alta carga de interpretação e sofisticadas teses jurídicas construídas em argumentações tipicamente constitucionais. O que modificou consideravelmente a sua atuação, competência e, principalmente, visibilidade no cenário nacional. Atualmente, o novo *design* institucional do Supremo Tribunal Federal indica a possibilidade de estarmos diante de uma nova tendência: o da redefinição dos papéis das instituições democráticas por meio do diálogo entre os Poderes, conduzido pelas decisões do Supremo Tribunal Federal.

No presente estudo, por exemplo, demonstrou-se como uma expressão própria ao Direito, além de exercer função distinta ao significado que ganhou em seu contexto de surgimento, pode modificar as estruturas do sistema de constitucionalidade brasileiro, ampliando consideravelmente a competência do Supremo Tribunal Federal, a partir de uma hermenêutica própria dos tribunais brasileiros. O estudo desenvolvido acerca da mutação constitucional, partindo de uma metodologia própria, preocupou-se em: (i) demonstrar a necessidade de se elaborar estudos sobre conceitos jurídicos comumente utilizados pela Corte Constitucional e que geram efeitos jurídicos de grande influência, inclusive no cenário político; (ii) destacar a necessidade de criação de uma metodologia própria ao reconhecimento da expressão investigada; e (iii) identificar possíveis consequências de uso ilegítimo.

Em relação ao uso ilegítimo da mutação constitucional, uma das possíveis consequências é o da possibilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal estarem reformando silenciosamente a Constituição Federal por meio de interpretação e argumentação. Isto é, o Supremo Tribunal Federal estaria modificando, por meio de sua própria decisão, o arranjo institucional que lhe fora disposto na Constituição de 1988. E quando o direito e as instituições se transformam por meio de interpretações judiciais, tais mudanças jurídicas devem ser discutidas por se tratarem de mudanças feitas por órgãos não legislativos. Como o acúmulo das funções de autoridade com exercício de poder deveriam ser restritos

aos órgãos representativos, submetidos a um controle de ordem democrática, a discussão acerca da nova postura do Supremo Tribunal Federal faz-se fundamental à compreensão do novo cenário jurídico e político ao qual estamos inseridos. Por estarmos diante de um momento histórico em que a promulgação da Constituição se aproxima do seu vigésimo quinto aniversário, o debate que tramita em seu entorno continua relacionado ao princípio democrático, mas sob um novo enfoque: o do enfraquecimento de algumas instituições democráticas em detrimento da atuação fortalecida de outras, nos remetendo a uma nova estrutura da democracia constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. In **“A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.”** NETO, Claudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. Coord. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. ,1ª Ed. Saraiva: Rio de Janeiro, 2009.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível na internet: <
<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>
Acesso em 15 de fevereiro de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Disponível na internet:
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200007&script=sci_arttext&tIng=en. Acesso em 15 de fevereiro de 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n.º 129, jan./mar., 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

CARBONELL, Miguel. **Reinventar la democracia, reinventar el constitucionalismo - Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1989.

DAU- LIN, Hsü. **Mutación de La Constitución**. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998. (orig. *Die Verfassungswandlung*. Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1932.)

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves . 5ª Ed. **O Poder Constituinte**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Direito Constitucional Moderno**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 1ª ed., 1986, Max Limonad.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. 2ª Ed. Madrid: Revista de Occidente, 1951.

GUILLEN, Pierre. **O Império Alemão de 1871 a 1918**. In: NÉRÉ, Jacques (Org.). *História Contemporânea*. Trad. Octávio Mendes Cajado, São Paulo: Círculo do Livro, s.d.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Edit. Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1991.

_____. **Limites de la mutación constitucional**. Escritos de Derecho Constitucional, 1983.

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

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

JURISPRUDÊNCIA. Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 2012.

_____. Brasil. **Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região**. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/>>. Acesso em: 2013.

_____. Brasil. Superior Tribunal de **Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 2013.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSELLECK, Heinehart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1986.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: forense, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil**. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 3, 2005.

_____. **Métodos de Trabalho de Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático**. In: Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. Editora Saraiva: Rio de Janeiro, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. *University of Chicago Law and Economics, Olin Working Paper n. 156, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320245> or DOI: 10.2139/ssrn.320245, p. 1 e 36).*

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

URRUTIA, Anna Victoria Sánchez. **Mutación constitucional y fuerza normativa de La Constitución: uma aproximación AL origen del concepto**, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, p. 105-135.

VECCHI, Cristiano Brandão. **Mutação constitucional: uma abordagem alemã**. Rio de Janeiro, 2005. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito – Pontifícia Universidade Católica do rio de Janeiro.

VERDÚ, PabloLucas. **Curso de Derecho Político**. Madrid: Tecnos, 1984, vol. IV.

_____. **O sentimento constitucional – aproximação ao estudo do sentir constitucional como método de integração política**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à “brasileira”. In: **Revista DIREITOGV**, São Paulo: FGV, ano 4, n.o 2, jul./dez., 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. (2002), **O Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo, Malheiros Editores.

_____. **Supremocracia**. In: *Revista DIREITOGV*, São Paulo: FGV, n.º 8, ano: 2009, p. 441-464.

ANEXO

| Descrição do Processo | Resumo do caso | Voto (s) analisado (s) | Usos e/ou sentidos da mutação constitucional | Reconhecimento da ocorrência de uma mutação constitucional | Trechos do (s) voto (s) | Observações |
|--|---|----------------------------|--|--|---|--|
| <p>ADI 1484/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática. DJ 28.ago.2001.</p> | <p>ADI que objetiva a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial dos Poderes Executivos e Legislativo referente a Lei n.º 9.295/96 que 'dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências'.</p> | <p>Min. Celso de Mello</p> | <p>Mutação ocorrida a partir da inércia, omissão do Poder Público.</p> | <p>Sim</p> | <p>Citação de trecho do livro "Processos informais de mudança na Constituição", de Anna Cândida da Cunha Ferraz como fundamento: "<i>(...)a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando esse efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental. Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados.</i>"</p> | <p>Ao concordar com Anna Cândida da Cunha Ferraz, o ministro admite a existência de modalidades da mutação constitucional.</p> |

| | | | | | | |
|--|---|--------------------------------|---|--|---|----------|
| <p>ADI 3345/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Plenário. DJ 25.ago.2005.</p> | <p>Legitimidade da participação de Ministro do STF (que atuou no TSE) no julgamento de ação direta ajuizada contra ato emanado daquela alta Corte eleitoral</p> | <p>Min. Gilmar Mendes</p> | <p>Mudança de sentido, sem expressa modificação do texto - que é citado em seu artigo "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional".</p> | <p>Não há alegação de ocorrência de uma mutação constitucional de dado dispositivo, porque foi feita apenas uma citação em seu voto, e não discussão específica acerca da questão.</p> | <p><i>"É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, 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."</i> (Trecho retirado do artigo intitulado "o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional" e inserido em seu voto)</p> | <p>-</p> |
| <p>RCL 3801/GO. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Decisão Monocrática. DJ 09.nov.2005.</p> | <p>Indenização por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho</p> | <p>Min. Sepúlveda Pertence</p> | <p>Mudança do texto constitucional ocasionado por Emenda à Constituição, que modifica o entendimento da Corte</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"No próprio julgamento acentuou-se a edição da emenda constitucional como marco temporal para a competência da justiça trabalhista. Pelo que consta, no caso a ação foi proposta antes da mutação constitucional."</i></p> | <p>-</p> |

| | | | | | | |
|--|---|---------------------------|--|------------|---|--|
| <p>QO em HC de n.º 86.009-5/DF. Rel. Min. Carlos Britto. Primeira Turma. DJ 29.ago.2006.</p> | <p>Mudança de jurisprudência: fixação da competência dos Tribunais de Justiça Estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais</p> | <p>Min. Carlos Britto</p> | <p>Mudança na interpretação</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"Em boa verdade, mesmo tratando-se de alteração de competência, por efeito de mutação constitucional (nova interpretação ao texto da Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental (...)."</i></p> | <p>-</p> |
| <p>AG. REG. No RE n.º 450.504-5/MG. Rel. Min. Carlos Britto. Primeira Turma. DJ 21.nov.2006.</p> | <p>Competência para apreciar e julgar pedido de indenização por acidente de trabalho, deduzido contra o (ex) empregador.</p> | <p>Min. Carlos Britto</p> | <p>Mudança de jurisprudência</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"(...) a mudança na jurisprudência ao Supremo surgiu por mutação constitucional. Vale dizer, da redação originária do artigo 114 c/c inciso I do artigo 109 da Lei Maior, esta colenda Corte passou a extrair um outro sentido - o da competência da Justiça trabalhista."</i></p> | <p>-</p> |
| <p>ADI 3838 MC/DF. Rel. Min. Carlos Britto. Decisão da Presidência. DJ 01.fev.2007.</p> | <p>ADI em face de dispositivos da Resolução n.º 05, de 20.03.2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, que 'disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional'.</p> | <p>Min. Gilmar Mendes</p> | <p>Mudança necessária na interpretação</p> | <p>Não</p> | <p><i>"Após afirmar que os precedentes deste Supremo Tribunal, apesar de contrários à tese exposta, não chegaram a debater explicitamente o argumento, ora trazido, da necessidade de uma interpretação conjunta e portadora de uma verdadeira mutação constitucional dos arts. 128, §5º, II, d e 129, IX, ambos da Carta Magna."</i></p> | <p><i>"É frágil, por outro lado, a leitura que pretende dar o requerente ao art. 129, IX, da Carta Magna, uma vez que se trata de previsão de cláusula aberta para a atuação da Instituição, e não de seus membros isoladamente, em funções outras'compatíveis com sua finalidade"</i></p> |

| | | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|---|
| | | | | | | <p><i>- que são aquelas já previstas no mesmo art. 129 da Constituição. Também não se está a falar de cenário passível de mutação constitucional. Como visto, os precedentes apontados, nos quais este Tribunal debruçou-se sobre a questão ora trazida, são todos recentes. O quadro fático neles considerado é exatamente o mesmo vivenciado no presente momento. Não se podem confundir os fatores que levam à deflagração do fenómeno da mutação normativa com iniciativas que buscam alterar o próprio sentido do texto constitucional em prol de interesses específicos e casuais."</i></p> |
|--|--|--|--|--|--|---|

| | | | | | | |
|---|--|---------------------------|--|--|--|--|
| <p>MS 26.603-1/DF. Rel. Min. Celso de Mello, Plenário. DJ 04.jul.2007.</p> | <p>Extinção de mandato por infidelidade partidária decorrente de mudança de partido.</p> | <p>Min. Gilmar Mendes</p> | <p>Evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial.</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial - uma autêntica mutação constitucional - passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal."</i></p> <p><i>"Lembre-se, neste ponto, que não se trata aqui de aplicação do art. 27 d a Lei n.º 9.868/99, mas de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional"</i></p> | <p>Diferença estabelecida entre mudança de jurisprudência e nova interpretação: jurisprudência como o produto final da nova interpretação do texto constitucional.</p> |
| <p>ADI 3929 MC/DF. Rel. Min. Presidenta Ellen Gracie. Decisão da presidência. DJ 02.ago.2007.</p> | <p>ADI em face de resolução do Senado que suspendeu execução de norma declarada inconstitucional, no controle difuso, pelo Supremo Tribunal Federal.</p> | <p>Min. Ellen Gracie</p> | <p>Apenas citação ao artigo do Min. Gilmar Mendes "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional"</p> | <p>Não há alegação de ocorrência de uma mutação constitucional de dado dispositivo, porque foi feita apenas uma citação em seu voto, e não discussão específica acerca da questão.</p> | <p><i>"Resta evidente, portanto, que as comunicações enviadas por este Supremo Tribunal ao Senado Federal por meio dos Ofícios 93-P/MC e 125-P/MC, de junho e setembro de 1999, não refletiram fielmente o entendimento firmado nesta Corte quando informaram àquela Casa Legislativa, de maneira inespecífica e abrangente, que havia declarado a inconstitucionalidade das Leis 7.003/90, 7.646/91 e</i></p> | <p>-</p> |

| | | | | | | |
|--|---|--------------------|-------------------------|-----|---|--|
| | | | | | 8.207/92, sem qualquer referência a quais dispositivos pertencentes a esses Diplomas poderiam ser efetivamente atingidos pela suspensão de eficácia." | |
| EMB. DIV. No RE n.º 166.791-5/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário. DJ 20.set.2007. | Concessão de anistia como promoção por merecimento a militares na ativa | Min. Gilmar Mendes | Interpretação evolutiva | Sim | <p>"(...) o texto confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro.</p> <p>Essa reflexão e a ideia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de mutação constitucional (Verfassungswandel) enquanto categoria autônoma.</p> <p>Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade, em tais casos, de que se proceda a um ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração.</p> <p>No plano constitucional, esses casos de mudança na</p> | Mutação constitucional como técnica de decisão que proceda a um ajuste do resultado. |

| | | | | | | |
|--|--|---------------------------|--------------------------------|------------|--|---|
| | | | | | <p><i>concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas."</i></p> | |
| <p>EMB. DECL. nos EMB. DIV. No RE n.º 166.791-5/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário. DJ 20.set.2007.</p> | <p>Concessão de anistia como promoção por merecimento a militares na ativa</p> | <p>Min. Gilmar Mendes</p> | <p>Interpretação evolutiva</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"(...) o texto confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro. Essa reflexão e a ideia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de mutação constitucional (Verfassungswandel) enquanto categoria autônoma. Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade, em tais casos, de que se proceda a um ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração.</i></p> | <p>Mutação constitucional como técnica de decisão que proceda a um ajuste do resultado.</p> |

| | | | | | | |
|---|--|-----------------------|--|------------|--|---|
| | | | | | <p><i>No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas."</i></p> | |
| <p>MS 26.602-3/DF. Rel. Min. Eros Grau. Plenário. DJ 03.out.2007.</p> | <p>Extinção de mandato por infidelidade partidária decorrente de mudança de partido.</p> | <p>Min. Eros Grau</p> | <p>Mudança de sentido, sem expressa modificação do texto</p> | <p>Não</p> | <p><i>"Apenas a transformação do sentido do enunciado da Constituição, sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, é que se poderia admitir a presente impetração. Vale dizer, apenas se operada a mutação constitucional, admitindo nova hipótese de perda de mandato, é que o presente mandado de segurança pode ser analisado. Reafirmo, nesse ponto, o que mencionei no julgamento na Recl. 4.335, Relator o Ministro Gilmar Mendes. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a</i></p> | <p>Acréscimo do elemento coerência à mutação constitucional</p> |

| | | | | | | |
|--|--|--|--|--|---|--|
| | | | | | <p><i>reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema. Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida a ele, o texto dela resultante, seja coerente repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a JEAN-PIERRE VERNANT para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico. O que há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [=à</i></p> | |
|--|--|--|--|--|---|--|

| | | | | | | |
|--|---|--------------------|---|-----|--|---|
| | | | | | <i>coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele a se amoldar com exatidão. Diferente da hipótese da Recl. 4.335, a questão discutida no presente writ não admite a mutação constituição."</i> | |
| MS 26.602-3/DF. Rel. Min. Eros Grau. Plenário. DJ 03.out.2007. | Extinção de mandato por infidelidade partidária decorrente de mudança de partido. | Min. Gilmar Mendes | Evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial. | Sim | <i>"A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial - uma autêntica mutação constitucional - passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal."</i> <i>"Lembre-se, neste ponto, que não se trata aqui de aplicação do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, mas de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional"</i> | Diferença estabelecida entre mudança de jurisprudência e nova interpretação: jurisprudência como o produto final da nova interpretação do texto constitucional. |
| RE 174.161 EDV-ED/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. DJ 14.nov.2007. | Concessão de anistia como promoção por merecimento a militares na ativa | Min. Gilmar Mendes | Evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial. | Sim | <i>"(...) o texto confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro. Essa reflexão e a ideia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a</i> | Mutação constitucional como técnica de decisão que proceda a um ajuste do resultado. |

| | | | | | | |
|---|--|---------------------------------|---------------------------------|------------|--|----------|
| | | | | | <p><i>realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de mutação constitucional (Verfassungswandel) enquanto categoria autônoma.</i></p> <p><i>Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade, em tais casos, de que se proceda a um ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração.</i></p> <p><i>No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas."</i></p> | |
| <p>HC 92.297/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão Monocrática. DJ 09.09.2008.</p> | <p>Competência para apreciar e julgar habeas corpus contra ato das Turmas Recursais dos Juizados Especiais</p> | <p>Min. Ricardo Lewandowski</p> | <p>Mudança na interpretação</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de</i></p> | <p>-</p> |

| | | | | | | |
|--|------------------------------------|---------------------|------------------------|-----|--|---|
| | | | | | <i>alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga."</i> | |
| HC 90.450-5/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ 23.set.2008. | Prisão civil do depositário infiel | Min. Celso de Mello | Interpretação judicial | Sim | <i>"Em uma palavra, Senhores Ministros: a interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da Constituição, revelando-se plenamente legítima a adequação da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea."</i> | - |
| HC 94.695-0/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ 23.set.2008. | Prisão civil do depositário infiel | Min. Celso de Mello | Interpretação judicial | Sim | <i>"Em uma palavra, Senhores Ministros: a interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente</i> | - |

| | | | | | | |
|---|--|---------------------------|--|------------|---|--|
| | | | | | <p><i>idôneo de mutação informal da Constituição, revelando-se plenamente legítima a adequação da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea."</i></p> | |
| <p>MS 26.604/DF Rel. Min. Carmem Lúcia. Plenário. DJ 03.out.2008.</p> | <p>Extinção de mandato por infidelidade partidária decorrente de mudança de partido.</p> | <p>Min. Gilmar Mendes</p> | <p>Evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial.</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial - uma autêntica mutação constitucional - passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal."</i></p> <p><i>"Lembre-se, neste ponto, que não se trata aqui de aplicação do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, mas de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional"</i></p> | <p>Diferença estabelecida entre mudança de jurisprudência e nova interpretação: jurisprudência como o produto final da nova interpretação do texto constitucional.</p> |

| | | | | | | |
|---|---|---------------------------|--|------------|---|----------|
| <p>RE 466.215/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Decisão Monocrática. DJ 09.dez.2008.</p> | <p>Constitucionalidade da Lei n.º 9.506/97 a partir da Emenda Constitucional n.º 20/98</p> | <p>Min. Carlos Britto</p> | <p>Interpretação extensiva</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"Com a edição da Emenda Constitucional n.º 20/98, o inciso II do art. 195 da CF/88 passou a albergar, no universo dos contribuintes à previdência social, não só os trabalhadores, mas também os 'demais segurados da previdência social'.</i></p> <p><i>Ocorrendo a mutação constitucional, a lei, que não foi ainda objeto do controle concentrado, nem teve suspensa sua execução pelo Senado, continua em vigor e, se não conflitar com o novo texto constitucional, será válida e eficaz."</i></p> | <p>-</p> |
| <p>Rel 7336/SP. Decisão Monocrática. Julgamento: 03.fev.2009.</p> | <p>Equiparação de salário dos delegados de polícia do Estado de São Paulo aos Procuradores de Estado.</p> | <p>Min. Carlos Britto</p> | <p>Transformação do texto gerada por Emenda Constitucional</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"(...) o art. 241, norma especial que garantia isonomia dos delegados de polícia com as carreiras disciplinadas no art. 135 (Procurador de Estado e Defensor Público), foi excluído da Constituição por força da Emenda Constitucional n.º 19/98. Mutações constitucionais, patrocinadas pela EC n.º 19/1998, incidente, ainda, sobre os seguintes dispositivos: I 'a isonomia foi abolida do art. 135, para, em seu lugar, fixar-se a remuneração por</i></p> | <p>-</p> |

| | | | | | | |
|---|---|----------------------------|-------------------------------|------------|---|----------|
| | | | | | <p><i>subsídio; II 'o §1º do art.39, concretizador do tratamento isonômico, passou a ordenar que os sistemas remuneratórios diferenciem-se em função da responsabilidade, complexidade, requisitos de investidura e peculiaridades de cada cargo."</i></p> | |
| <p>HC 91.361/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ 06.fev.2009.</p> | <p>Prisão civil do depositário infiel</p> | <p>Min. Celso de Mello</p> | <p>Interpretação judicial</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. Hermenêutica e direitos</i></p> | <p>-</p> |

| | | | | | | |
|---|---|-------------------|-------------------------|-----|--|---|
| | | | | | <i>humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do poder judiciário."</i> | |
| RE 488.165/PR. Rel. Min. Carmem Lúcia. Decisão Monocrática. DJ 12.fev.2009. | Constitucionalidade da Lei n.º 9.506/97 a partir da Emenda Constitucional n.º 20/98 | Min. Carmem Lúcia | Interpretação extensiva | Sim | <i>"Com a edição da Emenda Constitucional n.º 20/98, o inciso II do art. 195 da CF/88 passou a albergar, no universo dos contribuintes à previdência social, não só os trabalhadores, mas também os 'demais segurados da previdência social'. Ocorrendo a mutação constitucional, a lei, que não foi ainda objeto do controle concentrado, nem teve suspensa sua execução pelo Senado, continua em vigor e, se não conflitar com o novo texto constitucional, será válida e eficaz."</i> | - |
| AI 611.481/MG. Rel. Min. Carmem Lúcia. Decisão Monocrática. DJ 12.mar.2009. | Constitucionalidade da Lei n.º 9.506/97 a partir da Emenda Constitucional n.º 20/98 | Min. Carmem Lúcia | Interpretação extensiva | Sim | <i>"Com a edição da Emenda Constitucional n.º 20/98, o inciso II do art. 195 da CF/88 passou a albergar, no universo dos contribuintes à previdência social, não só os trabalhadores, mas também os 'demais segurados da previdência social'. Ocorrendo a mutação constitucional, a lei, que</i> | - |

| | | | | | | |
|--|------------------------------------|---------------------|------------------------|-----|--|---|
| | | | | | <i>não foi ainda objeto do controle concentrado, nem teve suspensa sua execução pelo Senado, continua em vigor e, se não conflitar com o novo texto constitucional, será válida e eficaz."</i> | |
| HC 96.772-8/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ 09.jun.2009. | Prisão civil do depositário infiel | Min. Celso de Mello | Interpretação judicial | Sim | <i>"A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais</i> | - |

| | | | | | | |
|--|------------------------------------|---------------------|------------------------|-----|---|---|
| | | | | | <i>favorável como critério que deve reger a interpretação do poder judiciário."</i> | |
| HC 98.893 MC/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática. DJ 15.jun.2009. | Prisão civil do depositário infiel | Min. Celso de Mello | Interpretação judicial | Sim | <i>"A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do poder judiciário."</i> | - |

| | | | | | | |
|--|--|--------------------------|--------------------------------|------------|--|----------|
| <p>RE 601.552/RS. Rel. Min. Carmem Lúcia. Decisão Monocrática. DJ 05.out.2009.</p> | <p>Prisão civil do depositário infiel</p> | <p>Min. Carmem Lúcia</p> | <p>Interpretação judicial</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do poder judiciário."</i></p> | <p>-</p> |
| <p>AI 618.763/RS. Rel. Min. Carmem Lúcia. Decisão Monocrática. DJ 09.nov.2009.</p> | <p>Constitucionalidade da Lei n.º 9.506/97 a partir da Emenda Constitucional n.º 20/98</p> | <p>Min. Carmem Lúcia</p> | <p>Interpretação extensiva</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"Com a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, o inciso II do art. 195 da CF/88 passou a albergar, no universo dos contribuintes à</i></p> | <p>-</p> |

| | | | | | | |
|--|--|--------------------------|--------------------------------|------------|---|---|
| | | | | | <p><i>previdência social, não só os trabalhadores, mas também os 'demais segurados da previdência social'.</i></p> <p><i>Ocorrendo a mutação constitucional, a lei, que não foi ainda objeto do controle concentrado, nem teve suspensa sua execução pelo Senado, continua em vigor e, se não conflitar com o novo texto constitucional, será válida e eficaz."</i></p> | |
| <p>RE 517.766/RS. Rel. Min. Carmem Lúcia. Decisão Monocrática. DJ 09.fev.2010.</p> | <p>Constitucionalidade da Lei n.º 9.506/97 a partir da Emenda Constitucional n.º 20/98</p> | <p>Min. Carmem Lúcia</p> | <p>Interpretação extensiva</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"(...) o conceito de trabalhadores, adotado pelo art. 195, II, da CF/88, em sua redação original, deveria ser entendida em sua acepção técnica, abrangente da universalidade dos prestadores de serviços mediante remuneração, nela não cabendo os agentes políticos, que não são prestadores de serviços, exercendo, isto sim, funções de natureza política.</i></p> <p><i>Com a edição da Emenda Constitucional n. 20/98, o inciso II do art. 195 da CF/88 passou a albergar, no universo dos contribuintes à</i></p> | <p>A mutação constitucional pode ser entendida também como meio de atribuição de eficácia às leis evitadas de vícios quando da sua criação?</p> |

| | | | | | | |
|--|--|--------------------|-------------------------|-----|--|---|
| | | | | | <p><i>previdência social, não só os trabalhadores, mas também os "demais segurados da previdência social".</i></p> <p><i>Ocorrendo a mutação constitucional, a lei, que não foi ainda objeto do controle concentrado, nem teve suspensa sua execução pelo Senado, continua em vigor e, se não conflitar com o novo texto constitucional, será válida e eficaz.</i></p> <p><i>Consequentemente, afastado o obstáculo que tornava inconstitucional a Lei n. 9.506/97, passou ela a ser válida e eficaz, desde 16.12.98, estendendo-se sua eficácia até entrar em vigor a Lei n. 10.887, de 18 de junho de 2004 que, no entanto, no que aqui interessa, apenas lhe ratificou os termos”</i></p> | |
| ADPF 46/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Plenário. DJ 26.fev.2010. | Serviço postal e o privilégio da entrega de correspondências | Min. Marco Aurélio | Interpretação evolutiva | Sim | <p><i>"Pablo Lucas Verdú convencionou chamar de 'mutação constitucional', hipótese em que a Carta federal fica obsoleta, fragilizada, caduca. Cabe ao intérprete, no caso, proceder a uma interpretação evolutiva, reconhecendo que essas 'mutações constitucionais silenciosas' funcionam, na</i></p> | - |

| | | | | | | |
|---|---|-------------------|-------------------------|-----|---|--|
| | | | | | <i>verdade, como atos legítimos de interpretação constitucional"</i> | |
| RE 476.747/SC. Rel. Min. Ellen Gracie. Decisão Monocrática. DJ 18.nov.2010. | Constitucionalidade da Lei n.º 9.506/97 a partir da Emenda Constitucional n.º 20/98 | Min. Ellen Gracie | Interpretação extensiva | Sim | <p><i>"Com a edição da Emenda Constitucional n.º 20/98, o inciso II do art. 195 da CF/88 passou a albergar, no universo dos contribuintes à previdência social, não só os trabalhadores, mas também os 'demais segurados da previdência social'.</i></p> <p><i>Ocorrendo a mutação constitucional, a lei, que não foi ainda objeto do controle concentrado, nem teve suspensa sua execução pelo Senado, continua em vigor e, se não conflitar com o novo texto constitucional, será válida e eficaz."</i></p> | - |
| RE 600.334/SP. Rel. Min. Carmem Lúcia. Decisão Monocrática. DJ 13.dez.2010. | Imunidade tributária de livro eletrônico (CD-ROM) | Min. Carmem Lúcia | Interpretação extensiva | Sim | <p><i>"De 1988 para cá, passamos por uma evolução tecnológica significativa, de tal sorte que, hoje, existem vários livros editados em "CD-ROM" e que, por óbvio, não utilizam papel para sua impressão. Por essa razão não poderiam deixar de ser imunes aos impostos, só pelo fato de a Constituição mencionar apenas "os livros... e o papel destinado à sua</i></p> | <p>Interpretação abrangente para garantir a eficácia da norma?</p> <p><i>"(...) diante da inexorável tendência da substituição da cultura tipográfica pela informatizada, ou se dá uma interpretação abrangente à imunidade em</i></p> |

| | | | | | | |
|---|---|---------------------------|----------------------------------|------------|--|---|
| | | | | | <p><i>impressão”, pois, do contrário, frente a evolução e a cada inovação tecnológica, haveria que se mudar o texto constitucional. Essa é a típica hipótese de mutação constitucional, operada via interpretativa, no sentido de também serem considerados como imunes aos impostos os livros editados em “CD-ROM”, pois, se a intenção da norma é facilitar a disseminação da cultura, educação, entre outras, os livros editados em “CD-ROM” se prestam a tal papel, tanto quanto os livros convencionais.”</i></p> | <p><i>questão, ou se retira a eficácia da mesma, que, desta forma, não mais tutelar um direito fundamental erigido como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal.”</i></p> |
| <p>RHC 93.172-3/SP. Rel. Min. Carmem Lúcia. Plenário. DJ 06.mai.2011.</p> | <p>Execução provisória de pena privativa de liberdade</p> | <p>Min. Gilmar Mendes</p> | <p>Mudança na jurisprudência</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"Talvez um dos temas mais ricos das teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, à possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material e inegável, são inúmeros só desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional."</i></p> | <p>-</p> |

| | | | | | | |
|---|--|----------------------------|-------------------------------|---|--|--|
| <p>AI 277.940/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão monocrática. DJ 10.jun.2011.</p> | <p>Competência do Conselho Nacional Monetário para dispor sobre taxas de juros bancários</p> | <p>Min. Celso de Mello</p> | <p>Interpretação judicial</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do poder judiciário."</i></p> | <p>Para o Ministro, a mutação constitucional é vista também como uma interpretação necessária ante as transformações dos processos sociais</p> |
| <p>HC 110.237 MC/PA. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática. DJ 16.set.2011.</p> | <p>Competência para apreciar e julgar crime praticado por civil contra a Administração Militar</p> | <p>Min. Celso de Mello</p> | <p>Interpretação judicial</p> | <p>Não, há apenas a citação a um acórdão que cita a expressão "mutação constitucional".</p> | <p><i>"No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial</i></p> | <p>-</p> |

| | | | | | | |
|---|--|--------------------------------|--|------------|--|--|
| | | | | | <p><i>acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que 'A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la'". (ADI 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário)</i></p> | |
| <p>RECL. 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Ainda pendente de julgamento.</p> | <p>Necessidade ou não de expedição de resolução do Senado Federal para suspender a eficácia de normas declaradas inconstitucionais, pelo plenário do STF, no controle difuso de constitucionalidade.</p> | <p>Min. Sepúlveda Pertence</p> | <p>Mudança de sentido, sem expressa modificação do texto, não podendo ser utilizado como instrumento de ampliação de competência do Tribunal</p> | <p>Não</p> | <p><i>"(...) Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista."</i></p> | <p><i>"Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto - concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado - com a premissa generosa dos dois colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário. (...) A Emenda Constitucional 45 dotou o supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa</i></p> |

| | | | | | | |
|---|---|----------------------|---|-----|--|--|
| | | | | | | <i>intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante (...)"</i> |
| RECL. 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Ainda pendente de julgamento. | Necessidade ou não de expedição de resolução do Senado Federal para suspender a eficácia de normas declaradas inconstitucionais, pelo plenário do STF, no controle difuso de constitucionalidade. | Min. Joaquim Barbosa | Mudança de sentido, sem expressa modificação do texto. Necessidade de constatação por meio de um decurso de tempo maior e dados empíricos que possam comprovar a ocorrência de autêntica mutação constitucional | Não | <i>"(...) Mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (Direito Constitucional, p.1102). Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva "désuetude" do dispositivo. Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso Nacional suspendeu a execução de dispositivos</i> | Acréscimo de: dados empíricos e decurso de tempo maior para o reconhecimento da mutação constitucional |

| | | | | | | |
|---|--|-----------------------|---|------------|---|----------|
| | | | | | <p><i>de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução nº 2)."</i></p> | |
| <p>RECL. 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Ainda pendente de julgamento.</p> | <p>Necessidade ou não de expedição de resolução do Senado Federal para suspender a eficácia de normas declaradas inconstitucionais, pelo plenário do STF, no controle difuso de constitucionalidade.</p> | <p>Min. Eros Grau</p> | <p>Mudança de sentido, sem expressa modificação do texto.</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"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</i></p> | <p>-</p> |

| | | | | | | |
|--|--|---------------------------|---|------------|--|--|
| | | | | | <p><i>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."</i></p> | |
| <p>RECL. 4.335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Ainda pendente de julgamento. Voto publicado em 01.fev.2007.</p> | <p>Necessidade ou não de expedição de resolução do Senado Federal para suspender a eficácia de normas declaradas inconstitucionais, pelo plenário do STF, no controle difuso de constitucionalidade.</p> | <p>Min. Gilmar Mendes</p> | <p>Mudança de sentido, sem expressa modificação do texto.</p> | <p>Sim</p> | <p><i>"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."</i></p> | <p><i>"Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica."</i></p> |