

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

CLÓVIS HUMBERTO LOURENÇO JÚNIOR

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O PROTAGONISMO DO STF:
MUDANÇA PELA VIA JUDICIAL NA ERA DO ATIVISMO**

**FRANCA
2018**

CLÓVIS HUMBERTO LOURENÇO JÚNIOR

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O PROTAGONISMO DO STF:
MUDANÇA PELA VIA JUDICIAL NA ERA DO ATIVISMO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania. Orientador(a): Prof. Dr. José Duarte Neto.

**FRANCA
2018**

L892m LOURENÇO JÚNIOR, Clóvis Humberto
MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O
PROTAGONISMO DO STF: : Mudança pela via judicial
na era do ativismo / Clóvis Humberto LOURENÇO
JÚNIOR. -- Franca, 2018
214 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista
(Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais,
Franca
Orientador: José Duarte Neto

1. Mutação constitucional. 2. STF. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo
autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

CLÓVIS HUMBERTO LOURENÇO JÚNIOR

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O PROTAGONISMO DO STF:
MUDANÇA PELA VIA JUDICIAL NA ERA DO ATIVISMO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania. Orientador(a): Prof. Dr. José Duarte Neto.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Dr. José Duarte Neto, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”

1º Examinador: _____

Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo

2º Examinador: _____

Dr. Daniel Damásio Borges, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”

Franca, _____ de _____ 2018.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, em primeiro lugar, pelo amor incondicional e pelo exemplo de dedicação e disciplina, sem as quais qualquer conquista seria impossível.

Aos meus irmãos, Adriana e Murilo, pelo carinho e atenção prestados a este irmão mais novo. Cada um à sua maneira, moldaram minha forma de ver o mundo e as pessoas.

Ao Prof. Dr. José Duarte Neto, exemplo de professor, orientador, pesquisador e juiz, pelos diversos ensinamentos, sugestões e correções.

Aos amigos André Belucci e Thiago Liporaci, pelas considerações extremamente pertinentes após a leitura do trabalho. Uma dissertação não é construída sozinha e, sem o auxílio extremamente rico de vocês, as dificuldades seriam muito maiores.

Aos amigos Filipe Carvalho e Valter Palmieri, exemplos de pesquisadores, pelo incentivo ao ingresso no programa de mestrado. Os debates e a admiração que nutro por vocês foram essenciais na construção do trabalho.

Aos serventuários da 1º Vara da Comarca de Igarapava e da 2º Vara da Comarca de Orlândia, pela paciência e prestatividade para com um juiz que, ainda em começo de carreira, decidiu se tornar um pesquisador iniciante.

A minha companheira de pesquisa e de vida, Carolina Sabbag Salotti, pelo amor, paciência, zelo e conselhos. Pelas noites discutindo a pesquisa na sacada e pela paciência necessária a uma criminóloga, ao ouvir o interlocutor falar, incessantemente, de mudanças informais da Constituição.

LOURENCO JR, C. H. **Mutações constitucionais e o protagonismo do STF: mudança pela via judicial na era do ativismo**. 2018. 214 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2018.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto o estudo da configuração e dos limites das mudanças informais da constituição pela via jurisprudencial, correlacionando-a com a prática decisória do STF, buscando-se parâmetros dogmáticos mais seguros e adequados para a compreensão do fenômeno em nível argumentativo. Por meio de análise jurisprudencial qualitativa, objetiva-se aferir como os ministros da corte trabalham com o conceito de mutação. De forma específica, pretende-se identificar se há coerência no uso conceitual e se há efetiva deliberação sobre os elementos e sobre a configuração do fenômeno. No mesmo sentido, busca-se verificar se realmente há mudanças informais nas hipóteses em que os ministros fazem referência a elas, valendo-se do conceito-parâmetro proposto. A análise da evolução do fenômeno e sua delimitação dogmática são essenciais para tal fim, assim como o estudo das especificidades da Constituição Federal de 1988, do papel do Supremo Tribunal Federal no desenho da separação de poderes e da prática decisória da corte. Conclui-se, ao final, que o conceito é empregado de forma incoerente e, em muitos casos, como trunfo argumentativo a fim de justificar decisões ativistas, operando-se, em alguns deles, mutações inconstitucionais. No mais, a despeito da proliferação de menções ao fenômeno, dessume-se, valendo-se do conceito dogmático proposto, que em parte dos julgados não há efetiva alteração informal.

Palavras-chave: mudança informal da constituição. mutação constitucional. supremo tribunal federal. ativismo judicial.

LOURENCO JR, C. H. **Mutações constitucionais e o protagonismo do STF: mudança pela via judicial na era do ativismo.** 2018. 214 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2018.

ABSTRACT

The present research has as object the study of the configuration and limits of the informal changes of the constitution through the jurisprudential way, correlating it with the decision-making practice of the STF, seeking dogmatic parameters that are safer and adequate for the use of the phenomenon at the argumentative level. By means of qualitative jurisprudential analysis, it is objected to verify how the ministers of the Court work with the concept of mutation. Specifically, we intend to identify if there is coherence in the conceptual use and if there is effective deliberation on the elements and on the configuration of the phenomenon. The analysis of the evolution of the phenomenon and its dogmatic delimitation are essential for this purpose, as well as the study of the specificities of the Federal Constitution of 1988, the role of the Federal Supreme Court in the design of the separation of powers and the decision-making practice of the Court. In the end, it is concluded that the concept is used incoherently and, in many cases, as an argumentative asset to justify activist decisions, and in some of them, mutations are unconstitutional. Moreover, despite the proliferation of mentions to the phenomenon, it is noted, using the proposed dogmatic concept, that in part of the decisions there is no effective informal change.

Keywords: informal constitutional change. constitution mutation. federal court of justice. judicial activism.

ILUSTRAÇÕES

QUADROS

Quadro Sinóptico 1	118
Quadro Sinóptico 2	121
Quadro Sinóptico 3	123
Quadro Sinóptico 4	125
Quadro Sinóptico 5	127
Quadro Sinóptico 6	130
Quadro Sinóptico 7	132
Quadro Sinóptico 8	137
Quadro Sinóptico 9	139
Quadro Sinóptico 10	141
Quadro Sinóptico 11	144
Quadro Sinóptico 12	145

TABELAS

Tabela 1 – Decisões interlocutórias	110
Tabela 2 – Acórdãos	112

SIGLAS

ABRAED – Associação Brasileira das Empresas de Distribuição

ACT – Acordo Coletivo de Trabalho

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

CF – Constituição Federal

CJF – Conselho da Justiça Federal

CPP – Código de Processo Penal

CPPM – Código de Processo Penal Militar

EC – Emenda Constitucional

ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

ED – Embargos de Declaração

EDcl – Embargo de Declaração

EDiv – Embargo de Divergência

Ex – Excerto

HC – *Habeas Corpus*

LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social

MC – Medida Cautelar

MS – Mandado de Segurança

Rcl – Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

STF – Superior Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

ABREVIATURAS

ac. – Acórdão

art. – Artigo

inc. – Inciso(s)

j. – Julgamento em

p. – Página(s)

ss. – seguinte(s)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
ASPECTOS METODOLÓGICOS PRELIMINARES	17
1 MUDANÇAS INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO	21
1.1 Mudanças constitucionais: dosagem e estabilidade	21
1.2 Mudanças informais e Jurisdição constitucional	32
1.3 Mudanças informais na tradição norte-americana	37
1.4 Mudanças informais na tradição germânica	43
1.5 A mutação constitucional na doutrina brasileira	51
1.6 Definição de mutação constitucional e seus limites	56
2 MUDANÇAS INFORMAIS PELA VIA JURISDICIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E PRÁTICA DECISÓRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	66
2.1 Ativismo judicial e mudanças informais da Constituição	69
2.2 Neoconstitucionalismo à brasileira	78
2.3 Ativismo na jurisprudência do supremo tribunal federal	85
2.4 Mutações constitucionais pela via jurisdicional e precedente judicial	88
2.5 Precedentes, dispersão de fundamentos e deliberação interna no Supremo Tribunal Federal	95
3 MUDANÇAS INFORMAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DESCRITIVA	105
3.1 Metodologia da análise jurisprudencial	105
3.2 Mapeamento das decisões que mencionam a mutação constitucional	110
3.3 A mutação constitucional como fundamento da decisão	118
3.3.1 MS 26.602-3/DF, MS 26.603-1/DF e MS 26.604-0/DF	118
3.3.2 HC 91.361/SP, 94.695/RS, 90.450/MG e 96.772/SP	121
3.3.3 RHC 93.172/SP	123
3.3.4 ADPF 46/DF	125
3.3.5 RE 637.485/RJ	127
3.3.6 Rcl 4.374/PE	130
3.3.7 Rcl 4.335/AC	132
3.3.8 HC 126.292/SP	137
3.3.9 HC 127.900/AM	139
3.3.10 RE 778.889/PE	141
3.3.11 RE 522.897/RN	144
3.3.12 ADI 4764/AC	145
4 MUDANÇAS INFORMAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE CRÍTICA	148
4.1 O uso conceitual da mutação no discurso da Corte	154
4.1.1 Idefinição e ausência de dissensão conceitual	154
4.1.2 Uso argumentativo estratégico e precedentes	158
4.1.3 Estrutura e prática decisória: a dificuldade na identificação da mudança informal	161
4.2 Identificação das mudanças informais na jurisprudência da Corte	164

4.2.1	Mutação e revisão jurisprudencial	165
4.2.2	Interpretação evolutiva e o uso retórico e estratégico do fenômeno.....	167
4.2.3	Mutações inconstitucionais e o ativismo da Corte.....	171
4.2.4	Primícias de mutação constitucional e a dificuldade de sua consolidação	180
4.3	Mutação constitucional: um fenômeno atípico	185
	CONCLUSÃO.....	190
	REFERÊNCIAS	197

INTRODUÇÃO

As mudanças informais não integravam o discurso do Supremo Tribunal Federal (STF) antes da Constituição de 1988 e, de certa forma, até o início do milênio. Percebe-se que a intensificação se deu em conjunto com as alterações formais, ou seja, as supostas mudanças informais ocorreram a despeito da existência de mais de cem emendas ao texto constitucional. Esse quadro aparentemente disfuncional, que inverte a ideia de que mutação e reforma mantêm uma lógica inversamente proporcional, é o problema central da presente pesquisa, cujo objeto será a compreensão da utilização do fenômeno da mutação informal da constituição pela via jurisprudencial no discurso do STF.

A incursão na matéria se justifica em razão do relevante impacto negativo que a jurisprudência da Suprema Corte exerce, quando desrespeita parâmetros dogmáticos consolidados pela doutrina e por ela própria, sobre o desenho da separação dos poderes e sobre o princípio democrático.

Se o controle da constitucionalidade dos atos normativos compõe o núcleo essencial da função do STF, sua atividade não pode ultrapassar esse limite, sob pena de desrespeitar o núcleo essencial dos outros Poderes. Se a corte inova politicamente e se desvencilha do programa normativo, revelando e, em última instância, criando normas não decididas pelas instâncias políticas, deixa de cumprir sua tarefa essencial: o controle. Ela apresenta-se, no discurso, como guardiã da constituição, porém a viola, usurpando funções que não as suas.

O princípio democrático, na mesma esteira, é afrontado, pois se altera, de forma silenciosa, a constituição democraticamente decidida, convertendo-a em um texto nominal por meio da dissolução de sua normatividade ante o decisionismo judicial.

Nesse contexto, é papel da doutrina apontar os excessos no exercício da jurisdição constitucional, identificando não apenas as razões pelas quais tais excessos se fazem presentes, mas também os mecanismos que permitem que institutos e fenômenos sejam utilizados de forma a reforçá-los. Há que se contrapor, portanto, à postura do ministro Eros Grau que, em voto que discutia a mutação constitucional da norma constante do art. 52, inc. X, da Carta Magna, afirmou que “Sucedee que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância” (voto na Rcl nº 4.335/AC, p. 14).

Neste ponto, percebe-se que a doutrina nacional pouco se debruçou sobre o uso argumentativo da mutação constitucional na jurisprudência do STF, inclusive sobre os eventuais excessos. Em regra, ao tratar do tema, os autores se limitam a identificar o fenômeno, englobando todas as fontes e, na hipótese de mudança pela atuação jurisprudencial, a demonstrar as correlações com a interpretação constitucional e com as modalidades de sentença em sede de controle de constitucionalidade. Anote-se que a obra mais completa sobre o tema, a tese de doutoramento de Anna Cândida da Cunha Ferraz,¹ a despeito de ter sido publicada apenas em 1986, foi redigida em 1982, sob a égide de outra constituição, em época na qual o tema sequer era aventado nas decisões da corte suprema.

É imperioso ressaltar que uma relevante abordagem sobre a mutação no Supremo exige que se atente para as peculiaridades das práxis deliberativa e decisional da corte. Necessário, portanto, que se verifique em que medida ela leva seus precedentes à sério, considerando-os como limites à sua discricionariedade, vez que é por meio da superação de um precedente que a mutação jurisdicional comumente se perfaz.

A análise jurisprudencial qualitativa sugere que o Supremo Tribunal Federal não adota um discurso coerente, sendo que em muitos momentos os ministros se contradizem sobre a própria definição do conceito, além de, aparentemente, utilizar institutos de forma a operar mutações inconstitucionais. Tudo a denotar a operacionalização do conceito como trunfo argumentativo, a fim de justificar decisões ativistas.

Dessa forma, o objetivo geral da presente pesquisa consiste na análise da configuração e dos limites da mutação constitucional pela via jurisprudencial, correlacionando-a com a prática da jurisdição constitucional brasileira, buscando-se parâmetros dogmáticos mais seguros e adequados para a utilização do fenômeno em nível argumentativo, bloqueando-se eventuais mutações inconstitucionais ou impedindo que elas se consolidem no tempo como fatos consumados.

Como objetivos específicos, buscou-se: (i) delimitar, com base na atual dogmática constitucional, os elementos da mutação constitucional pela via jurisprudencial, estabelecendo distinções em relação a conceitos e a institutos semelhantes; (ii) compreender as relações existentes entre as mutações constitucionais pela via jurisprudencial, a postura ativista no exercício da jurisdição constitucional brasileira e a estrutura decisória do STF, o que permitirá entender o contexto em que o fenômeno se insere e identificar suas peculiaridades no Brasil; e (iii) analisar, sob a ótica das especificidades aventadas previamente, a utilização do conceito

¹ *Processos informais de mudança da Constituição*, publicada como livro em 1986, cuja segunda edição foi lançada em 2015.

“mutação constitucional” na jurisprudência do STF, visando aferir a coerência/incoerência no seu uso e a correta identificação do fenômeno. Dividiu-se a análise jurisprudencial em duas etapas, uma descritiva e uma analítica-crítica, a fim de melhor compreender o objeto estudado.

No capítulo 1, pretendeu-se enfrentar o primeiro objetivo específico. De início, é proposta uma incursão sobre os tipos de mudança constitucional (reforma e mutação), relacionando-os com a durabilidade e a estabilidade constitucional. Conclui-se que a estabilidade depende, em certa medida, da dosagem entre mudanças formais e informais. Após, exploram-se as especificidades do papel da jurisdição constitucional no processo de alterações informais, com especial atenção ao seu protagonismo. Em seguida, analisa-se a evolução do tratamento conceitual dado ao fenômeno mutação em duas distintas tradições: a norte-americana e a alemã. Justifica-se a escolha de ambas, pois foi na primeira que as mutações pela via jurisprudencial proliferaram, ao passo que foi na segunda que o conceito ganhou seus contornos dogmáticos. Adiante, procura-se compreender como o conceito foi recebido pela doutrina constitucional brasileira. Com esse arcabouço teórico, propõe-se uma definição de mutação constitucional adequada ao ordenamento jurídico pátrio, seguida de algumas considerações sobre seus limites.

O segundo objetivo específico é objeto do capítulo 2. Consideram-se as especificidades da recente história constitucional brasileira, em que as mudanças informais ingressaram recentemente, de forma brusca, no discurso do Supremo. Em um primeiro momento, trata-se da relação entre ativismo judicial e mutação inconstitucional, fenômenos que se retroalimentam. Apresenta-se um conceito dogmático de ativismo e procura-se detectar suas causas. Dentre estas, presta-se especial atenção à teoria neoconstitucional brasileira. Após, a inclinação do STF a adotar posturas ativistas é reconhecida. Em um segundo momento, aborda-se a relação entre precedente judicial e mutação constitucional, frisando o papel de limite argumentativo exercido pelo primeiro, inclusive em sistemas que integram a *civil law*. Em seguida, têm-se as peculiaridades e as deficiências da estrutura decisória do STF, nas quais não há uso qualitativo de precedentes, há uma dispersão dos fundamentos na argumentação e inexistência de deliberação interna significativa em suas decisões, o que prejudica a identificação e o controle das mutações.

No capítulo 3, iniciou-se a análise jurisprudencial qualitativa (conforme exposto ao tratar da metodologia), a fim de verificar como o STF trabalha com o conceito de mutação constitucional. Construiu-se o espaço amostral composto por decisões interlocutórias e acórdãos que mencionam expressamente o fenômeno. Por se tratarem de decisões complexas,

tornou-se necessária a apresentação expositiva das linhas de entendimento e dos elementos da decisão, referentes àqueles acórdãos em que o fenômeno se configura como um dos fundamentos da decisão, facilitando a análise crítica empreendida no capítulo 4.

Por meio dos elementos teóricos já angariados, analisa-se como o conceito é empregado, se de forma coerente, e se os ministros efetivamente deliberam sobre os elementos conceituais e sobre a superveniência do fenômeno. Após, valendo-se do conceito-parâmetro formulado no capítulo 1, identifica-se se há efetiva mudança informal nos casos em que os ministros fazem referência ao termo. A hipótese formulada no início da pesquisa, conforme já assinalado, é que o uso do conceito se dá, em muitos casos, como trunfo argumentativo a fim de justificar decisões ativistas, operando-se mutações inconstitucionais.

Tratar de um fenômeno informal, em nível dogmático, não é uma empreita simples. Por isso é preciso refinar diversos conceitos, sempre com o auxílio dos principais teóricos do direito constitucional que tratam do tema. A clareza é essencial, sob pena de nos perdermos em divagações confusas que tornariam o fenômeno ainda mais difícil de ser compreendido.

Esta pesquisa não pretende ingressar no debate sobre as teorias hermenêuticas que melhor explicariam o fenômeno. Conforme fica claro no decorrer deste trabalho, há mais de 50 anos, vários teóricos tanto do direito constitucional quanto da teoria geral do direito procuram apresentar limites ao fenômeno, especialmente por meio da hermenêutica constitucional, sendo que divergências há aos montes. O que procura-se fazer aqui é apenas apontar alguns consensos em torno dos contornos do fenômeno, aptos a facilitar sua compreensão e utilização argumentativa pela corte.

Aliás, não se espera que o STF ingresse em pormenores interpretativos, aderindo a teorias hermenêuticas cada vez mais elaboradas, que a cada dia ganham novos aportes teóricos. Ao menos no trato da mutação constitucional, o que se almeja é que a corte reconheça e respeite os contornos já mencionados, de forma coerente, fazendo valer sua função de intérprete da constituição, e não criando a constituição do intérprete, em detrimento da função dos outros Poderes.

ASPECTOS METODOLÓGICOS PRELIMINARES

A abordagem metodológica será essencialmente teórica e dogmática, em suas três dimensões: analítica, normativa e empírica² (SILVA, 2011a, p. 25). Sobrepõe-se a dimensão analítica, pois é a análise de conceitos, por meio de técnicas de ligação e diferenciação,³ que perpassa todo o trabalho. Não se desconsidera, contudo, a dimensão empírica,⁴ especialmente na análise jurisprudencial qualitativa empreendida nos capítulos 3 e 4, e a dimensão normativa, ante a tentativa de apresentar algumas respostas, mesmo que singelas, às eventuais disfunções que forem identificadas no uso argumentativo do fenômeno.

O método a ser empregado será o hipotético-dedutivo (LAKATOS; MACONI, 2007, p. 80-90). Ao se promover uma análise conceitual do fenômeno da mutação constitucional pela via jurisprudencial e dos seus limites, contextualizando-o ante a realidade constitucional brasileira, é possível estabelecer premissas das quais são deduzidas conclusões sobre os problemas levantados. A análise crítica das construções teóricas sobre o fenômeno viabiliza o diálogo entre elas, estabelece contrastes e conclusões, e é essencial para possibilitar a correta compreensão do problema e para a dedução de algumas premissas dogmáticas para a utilização racional do conceito no discurso da jurisdição constitucional brasileira.

No capítulo 1, visando atingir o primeiro objetivo específico, analisa-se o surgimento do conceito na prática judicial norte-americana e na doutrina constitucional alemã, e, após, por meio de distinções, contrastes e correlações, de forma analítica, busca-se uma definição adequada para o fenômeno, estabelecendo-se limites preliminares a sua configuração.

Diante do quadro disfuncional mencionado, do qual se extrai excessivas menções às mutações, supostamente constitucionais, pela via interpretativa no âmbito da nossa jurisdição constitucional, mesmo ante a quantidade de emendas, impõe-se o estudo da estrutura decisória do Supremo Tribunal Federal (STF) e do fenômeno do ativismo judicial (segundo objetivo específico). Novas ligações e diferenciações serão realizadas, considerando comparativamente outros modelos decisórios.

² Sobre os modelos dogmáticos, confira também *Função social da dogmática jurídica* (FERRAZ JR., 2015, p. 122 e ss.).

³ “Ligação é um recurso analítico que se refere ao sentido de resolução da análise, e consiste na aproximação de elementos distintos, estabelecendo entre eles uma solidariedade, valorizando-os positiva ou negativamente [...] Diferenciações, por sua vez, são recursos analíticos que se referem ao sentido de decomposição da análise, consistindo numa ruptura cuja finalidade é desvincular elementos que se manifestam como formando um todo ou, pelo menos, um conjunto solidário” (FERRAZ JR., 2015, p. 124-125).

⁴ Anote-se que a dimensão empírica da pesquisa dogmática não se confunde com a “pesquisa empírica no direito”. A primeira nada mais é do que “a análise do direito vigente, especialmente do direito vigente na visão daqueles que o aplicam – os tribunais” (SILVA, 2011a, p. 26). A segunda, lado outro, encara o direito como um fenômeno social a ser descrito, o que a aproxima do sociologismo jurídico.

No terceiro, inicia-se a análise jurisprudencial quantitativa, buscando-se identificar, de forma descritiva, as linhas de entendimento sobre o fenômeno e os elementos da decisão (FEFERBAUM; PALMA; PINHEIRO, 2012, p. 161-165), no intuito de se aferir (i) se existe um padrão conceitual e decisório e (ii) quais os fundamentos que levam os ministros a concluir que estão diante de mudanças informais (terceiro objetivo específico).

Por fim, no capítulo 4, levando-se em conta as premissas teóricas construídas, serão analisados os resultados da pesquisa jurisprudencial, em atenção à postura ativista e à estrutura decisória do STF. Após, pretende-se aferir se realmente a corte opera mudanças informais, nas hipóteses em que os próprios ministros as reconhecem. Por fim, mesmo que de forma singela, serão apresentadas as conclusões sobre o uso argumentativo e a incidência do fenômeno na jurisprudência da corte (terceiro objetivo específico).

A primeira técnica de pesquisa (Capítulos 1, 2 e 4) a ser utilizada será a revisão bibliográfica. Será empreendida a leitura de obras de eminentes constitucionalistas e teóricos do direito. Ante a necessidade de se estabelecer premissas gerais definidoras e possivelmente limitadoras do fenômeno, o primeiro dá especial relevância à doutrina constitucional estrangeira, principalmente à norte-americana e à alemã, que estudam o fenômeno desde o início do século XX. Já nos capítulos 2 e 4, como o intuito é correlacionar a mutação com a postura ativista e a estrutura decisória do Supremo, atribui-se maior relevância à doutrina constitucional nacional.

Por mais que não seja um trabalho com enfoque no direito comparado, necessário justificar o porquê recorre-se às tradições norte-americana e germânica. Conforme assevera Carlos Bastide Horbach (2015, p. 197-198), pode-se identificar quatro funções inerentes ao direito comparado, quais sejam (i) propiciar ao jurista o conhecimento pleno de sua ciência, (ii) auxiliar o legislador, permitindo-se novas soluções a nível de política legislativa, (iii) fornecer instrumento de interpretação ao direito nacional e (iv) auxiliar na formação jurídica. No caso, reconhece-se que a alteração informal do texto constitucional, contrapondo-se a de natureza formal, é inerente aos sistemas jurídicos que adotam constituições escritas. Trata-se, portanto, de fenômeno comum ao direito constitucional e que é estudado pelos constitucionalistas dos mais diversos sistemas. Essencial aferir, destarte, como o “problema” da mutação é apreendido em outros ordenamentos⁵, sem desconsiderar os limites próprios das técnicas comparativas, atentando-se para as peculiaridades de cada sistema constitucional.

⁵ Jorge Miranda assevera que “é múltipla a razão de ser do trabalho comparativo: 1) Mostrar a proveniência de qualquer instituto nele introduzido, identificando o sistema donde é oriundo, figurando o modo de recepção, enumerando as transformações sofridas na passagem de um sistema a outro, inclusivamente explicando as causas

Nessa senda, reconhece-se que as mudanças informais da Constituição norte-americana, por meio da jurisprudência da Suprema Corte, remetem ao início do Século XIX. Especialmente em razão da natureza normativa, sintética e rígida da Constituição de 1787, somada ao desenvolvimento pioneiro de mecanismos de controle da constitucionalidade das leis, a corte assumiu papel relevante, desde o início do constitucionalismo norte-americano, na resignificação do texto constitucional. O sistema norte-americano de controle dos atos normativos impactou diretamente o direito brasileiro, tendo sido incorporado pela Constituição de 1891 sem as devidas adaptações.⁶ No mais, os autores americanos são precursores na análise descritiva do fenômeno e influenciaram diretamente o desenho da separação funcional de poderes no Brasil.

Em sentido análogo, foram os autores germânicos que emprestaram os primeiros contornos dogmáticos às alterações informais da constituição, adequados ao sistema da *civil law*. Se Laband e Jellinek já se atentaram às peculiaridades do fenômeno no início do século XX, Hesse e Böckenförde delimitaram seus elementos e apresentaram conceitos sofisticados e próprios à dogmática constitucional. Não se desconsidera o papel relevante de autores de outras tradições, porém, reconhece-se que foram os alemães os precursores na análise dogmática do conceito e que influenciaram as primeiras abordagens teóricas no direito brasileiro.

Também será utilizada, como técnica de pesquisa, a análise jurisprudencial qualitativa, conforme já explicitado. Para tanto, empreender-se-á pesquisa de linhas de entendimento e de elementos de decisão, aferindo-se a coerência/incoerência do discurso e a correta identificação do fenômeno, testando-se a hipótese mencionada.

As técnicas de pesquisa jurisprudencial são apresentadas, de forma pormenorizada, no capítulo 3 (tópico “3.1 – Metodologia da análise jurisprudencial”). É importante mencionar, desde já, que foram adotados os critérios institucional e temático. Os julgados a serem analisados são oriundos do STF (institucional) e envolvem o fenômeno “mutação constitucional” (temático). Não se desconsidera a relevância da aplicação de critérios temporais e processuais, todavia estes não são relevantes para os fins propostos na presente

da recepção; 2) Dissipar dúvidas quanto à origem de algum instituto explicando que, apesar de semelhante a um que se encontra noutro país, não pôde ter sido colhido neste, pois que, na realidade, se foi buscar a um terceiro país ou até nasceu no sistema em análise sem influências estranhas; No caso de se tratar de instituto que não se possa dizer ter sido importado de um Direito estrangeiro ou nacional de outra época, assinalar como procedem frente a idênticos problemas de regulamentação diferentes sistemas jurídicos constitucionais” (MIRANDA, 2006, p. 256).

⁶ Por mais que a constitucionalização tenha se operado com a Constituição de 1891, o controle judicial de constitucionalidade foi implementado no Brasil pelo Decreto n° 848 (1890).

pesquisa. Anote-se que é secundário aferir em qual instrumento processual foi reconhecida a mudança informal, ou em qual data ela se operou. Tais critérios não serão utilizados para a composição do recorte e a consequente delimitação da amostra.

Em consulta ao sítio eletrônico do STF,⁷ valendo-se dos critérios a serem explanados no tópico 3.1, localizou-se um universo de 29 acórdãos e 44 decisões interlocutórias. Essa é a amostra a ser objeto da análise jurisprudencial qualitativa. Anote-se que, como o objetivo é compreender como o STF aborda a mutação, é importante que haja a menção expressa a ela. Não se desconsidera, todavia, que alterações informais se perfazem mesmo que a elas não haja menção expressa, pois as referências conceituais nada dizem sobre a configuração dos elementos. Como a identificação destes dependerá, sempre, da análise do caso concreto, reconhece-se que o estudo de todas as hipóteses de mutação na jurisprudência da corte se torna inviável. Justifica-se, assim, a escolha metodológica em analisar apenas os julgados que fazem menção literal ao fenômeno.

Passa-se, assim, à empreita proposta.

⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

1 MUDANÇAS INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO

1.1 MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS: DOSAGEM E ESTABILIDADE

A Constituição é a ordem jurídica fundamental da comunidade, sendo a sua função primordial estabelecer os princípios diretores aptos a produzir a unidade política e a assunção de tarefas por parte do Estado. Tal conceito, veiculado por Konrad Hesse (2013, p. 86), implica no reconhecimento de forças estabilizadoras e racionalizadoras, inerentes a qualquer ordem que se pretende permanente.

Tais pretensões da Constituição política remontam à Antiguidade Clássica. A principal contribuição do constitucionalismo liberal, em sua luta para limitar o poder dos monarcas, é a formalização desses princípios diretores, organizativos e limitadores, em um documento escrito,⁸ influenciado pelas distintas vertentes teóricas do contratualismo social. A Constituição escrita potencializa as mencionadas forças estabilizadoras e racionalizadoras, o que acarreta maior segurança e previsibilidade à interação das forças políticas e à relação entre Estado e sociedade civil.

No decorrer dos séculos XIX e XX, universalizou-se a utilização das Constituições escritas como forma de organizar o poder político, seja em razão dos já citados benefícios, seja em razão da ideologia que perpassa o constitucionalismo liberal, pela qual o documento escrito empresta legitimidade ao poder político.

Sem desconsiderar a compreensão do documento escrito como lei, em especial no âmbito do constitucionalismo norte-americano, em um primeiro momento, foi a supremacia material o atributo comum às Constituições liberais. Seriam estas as leis fundamentais que organizam e limitam o poder político, por meio (i) da diferenciação entre as diversas tarefas do Estado e sua atribuição a diferentes órgãos, (ii) da cooperação entre os diversos detentores do poder, (iii) de mecanismos que evitam bloqueios no exercício do poder entre os diferentes detentores, (iv) de métodos para a adaptação da ordem fundamental e (v) da previsão de direitos e liberdades individuais resguardados perante os detentores do poder. Constituem esses elementos o núcleo da Constituição material (LOEWENSTEIN, 1976, p. 153).

Os atributos da Constituição escrita perdem eficácia caso se considere o documento como não vinculante. Necessário atribuir-lhe, portanto, a natureza de lei, considerando-a fonte

⁸ Foi no decorrer da Revolução Puritana que, pela primeira vez, exigiu-se um documento escrito e unificado que previsse as normas fundamentais do Estado. Conforme ensina Karl Loewenstein (1976, p. 158), a exigência se deu como protesto à pretensão do Parlamento largo de exercer a autoridade de forma concentrada e absoluta, sendo que tal exigência tinha um fundamento espiritual, qual seja a representação bíblica do “pacto solene”.

do direito que efetivamente vincula as forças políticas. Foi nesse contexto que afluíram, no decorrer dos debates da Convenção da Filadélfia, as discussões sobre a substituição e a mudança da Constituição escrita e sobre a vinculação das gerações futuras ao texto que estava sendo criado.

Thomas Jefferson propôs uma data de expiração para o documento constitucional, quando outra convenção deveria ser convocada para uma nova deliberação, realizando-se um balanço do período anterior. Aduzia que os mortos não devem governar os vivos, sendo inviável a vinculação das gerações futuras por meio de decisões da geração presente (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 12). Percebe-se, assim, a pouca importância que se atribuía à longevidade constitucional.

Lado outro, em razão do difícil processo de deliberação necessário para a formulação do consenso que viabiliza a criação de uma Constituição escrita, James Madison (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001, p. 108) entendia que a longevidade era uma característica a ser alcançada, vez que a permanência da ordem constitucional materializada por meio de um documento engendra maior estabilidade das forças políticas no decorrer do tempo e potencializa o hábito de obediência à lei.

A história demonstrou que há Constituições escritas que, ante suas virtudes, devem durar, ao passo que outras, por conta de patentes defeitos de origem, ou em razão de mudanças drásticas no substrato social, devem sucumbir, sob pena de agravar ainda mais os distúrbios da ordem política e social. Conforme apontam Z. Elkins, T. Ginsburg e J. Melton (2009, p. 33, tradução nossa):

O grande debate Jefferson-Madison, apesar de seu apelo retórico, deixa a impressão de que os méritos da longevidade podem ser julgados incondicionalmente. Mesmo os Jeffersonianos, todavia, concordariam que algumas constituições merecem uma vida mais longa, ao passo que os Madisonianos reconheceriam que algumas constituições devem ser abolidas no nascimento.⁹

Se a longevidade de uma Constituição não é um fim em si mesmo, a adoção de um documento formal, cuja função é exatamente promover a estabilização e a racionalização da ordem política e social, demanda tempo razoável para que tais atributos surtam efeito. No mais, o desenvolvimento das forças políticas em um ambiente que goza de perene segurança

⁹ No original: “*The grand Jefferson-Madison debate, however rhetorically appealing, leaves the impression that the merits of longevity can be judged unconditionally. Even Jeffersonians, however, would agree that some constitutions deserve a longer lease on life, whereas Madisonians would recognize that some constitutions should be euthanized*”.

jurídica assegura maior previsibilidade tanto aos atores políticos como aos agentes econômicos. Se não é um fim em si mesmo, a longevidade é, como regra, algo desejável.¹⁰

Sabe-se que a proposta de Jefferson não foi adotada.¹¹ Porém, seu alerta sobre a vinculação das gerações futuras se confirmou no plano da realidade. Não apenas os mortos não devem governar os vivos como, efetivamente, nunca o farão. Isso porque as Constituições escritas que se propõem a serem eternas e imutáveis estão fadadas ao abandono/rompimento. A ordem fundamental material não pode ser prevista por completo em um documento escrito, além de que, se não houver razoável correspondência entre o texto e a realidade fática, tal documento perde sua função ordenadora.

Note-se que há duas perspectivas pela qual a Constituição pode ser considerada. A perspectiva material atende ao seu objeto, conteúdo e função, ao passo que a perspectiva formal atende à sua forma e à relação que as normas veiculadas na Constituição escrita se relacionam com normas infraconstitucionais. Assim, a Constituição em sentido material consiste no estatuto jurídico do Estado e da política, consubstanciando a ordem fundamental organizativa do poder político. Já a Constituição em sentido formal é o complexo de normas formalmente qualificadas como constitucionais e que, por isso, gozam de superioridade formal perante as outras normas jurídicas (MIRANDA, 2005, p. 202).

Nesse sentido, admite-se a existência de um direito constitucional não escrito, que impacta na Constituição escrita, completando-a e aperfeiçoando-a. Tal direito não deve surgir e manter-se desvinculado da segunda, sob pena de comprometer a sua função. Se em sentido material a Constituição equivale à ordem constitucional, composta por todos os elementos que organizam e limitam o poder político, o documento escrito constitui o elemento primordial dessa ordem. Pode-se falar, portanto, em verdadeira primazia da Constituição escrita.

Se a previsão de toda ordem material do Estado em um documento escrito é impossível, cabe à Constituição escrita fixar seus fundamentos, sem pretensão de completude. Como busca regular a ordem política, ela deve restar incompleta e inacabada. Caso contrário, seria esvaziada sua função reguladora, o que comprometeria sua própria existência. Deve haver espaço, portanto, para a atuação das forças políticas.

¹⁰ O impacto positivo da longevidade seria ainda maior em jovens democracias ao permitir que as novas instituições se tornem estáveis e se aperfeiçoem nos marcos da Constituição escrita (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 35).

¹¹ Em *Endurance of National Constitutions* (2009), Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton procuram analisar as causas que levam as Constituições escritas a sucumbir. Com base em todos os dados coletados, referentes a mais de duzentos Estados, apresentam arranjos constitucionais que contribuem para a maior durabilidade. Nesse estudo, apontam que a média de vida das Constituições é de dezenove anos, número este que, por coincidência, corresponde ao lapso sugerido por Thomas Jefferson como razoável para a revisão do compromisso constitucional.

A transformação da Constituição no decorrer do tempo é algo inerente à sua natureza e contribui para a longevidade e a estabilidade. É perceptível que a durabilidade não necessariamente conduz à estabilidade.¹² Esta pressupõe a capacidade de permanência e “não é o oposto de mudança, mas a pressupõe, enquanto abertura atualizadora para superação das contingências políticas, conquanto preserve as características principais” (DUARTE NETO, 2010, p. 75). Mudar significa adaptar-se às condições fáticas da sua vigência, sem prejudicar sua força normativa. Nesse sentido, para que a Constituição escrita possa cumprir seu objetivo, conforme ensina Konrad Hesse (2013, p. 94):

São necessários ambos caracteres: os de abertura e de amplitude, porque só eles permitem responder à mudança histórica, assim como à diversidade das situações existenciais; as disposições vinculantes porque sua virtude estabilizadora possibilita essa relativa constância que preserva a vida da Comunidade de dissolução numa mudança contínua, incontida e incontrolável.

Esses caracteres são moldados quando da manifestação do Poder Constituinte formal, momento em que, nos Estados liberais e democráticos, firma-se o compromisso inicial, em correspondência ao equilíbrio das forças sociais e por meio da mútua e equilibrada acomodação dos interesses políticos. São os primeiros que influirão nas modificações formais e informais da Constituição, pelas quais ela evolui e se aperfeiçoa. Como bem apontado por K. Loewenstein (1976, p. 164), a Constituição é um organismo vivo que se transforma no decorrer do tempo, pautando-se pela dinâmica da realidade, sendo que nunca será idêntica a si mesma.

Há duas formas pelas quais a Constituição se transforma, quais sejam a reforma constitucional e a mutação constitucional.¹³ A primeira consiste na alteração formal da Constituição, modificando-se o texto constitucional de forma voluntária.¹⁴ A segunda, por outro lado, apresenta-se como o processo de mudança da Constituição sem alteração do texto, independente da consciência ou da intencionalidade, adaptando-a à realidade subjacente.¹⁵

¹² Adota-se o conceito jurídico de estabilidade formulado por José Duarte Neto (2010, p. 78), pelo qual concebe-se a estabilidade como “a qualidade das normas de uma Constituição, que conta com aptidão de durabilidade e permanência”, sendo imprescindível reconhecê-la como qualidade de fundo, por implicar uma ideia de direito a ser adotada.

¹³ Os termos “mutação constitucional”, “alteração informal” e “mudança informal da Constituição” designam o mesmo fenômeno e serão utilizados como sinônimos.

¹⁴ Este é o conceito de reforma constitucional em sentido formal, que denota contraposição frente à mudança informal. Anote-se, contudo, que a reforma também pode ser apreendida em seu sentido material, consistindo no resultado do procedimento de alteração da constituição formal na ordem constitucional (LOEWENSTEIN, 1976, p. 165).

¹⁵ Adota-se, em um primeiro momento, o conceito amplo de mutação constitucional formulado por Georg Jellinek em sua obra *Reforma y Mutación de la Constitución* (1991). O conceito será melhor delineado no

A reforma constitucional se opera, na quase totalidade dos Estados,¹⁶ por meio de um procedimento mais solene que aquele exigido para a alteração de outras leis, o que denota também a supremacia formal das normas inseridas no texto constitucional. As Constituições rígidas têm como um de seus escopos alcançar a estabilidade jurídica ao resguardar a ordem constitucional ante as maiorias contingenciais. Nota-se que a estabilidade não é uma exclusividade das Constituições rígidas, mas reconhece-se serem estas um instrumento para sua consecução (DUARTE NETO, 2010, p. 81).

Já as fontes que originam as mutações constitucionais são diversas. Como a evolução do conceito de mutação no decorrer da história impacta diretamente na identificação das suas fontes, a melhor constatação dos fenômenos qualificados como alterações informais será realizada nos tópicos seguintes. Exsurge, no entanto, a necessidade de ao menos pontuar quais seriam as fontes que, hodiernamente, empreendem as mudanças informais.

Nessa empreita, a classificação proposta por Michele Carducci (2009, p. 202) esboça, de forma coerente, as mudanças informais observadas na atualidade. O constitucionalista italiano assevera que as mutações têm como origem (i) fontes fáticas de formação espontânea, (ii) fontes-ato e (iii) fontes jurisprudenciais.

As primeiras consistem em fatos, ou seja, contrapondo-se aos atos, conforme se extrai da Teoria Geral do Direito, elas se dão de forma espontânea e involuntária. Implicam, em regra, em práticas reiteradas que se consolidam no decorrer do tempo. Como exemplo, cite-se os costumes e as convenções constitucionais, o desuso dos poderes políticos,¹⁷ as omissões constitucionais, dentre outras.

As segundas são manifestações de vontade dos Poderes constituídos que acabam por infirmar o sentido das normas constitucionais, sem que haja qualquer oposição ou sanção. Essa origem predominava em ordenamentos jurídicos nos quais inexistia controle de constitucionalidade dos atos normativos, principal sanção em face da desconformidade da legislação infraconstitucional perante o texto constitucional. Contudo, mesmo na atualidade é possível que tal contraposição se dê e opere mutações, contanto que os Poderes do Estado, especialmente o responsável pela jurisdição constitucional, mantenham-se inertes. Como exemplo, mencione-se as normas emanadas pela União Europeia que se contrapõem aos

decorrer do tópico “1.4 – Mudanças informais na tradição germânica”, ao apresentar sua evolução até a formulação de um conceito estrito.

¹⁶ O universo das Constituições flexíveis, no presente, limita-se às Constituições inglesa, neozelandesa e israelense (DUARTE NETO, 2010, p. 62).

¹⁷ Sobre o desuso dos poderes políticos, confira *The atrophy of constitutional power* (2007), de Adrian Vermeule.

textos constitucionais nacionais e que se sedimentam em razão da não aplicação da sanção pelos órgãos de controle.

Por fim, as terceiras consistem nas decisões das cortes constitucionais ou dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário que, por meio da interpretação, inovam na ordem constitucional ao criar ou revelar novas normas, valendo-se para tanto, em regra, da função de controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Compreender de forma adequada as mudanças da Constituição requer não apenas a identificação dos mecanismos pelos quais elas operam, mas também a captação de como eles interagem, como se molda a relação entre reforma constitucional e mutação constitucional. Antes de ingressar no debate sobre a interação, entretanto, indaga-se: o mecanismo de mudança influi na consecução da maior permanência e estabilidade da ordem constitucional?

A clareza e a transparência são qualidades desejáveis em qualquer ordem constitucional, pois asseguram maior previsibilidade e segurança. Nesse sentido, seriam as mudanças formais desejáveis em face das informais exatamente por permitir (i) a direta assimilação por parte da sociedade, (ii) a identificação dos atores e interesses envolvidos e (iii) o maior controle por parte de outros Poderes. A mutação constitucional, lado outro, em razão de sua natureza, tende a escapar de qualquer controle formal (DAWN; FUSARO, 2011, *e-book*).

Anote-se, contudo, que a frequência das reformas constitucionais pode causar um efeito deletério na regulação da ordem material, comprometendo, inclusive, a estabilidade normativa e material que se busca alcançar. Se os mortos não devem governar os vivos, é imperioso que a Constituição formal não seja alterada em razão de qualquer vicissitude (DUARTE NETO, 2010, p. 233). No mais, cada nova deliberação sobre o compromisso constitucional gera custos políticos e impacta diretamente na compreensão que o povo guarda do governo e do documento constitucional (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001 p. 262-263). Os efeitos perniciosos da mudança legislativa foram reconhecidos já na Antiguidade Clássica, conforme aponta Aristóteles em *A Política* (2009, p. 62):

É, pois, evidente que há certas leis a mudar, em épocas determinadas. Todavia, se considerarmos esta questão sob outro aspecto, ela parece exigir prudência. Porque quando a melhoria é de pouco vulto, e sendo perigoso habituar cidadãos a mudar facilmente de leis, é claro que vale mais deixar subsistirem alguns erros dos legisladores e dos magistrados [...] A lei só tem força para se fazer obedecer no hábito, e o hábito só se forma com o tempo e os anos. Assim, mudar com facilidade as leis existentes por outras novas é enfraquecer a sua própria força.

As mudanças constitucionais pela via formal apresentam vantagens, conforme supramencionado, porém seu uso excessivo pode gerar insegurança jurídica, além de que as mudanças informais, por não dependerem de um ato voluntário, simplesmente ocorrem à medida que a realidade que se busca normar se altera. Todavia, como afirma K. Loewenstein (1976, p. 174-175), é razoável que a reforma constitucional seja reservada para casos excepcionais, sendo que cabe ao Poder Constituinte formal elaborar normas que permitam a efetiva adaptação à realidade, contanto que não haja afronta à normatividade da Constituição.¹⁸ Como dosar as mudanças formais e informais?

A experiência demonstra que as mutações constitucionais ocorrem nos espaços deixados pela mudança formal. Se, a despeito da necessidade de mudança para adaptação à realidade, não se atinge a maioria qualificada exigida pela Constituição para se aprovar uma Emenda Constitucional (EC), a mudança acaba ocorrendo pela via informal. Quanto mais rígido for o procedimento de reforma, maior espaço haverá para alterações informais. Afirma-se, nessa perspectiva, que a relação entre as mudanças formais e informais será inversamente proporcional. Quanto menos emendas forem inseridas no texto constitucional, maior será a incidência da mutação (SEGADO, 2016, p. 116).

Não há como não reconhecer a veracidade desta afirmação ao contemplar a história constitucional norte-americana. Em um sistema altamente rígido, no qual se exige maioria qualificada de dois terços do Congresso e a ratificação de três quartos dos Estados-membros, conforme se extrai do art. 5º do texto constitucional de 1787, foram as alterações informais que moldaram a ordem constitucional norte-americana. Dessa forma, já no início do século XX, a doutrina passou a identificar a ordem constitucional com o termo “*living constitution*”, pois a Constituição não se limitaria ao texto constitucional.

Ante toda a evolução do sistema norte-americano e ponderando que o texto constitucional fora reformado apenas 27 vezes, Bruce Ackerman (2007, p. 1750, tradução nossa) aduz que “todo americano reconhece intuitivamente que as emendas modernas contam uma pequenínssima parte da grande história constitucional do século vinte – e por isso devemos olhar para outro lugar para compreender o restante”.¹⁹

Esta pesquisa parte de um pressuposto: a dosagem entre as mudanças formais e as informais dependerá de uma série de arranjos institucionais e da história e da realidade

¹⁸ A correlação entre texto constitucional, força normativa e mutação constitucional será analisada no tópico “1.6 – Definição de mutação constitucional e seus limites”.

¹⁹ No original: “*Every American intuitively recognizes that the modern amendments tell a very, very small part of the big constitutional story of the twentieth century – and that we have to look elsewhere to understand the rest*”.

constitucional de cada Estado, e não apenas do nível de rigidez do texto constitucional. Conforme supramencionado, esse é um fator que molda a interação, porém não é o único. Apontar como deve se dar essa correlação, visando à consecução da estabilidade, sem se atentar a tais elementos, é perder-se em abstrações, tomando como norte um Estado ideal e não situado, sem peculiaridades políticas e vida histórica.

Se cabe ao direito constitucional propor modelos normativos e novos arranjos institucionais, deve ser considerada a história constitucional de cada Estado. No mesmo sentido, compreender como o conceito de mutação constitucional é operado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) engendra a necessária apreensão da correlação como algo inerente à história constitucional brasileira e aos arranjos já aventados pelo Poder Constituinte formal.

Nessa esteira, a elaboração de modelos descritivos e comparativos é um passo inicial para apreender como a correlação se opera, em concreto, em distintos Estados. Na obra *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective in Europe, Canada and the USA* (2013), diversos autores descrevem os pormenores dessa relação em seus respectivos países. Ao final, partindo-se da comparação entre dezoito Estados, Xenophon Contiades e Alkmené Fotiadou (2013, *e-book*) apresentam cinco distintos modelos relacionais entre reforma e mutação: (i) modelo elástico, (ii) modelo evolutivo, (iii) modelo pragmático, (iv) modelo restritivo e (v) modelo democrático-direto.

O modelo elástico caracteriza-se pela presença de uma Constituição flexível, sendo que a alteração de seu texto, ou das leis constitucionais, não encontra grandes obstáculos. Em regra, não existem limites para a reforma, nem mesmo cláusulas imutáveis. Em consequência, o Poder Legislativo desponta como principal autor das mudanças constitucionais. O ordenamento jurídico do Reino Unido é o exemplo clássico de modelo elástico, inclusive pela inexistência de um documento unificado qualificado como Constituição escrita, nada obstante a existência de leis constitucionais. As mudanças da ordem constitucional se dão predominantemente pela atuação do Parlamento e por convenções e costumes constitucionais (CONTIADES; FOTIADOU, 2013, *e-book*).

O modelo evolutivo combina uma intensa rigidez, dificultando as reformas constitucionais, com a proliferação de mutações operadas especialmente pela via jurisprudencial, o que demanda a existência de um Judiciário forte e atuante. Os juízes constitucionais assumem o papel de protagonistas das mudanças, atuando pela via informal, e pertence a eles a última palavra sobre qual o conteúdo da Constituição. Trata-se do modelo que vigora nos Estados Unidos da América, onde a relevância da Suprema Corte como

propulsora de mudanças informais remete ao início do século XIX (CONTIADES; FOTIADOU, 2013, *e-book*).

Já o modelo pragmático admite que as mudanças se perfaçam continuamente, adotando-se um nível de rigidez menos intenso, o que favorece o predomínio das reformas constitucionais. Com isso, a adaptação e a eficiência da Constituição escrita são potencializadas, pois permitem que ela seja utilizada como instrumento de governo e evitam rupturas bruscas. O Poder Legislativo, responsável pelo exercício do poder de revisão, acaba predominando, porém não se dispensa a presença de um Judiciário atuante, exercendo verdadeiro contraponto ao poder do Parlamento, mas sem a necessidade de assumir o protagonismo nas inovações constitucionais como forma de substituir as mudanças formais. Nessa lógica, as mudanças informais tornam-se menos constantes. Como exemplos, inserem-se neste modelo a Alemanha e o Brasil, conforme será explorado no capítulo 2 deste trabalho (CONTIADES; FOTIADOU, 2013, *e-book*).

Por outro lado, em oposição ao modelo pragmático, o modelo restritivo caracteriza-se pela complexidade do sistema de reforma, especialmente em decorrência de o sistema de freios e contrapesos ser marcado pela desconfiança entre os atores políticos. A dificuldade em se realizar emendas emana não apenas da rigidez, mas também da latente polaridade no sistema político. O Poder Judiciário produz mudanças informais, mas não como no modelo evolutivo. O Poder Legislativo promulga leis infraconstitucionais com o objetivo de conformar os dispositivos constitucionais, impondo, em muitos casos, uma interpretação autêntica, dividindo com aquele o protagonismo nas mutações. Mencionem-se, como exemplo, os sistemas constitucionais grego e espanhol (CONTIADES; FOTIADOU, 2013, *e-book*).

Por fim, no modelo democrático direto, é o povo quem tem a última palavra sobre a mudança constitucional. Para que ela se perfaça, exige-se a participação do titular do Poder Constituinte, por meio de *referendum*, não sendo esse, destarte, opcional, como em outros sistemas constitucionais. Em regra, tais modificações não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, e o sistema representativo, incluindo os partidos políticos, em consequência, perdem espaço. O protagonismo das mudanças, especialmente de natureza formal, não se encontra mais nos Poderes constituídos. O sistema constitucional suíço é o principal representante desse modelo (CONTIADES; FOTIADOU, 2013, *e-book*).

A classificação tem a única pretensão de permitir a melhor análise da interação entre os mecanismos, especialmente das causas que levaram à atual classificação. Por óbvio, como é inerente a classificações descritivas, há sistemas constitucionais que transitam entre modelos

distintos no decorrer da história e há aqueles que, ante características peculiares, não podem ser inseridos, sem restrições, em qualquer dos modelos.

Dessume-se que a rigidez do texto constitucional não é o único elemento a influir na proliferação de reformas ou de mutações. Entre outros fatores, há aqueles de natureza inerente ao texto (decorrentes do *design* constitucional) e aqueles que lhe são externos. Inclui-se, dentre os primeiros, a amplitude dos temas tratados na Constituição, a especificidade desse tratamento e a disposição da participação dos atores políticos. Dentre os segundos, pode-se citar a relação cooperativa entre os Poderes, a forma como o povo percebe a Constituição (sentimento constitucional), etc.

Assim, assimilar a correlação entre reforma e mutação, em nosso ordenamento, demanda a identificação de suas particularidades. Conforme já mencionado, dentre os modelos propostos, o denominado pragmático é o que melhor descreve nosso sistema constitucional. Nossa Constituição formal não possui alto grau de rigidez, sendo que a Emenda Constitucional (EC), na fase deliberativa, necessita ser aprovada, em dois turnos e em ambas as casas do Congresso Nacional, por três quintos de seus membros, conforme se extrai do art. 60, § 2º, da Constituição Federal (CF). Esta é a conclusão, inclusive, da doutrina estrangeira:

Se os métodos de assegurar a mudança formal são dificultados (como nos Estados Unidos, onde a ratificação por três quartos dos legisladores estaduais apresenta um alto obstáculo), haverá pressão pra que a adaptação da Constituição se dê por meio da reinterpretação judicial [...] Se, ao contrário, as mudanças formais são relativamente simples, como no Brasil, onde o legislador não tem que passar as emendas pela aprovação dos estados-membros, haverá menos necessidade do Poder Judiciário ou de outras instituições reinterpretar a Constituição²⁰ (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 72, tradução nossa).

A constitucionalização do direito²¹ é um fenômeno mundial, que se intensificou, em um primeiro momento, com o constitucionalismo social e, após, com a universalização do voto e com o aperfeiçoamento do sistema democrático. No Brasil, contudo, a constitucionalização ocorreu de forma ainda mais brusca. Por a Constituição de 1988 tratar-se de um documento que buscou unir o país após o processo de redemocratização, diversos

²⁰ No original: “*If the methods of securing formal amendment are difficult (as in the United States, where ratification by three-fourths of the state legislature presents a high hurdle), there will be pressure to adapt the constitution through judicial or the reinterpretation [...] If, on the other hand, formal constitutional amendment is relatively simple, as in contemporary Brazil, where the legislature does not have to pass its amendments to the subnational units for approval, there may be less need for judicial or other institutional reinterpretations of the constitution*”.

²¹ Em razão da polissemia do termo, no contexto em que é utilizado, refere-se apenas à maior amplitude temática dos textos constitucionais.

grupos de interesses se fizeram ouvir no decorrer da constituinte. Soma-se a isso a necessidade de coordenar os interesses conflitantes, o que engendrou um texto longo e, por diversas vezes, contraditório.

Outra marca característica da CF é a especificidade com a qual aborda diversos temas. Há um nível de detalhamento que acaba por vincular o legislador e, em alguns momentos, dificultar o proceder da política ordinária. Por conseguinte, há sucessivas demandas por reformas constitucionais para que metas e programas de governo que, ordinariamente exigiriam apenas alterações legislativas, possam ser implementados. Sintetizando a relação entre a participação plural, a especificidade e a amplitude na elaboração da CF de 1988, Z. Elkins, T. Ginsburg e J. Melton, comparando-a com outros textos constitucionais, ressaltam que:

É provável que o processo de inclusão no projeto constitucional irá aumentar a pressão pela especificidade. O processo brasileiro, ridicularizado por muitos comentaristas, destacou mais de 500 legisladores, com elaboração completa de direitos e um extenso processo de comentários públicos. Isso gerou uma Constituição enormemente detalhada, com muitas disposições que parecem direcionadas a grupos de interesses específicos. Isso ampliou o escopo dos temas e a quantidade de detalhes, os quais teria sido melhor deixar ao processo político ordinário²² (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 88, tradução nossa).

A CF de 1988, destarte, reflete um compromisso que pode ser alterado, sem grandes problemas, a partir de novas rodadas de negociações entre os atores políticos, podendo ser emendada com certa facilidade. Ademais, referido compromisso possui conteúdo amplo, trata as matérias de forma específica e é fruto de ampla coalização política, derivado da participação de diversos segmentos do governo e da sociedade civil em sua formulação. Insere-se, isto posto, no modelo pragmático.

Se a CF de 1988 apresenta traços de pragmatismo, podendo ser facilmente alterada, isso não significa que a proliferação de emendas seja algo desejável, pois há o risco delas não mais contribuírem para o aperfeiçoamento e a adaptação da ordem constitucional, passando a gerar instabilidade normativa, mesmo que se preserve a opção política original de fundo (DUARTE NETO, 2010, p. 297-298). Conforme leciona José Duarte Neto (2010, p. 307):

²² No original: “It seems likely that inclusive processes of constitutional design will increase pressure for specificity. The Brazilian process, so derided by many commentators, featured more than 500 legislators with full drafting rights and an extensive process of public comment. It generated an enormously detail constitution, with many provisions that seemed oriented toward specific interests groups. It had broad scope in terms of topics and much detail that one might think was better left to the ordinary political processes”.

O problema, ora colocado, é saber quais são as consequências da instabilidade já demonstrada. Existe uma consequência nociva na persistência das reformas? As reformas constantes afetam a funcionalidade da Constituição? O pressuposto para a resposta a estas questões é a lembrança que nas Constituições Rígidas as reformas formais são a exceção, não a regra. Logo, mudanças frequentes, ainda que não comprometam o seu núcleo central, nunca podem ser interpretadas como aparência de uma natural funcionalidade.

Nesse contexto, a mutação constitucional, ao menos em tese, perderia espaço, até porque é o Poder Legislativo que assume o protagonismo das mudanças constitucionais, por meio das emendas. Não parece ser essa, todavia, a realidade da ordem constitucional brasileira. Se por um lado a Constituição formal foi emendada diversas vezes, denotando o pragmatismo do diploma constitucional, por outro, as mutações se proliferaram, especialmente após o início do século XXI, ao menos no discurso do STF.

Delineada a interação entre reformas e mutações, e antes de analisar a evolução do conceito de mutação e seus possíveis limites, há que se atentar para o papel que os atores políticos desempenham diante do fenômeno, com especial atenção às mutações empreendidas pelo Poder Judiciário. As mudanças informais pela via jurisprudencial se intensificaram em diversos ordenamentos, tornando-se preponderantes ante outras fontes após a consagração da supremacia formal da Constituição e a universalização do controle judicial dos atos normativos. Os fatores propulsores do protagonismo do STF como autor das mutações serão objeto do capítulo 2 deste trabalho, o que permitirá a melhor percepção do resultado obtido por meio da análise jurisprudencial qualitativa, empreendida nos capítulos 3 e 4 desta pesquisa.

1.2 MUDANÇAS INFORMAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

As mudanças informais empreendidas pelo Poder Judiciário, no direito comparado, remontam ao início do século XIX. Já no caso *McCulloch v. Maryland* (1819), a Suprema Corte norte-americana, pautando-se por verdadeiro construtivismo constitucional, firmou a teoria dos poderes implícitos. Formulou-se, então, o termo *living constitution* como referência ao texto constitucional e às modificações informais, especialmente pela atuação do Poder Judiciário (BLANCO DE MORAIS, 2013, p. 61).

No decorrer do século XIX, era nos Estados Unidos que se multiplicavam mutações constitucionais pela via jurisprudencial, o que pode ser explicado por dois motivos. Primeiro, o controle de constitucionalidade dos atos normativos é uma marca do constitucionalismo norte-americano, sendo a interpretação do texto constitucional o veículo pelo qual, ao exercer

esse controle, a Suprema Corte opera as mudanças informais. Segundo, no direito anglo-saxônico misturam-se costumes e interpretações, ao se decidirem casos concretos, o que é inerente à *common law*. O direito jurisprudencial, moldado pela *stare decisis*, preponderava sobre o direito legislado (*statute law*).

Anote-se que nos países europeus inexistia, em regra, um sistema de controle dos atos normativos, e vigorava a ideia de supremacia da lei, que significava, em última instância, a derrocada das instituições e das tradições do Antigo Regime, concepção moldada pelo positivismo legalista, que reduzia o direito à lei (LISBOA, 2014, p. 69). Observe-se, assim, que as principais mudanças informais da Constituição do Império Alemão, reconhecidas por Paul Laband (1900) e por Georg Jellinek (1991) em suas obras, remetem ao papel da legislação ordinária e dos costumes, atribuindo pouca relevância às decisões judiciais. Jellinek, em específico, mencionava inclusive o papel da interpretação autêntica, pela qual o legislador seria o principal intérprete da Constituição e, em consequência, autor das mudanças constitucionais.

Já na década de 1920, foi Hsu Dau-Lin (1998, p. 31 e ss.) que, ao propor a classificação das mudanças constitucionais, influenciado pela concepção dinâmica da relação entre norma e realidade, reconheceu a importância do papel do Poder Judiciário como propulsor de mudanças constitucionais. Ao fazê-lo, contudo, mencionou o sistema constitucional norte-americano, pelo qual cabe à Suprema Corte apontar qual seria a interpretação correta da Constituição.

O papel do Poder Judiciário se alterou no decorrer do século XX em razão de diversos fatores: (i) a universalização do controle de constitucionalidade, (ii) o reconhecimento da força normativa da Constituição, (iii) a constitucionalização dos direitos e (iv) a judicialização da política.

A superveniência das Constituições rígidas, que implicava na necessária supremacia formal do documento constitucional, assim como o advento do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, que se estendeu, com adaptações, por diversos países europeus, atribuíram às Cortes Constitucionais ou ao Poder Judiciário a última palavra sobre a constitucionalidade das leis.

A ideia de força normativa da Constituição demanda o reconhecimento de que, se a norma constitucional não tem existência autônoma em face do mundo do ser, ela tem como escopo imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Nesse sentido, nas palavras de Konrad Hesse (2013, p. 130):

A Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.

Por mais que na aplicação das normas não se deva desconsiderar o plano fático, este não se impõe a elas, pois seu escopo é exatamente ordenar a realidade. Nesse sentido, cabe aos Poderes do Estado, e, onde vigora o sistema de controle de constitucionalidade, ao Poder Judiciário ou à Corte Constitucional, interpretar a Constituição e apontar se houve violação ao conteúdo das normas constitucionais. Nessa empreita, atendendo ao plano da realidade, novos conteúdos costumeiramente são atribuídos aos enunciados normativos.

Já o fenômeno da constitucionalização do direito refere-se à inserção de matérias, nos textos constitucionais, que comumente seriam disciplinadas pela legislação ordinária. O conteúdo da Constituição formal, que se limitava a prever enunciados normativos sobre a organização do poder político e direitos fundamentais, passa a disciplinar compromissos que, conforme já mencionado, agregam os interesses mais diversos. Constitucionalizaram-se normas referentes ao sistema tributário nacional, à organização dos partidos políticos, à ordem econômica etc. Nessa senda, infere-se que, à medida que a Constituição se expande, diminui o poder de conformação e de mobilidade do legislador ordinário. É compreensível, neste cenário, a proeminência do Poder Judiciário, pois, como na maioria dos sistemas constitucionais é ele o principal intérprete do texto constitucional, passa a ditar qual o significado da Constituição em matérias que, em momento anterior, eram disciplinadas pelo Poder Legislativo.

Essa evolução, portanto, engendrou a expansão global do Poder Judiciário, que passou a se envolver com questões políticas comumente afetas aos demais Poderes, especialmente na tradição romano-germânica.²³ Exsurge, assim, a maior participação da Jurisdição Constitucional nas mudanças informais da Constituição.

É possível falar, entretantes, em seu protagonismo? Ao identificar a dinâmica das mutações, em um dado momento histórico, necessário prestar a devida atenção ao papel desempenhado pelo protagonista do fenômeno. Este seria aquele que, em última instância, tem o poder de dizer se estamos diante ou não de uma alteração informal da constituição. Nesse sentido, X. Contiades e A. Fotiadou lembram que (2013, *e-book*, tradução nossa):

Momentos de mudança são momentos onde os principais atores que têm o poder de alterar a constituição são revelados, revelando também quem é o

²³ Os fatores que contribuíram para essa expansão serão explorados no tópico “2.1 – Ativismo judicial e mudanças informais da Constituição”.

autor que toma a liderança e tem a última palavra. Subjacente ao “como” e ao “quando” está o “quem”. A metáfora da existência de momentos constitucionais, amplamente aceita por constitucionalistas, envolve o povo como controlador das mudanças constitucionais. No entanto, momentos constitucionais podem ser momentos nos quais o autor revelado como controlador não é o povo.²⁴

Aliás, identificar quem decide em um determinado sistema político diz muito sobre ele. Em uma democracia, presume-se que tal decisão deve pertencer ao povo. Todavia, sabe-se que essa não é a realidade das democracias constitucionais modernas. Se todo poder emana do povo, incluindo o Poder Constituinte, vê-se, na prática, que haverá sempre a predominância de um dos Poderes constituídos em seu exercício. Por mais que a fonte de legitimidade seja o povo, será o protagonista que irá, efetivamente, decidir (MENDES, 2011, p. 54).

Célebre, neste ponto, o debate sobre a quem deve pertencer a última palavra sobre o sentido da Constituição e sobre a constitucionalidade das leis. Há argumentos a justificar tanto a supremacia legislativa quanto a supremacia judicial, assim como há quem defenda a inexistência de uma última palavra, pois o que permeia o processo legislativo é o diálogo.²⁵

Não há como deixar de admitir, contudo, que em alguns ordenamentos vigora um sistema de controle de constitucionalidade forte, nos quais a corte tem a autoridade de invalidar uma lei ou modificar seus efeitos. Pode-se falar que, nesses, a última palavra sobre a constitucionalidade das leis, mesmo que provisória, pertence à Corte Constitucional ou ao Poder Judiciário. Lado outro, em um sistema em que vigora o controle de constitucionalidade fraco, no qual a corte afere a compatibilidade da constitucionalidade das leis ante o diploma constitucional, porém não tem o poder de anular a legislação ordinária, haverá uma supremacia legislativa em relação à última palavra (WALDRON, 2006, 1354-1355).

Por mais que o desenho da separação de poderes busque, em cada Estado, distribuir as funções para que os Poderes se controlem mutuamente, é indiscutível que, na prática constitucional, tal desenho não impede a competição entre eles, mesmo que essa se dê nos limites do texto constitucional. Dessa forma, também sobre as mudanças constitucionais, especialmente sobre as mudanças informais, haverá competição e, invariavelmente, um

²⁴ No original: “[...] moments of change are moments where the key players who have the power to change the constitution are revealed, and so is the actor who takes the lead and has the final word. Underlying the “how” and the “when” is the “who”. The archetypal metaphor of constitutional moments, widely embraced by constitutional scholars, involves the people taking control over constitutional change. Yet, constitutional moments may be moments when the actor revealed to be in control is not necessarily the people”.

²⁵ Sobre o debate referente à última palavra, confira a obra *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação* (2011), de Conrado Hübner Mendes.

determinado Poder do Estado assumirá o protagonismo (CONTIADES; FOTIADOU, 2013, *e-book*).

Nos países em que há controle forte de constitucionalidade, a última palavra provisória sobre a existência ou não de uma mudança informal na Constituição pertence a quem exerce o controle dos atos normativos. Como normalmente essa função é atribuída a uma Corte Constitucional ou ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, será a atuação destes crucial na interpretação da Constituição. Serão as suas decisões o veículo das transformações informais das normas constitucionais, por meio da interpretação do texto normativo.

O protagonismo da Jurisdição Constitucional, todavia, não se encerra na modificação da Constituição por meio de decisões interpretativas, normalmente em sede de controle de constitucionalidade das leis. Como é sua a última palavra provisória sobre o significado das normas constitucionais, será ela a responsável por validar ou invalidar as mutações decorrentes de outras fontes. Será a Corte Constitucional, por exemplo, a responsável por decidir se e em que medida o desuso de um poder previsto constitucionalmente e atribuído a um determinado órgão constituiu uma mudança informal da Constituição. Será a sua inércia em anular uma determinada lei ordinária contrária ao texto constitucional e que produza efeitos irreversíveis no plano fático que permitirá qualificar o ato normativo como fonte da mutação (CONTIADES; FOTIADOU, 2013, *e-book*).

Neste cenário, é possível afirmar que é a Jurisdição Constitucional a principal responsável pelas mudanças informais, ao passo que é o Poder Legislativo, mesmo que influenciado pela iniciativa do Poder Executivo, o responsável pelas mudanças formais. Após análise empírica, Contiades e Fotiadou pontuam que são comuns ações e reações entre mudanças formais e informais, promovidas, em regra, pelo Poder Legislativo e pela Jurisdição Constitucional, respectivamente, denotando uma competição velada também sobre a modelagem da Constituição. Assim, argumentam que:

A competição entre o legislador constitucional e o juiz ao dar forma à constituição tem o potencial para se perpetuar. A resposta do legislador constitucional às mudanças constitucionais judiciais pode tomar duas direções opostas: ou confirmar e endossar a mudança informal, ou rejeitá-la ao constitucionalizar a matéria em sentido oposto. No entanto, uma vez adotada a emenda formal, não estará ela imune às mudanças informais; o juiz pode reentrar no jogo, produzindo nova jurisprudência (Contiades; Fotiadou, 2013, *e-book*, tradução nossa).²⁶

²⁶ No original: “*The competition between constitutional lawmaker and judge on shaping the constitution has the potential for perpetuity. The constitutional lawmaker’s response to judge-made constitutional change may take two opposite directions: either to confirm and endorse informal change, or to reject it by constitutionalizing an*”

Exposto o papel de protagonista da Jurisdição Constitucional na promoção e na validação das mutações informais, passa-se a analisar a evolução do fenômeno na tradição norte-americana e na tradição germânica. Foram estas que moldaram a ideia de mudança informal da Constituição nas famílias da *common law* e *civil law*, respectivamente, e que influenciam a doutrina constitucional brasileira e a jurisprudência do STF. A assimilação da evolução do fenômeno, sempre com especial atenção ao papel desempenhado pela Jurisdição Constitucional, será essencial para a análise das mutações supostamente empreendidas pelo STF.

1.3 MUDANÇAS INFORMAIS NA TRADIÇÃO NORTE-AMERICANA

O constitucionalismo norte-americano é fundado, desde sua origem, na concepção normativa da Constituição, somada à sua supremacia formal, concretizada pelo controle de constitucionalidade dos atos normativos (DUARTE NETO, 2010, p. 62-64). Pertencente à família da *common law*, inexistia no sistema norte-americano, como no constitucionalismo francês, receio sobre o papel criador da jurisprudência.

Nessa senda, desde o século XIX, são identificadas alterações silentes no sentido das normas constitucionais, empreendidas usualmente por intermédio da interpretação constitucional exercida pela Suprema Corte. Aliás, a plasticidade e a abertura da Constituição norte-americana, extremamente sintética e rígida, contribuem para a aceitação de tais alterações (EGÍDIO, 2016, p. 348).

Não se vislumbra, entretanto, como na Europa continental, uma compreensão dogmática dessas alterações. O fenômeno foi apreendido e amplamente discutido por meio da noção de *living constitution*, e o debate se limitou a aspectos descritivos, com especial atenção à questão da legitimidade para se promover mudanças à margem do texto constitucional. Na família anglo-saxônica, as mudanças informais se misturam tanto com a interpretação judicial criativa quanto com o direito costumeiro, marcas da *common law* (BLANCO DE MORAIS, 2013, p. 61). Ante a concepção normativa da Constituição e as peculiaridades supramencionadas, conclui-se que discutir alterações informais é debater também a interpretação constitucional.

opposing direction. Yet, formal amendments once adopted are not immunized from informal change; the judge may re-enter the game, producing new jurisprudence”.

Se as alterações informais remontam ao início do século XIX, por meio de decisões interpretativas da Suprema Corte,²⁷ é apenas no início do século XX que se cunha o termo *living constitution* para descrever o caráter dinâmico e mutável da Constituição norte-americana. A ideia da Constituição como um “organismo vivo” foi desenvolvida, de forma inicial, na obra de Howard Lee McBain, datada de 1927, cujo título era exatamente *The living constitution* (EGÍDIO, 2016, p. 348). Nesta, o autor já afirmava que a Constituição se desenvolveu “pelo crescimento dos costumes, pela prática dos partidos políticos, pela ação e inação do Congresso e do Presidente, e especialmente pela interpretação judicial”²⁸ (MCBAIN, 1928, p. 11, tradução nossa).²⁹

A *living constitution* foi objeto de diversos estudos no decorrer do século XX, com especial atenção ao papel da Suprema Corte na atualização e na construção constitucional. Bruce Ackerman, em artigo publicado no periódico *Harvard Law Review* (2007), descreveu, com propriedade, a evolução da Constituição norte-americana até o início do século XXI, pontuando tanto o papel da Suprema Corte quanto do legislador ordinário, e concluindo que a constituição viva se caracteriza por diversos ciclos de manifestação da soberania popular.

A importância do artigo de Ackerman se revela pela sua abordagem do desenvolvimento constitucional, vez que, como ele próprio frisa, não tem a pretensão de indicar como os textos e as decisões judiciais devem ser interpretados, mas sim de identificar quais decisões, textos normativos e costumes marcam a história do constitucionalismo norte-americano, em conjunto com o texto constitucional, e, nessa senda, devem ser objeto de estudo e de interpretação (ACKERMAN, 2007, p. 1756).

O autor ressalta que, no decorrer do século XX, os americanos perderam a capacidade de redigir alterações formais, principalmente pelo fato de a cláusula constitucional que prevê o rito das mudanças constitucionais ter sido idealizada de forma centrada na participação dos Estados-Membros. Sobretudo na Reconstrução, após a Guerra de Secessão,

²⁷ Carlos Blanco de Moraes (2013, p. 61) consigna que o primeiro caso de alteração informal teria se dado no ano de 1819, quando a Suprema Corte decidiu o já mencionado caso *McCulloch v. Maryland*. Neste, a despeito da ausência de previsão expressa na Constituição, o *chief justice* Marshall entendeu que inexistia inconstitucionalidade na incorporação de um banco privado pelo governo federal e que o Congresso poderia aprovar leis sobre diversas matérias, mesmo que sem previsão expressa no texto constitucional, contanto que adequada à realização de seus fins. A construção da teoria dos poderes implícitos se consolidou, sem que houvesse resistência por parte da comunidade jurídica. Confira um esboço do caso, disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/316>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

²⁸ No original: “*Our Constitution has, as we shall see, developed by the growth of custom, by the practices of political parties, by the action or inaction of the Congress or the President, and especially by judicial interpretation*”.

²⁹ Nesta obra, o autor descreve as mudanças que foram operadas, desde a promulgação da Constituição americana até a década de 1920, no sistema federal, no rol de direitos fundamentais, no sistema presidencial, no sistema de freio e contrapesos, no sistema representativo e no controle de constitucionalidade.

Ackerman anota que houve uma mudança no papel da União, que não encontrou respaldo no texto constitucional, e aduz que “após dois séculos de desenvolvimento, a identidade política da América está em guerra com o sistema de revisão constitucional deixado pelos fundadores”³⁰ (ACKERMAN, 2007, p. 1743, tradução nossa).

A dificuldade em se alterar o texto constitucional, por mais que seja algo desejável, minou sua adaptação à realidade política e social norte-americana. Daí a superveniência dos mecanismos informais. Conforme ele alerta, hoje a simples análise do texto pouco diz sobre o atual sistema constitucional (ACKERMAN, 2007, p. 1746-1750).

O autor descreve, destarte, a evolução contínua da realidade constitucional, talhada não apenas pelas decisões da Suprema Corte, mas também por movimentos sociais e por leis ordinárias promulgadas exatamente com o intuito de consolidar as mudanças na concepção política e social do povo americano. Como exemplo, analisa de forma pormenorizada como a “revolução” dos direitos civis alterou o sistema constitucional, por meio da interação entre a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, com especial atenção ao caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), os movimentos da sociedade civil, a atuação dos partidos políticos e o advento da legislação federal sobre os direitos civis (1964). Conclui, inclusive, que tal processo equivaleria, no sistema constitucional norte-americano, a uma segunda reconstrução (ACKERMAN, 2007, p. 157-170).

O ponto fulcral do artigo de Ackerman, ao menos para os fins específicos da presente pesquisa, é a conclusão de que os juízes, ao interpretar e aplicar a Constituição, devem se atentar aos momentos constitucionais em que a soberania popular se fez presente, e, em consequência, considerá-los ao controlar a constitucionalidade das leis. Não desconsidera a importância do texto, que aponta ter uma função mecânica, mas ressalta a relevância das mudanças informais referendadas pela soberania popular, que denota a função orgânica da ordem constitucional. Daí seu labor em tentar especificar quais seriam esses momentos a serem considerados (ACKERMAN, 2007, p. 1806-1807, tradução nossa):

Bem simples, os juízes são os únicos com o treinamento e a inclinação para olhar para trás, enxergar os momentos de manifestação da soberania popular e checar as pretensões dos nossos políticos eleitos quando eles colocam em perigo as grandes realizações do passado. Ao expandir o cânone para incluir o século XX, o profissional fornecerá aos tribunais recursos intelectuais

³⁰ No original: “After two centuries of development, America’s political identity is at war with the system of constitutional revision left by the Framers”.

necessários para desempenhar a função de revisão judicial de forma mais pensativa.³¹

Nítido que as mudanças constitucionais informais são reconhecidas no direito norte-americano, há tempos, atribuindo-se ao Poder Judiciário, inclusive, o papel de interpretar quais seriam elas, tanto por meio da interpretação do texto normativo quanto pelo reconhecimento de fontes de mudanças externas à Constituição escrita, conforme defende Bruce Ackerman.

A ideia de uma “Constituição viva” encontrou resistência, especialmente por parte dos adeptos das teses originalistas. O escopo comum dos diferentes “originalismos” é limitar o poder dos juízes, por meio da vinculação desses, ao interpretar o texto constitucional, à intenção original do Poder Constituinte. Dentre os seguidores dessas linhas, destacam-se dois autores centrais para se compreender a relação entre a perspectiva originalista e a *living constitution*: Antonin Scalia e Robert H. Bork (ESTEVEVES, 2016, p. 257). Cada qual apresenta uma concepção de intenção original a ser seguida (especificações que não cabem na presente pesquisa), no entanto, no que tange à contraposição diante das mudanças informais, o resultado das teorias é o mesmo, qual seja a negação da existência de uma Constituição viva e orgânica, alterada por meios informais.

Antonin Scalia, antigo *justice* da Suprema Corte, em *A Matter of Interpretation: federal courts and the law* (1997) refuta a ideia, apontando que tal formulação teórica se encontra na contramão do desenvolvimento do direito norte-americano. Após explicitar as peculiaridades da *common law*, que não se confunde com costumes e observa regras próprias, como o *stare decisis*, aduz que, atualmente, a principal fonte do direito nos Estados Unidos são as leis, e, em razão disso, a elas devem ser aplicados métodos de interpretação próprio. Sugere, como já apontado, a necessidade de se atentar à intenção original como forma de se resguardar o princípio democrático e a separação dos poderes (SCALIA, 1997, p. 11).

Ao fazê-lo, aponta que os motivos que levam à adoção de uma Constituição escrita são esvaziados caso o texto seja compreendido apenas como um norte a guiar os juízes no desenvolvimento da *common law*. A Constituição escrita é lei e deve ser interpretada como tal, de acordo com a intenção original. Destarte, compreende a *living constitution* como resultado de uma teoria interpretativa que, ao contrário das leis infraconstitucionais, apreende

³¹ No original: “Quite simply, the Justices are the only ones around with the training and the inclination to look back to past moments of popular sovereignty and to check the pretensions of our elected politicians when they endanger the great achievements of the past. By expanding the canon to include twentieth century, the professional will be providing the courts with intellectual resources needed to discharge the function of judicial review in a more thoughtful fashion”.

o texto constitucional como uma espécie distinta de lei, que se aprimora, modificando-se informalmente no decorrer do tempo. Refuta essa concepção, ressaltando que tal abordagem reaproxima a *common law* das suas origens como direito costumeiro e viola o princípio da legislação democrática (SCALIA, 1997, p. 13-38).

Em sentido análogo, defendendo a interpretação de acordo com a vontade original como forma de legitimar a jurisdição constitucional, Robert H. Bork reconhece que esse processo não implica na adoção de uma jurisprudência meramente mecanicista. A Constituição realmente evolui, mas dentro dos marcos do texto constitucional e da intenção original que o permeou. Tratar-se-ia, assim, de uma evolução que preserva a relevância e a integralidade do texto constitucional. Caso contrário, ao se propagar uma interpretação que ultrapassa a intenção do texto, este perde toda sua relevância prática (BORK, 1990, p. 166).

Nessa esteira, o autor conclui que a teoria originalista é refratária à existência da *living constitution*, sem desconsiderar a possibilidade de uma evolução jurisprudencial em consonância não apenas com o texto da Constituição, mas também com a intenção original a ser extraída do processo interpretativo (BORK, 1990, p. 168 e ss.). Daí a assertiva no sentido de que, por mais que o originalismo seja, de certa forma, compatível com a interpretação evolutiva (retrospectiva), revela-se incompatível com o fenômeno das mudanças informais da Constituição. Esse, portanto, estaria sempre maculado pelo vício da inconstitucionalidade (ESTEVEVES, 2016, p. 276).

Ao sustentar uma posição intermediária, considerando a existência de uma Constituição viva, mas apontando a necessidade de vinculação dessa ao texto constitucional, David A. Strauss (2010, p. 17-20) apresenta ao menos três problemas fundamentais na abordagem originalista: (i) em nível prático, seria impossível descobrir qual a real intenção original do legislador constitucional, (ii) mesmo que fosse possível, seria inviável aplicar tais concepções aos problemas atuais e (iii) conforme a ideia de Thomas Jefferson, o mundo pertence aos vivos, e não aos mortos. Por fim, o perigo da abordagem originalista é substituir a vontade do constituinte pela vontade do intérprete. Dessa forma, ressalta que uma das críticas centrais à ideia de Constituição viva “é que ela é extremamente manipulável – que a Constituição viva visa substituir a Constituição pela visão dos juízes. O originalismo, afinal, é vulnerável à mesma crítica”³² (STRAUSS, 2010, p. 20, tradução nossa).

Como forma de conciliar a necessidade de adaptação do texto constitucional à realidade, sem desconsiderá-lo, Strauss defende o rigor na utilização dos precedentes

³² No original: “it is too manipulable – that a living constitution amounts to substituting judges’ own views for the Constitution itself. Originalism, it turns out, is vulnerable to the same criticism”.

vinculantes (*stare decisis*), corolários da *common law*. Ao contrário do que sugere Scalia, seria a adoção de uma rígida teoria dos precedentes o mecanismo pelo qual a jurisprudência poderia, sem usurpar as funções do legislador constitucional, contribuir para o desenvolvimento da *living constitution*.

Isso porque o sistema de precedentes limita o poder dos juízes, que devem decidir atentos não apenas ao texto constitucional, mas também às decisões anteriores. O sistema expressa uma racionalidade própria, fundada na segurança, na humildade e no respeito ao passado. Conforme aponta o autor, fundado nas ideias de Edmund Burke (STRAUSS, 2010, p. 40, tradução nossa):

A primeira atitude fundante da *common law* é a humildade sobre o poder da razão humana individual. É uma má ideia tentar resolver um problema por si mesmo, sem se referir à sabedoria coletiva de outras pessoas que tentaram resolver os mesmos problemas. Por isso faz sentido seguir os precedentes, especialmente se eles são claros e foram estabelecidos há tempos.³³

Por todo o exposto, conclui-se que o direito constitucional norte-americano, mesmo sem desenvolver um conceito dogmático de mutação constitucional, reconhece a existência de mudanças informais, por meio da ideia de Constituição viva. Ao fazer referência à Constituição dinâmica e às suas alterações, os autores tratam não só das mudanças no significado do texto normativo, mas também nas alterações operadas por meio da atuação de órgãos estatais ou de costumes, em paralelo à Constituição. Abrange, portanto, tanto as mudanças endogenéticas quanto as exogenéticas.

Extraí-se do debate, que remonta ao século XIX, uma patente preocupação com a legitimidade do Poder Judiciário como autor das mudanças informais, frente ao princípio democrático e à separação de poderes. A importância do Poder Judiciário como autor das mutações nos Estados Unidos, conforme já mencionado, fora reconhecida pela doutrina constitucional europeia quando o controle de constitucionalidade ainda engatinhava no velho continente.

O profícuo debate sobre a legitimidade não implicou, contudo, na formulação teórica de limites claros para as mutações constitucionais judiciais, o que restou prejudicado, inclusive, pela ausência de um conceito dogmático de mutação. As mudanças informais inconstitucionais, portanto, não foram objeto de estudo. Se por um lado os originalistas negam

³³ No original: “*The first attitude at the foundation of common law is humility about power of individual human reason. It is a bad idea to try to resolve a problem on your own, without referring to the collective wisdom of other people who have tried to solve the same problem. That is why it makes sense to follow precedent, especially if the precedents are clear and have been established for a long time*”.

a existência da *living constitution* e, em consequência, das mudanças informais, por outro, o restante da doutrina toma a existência da Constituição viva como um dado, sem tratar dos limites inerentes a esse processo dinâmico.

A teoria dos precedentes seria, ao menos na visão de David A. Strauss, uma forma de emprestar parâmetros ao Poder Judiciário na interpretação e na construção da *living constitution*. Compreender a evolução jurisprudencial da Suprema Corte e seu impacto sobre a ordem constitucional norte-americana demanda, portanto, especial atenção a *stare decisis*, incluindo as hipóteses de superação dos precedentes.

1.4 MUDANÇAS INFORMAIS NA TRADIÇÃO GERMÂNICA

Ao contrário da tradição constitucional norte-americana, formulou-se na Alemanha um conceito dogmático de mutação constitucional, que foi desenvolvido e modificado no decorrer do século XX. A compreensão do fenômeno e a elaboração dos seus elementos deu-se em três distintas etapas, influenciadas pela teoria do direito predominante à época e pelas características das Constituições em vigor.

A primeira etapa floresceu no fim do século XIX e no início do século XX, na vigência da Constituição do Império Alemão (1871), e sob o predomínio ideológico do positivismo legalista.³⁴ Paul Laband (1900) e Georg Jellinek (1991), autores que primeiro trabalharam o conceito, pertenciam à Escola Alemã de Direito Público, que propugnava, como método, a estrita separação entre direito e política. Nesta etapa, os publicistas identificaram as mudanças informais e apresentaram alguns contornos, demonstrando certa perplexidade diante do fenômeno (especialmente por defenderem a separação supramencionada), porém não delimitaram claramente o conceito, nem sistematizaram os mecanismos de alterações (PEDRA, 2014, p. 100).

Observe-se que, à época, não havia mecanismos de controle de constitucionalidade das leis na Europa ocidental, em regra, o que acarretava a inexistência de instrumentos de proteção da Constituição ante as alterações informais (LIERN, 2014, p. 128). No mais, a Constituição do Império Alemão marcava o fim de um longo processo de unificação, sendo que 25 Estados passaram a compor o Estado Federal. Nessa senda, existiam lacunas no texto constitucional sobre a adaptação das ordens políticas particulares à ordem do Estado Federal,

³⁴ O positivismo legalista identificava a lei como a única fonte do direito e defendia a estrita separação entre direito e política. Por mais que o primeiro tenha sua gênese atrelada à segunda, após sua criação pelo legislador, os operadores do direito deveriam aplicá-lo de forma estritamente técnica (RAMOS, 2010, p. 68).

e as instituições políticas centrais da organização estatal eram insuficientemente reguladas³⁵ (URRUTIA, 2000, p. 106-107).

Em sua obra *Le Droit Public De Le L'Empire Allemand* (1900), após reconhecer todas as deficiências do texto constitucional, Paul Laband notou a existência de alterações na Constituição Imperial, por meio da ação do Estado, sem que a redação fosse formalmente modificada (LABAND, 1900, p. 93).

Conforme se extrai do capítulo 2 de sua obra, no qual trata da natureza jurídica do Império, o publicista propunha um conceito normativo de Constituição (LABAND, 1900, p. 98 e ss.). Contudo, reconhecia que as disposições constitucionais poderiam ser alteradas informalmente, especialmente por meio da legislação que visava sanar as deficiências e incompletudes do texto. Tratar-se-iam, assim, de mudanças na “situação constitucional” do Reich (LABAND, 1900, p. 312 e ss.).

O autor apontou diversas mudanças informais na situação constitucional. Conforme assevera Anna Victoria Urrutia (2000, p. 108), extrai-se da obra de Laband que as alterações se davam, em regra, (i) pela regulação de elementos centrais do Estado pelas leis do Império, os quais não eram desenvolvidos no texto constitucional, (ii) pela modificação desses elementos por meio das leis que contrariavam o disposto na Constituição e (iii) pela alteração dos mesmos elementos em decorrência de usos e costumes.

Laband não rompeu com os pressupostos metodológicos da Escola Alemã de Direito Público. Isso porque limitou-se a descrever o fenômeno, admitindo que na prática a realidade constitucional era alterada à margem do texto. Não teorizou sobre a validade ou a invalidez de tal proceder, até porque, conforme já anotado, inexistiam mecanismos de defesa da Constituição contra atos que contrariassem seu conteúdo.

Em *Reforma y Mutación de La Constitucion* (1991), obra também escrita sob a égide da Constituição Imperial de 1871, Georg Jellinek aprimora os elementos do fenômeno. Influenciado pelo dualismo positivismo legalista/positivismo sociológico, empreende uma análise empírica e descritiva das mudanças informais, mas não apresenta proposta normativa significativa em face dos resultados obtidos (PEDRA, 2014, p. 108).

De início, o autor aponta a diferença entre reforma e mutação da Constituição, sendo que a marca distintiva decorre dos elementos “formalidade” e “intencionalidade”. A reforma constitucional consiste na mudança no texto da Constituição (mudança formal), em

³⁵ Por exemplo, inexistia disciplina clara sobre as atribuições dos ministros do Reich, não havia um procedimento de incorporação de novos territórios à União, regulava-se de forma insuficiente as finanças do Reich e a distribuição de competências era incompleta (PEDRA, 2014, p. 102).

decorrência de ações voluntárias e intencionais, ao passo que a mutação se opera à margem do texto constitucional (mudança informal), sendo irrelevante a intenção e a consciência desta alteração (JELLINEK, 1991, p. 7).

Se a modificação é formal e intencional, mesmo que contrária ao conteúdo da Constituição, estaríamos diante de uma reforma.³⁶ Da mesma forma, o autor assume que a mutação informal pode operar de forma a contrariar a Constituição, quando, por exemplo, uma lei que viola expressamente o texto constitucional é aprovada pelo Parlamento e é sancionada pelo governo:

Se a resolução do Parlamento depende de um ato do Governo para alcançar sua validade, então cabe a possibilidade de evitar um desvio da Constituição. Sem embargo, quando a decisão governamental coincide com a parlamentar, então não há nenhum meio para evitar o desvio. Contudo, se uma Câmara aprova de maneira definitiva uma resolução que contraria a Constituição, então não haverá possibilidade alguma de que tenham validade as prescrições constitucionais. Se ocorre de forma constante uma atuação inconstitucional deste tipo, pode surgir uma mutação da Constituição³⁷ (JELLINEK, 1991, p. 16, tradução nossa).

Isso porque:

Se o governo aceita a opinião das Câmaras, uma vez que na maioria dos Estados os juízes carecem do direito de examinar a constitucionalidade material das leis, então não há meio algum para proteger a Constituição contra uma mutação ilegal devida a uma interpretação ilegítima³⁸ (JELLINEK, 1991, p. 20, tradução nossa).

Como exemplo, Jellinek cita as resoluções adotadas nas sessões secretas do *Reichstag*, prática que viola frontalmente a Constituição e, em razão disso, seriam nulas. Todavia, caso essas resoluções sejam aprovadas pelo *Bundesrat* e promulgadas pelo *Kaiser*, inexistente qualquer meio apto a fazer valer mencionada nulidade (JELLINEK, 1991, p. 18).

Assim, o autor descreve como as mutações ocorrem, e apresenta casos de mudanças informais da Constituição tanto na Alemanha quanto em outros Estados. Trata das mutações (i) por meio da prática parlamentar, da administração e da jurisdição (capítulo III), (ii) por

³⁶ O autor inclui a revolução como hipótese extrema de reforma constitucional, já que a substituição total do texto constitucional atende aos critérios “formalidade” e “intencionalidade” (JELLINEK, 1991, p. 16).

³⁷ No original: “*Si la resolución del Parlamento depende de un acto del Gobierno para alcanzar su validez, entonces cabe la posibilidad de evitar un desviación de la Constitución. Sin embargo, cuando la decisión gubernamental coincide con la parlamentaria, entonces no hay ningún medio para evitar tal desviación. Ahora bien, si una Cámara aprueba de manera definitiva una resolución que contraviene a la Constitución, entonces no hay posibilidad alguna de que tengan validez las prescripciones constitucionales. Si se da de forma constante una actuación inconstitucional de este tipo, puede surgir una mutación de la Constitución*”.

³⁸ No original: “*Si el Gobierno acepta la opinión de las Cámaras, ya que en la mayoría de los Estados los jueces carecen del Derecho a examinar la constitucionalidad material de las leyes, entonces no hay medio alguno para proteger a la Constitución contra una mutación ilegal devida a una interpretación ilegítima*”.

meio da prática e das convenções constitucionais (capítulo V) e (iii) por meio do desuso das faculdades estatais (capítulo VI). Dentre essas formas, ressalta a importância das mudanças empreendidas por meio de alterações na interpretação, engendradas por todos os órgãos estatais³⁹ (JELLINEK, 1991, p. 23-24).

Jellinek (1991, p. 29-35) dedica um capítulo à “necessidade política” como fator criador do direito (capítulo IV). Sustenta que as mudanças informais ocorrem em razão da necessidade de as organizações estatais se adaptarem às novas demandas político-sociais,⁴⁰ o que denota a influência do positivismo sociológico em seu estudo.

Percebe-se, assim, que o publicista elaborou um conceito mais refinado de mutação constitucional, contrapondo-o às reformas, ressaltando a questão da irrelevância da intencionalidade e apresentando-a como resultado da necessidade adaptativa à realidade. Contudo, sua análise descritiva não foi acompanhada de uma proposta normativa apta a inserir a mudança informal no âmbito da Teoria da Constituição, estabelecendo, por exemplo, limites jurídicos à influência do fenômeno.

Por fim, conforme sustenta Konrad Hesse (2013, p. 152), na visão de Jellinek a mutação se perfaz tanto mediante a alteração do conteúdo da norma constitucional (como resultado do processo interpretativo) como por intermédio do advento de normas infraconstitucionais ou de costumes, hipótese na qual a efetiva vigência da norma constitucional restaria afastada. Trata-se do conceito amplo de mutação.

Nessa esteira, conclui-se que a primeira etapa de compreensão do fenômeno foi marcada por um conceito amplo de mudança informal, influenciado pelas teorias formalistas predominantes à época, em um cenário em que (i) existiam poucos mecanismos de defesa da Constituição e, em consequência, de sua força normativa, e (ii) era o Poder Legislativo o principal ator das mudanças, por meio de leis que contrariavam o conteúdo do texto constitucional. Como as forças políticas se sobrepujavam à forma jurídica, a mutação era apreendida como uma imposição da realidade contra a Constituição.

A segunda etapa transcorreu no período entre guerras. À época, diante do conteúdo aberto e contraditório da Constituição de Weimar, desenvolveram-se diversas teorias sobre o

³⁹ No que tange às mudanças empreendidas pela Jurisdição Constitucional, o autor ressalta a predominância dessas na ordem constitucional norte-americana, exatamente ante a existência de um sistema de controle de constitucionalidade das leis (JELLINEK, 1991, p. 22-23).

⁴⁰ Como exemplo, Jellinek (1991, p. 34-35) ressalta a alteração da figura dos ministros no Império Alemão. A Constituição Imperial previa a existência de apenas um ministro: o chanceler, que concentrava as funções de governo. Uma lei promulgada em 1878, todavia, previu que o imperador poderia designar substitutos ao chanceler, em casos específicos. Ante a amplitude das funções, tornou-se necessária a designação permanente de atribuições aos substitutos. Dessa forma, os secretários tornaram-se vice-ministros do *Reich*, sem que houvesse previsão constitucional nesse sentido.

Estado e sobre a Constituição, que se contrapunham à abordagem típica do positivismo legalista. Dentre as diversas teorias, as propostas por Herman Heller (1968) e por Rudolf Smend (1985), apesar de divergentes em vários pontos, apresentaram novo substrato teórico que possibilitou a compreensão da mutação constitucional não mais como um fenômeno externo à Constituição. A apreensão desta como um fenômeno dinâmico, em constante movimento, levou tais autores a identificar a mudança informal como elemento inerente ao próprio conceito de Constituição, e não mais como força fática contrária ao texto normativo.

Herman Heller (1968, p. 295) parte de um conceito material de Estado, sendo a Constituição a forma de organizá-lo. Essa seria composta pelas normas previstas no texto constitucional e pela realidade organizativa, as quais formariam um todo unitário. Apresenta, destarte, elementos normados e não normados, que se relacionam de forma contínua. Nesse sentido, ante o influxo da realidade social como fator criador do direito, seu conceito aproxima-se da concepção sociológica de Constituição formulada por Ferdinand Lassale,⁴¹ mas com ele não se confunde, na medida em que também aponta o impacto dos elementos normados na conformação da realidade⁴² (HELLER, 1968, p. 295).

Ele interpreta a mudança informal como fator propulsor da permanência da Constituição, em decorrência do processo dinâmico mencionado, que envolve os elementos normados, divididos em jurídicos e extrajurídicos, e os não normados. Devem eles, todavia, ser considerados de forma unitária. Nesse sentido, aduz que (HELLER, 1968, p. 296):

A Constituição permanece através da mudança de tempos e pessoas graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana que com ela concorda. Esta probabilidade baseia-se, de uma parte, em uma mera normalidade de fato, conforme a Constituição, da conduta dos membros, mas, além disso, em uma normalidade normada dos mesmos e no mesmo sentido. Cabe, por isso, distinguir em toda Constituição estatal, e como conteúdos parciais da Constituição política total, a Constituição não normada e a normada, e dentro desta, a normada extrajuridicamente e a que o é juridicamente. A Constituição normada pelo direito conscientemente estabelecido e assegurado é a Constituição organizada.

Quando a normatividade perde sua capacidade normalizadora e a realidade não normada se sobrepõe à primeira, estaríamos diante do fenômeno descrito por Laband e Jellinek. A mudança informal, nesse sentido, integra a concepção dinâmica de Constituição de Heller (PEDRA, 2014, p. 111).

⁴¹ Sobre a concepção sociológica de Constituição na obra de Ferdinand Lassale, confira *Rigidez e Estabilidade Constitucional* (DUARTE NETO, 2010, p. 102-106).

⁴² Essa também é a conclusão de Anna Victória Sanchez Urrutia (2000, p. 116).

Em sentido análogo, ao partir de uma percepção de Estado como integração espiritual, Rudolf Smend também formula um conceito dinâmico de Constituição. Pretende romper tanto com as teorias formalistas quanto com as teorias sociológicas. Nesse intento, rejeita a ideia de Constituição em sua acepção estática, assimilada como forma apta a regular os órgãos estatais e a estabelecer direitos aos indivíduos, e rechaça a vertente sociológica, que a apreende como a mera reprodução das forças reais do poder. Preconiza, destarte, que a Constituição deve ser assimilada como uma estrutura unitária orgânica e ideal, abrangendo ambas as dimensões (da normatividade e da facticidade), com todas as suas ambivalências, visando promover a integração do Estado (SMEND, 1985, p. 129-130).

Corretas as avaliações de Anna Victória Sanchez Urrutia (2000, p. 121), ao afirmar que, na concepção de Smend, a Constituição consiste em uma constante mutação, e de Adriano Sant'Ana Pedra (2014, p. 116), ao ressaltar que, ao regular o processo de integração estatal, a Constituição acaba por gerar os elementos de sua própria mutação.

Observe-se, assim, que a as concepções de Constituição de Heller e Smend permitem apreender a mutação constitucional como algo natural e intrínseco àquela. Inserem, portanto, as mudanças informais no âmbito da Teoria da Constituição.

Inspirado pela teoria de Smend, seu discípulo Hsu Dau-Lin escreveu a obra *Mutación de la Constitución* (1998). Norteador pela concepção dinâmica de Constituição, analisou pormenorizadamente as hipóteses de mutação aventadas por Jellinek e Laband e apresentou a primeira sistematização dos mecanismos pelos quais o fenômeno operaria, dividindo-os em quatro categorias, quais sejam (i) a prática estatal formal que não viola formalmente a Constituição, (ii) a mutação constitucional por meio de uma prática contrária à Constituição, (iii) a mutação pela impossibilidade de exercício de atribuições previstas na Constituição e (iv) a mutação operada por meio da interpretação constitucional⁴³ (DAU-LIN, 1998, p. 31).

Tais categorias são moldadas pela relação de compatibilidade/incompatibilidade entre norma constitucional e realidade. Para o autor, o que marca a mutação constitucional é a incongruência entre ambas, sendo o grau dessa incongruência, que pode chegar a um nível de incompatibilidade, o norte de sua classificação. Distingue, nessa senda, as mudanças informais permitidas e exigidas pela Constituição daquelas que, por mais que inevitáveis, são indesejáveis e inconstitucionais (DAU-LIN, 1998, p. 176).

⁴³ O autor reconhecia o papel da interpretação judicial como veículo das mudanças informais, todavia, restringia sua relevância ao sistema norte-americano, o qual possuía uma instância habilitada para promovê-la: a Suprema Corte (DAU-LIN, 1998, p. 88-89).

A segunda etapa, portanto, foi guiada pela compreensão dinâmica da Constituição e pela consequente inserção do fenômeno no âmbito da Teoria da Constituição, com especial atenção à pesquisa de Hsu Dau-Lin, que, ao compilar os trabalhos até então redigidos sobre o tema, sistematizou as hipóteses de mudanças informais. O autor chinês distinguiu os casos em que o fenômeno violaria (mutações constitucionais materiais) e não violaria (mutações constitucionais formais) a letra da Constituição, denotando a permanência de um conceito amplo sobre o fenômeno.

Eis que, na última etapa do desenvolvimento conceitual do fenômeno, formulou-se um conceito estrito de mutação constitucional, pelo qual é ela compreendida como uma mudança no conteúdo da norma constitucional, de modo que esta, sem a alteração de seu texto, recebe uma significação diferente⁴⁴ (HESSE, 2013, p.151). Nessa direção, de extrema relevância são os contributos de Konrad Hesse (2013) e Ernst Böckenförde (2000).

Konrad Hesse reconhecia, o que não era novidade, o condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Todavia, por mais que a primeira seja talhada pela segunda e ambas devam ser analisadas em sua relação mútua, defender a sua força normativa seria priorizar a função ordenadora e conformadora da norma (HESSE, 2013, p. 137).

O autor lembra que as modificações que conduzem à mutação constitucional, partindo-se da separação metódica entre direito político e ciência política, são entendidas como fenômenos extrajurídicos que apresentam relevância jurídica. Modifica-se a Constituição, destarte, “de fora” do Direito Constitucional, o que leva às explicações descritivas com conteúdo político explicitadas por Laband e Jellinek. Prevalece, assim, a “situação constitucional” ante a Constituição. Vulnera-se, portanto, sua força normativa, por meio da imposição do fato consumado (HESSE, 2013, p. 158).

Konrad Hesse (2013, p. 161-162) critica, também, a concepção formulada na segunda etapa. Reconhece que nesta a mudança passou a ser interpretada como elemento interno à Constituição, ao passo que a realidade é incorporada à última em razão da necessidade política. Como esta acaba se impondo, torna-se irrelevante qualquer discussão sobre os limites dessa mudança. Dessa forma, o autor ensina que sobrepor a prática política ao texto da Constituição seria sacrificar uma necessidade vital indiscutível do Estado

⁴⁴ Anote-se que essa nova apreensão do fenômeno se deu já no contexto da Lei Fundamental de 1949, que, ao contrário da Constituição de Weimar, prevê mecanismos aptos a assegurar a força normativa da Constituição, incluindo o controle de constitucionalidade. Trata-se de um período fértil, inclusive, no que toca às novas abordagens hermenêuticas que viabilizaram a aproximação entre mudanças informais e interpretação.

Constitucional, qual seja a função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder, em favor de supostas necessidades vitais fáticas discutíveis.

Em resumo, o autor defende que as teorias de Laband e de Jellinek, por mais que marcadas pelo positivismo legalista, conduzem a uma capitulação do elemento normativo ante a força dos fatos. Mesmo tentando solucionar o problema, a concepção de Hsu Dau-Lin, fundada nos estudos de R. Smend, chega ao mesmo resultado, limitando-se a trazer o conceito para o âmbito da Teoria da Constituição. Por fim, apesar do dualismo entre ser social e dever-ser social ter sido suavizado na teoria de Heller, este não apresentou uma nítida fundamentação e determinação dos limites do fenômeno (HESSE, 2013, p. 165). Nesse sentido, o constitucionalista conclui que:

A mutação constitucional com seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração “no interior” da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição, cuja “mutação” em normatividade estatal tampouco se pode explicitar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação correlativa entre normalidade e normatividade (HESSE, 2013, p. 166).

Formula, assim, o conceito estrito de mutação constitucional. Sobre a compreensão da alteração no interior da norma, ressalta a importância da teoria hermenêutica formulada por F. Müller. Nesta, a norma (resultado da concretização do texto normativo) seria um modelo de ordenação cunhado pelo seu objeto, constituída pelo programa normativo, decorrente da pré-compreensão do texto constitucional, e pelo âmbito normativo, composto pelos dados reais coletados do caso concreto que são compatíveis com o programa da norma.⁴⁵ As modificações nesses últimos levariam à modificação da norma e, em consequência, a uma mutação constitucional. Alerta Hesse, todavia, que provar “a modificação do ‘âmbito normativo’ requer mais que a invocação genérica da ‘força normativa do fático’ ou das ‘necessidades vitais do Estado’” (HESSE, 2013, p. 167-168).

Ernest Böckenförde (2000, p. 184) assevera, em sentido análogo, que em um ordenamento jurídico que dispõe de jurisdição constitucional e que pretende emprestar à Constituição força normativa, o conceito de mutação assume um perfil dogmático. A descrição das mudanças informais perde espaço para as questões afetas à sua admissibilidade, limites e consequências jurídicas.

⁴⁵ Sobre a teoria hermenêutica estruturante e as distinções entre programa e âmbito da norma, confira a *Metodologia do Direito Constitucional* (2010, p. 52 e ss.), de Friedrich Müller.

O autor apresenta quatro conceitos de mudanças informais e, ao final, aponta que inserir o fenômeno no âmbito da dogmática constitucional pressupõe um conceito específico. A mutação constitucional, sob essa ótica, se perfaz quando há a modificação do conteúdo da norma constitucional sem que se produza uma reforma no texto constitucional. Os outros conceitos, que não o estrito, apresentam funções específicas, porém em outras áreas do conhecimento que não a Dogmática (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 185).

Com o intuito de esmiuçar a definição, Böckenförde apresenta fenômenos decorrentes do processo de interpretação/aplicação das normas constitucionais que não se inserem no conceito dogmático. Cita, assim, (i) as modificações no âmbito da realidade que se busca normar, quando não se altera o programa da norma, (ii) as distintas conformações, por parte do legislador, da norma constitucional em face das peculiaridades da realidade, (iii) a aplicação de conceitos indeterminados que integram a norma jurídica e (iv) a concretização, pelo intérprete, de conceitos sociais e éticos aos quais a norma faz referência. Deixa claro que a mutação e interpretação evolutiva não se confundem (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 185-190).

A evolução do tratamento doutrinário dado ao conceito de mutação constitucional, conforme infere-se da exposição realizada, fora influenciada pelos arranjos do texto constitucional e pelas ideologias jurídicas predominantes nas respectivas etapas. Depreende-se que o fenômeno foi primeiramente concebido como um conceito extrajurídico, pautado pela separação entre direito e política, e, ao final do processo, tornou-se um conceito estrito próprio da Dogmática do Direito Constitucional. Assim, em razão da força normativa da Constituição, o foco passou a ser não apenas sua identificação, mas também a sua validade e eventuais limites. Os contributos da doutrina alemã influenciaram a assimilação do fenômeno por parte da doutrina constitucional em praticamente todos os ordenamentos jurídicos que compõem a família da *civil law*, incluindo a doutrina brasileira, conforme será exposto no próximo tópico.

1.5 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA DOUTRINA BRASILEIRA

A doutrina constitucional brasileira apenas se atentou às mutações constitucionais no final do século XX. Foi Anna Cândida da Cunha Ferraz quem, em tese de doutorado defendida no ano de 1982, apresentou o conceito de forma sistemática, apontando, historicamente, casos de mudanças informais em nosso ordenamento jurídico. Pouca importância foi atribuída pelos constitucionalistas nacionais ao fenômeno até o início do século XXI. Aliás, a primeira menção à mutação, em decisões do STF, data do ano 2001,

quando o ministro Celso de Mello mencionou o conceito em uma decisão monocrática,⁴⁶ ao se discutir a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial dos Poderes Executivo e Legislativo em relação à Lei nº 9.295/96 (SANTOS, 2015, p. 54)

Dessume-se, portanto, que a incorporação do conceito ao debate constitucional brasileiro ocorreu em um período no qual o tema já era amplamente discutido no direito europeu continental, sendo que, mesmo após a obra pioneira que tratou sobre o assunto ter sido publicada, a própria doutrina e a Jurisdição Constitucional demoraram a trabalhar e explorar o fenômeno.

Em *Processos Informais de Mudança da Constituição* (2015), Anna Cândida da Cunha Ferraz distingue, nos seguintes termos, as mudanças formais e informais:

A primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas (FERRAZ, 2015, p. 9).

Adota, nessa senda, um conceito estrito de mutação, semelhante àquele traçado por Konrad Hesse, o que possibilita a abordagem dogmática do fenômeno no decorrer da obra. Ao ressaltar a interpretação das normas como mecanismo essencial pelo qual as mudanças informais ocorrem, anota que a ideia de Constituição que irá permear o trabalho é a de Constituição formal, escrita e rígida (FERRAZ, 2015, p. 20).

A autora trata das especificidades da interpretação constitucional e dos ganhos proporcionados pelas novas teorias interpretativas, também na linha de Konrad Hesse. Apresenta fatores que potencializam as mutações operadas pela via interpretativa: (i) o caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais, (ii) a linguagem aberta do texto, (iii) a não imunidade a lacunas, (iv) o conteúdo político das normas, (v) as diferentes categorias de normas constitucionais e (vi) a propagação de diversos métodos interpretativos (FERRAZ, 2015, p. 61-62).

A constitucionalista consigna que a mutação se dá ou pelos costumes constitucionais ou pela interpretação, que pode advir do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, sendo que a promovida por este, “por sua alta relevância, tem sido considerada, pela doutrina, como a de

⁴⁶ Decisão monocrática proferida na ADI nº 1.484/DF.

maior importância dentre as espécies de interpretação constitucional orgânica” (FERRAZ, 2015, p. 78).

Essa identificação não desconsidera os perigos das mudanças implementadas pela via interpretativa, especialmente quando promovidas pelo Poder Judiciário. Em face da inexistência de controle formal das decisões do STF, ela ressalta o perigo de se instalar, na prática, um “governo de juizes” (FERRAZ, 2015, p. 111).

Dedica, assim, um capítulo às mutações que extrapolam os limites impostos pelo texto constitucional, referindo-se a elas como “mutações inconstitucionais”. Indica que essas se farão presentes quando houver uma violação aos limites de fundo ou de forma da Constituição e o controle de constitucionalidade não se fizer presente, permitindo que a mudança se torne um fato consumado (FERRAZ, 2015, 233-245).

Vê-se que a obra pioneira, além de adotar um conceito estrito de mutação, prestou especial atenção à interpretação como mecanismo pelo qual ela se efetiva, principalmente a promovida pelo Poder Judiciário, e ressaltou os perigos decorrentes dessa prática. Por mais que a autora tenha abordado as mudanças inconstitucionais, contudo, não se observa um tratamento dogmático dos limites de fundo e de forma por ela mencionados. Aliás, ela menciona a inércia em se promover o controle de constitucionalidade como característica comum às mutações inconstitucionais, sem se atentar, de forma mais detida, ao papel do Poder Judiciário que, atuando exatamente na função de controle, pode ser o ator e o propagador de mudanças inconstitucionais.

Uadi Lamêgo Bulos discorreu sobre o fenômeno em seu artigo “Da reforma à mutação constitucional”, publicado no ano de 1996. Conforme afirma Carlos Victor Nascimento do Santos (2015, p. 30), mais de uma década após a publicação da obra de Anna Cândida, foi esse artigo que retomou o debate sobre a mutação, trazendo novos elementos. Bulos formula as seguintes considerações sobre as mudanças informais:

De fato, as mudanças informais são difusas, inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais. Atuam modificando o significado das normalizações depositadas na Constituição, mas sem vulnerar-lhes o conteúdo expresso, e são apenas perceptíveis quando comparamos o entendimento dado às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo (BULOS, 1996, p. 28).

O constitucionalista também adota um conceito estrito de mutação e reconhece, como regra, a necessidade de certa consolidação no tempo para que o novo significado sobre a norma constitucional possa ser apreendido. O artigo realiza uma interessante compilação

sobre as concepções do fenômeno e tece importantes considerações sobre os limites às mutações constitucionais. Reconhece que, por mais que inevitavelmente existam processos de mutações inconstitucionais, a prática constitucional evidencia ser impossível traçar limites claros ao Poder Constituinte Difuso⁴⁷, até porque as forças que geram as mudanças são de difícil explicação e variam de acordo com os acontecimentos derivados do fato social cambiante (BULOS, 1996, p. 41).

Eis que, a partir do início do século XXI, proliferaram obras e artigos sobre as mudanças informais. Em regra, adota-se um conceito estrito, pelo qual a mudança informal é explicitada como uma alteração no significado da norma constitucional, sem alteração de seu texto. Os enfoques sobre o fenômeno são diversos. Há estudos sobre a mudança informal no controle difuso de constitucionalidade,⁴⁸ sobre a correlação entre interpretação e mutação,⁴⁹ sobre o fenômeno e as decisões aditivas em sede de controle de constitucionalidade,⁵⁰ sobre alteração informal em uma suposta crise do positivismo jurídico,⁵¹ entre outros.

Dentre os diversos estudos sobre as mudanças informais, há aqueles que enxergam o fenômeno com entusiasmo e acabam por vislumbrar mutações em qualquer decisão interpretativa evolutiva do STF, o que se apreende, inclusive, da análise jurisprudencial realizada no capítulo 3 desta pesquisa. É o caso do ministro Gilmar Mendes, que, no recente artigo “Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira” (MENDES, 2016, p. 189-237), identifica ao menos doze hipóteses de mutação decorrentes da jurisprudência da corte suprema, cujas origens se dividiriam em alterações fáticas, alterações jurídicas e alterações em razão da existência de lacunas ou incompletudes normativas.⁵²

Luís Roberto Barroso (2009, p. 126) sustenta, no capítulo dedicado ao fenômeno, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* (2009), que a mutação constitucional conforma o direito à realidade, o que deriva de uma suposta superação do

⁴⁷ O autor entende, assim como Anna Cândida da Cunha Ferraz, que a mutação constitucional decorre do exercício de um Poder Constituinte Difuso, conceito formulado por Georges Burdeau.

⁴⁸ Gilmar Ferreira Mendes sustenta, em seu artigo “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade” (2004), que houve a mudança informal do art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988, alterando-se o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis.

⁴⁹ Adriano Sant’Ana Pedra aborda essa difícil temática em sua obra *Mutação Constitucional – Interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional* (2014).

⁵⁰ Denise Soares Vargas sustenta, em sua obra *Mutação constitucional via decisões aditivas* (2014), que as mudanças informais, em regra, decorrem de sentenças manipulativas proferidas no exercício do controle de constitucionalidade.

⁵¹ É este o objeto do trabalho de Flávio Quinaud Pedron, intitulado *Mutação Constitucional na crise do Positivismo Jurídico* (2012).

⁵² Grande parte dos casos por ele apontados encaixam-se, perfeitamente, nas hipóteses aventadas por Böckenförde que não configuram mutação.

positivismo normativista por meio da aproximação entre o direito, a filosofia e a ética. Por mais que ressalte a existência de limites às alterações informais em razão das possibilidades semânticas do texto e da preservação dos princípios fundamentais da Constituição, sua narrativa deixa claro que a sua compreensão do fenômeno se dá no âmbito da teoria neoconstitucionalista, valorando-o de forma positiva. Esta se apresenta como uma vertente do direito constitucional que sustenta, dentre outros pontos, a prevalência dos princípios constitucionais sobre as regras e a função emancipatória do direito, a ser exercida pelo Poder Judiciário, tudo a contribuir para a proliferação de mudanças informais⁵³ (GALVÃO, 2014, p. 93-95).

Lado outro, há autores que apreendem o fenômeno com certa cautela e, ao apresentar seus contornos, alertam para os excessos interpretativos na jurisprudência do STF, que estaria operando mudanças informais manifestamente inconstitucionais. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em “Alteração e mudança da Constituição: o caso brasileiro” (2013), ensina, sobre as mudanças informais no Brasil, que hoje:

A Constituição é aquilo que a Corte constitucional estabelece como tal, não o sentido das normas formais que estão enunciadas no texto constitucional. Não é exagero salientar que, na atualidade, mormente brasileira, a Corte constitucional assumiu um papel de superpoder constituinte. Ela pode mudar a Constituição, como entenda deva esta ser. Pode identificar normas constitucionais não escritas e aplicá-las sem contestação possível. Pode aceitar ou rejeitar emendas constitucionais se, na sua compreensão, desobedeceram as prescrições formais e materiais, e aí estão as cláusulas pétreas a serviço disto. Pode aceitar ou rejeitar as práticas do Legislativo ou do Executivo que, efetivamente, precisam de sua “sanção” para vingar [...]. (FERREIRA FILHO, 2013).

O panorama apresentado demonstra que a doutrina constitucional brasileira adotou o conceito restrito de mutação. Após os trabalhos que introduziram o tema no ambiente acadêmico, multiplicaram-se estudos sobre o fenômeno, o que, como será visto, influenciou o uso do conceito por parte do STF. Se as abordagens são diversas, é inegável a existência de divergências entre os autores, inclusive no que toca a valoração da mutação.

Esboçada a evolução do tratamento dado às mudanças informais pela doutrina brasileira, com os aportes teóricos advindos das tradições norte-americana e alemã, exsurtem pressupostos teóricos que permitem conceituar o fenômeno e apresentar alguns parâmetros limitativos.

⁵³ O conceito de Neoconstitucionalismo e sua relação com a doutrina nacional e com a prática do Supremo Tribunal Federal serão melhor analisados nos tópicos “2.2 – Neoconstitucionalismo à brasileira” e “2.3 – Ativismo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

1.6 DEFINIÇÃO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS LIMITES

Ao tratar de um conceito dogmático, normalmente, os trabalhos teóricos iniciam exatamente pelos contornos que o definem, explicitando sua natureza jurídica. Optou-se, na presente pesquisa, por procedimento diverso. A difícil definição dos elementos da mutação, sua contraposição ante outros fenômenos e institutos jurídicos e a identificação de eventuais limites exigem a perspectiva de seu desenvolvimento no decorrer dos últimos dois séculos. Apenas assim é possível compreender como o fenômeno é apreendido, de forma diferente, em ambas as famílias do direito.

Na *common law*, nunca se questionou o papel do juiz como criador do direito, sendo que a Constituição fora modificada desde seu nascimento por meio, principalmente, da interpretação judicial. Ao contrário, na *civil law*, o conceito nasceu sob a égide do positivismo legalista, em um contexto em que sequer existia controle judicial de constitucionalidade. Aliás, a criação de mecanismos de defesa da Constituição foi essencial para o desenvolvimento de novas definições, possibilitando o tratamento dogmático das mudanças informais.

Em sentido análogo, como o objeto da presente pesquisa é permeado pela relação entre Poder Judiciário e mutação constitucional, tratar dessa interação antes de explicitar o desenvolvimento do conceito se mostrou prudente, pois permitiu que o enfoque no papel do primeiro fosse sempre ressaltado, mesmo que para apontar, a depender do cenário histórico, sua pequena relevância como ator das mudanças informais.

Ante todos os subsídios teóricos apresentados, considerando-se as peculiaridades do desenvolvimento do conceito, especialmente na família da *civil law*, passa-se a elaborar uma definição atual de mutação constitucional, que permita trabalhar o conceito em face de Constituições formais, rígidas, garantidoras de direitos fundamentais e que prevêm, em regra, o controle de constitucionalidade das leis. Essencial, ainda, que esse conceito seja adequado à realidade constitucional brasileira.

De início, conforme se extrai das próprias referências já feitas às mudanças informais, é possível identificá-las como um fenômeno, pois podem ocorrer independentemente da ação humana intencional. Relembre-se a já mencionada classificação proposta por Michele Carducci (2009, p. 202), que ressalta, inclusive, a existência de mutações em decorrência de fontes fáticas espontâneas, como desusos, costumes e práticas constitucionais.

Deve-se apreender o fenômeno norteando-se pela concepção restrita, em detrimento do conceito amplo, pois a primeira é a única apta a ser operada dogmaticamente, ante o reconhecimento da força normativa da Constituição e da existência de mecanismos de sua defesa. Deste modo, as mudanças informais são alterações no significado das normas da Constituição positiva, sem que haja alteração de seu texto.

Há quem sustente, com evidente rigor teórico, que as mudanças informais decorrem de fatores exogenéticos (externos à Constituição) e sempre abalarão o compromisso constitucional, como o faz José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 1229). O constitucionalista português indica que as modificações que nascem a partir de uma realidade exterior à norma são inconstitucionais e violam o texto normativo.

Carlos Blanco de Moraes (2016, p. 63) alerta, todavia, que as distinções de Canotilho denotam a construção de um conceito ainda mais restrito de mutação constitucional. Consigna o constitucionalista, após a análise de diversos casos concretos, que a concepção de Canotilho não explica uma série de fatos limites. Nessa senda, aduz que:

Ora, na generalidade dos casos expostos não se respeitou ou se teve em conta a letra da Constituição mas tão pouco se abalou o “compromisso constitucional” no léxico de CANOTILHO. Por serem alterações maioritariamente exogenéticas, mas por carecerem de aptidão rupturista em relação à identidade da Lei Fundamental, situar-se-iam fora do campo das mutações segundo o critério aduzido pelo constitucionalista de Coimbra, mas também não seriam passíveis de encaixar no programa de uma operação hermenêutica ordinária. Como qualificá-las, então?

A mutação constitucional concebida como fenômeno que não influencia o programa da norma confunde-se com o resultado de uma interpretação evolutiva, nos termos indicados por Böckenförde (2000, p. 185), inexistindo um elemento inovador/criador, qualificador do fenômeno.

Blanco de Moraes (2016, p. 65), ao definir o fenômeno, reconhece a possibilidade de alterações no significado das normas constitucionais por fatores exteriores a elas, que implicam em inovação política, mas respeitando-se o núcleo identitário da Constituição positiva. A alteração se dá no interior da norma, porém, a nova conformação do conteúdo “altera constitutivamente o significado preexistente atribuído à mesma disposição, de modo a revelar um critério político de decisão não suscetível de ser reconduzido à vontade do legislador”. Como se verá, não se trata de admitir inovações políticas que violem seja a identidade da Constituição, seja a literalidade das normas positivas. Inexistir amparo no texto não significa inovar de forma explicitamente contrária a ele, o que mostra que, em alguma medida, o programa da norma é influenciado, inclusive em razão da sua relação dialética com

o ambiente da norma, mas o núcleo semântico possível dado pelo texto normativo é resguardado. Há de existir “um mínimo de conformidade à relação de sentido oferecida pelo programa normativo da disposição constitucional” (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 74).

A construção de Blanco de Moraes trabalha com os contornos da definição de forma satisfatória e adequada à realidade constitucional. Há casos em que a atribuição de novos significados viola, muitas vezes de forma perceptível, a letra e a identidade da Constituição positiva, o que denota prática manifestamente inconstitucional, nos termos do conceito de Ana Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 233-235). Por outro lado, reconhecer que qualquer alteração interpretativa em razão de elementos fáticos implica em uma mutação constitucional seria equiparar mutação e interpretação evolutiva, sem apresentar qualquer explicação ao elemento político inovador, presente em certos casos. Tal distinção será melhor explorada ao se analisar a correlação entre os conceitos de mudança informal e interpretação.

Como exemplo de mutação inconstitucional, em que há violação explícita das possibilidades semânticas de uma regra constitucional, em detrimento de princípios jurídicos esparsos e da aplicação de cânones hermenêuticos de forma errônea, cite-se a criação de uma nova hipótese de perda do mandato eleitoral, em razão da infidelidade partidária, à revelia do rol taxativo previsto no art. 55 da CF. Tal hipótese de mutação inconstitucional é explorada no tópico “4.2.3 – Mutações inconstitucionais e o ativismo da corte”.

Lado outro, identifica-se um exemplo de interpretação evolutiva/atualizadora que não consubstancia uma mutação constitucional, por inexistir conteúdo político inovador, na alteração no âmbito de significação da norma que protege a liberdade de radiodifusão, estendendo tal proteção, via judicial, a outras tecnologias semelhantes. Esse exemplo, inclusive, é expressamente mencionado por Böckenförde (2000, p. 185).

Por fim, conforme será exposto no tópico “4.2.4 – Primícias de mutação constitucional e a dificuldade de sua consolidação”, vislumbra-se uma hipótese de mudança informal pura pela via interpretativa no caso em que a corte ressignifica o enunciado normativo do art. 5º, inc. XV, da CF, apontando que a expressão “ninguém será considerado culpado” deve ser lida, também, como “ninguém poderá ser preso”. Promoveu-se, portanto, alteração constitutiva do significado preexistente atribuído à mesma disposição constitucional, revelando critério político de decisão inovador e não suscetível de ser reconduzido à vontade do legislador. Promoveu-se, no caso, alteração constitutiva do significado preexistente atribuído à mesma disposição constitucional.

Outro contorno relevante da definição do fenômeno refere-se à necessidade/desnecessidade de consolidação no tempo. As mutações carecem de um tempo

para maturação e aceitação, o que é facilmente perceptível em relação aos costumes e desusos, mas não em relação às mudanças operadas pela via jurisdicional. Indaga-se, assim, se é possível que uma decisão judicial, por si só, gere uma mutação constitucional. Importante distinguir, nesse ponto, uma efetiva mutação constitucional e uma primícia de mutação. No caso, a decisão isolada seria uma primícia de alteração informal, seria o ato originário a iniciar o processo de mudança. Para que o fenômeno se faça presente, contudo, essencial que haja uma reiteração de decisões nesse sentido, ou sua aceitação e consolidação temporal na visão da comunidade jurídica (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 67).⁵⁴

Adota-se, então, o conceito de Blanco de Moraes, com pequenas alterações. Em seu artigo “As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre interpretação e a mutação”, o constitucionalista português apresenta o seguinte conceito:

Fenômeno em que normas em sentido substancial de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder de revisão constitucional, alteram o significado de disposições constitucionais vigentes ou desvitalizam a sua eficácia (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 65).

Ante o exposto, necessário apenas inserir, nessa definição, a impossibilidade de se violar o núcleo identitário da Constituição e o núcleo semântico da norma (com o que concorda o próprio constitucionalista português), a fim de distinguir as alterações informais puras das impuras. Assim, formula-se o seguinte conceito de mudança informal pura, o qual balizará o restante da pesquisa: fenômeno em que normas em sentido substancial de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder de revisão constitucional, alteram o significado de disposições constitucionais vigentes ou desvitalizam a sua eficácia, sem violar o núcleo identitário da Constituição e guardando um mínimo de conformidade com o sentido oferecido pelo texto da disposição constitucional.

A mutação constitucional se assemelha a diversos institutos jurídicos, mas com eles não se confunde. Apesar de posições em contrário (FERRAZ, 2015, p. 10), mudanças informais não se apresentam como modalidade de Poder Constituinte, nem como espécie de interpretação constitucional. Não possui natureza jurídica de Poder Constituinte, pois este é originário (lembre-se que o poder de revisão, na realidade, é constituído, e não constituinte), ilimitado e funda-se na legitimidade popular. A mutação, ao contrário, decorre de poder

⁵⁴ De acordo com o constitucionalista português, uma decisão isolada do Tribunal Constitucional português “poderia constituir um passo para uma mutação, mas não geraria por si só essa mutação: esta está sujeita à prova do tempo, ao consenso jurídico e terá de envolver uma prática reiterada” (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 67).

derivado e de alcance parcial, é limitado pela letra da Constituição e carece de legitimidade democrática (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 69-70).

A relação entre mutação e interpretação é mais complexa. Como já apontado, há quem considere a mutação como o resultado de uma interpretação evolutiva, em razão da alteração do âmbito da norma (PEDRA, 2014, p.133-136). Em sentido oposto, parte da doutrina aduz que a interpretação evolutiva leva a resultados compatíveis com o texto constitucional, sendo prescindível o uso do termo “mutação constitucional”. Este deveria ser destinado apenas às hipóteses em que o sentido é alterado de forma contrária a Constituição, ressaltando que, por natureza (em razão exatamente do caráter inovador), o fenômeno será sempre ilegítimo. Tratar-se-iam sempre, portanto, de mutações originalmente inconstitucionais (LIERN, 2014, p. 150).

Mesmo ante a complexidade da relação, é possível afirmar que a mutação constitucional é um fenômeno que pode resultar do processo interpretativo e, em razão disso, não deve ser com ele confundido. Tal interpretação (processo) leva à mudança informal (resultado). Todavia, não se trata de qualquer processo interpretativo. Este se qualifica pela criação de um novo significado atribuído a um dispositivo constitucional, inovando na ordem jurídica.

No mais, parece intuitivo que, caso se extrapole os cânones/técnicas interpretativas, estaremos diante de mutações inconstitucionais, independentemente do conceito de mutação adotado. Entrementes, desnecessário relegar o uso do termo às hipóteses em que se esgotam as possibilidades interpretativas, como sugere Liern. O reconhecimento da mutação constitucional legítima como categoria dogmática autônoma é essencial, pois descreve um fenômeno que pode ser apreendido no plano da realidade, como resultado inovador de uma operação interpretativa válida que cria/constrói uma norma materialmente constitucional, alterando o significado de disposições constitucionais.

Neste ponto, importante nos atentarmos, de forma mais detida, à já mencionada distinção entre o fenômeno estudado e a “interpretação evolutiva da Constituição”.⁵⁵ Esta consiste na interpretação que busca atualizar o sentido das normas constitucionais, adequando-as à nova realidade subjacente (BARROSO, 2009, p. 287). Nessa hipótese, haveria uma alteração no âmbito da realidade regida pelas normas, sem que haja uma efetiva inovação no significado do dispositivo constitucional. Há uma evolução/atualização da

⁵⁵ Como será percebido no decorrer desta pesquisa e demonstrado no tópico “4.3 – Mutação constitucional: um fenômeno atípico”, parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em especial Gilmar Mendes, equiparam ambos os conceitos.

Constituição, portanto, sem que se possa falar tecnicamente em mudança informal⁵⁶ (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 64).

Böckenförde trata especificamente da interpretação que visa atualizar a aplicação das normas constitucionais. Nessa senda, aponta que há casos em que se modifica apenas a realidade social em que a norma será aplicada, sem que ela própria se altere. Na realidade, tratar-se-ia de:

Uma modificação dos efeitos que provoca a norma, e com ela uma configuração distinta da realidade ordenada pela norma, mas não implica aqui uma mudança do conteúdo mesmo da norma⁵⁷ (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 186, tradução nossa).

Como exemplo, conforme já explanado, o autor se vale da extensão da liberdade de radiodifusão aos novos meios de comunicação. Nesse caso, ante as novas condições de difusão das informações, estendeu-se os efeitos da proteção do artigos 2 e 5.1 da Lei Fundamental Alemã àqueles, adaptando-se a aplicação dos dispositivos constitucionais à nova realidade tecnológica. O último dispositivo, em sua parte final, ressalta expressamente que “A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas”.⁵⁸ Perceba-se que nesse caso não há inovação por meio da atribuição de um novo significado ao texto constitucional, e sim uma mera extensão dos efeitos a uma realidade extremamente semelhante àquela prevista na hipótese normativa.⁵⁹

Infundada, portanto, a equiparação entre mudança informal e interpretação evolutiva, conforme sustentado por P. Häberle. Este defende, aliás, que se nos valermos de uma

⁵⁶ Ao reconhecer a superveniência de uma mutação constitucional no bojo da ADI nº 4764/AC, Luís Roberto Barroso adere a tal distinção, porém o faz sem esclarecê-la de forma adequada: “A mutação constitucional por via interpretativa não se confunde com outras figuras, como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva. Consiste ela na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada” (ADI nº 4764/AC, p. 52-53).

⁵⁷ No original: “*una modificación de los efectos que provoca la norma, y con ello a una configuración distinta de la realidad ordenada por la norma, pero no está implicado aquí un cambio del contenido mismo de la norma*”.

⁵⁸ Na íntegra, o dispositivo prevê que: “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura” (Lei Fundamental da República Federal Alemã, disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 9 de jul. 2018).

⁵⁹ Em caso análogo, em decisão monocrática proferida no RE nº 600.334/SP, a Ministra Cármen Lúcia estendeu a imunidade tributária prevista no art. 150, inc. VI, alínea d, da Constituição Federal aos livros em formato de CD-ROM e afirmou que, na espécie, teria operado uma mutação constitucional. Partindo-se da distinção proposta, conclui-se que se trataria, na realidade, de uma interpretação constitucional evolutiva.

interpretação aberta, o conceito de mutação constitucional como categoria autônoma perderia sua utilidade⁶⁰ (LOPEZ, p. 111-112).

Tal concepção não explica adequadamente a distinção existente entre as hipóteses aventadas. Como resultado da interpretação evolutiva, nos deparamos com uma alteração na realidade fática que leva à modificação dos efeitos provocados pela norma. Lado outro, no caso da superveniência de uma mudança informal, altera-se o próprio significado do dispositivo constitucional, criando-se uma norma materialmente constitucional, que se consolida progressivamente no tempo, ante a aceitação da comunidade jurídica e a reprodução na jurisprudência.

Uma categorização descritiva não pode desconsiderar essas distinções. No mais, a formulação dogmáticamente consistente deve levá-las à sério, para que não se afronte, inclusive, a força normativa da Constituição. A interpretação evolutiva pode ser utilizada como técnica de adaptação do texto constitucional e demanda menor grau de criatividade, além de se perfazer com maior regularidade. A mutação constitucional, todavia, apresenta-se como uma exceção, como uma disfunção, como uma alteração do significado dos dispositivos à margem da atuação do Poder Constituinte Derivado. Pela própria definição, a exigir uma série de elementos, e considerando a vigência de uma Constituição com baixo grau de rigidez, como a brasileira, presume-se que se trata de fenômeno incomum. Correta a afirmação de Carlos Blanco de Moraes, ao aduzir que os autores que sustentam inexistir distinção entre as figuras:

[...] procuram, no fundo, com sutileza, legitimar a interpretação como via normal e silenciosa de introdução de alterações materiais na Constituição pela Justiça Constitucional e conferir normalidade “científica” e solenidade institucional ao fenômeno. No fundo e com a devida vénia e admiração fazem recordar o velho ensinamento teológico segundo o qual a melhor forma que o diabo tem de se insinuar entre nós é fazer crer que não existe (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 99).

O debate sobre quais seriam os limites jurídicos das mutações, quais mutações seriam puras (constitucionais) e quais seriam impuras (inconstitucionais), é uma exigência da força normativa da Constituição positiva. Conforme ressalta Blanco de Moraes (2013, p. 82):

Uma cômoda renúncia à densificação de limites jurídicos efetivos à mutação informal não é aceitável, pois significaria: “a legitimação do fato consumado”; a negação da função da Constituição como limite jurídico superior do poder político, a negação do fim compromissório da rigidez

⁶⁰ Gilmar Mendes, em diversos julgados, adere expressamente à equiparação entre mutação e interpretação evolutiva, citando expressamente a conclusão de Häberle.

constitucional; a negação do princípio democrático como fonte legitimadora do poder constituinte e do poder de revisão; e a negação do princípio do Estado de direito Constitucional que supõe a subordinação dos centros de poder político ao direito estabelecido, com exclusão do arbítrio inerente ao império dos fatos.

Há, todavia, autores que negam a possibilidade de se estabelecer limites ao fenômeno, por ser ele resultado da atuação de forças elementares, que não podem ser explicadas e previstas. O único limite possível ficaria a cargo da consciência do próprio intérprete em não extrapolar o texto normativo, as regras que regem o controle de constitucionalidade e os parâmetros interpretativos (BULOS, 1997, p. 91).

A dificuldade em se estabelecer os limites, contudo, não é motivo suficiente para negá-los, sob pena de se incorrer nas violações expostas por Blanco de Moraes. Se negar o fenômeno não corresponde à realidade constitucional, cancelar todas as mudanças mostra-se incompatível com a adoção de uma Constituição rígida, que pressupõe sua supremacia formal. Nessa senda, diversos autores buscaram estabelecer limites ao fenômeno, utilizando-se de critérios diversos, a depender, inclusive, do conceito de mutação constitucional e da teoria da interpretação adotados. Imprescindível, entretanto, apenas lembrar que, por mais que se faça presente uma mudança inconstitucional, se os mecanismos de controle da Constituição não se fazem valer, invariavelmente ela se tornará um fato consumado.⁶¹

Identificar se uma mutação é válida ou inválida é o ponto fulcral do estudo das mudanças informais. Extrai-se desse debate dois parâmetros de referência sobre a invalidação das mutações (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 72-73). Os adeptos do parâmetro extremo, como Canotilho (2002, p. 1229) e Liern (2014, p. 151), deduzem que qualquer mudança oriunda de fatores externos à Constituição, que de alguma forma inovam materialmente na ordem constitucional, corresponde à violação da primeira, ao passo que aqueles que encampam o parâmetro restrito, como Hesse e Böckenförde, reconhecem a possibilidade de alteração material, contanto que se guarde correspondência mínima com o núcleo semântico da norma constitucional.

Esteando-se no conceito já formulado de mutação constitucional, infere-se sua incompatibilidade com o parâmetro extremo. Adotar-se-á, portanto, o paradigma restrito, pelo qual se admite a inovação, contanto que haja correspondência com o núcleo semântico

⁶¹ Nesse sentido, Blanco de Moraes (2016, p. 74-75) consigna que “a ausência de reação jurisdicional atempada contra as mutações inconstitucionais tende a ‘convalidá-las’, pelos órgãos que carecem de uma credencial constitucional, para alterarem substancialmente o sentido da Lei Fundamental, e se encontram, paradoxalmente, investidos no poder de impedir alterações inválidas à mesma Lei quando oriundas de outros Poderes. Em suma, coloca-se, quanto a este ponto, um problema crítico a respeito das mutações: é que, sejam elas válidas ou inválidas, a sua perenização redundará num facto consumado [...]”.

mencionado. Para Hesse (2013, p. 167), o núcleo semântico da norma corresponde ao seu programa normativo. Böckenförde (2000, p. 192), por outro lado, indica que o próprio conceito de mudança informal pressupõe certa mudança no próprio programa, contanto que ele não seja desnaturado, respeitando-se seu núcleo essencial.

O objetivo da presente pesquisa não é estabelecer limites claros às mutações ou apontar qual teoria é a correta. Aliás, a dogmática do direito constitucional tenta, há mais de cinquenta anos, estabelecer quais seriam eles, contrapondo a mutação a outros fenômenos e práticas, sem que haja consensos definitivos. Note-se, todavia, que há algo comum às teorias propostas pelos diversos autores que abordam o tema e se pautam pelo parâmetro restrito: há que se respeitar tanto o núcleo semântico do texto constitucional quanto o núcleo identitário da Constituição. Seja vislumbrando uma alteração apenas no âmbito da norma, seja concluindo que há a necessidade de influência sobre seu programa normativo para que ocorra uma efetiva mudança informal, deve-se respeitar as possibilidades do texto e os cânones interpretativos.

Buscar-se-á, especialmente nos capítulos 3 e 4 desta pesquisa, por meio de análise jurisprudencial qualitativa, compreender como o STF trabalha com o conceito de mutação constitucional em suas decisões interpretativas que, ao menos em tese, operam o fenômeno, e se ele respeita as possibilidades semânticas do texto constitucional. Uma das hipóteses aventadas é que tais limites não são respeitados e que nossa corte suprema utiliza o conceito como um trunfo argumentativo, a fim de justificar decisões inovadoras que representam a marca do ativismo judicial. A fim de permitir tal análise, imperioso reconhecer as formas pelas quais, em regra, desrespeita-se o núcleo semântico, ao menos no que se refere às mutações pela via jurisprudencial.

Como referência, utilizar-se-á a tipologia proposta por Blanco de Moraes. Nesta, o constitucionalista português assinala cinco práticas decisórias, por parte da Jurisdição Constitucional, que invalidam as mutações constitucionais. São elas (i) decisões que se valem do uso de técnicas hermenêuticas defeituosas, tais como analogias proibidas, interpretações restritivas ou extensivas, dogmaticamente infundadas, ou interpretações conformes que não podem ser aplicadas ao caso concreto; (ii) decisão que rompa, sem qualquer fundamentação material, com precedentes interpretativos firmados sobre o significado de um preceito; (iii) decisão que se revele ilógica ante o dispositivo normativo, contrariando objetivamente seu enunciado; (iv) decisão que cria, fora de qualquer consenso jurídico, critérios primários de decisão política, gerados a partir de princípio sem objeto definido ou sem assento constitucional; e (v) decisão que manipula o sentido ou o real impacto dos fatos, de forma a

construir uma norma sem correspondência no enunciado normativo da Constituição (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 100).

Dessume-se que, nestes casos, o juiz constitucional extrapola suas funções, e acaba por usurpar atribuições do Poder Constituinte Derivado, cujo exercício é comumente conferido ao Poder Legislativo, valendo-se da manipulação de técnicas interpretativas consagradas, da superação de precedentes sem fundamentação razoável, da manipulação do uso de princípios jurídicos e da manipulação de fatos, usando-os como forma de justificar suas decisões. Conforme será visto no próximo capítulo, são práticas que podem ser classificadas como ativistas e que, em certa medida, consubstanciam uma ótica específica pela qual se compreende o direito constitucional, denominada Neoconstitucionalismo⁶².

O contexto em que o fenômeno se desenvolve, portanto, influencia não apenas em sua configuração, mas também na sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. Se estamos diante de um Poder Judiciário que adota postura ativista e que busca corrigir políticas públicas e transformar a sociedade, maior será a probabilidade de incidência de mutações inconstitucionais. Por outro lado, diante de um Poder Judiciário que adota postura contida, prestando deferência às escolhas políticas dos outros Poderes de Estado, possível que haja não apenas escassas mutações inconstitucionais, mas também poucas mutações constitucionais.

Com o intuito de angariar elementos teóricos que auxiliem na compreensão do uso argumentativo do fenômeno na jurisprudência do STF, destina-se o próximo capítulo ao estudo da relação entre ativismo judicial e mutações, prestando especial atenção à concepção neoconstitucionalista que, se não é adotada expressamente pelos ministros, influencia a postura ativista da corte. Em um segundo comentário, pretende-se assimilar como determinados aspectos institucionais, especificamente relacionados à estrutura decisória da Suprema Corte, influenciam na identificação e no controle das mudanças informais.

⁶² Confira os tópicos “2.1 – Ativismo judicial e mudanças informais da Constituição” e “2.2 – Neoconstitucionalismo à brasileira”.

2 MUDANÇAS INFORMAIS PELA VIA JURISDICIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E PRÁTICA DECISÓRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A primeira vez que a mutação constitucional foi mencionada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício da função jurisdicional, nos remete a uma decisão monocrática prolatada no ano de 2001, conforme já explicitado. Desde então, até maio de 2018, houve mais de 73 referências às mudanças informais, sendo 29 em acórdãos e 44 em decisões monocráticas.⁶³ Passou-se a fazer referências ao fenômeno em ações formalmente distintas, com os mais variados objetos. O ministro Gilmar Mendes (2016, p. 188 e ss.), em artigo publicado recentemente, aponta a existência de mutações constitucionais em normas que tratam da perda do mandato eletivo, do controle difuso de constitucionalidade, da união estável, do benefício assistencial, dentre outras, e ressalta o papel da jurisprudência do STF como fonte originária das alterações informais. Tais mudanças foram empreendidas em decorrência de decisões colegiadas prolatadas em ações diretas de inconstitucionalidade, em ações de descumprimento de preceito fundamental, em recursos extraordinários, em mandados de segurança, dentre outras.

Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 138) já apontava, em meados da década de 1980, a existência de hipóteses de mutação constitucional sob a égide de diversas Constituições brasileiras, inclusive pela via jurisdicional. Demonstrava, inclusive, o advento de mutação pelo tratamento dado pelo STF ao *habeas corpus* (HC) na vigência da Constituição de 1891, estendendo sua aplicação a hipóteses não relacionadas diretamente ao direito de locomoção. Explicitando, na fundamentação, a importância do direito de locomoção para o resguardo de outros direitos fundamentais, o STF, de forma inovadora, passou a admitir a tutela destes mediante o uso do remédio constitucional, o que não ocorria em outros ordenamentos jurídicos.⁶⁴

Percebe-se, portanto, que, por mais que as mudanças informais sejam uma constante, o órgão de cúpula do Poder Judiciário se atentou ao fenômeno, ao menos de forma expressa, apenas no século XXI. Importante lembrar que o Poder Judiciário não apenas produz

⁶³ Esse dado foi obtido por meio de pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, (disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar>>. Acesso em: 1 maio 2018), utilizando-se os termos “mutação constitucional” e “mudança informal”, em primeiro de maio de 2018, data em que a amostra da pesquisa jurisprudencial foi composta, conforme explanado no tópico “3.1 – Metodologia da análise jurisprudencial”.

⁶⁴ Outra mutação pioneira, lembrada pela constitucionalista, decorre das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que admitiram a ação direta de inconstitucionalidade contra leis municipais ofensivas à Constituição Federal, ante a omissão do Poder Constituinte estadual e o silêncio da Constituição de 1967 (FERRAZ, 2015, p. 140).

mutações, mas também referenda aquelas decorrentes de fontes fáticas de formação espontânea ou de atos advindos de outros Poderes.

Em paralelo, demonstrou-se que as mutações constitucionais, pelo que se observa em outros ordenamentos, acabam por perder espaço perante as mudanças formais, na medida em que é facilitado o exercício do poder de reforma. Há uma relação inversamente proporcional entre reformas e mutações. No caso brasileiro, estamos diante de uma Constituição formal que não apresenta alto grau de rigidez, vez que se exige na fase deliberativa, mesmo que em dois turnos de votação, o *quorum* de apenas 60% dos parlamentares de ambas as casas do Congresso nacional,⁶⁵ além de não ser necessária a ratificação por parte das unidades federadas.⁶⁶

Ainda, o texto constitucional disciplina diversas matérias de forma específica, tais como o sistema tributário, a seguridade social, a organização sindical, não se limitando, portanto, a prever um rol de direitos fundamentais e a desenhar as instituições políticas, distribuindo funcional e territorialmente o poder político. É natural então que, ao se diminuir o espaço de conformação do Poder Legislativo, a reforma constitucional acabe sendo a solução para que novos consensos políticos sobre essa diversidade de temas seja implementada.⁶⁷

Todas essas peculiaridades do texto constitucional permitem inseri-lo no já mencionado modelo pragmático.⁶⁸ Seria razoável presumir, destarte, que a proliferação das reformas constitucionais seria algo natural e que, em contrapartida, as mudanças informais, mesmo que sempre presentes (até porque dentre suas fontes, há aquelas cuja marca é a espontaneidade), perderiam espaço.

⁶⁵ Como exemplos de Constituições que apresentam maior rigidez, podem ser citadas a Constituição holandesa, que exige, para que se emende o texto, a aprovação por dois terços dos parlamentares; a Constituição italiana, que, para que não tenha que ser submetida a *referendum*, exige a aprovação por dois terços dos parlamentares, e a Constituição americana, que também exige o *quorum* de dois terços (FERREIRA FILHO, 2014, p. 146-147).

⁶⁶ Há Constituições que exigem a ratificação, seja por parte dos Estados-membros (o texto constitucional norte-americano exige a ratificação por três quartos das unidades federadas), seja por parte da população, mediante referendo, conforme se extrai dos textos constitucionais italiano, na hipótese de a emenda ter sido aprovada apenas por maioria absoluta, e suíço (FERREIRA FILHO, 2014, p. 147-148).

⁶⁷ Elkins, Gisburg e Melton (2009, p. 79) ensinam que a grande abertura pública do debate constituinte no Brasil culminou na criação de uma das Constituições mais extensas e detalhistas do mundo, o que faz com que ela seja mais durável que outras Constituições latino-americanas. Anote-se que os autores defendem que a maior inclusão no processo constituinte, a especificidade do texto e o baixo grau de rigidez colaboram para a maior durabilidade da Constituição positiva.

⁶⁸ Conforme modelos relacionais entre reformas e mutações, propostos por Xenophon Contiades e Alkmene Fotiadou no capítulo “Models of constitutional change” da obra *Engineering Constitutional Change – A comparative perspective on Europe, Canada e EUA* (2013), apresentados nesta pesquisa no tópico “1.1 – Mudanças constitucionais: dosagem e estabilidade”.

A proliferação de emendas é uma realidade. Em 29 anos de existência, a Constituição Federal (CF) de 1988 já foi emendada 105 vezes,⁶⁹ das quais 99 correspondem a emendas constitucionais e 6 a emendas de revisão.⁷⁰ Lado outro, mesmo ante todas essas alterações formais, ao menos pelo que se extrai do discurso dos ministros do STF, a mutação constitucional ocorre regularmente, principalmente por meio da atuação da própria corte.⁷¹

Ante uma Constituição que pode ser facilmente emendada e, de fato, o é, proliferam-se menções às mutações na jurisprudência do STF, decorrentes, em grande maioria, da atividade interpretativa. Poder-se-ia pensar que as mudanças informais, exatamente em razão de sua natureza, são difíceis de serem controladas e acabam operando de forma contínua, inclusive em razão da grande quantidade de normas constitucionais passíveis de serem alteradas. Essa explicação, todavia, não convence.

Estamos diante de um quadro disfuncional, indicativo de que a lógica da relação inversamente proporcional entre reforma e mutação não se perfaz por algumas especificidades da prática constitucional brasileira. A simples constitucionalização de diversas matérias não explica o fato de, mais de doze anos após a promulgação do texto constitucional, o STF ter passado a se atentar, progressivamente, ao fenômeno da mutação constitucional. Conforme sugere Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2013), nos últimos anos o Supremo tem realmente mudado o texto da Constituição, ousando construir uma nova ordem constitucional.

A multiplicação das mutações constitucionais pela via jurisdicional, na realidade, ocorre em paralelo à intensificação do ativismo judicial no STF, com o qual está intimamente imbricada. Parte das decisões identificadas como ativistas corresponde, inclusive, às decisões que, supostamente, empreenderam mudanças no texto constitucional.

O presente capítulo tem como escopo (i) a compreensão da relação existente entre o ativismo judicial e as mudanças informais, angariando-se elementos teóricos que servirão de norte para a análise jurisprudencial a ser realizada nos próximos capítulos, e (ii) a

⁶⁹ Dados extraídos do portal oficial da Presidência da República do Brasil (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 maio 2018).

⁷⁰ Tratando da instabilidade normativa da Constituição Federal de 1988, comparando-a com outros diplomas constitucionais, José Duarte Neto (2010, p. 286-287) pontua que: “a Constituição espanhola, em trinta anos de vigência, sofreu uma alteração formal, a portuguesa em trinta e dois anos, seis revisões constitucionais, a Constituição francesa em quarenta anos foi alterada por vinte e quatro leis constitucionais, a Constituição da República Italiana, em quarenta anos de vigência, sofreu trinta e quatro revisões constitucionais, a Lei Fundamental da República Federal Alemã, em trinta e nove anos, cinquenta e duas modificações formais, e a Constituição americana, em mais de dois séculos, vinte e sete emendas”.

⁷¹ Diversos autores reconhecem que, atualmente, é o Supremo Tribunal Federal o principal responsável pelas mudanças informais. Dentre eles, cite-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2013), Gilmar Ferreira Mendes (2016, p. 188-189), Luís Roberto Barroso (2009a, p. 129-132), Daniel Sarmento (2012, p. 556-561) e Cibele Fernandes Dias (2012, p. 147-188).

identificação das possíveis causas, além da própria postura ativista, que dificultam tanto a identificação quanto o controle das mutações constitucionais.

A relação existente entre mutação e ativismo molda a hipótese da presente pesquisa: o Supremo não adota um discurso coerente, sendo que em muitos momentos os ministros se contradizem sobre a própria definição do conceito, além de, aparentemente, utilizar institutos de forma a operar mutações inconstitucionais. Tudo a denotar a operacionalização do conceito como trunfo argumentativo, a fim de justificar decisões ativistas.

Se o ativismo influi e é influenciado pela utilização retórica do fenômeno, há outras causas, também relacionadas ao primeiro, que dificultam a identificação das mudanças pela via jurisdicional e prejudicam o adequado tratamento teórico dado ao conceito. Necessário, assim, atentar para as peculiaridades da estrutura decisória do STF, em específico, (i) a dificuldade em se extrair a razão de decidir das decisões colegiadas, (ii) o baixo grau deliberativo, que impede a ampla discussão sobre os fundamentos das decisões e (iii) a ausência de uso qualitativo dos precedentes.⁷²

2.1 ATIVISMO JUDICIAL E MUDANÇAS INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO

O termo ativismo judicial foi utilizado, pela primeira vez, por Arthur Schlesinger em artigo veiculado na revista *Fortune*, em edição publicada em janeiro de 1947. Nesse artigo, o autor americano traçou o perfil dos juízes da Suprema Corte norte-americana, pautando-se pelas posições por eles tomadas ante as políticas públicas intervencionistas (*New Deal*) implementadas pelo governo Roosevelt. Fez referência, portanto, ao papel do Poder Judiciário em uma democracia constitucional e a sua participação na promoção de políticas de bem-estar social. Parte dos juízes, ao considerarem que a política e o direito são inseparáveis, entendia que o Poder Judiciário deveria guiar suas decisões pelas consequências delas advindas. Outros integrantes, contudo, eram mais céticos sobre a noção individual de justiça de cada julgador e defendiam que a lei possui significados fixos e, por isso, estariam limitados por esses significados. Assim, professavam uma postura deferente ante as decisões políticas emanadas

⁷² Uma única decisão da corte não opera uma mutação, consistindo apenas em uma primícia de mudança informal, conforme já explorado no tópico “1.6 – Definição de mutação constitucional e seus limites”. De resto, conforme aponta Francisco Fernández Segado (2016, p. 131) ao analisar as mutações empreendidas pela Suprema Corte norte-americana, o fenômeno normalmente consolida-se com a superação de precedentes, após contínuo debate sobre votos divergentes (*dissent*) proferidos em ações anteriores.

dos outros Poderes.⁷³ Os juízes que compunham o primeiro grupo seriam, assim, ativistas (KMIEC, 2004, p. 1446).

O fenômeno ao qual o historiador Arthur Schlesinger fez referência, qual seja, a interferência por parte do Poder Judiciário no conteúdo das decisões políticas advindas das instâncias políticas majoritárias, reconhecendo-se a criatividade judicial, já era uma prática costumeira no constitucionalismo norte-americano desde o século XIX. Todavia, ao se cunhar o termo, com os aportes teóricos posteriores, passou-se a abordar o fenômeno de forma recortada, especialmente após a década de 1960 (KMIEC, p. 1450).

O termo é plurívoco⁷⁴ e ensejou debates no âmbito da ciência política,⁷⁵ da filosofia do direito⁷⁶ e da dogmática constitucional. A presente pesquisa não tem o escopo de analisar as mais diversas acepções imprimidas ao termo, e nem de abordá-lo sob a ótica da ciência política ou da filosofia do direito. Visando extrair elementos teóricos da relação entre ativismo judicial e mutação constitucional, busca-se, em um primeiro momento, apenas estabelecer um conceito dogmático de ativismo, considerando as características do ordenamento jurídico brasileiro.

Keenan D. Kmiec (2004, p. 1463-1476) afirma que a doutrina constitucional norte-americana costuma apontar a existência da prática ativista quando (i) invalida-se, na seara judicial, uma lei regularmente promulgada, (ii) o juiz ignora precedentes firmados, (iii) o juiz cria o direito, (iv) interpreta-se o texto legal afastando-se de métodos interpretativos comumente aceitos e (v) julga-se em atenção aos resultados e consequências.

A primeira prática é intrínseca a qualquer sistema em que há controle forte da constitucionalidade das leis, atribuindo-se a última palavra provisória sobre a inconstitucionalidade ao órgão jurisdicional. A superação dos precedentes firmados, no

⁷³ O grupo de juízes ativistas era integrado pelos *justices* Black, Douglas, Murphy e Rutledge. Já o grupo que apresentava inclinação pela autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) era composto pelos *justices* Frankfurter, Jackson e Burton. Havia, ainda, *justices* (Vinson e Reed) que, pelas inclinações, não se adequavam a qualquer dos grupos (KMIEC, 2004, p. 1446).

⁷⁴ Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi (2011, p. 470) ressaltam que o termo é utilizado para designar “a intensa atividade do Judiciário, sua intervenção em casos duvidosos ou claramente políticos, a amplitude e forte intensidade dos efeitos das decisões judiciais, assim como o protagonismo do juiz no processo”. Na jurisprudência, também há várias referências a distintas acepções do termo, ora valorando-se a prática como algo positivo, ora como algo negativo (TASSINARI, 2013, p. 121-127).

⁷⁵ Em 1957, o cientista político Robert Dahl (2016, p. 480-483), por meio de abordagem empírica, já ressaltava a extrema relevância do papel da Suprema Corte norte-americana na tomada de decisões políticas e na interferência nas políticas públicas.

⁷⁶ Insere-se aqui o profícuo debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a quem deve pertencer a última palavra sobre a constitucionalidade das leis. Para o primeiro, caberia ao Poder Judiciário, pautando-se por uma leitura moral da Constituição e pela sua concepção de direito enquanto integridade (DWORKIN, 2014, p.476), ao passo que o segundo defende que, em um sistema democrático, a última palavra deve pertencer aos representantes do povo, não lhe podendo ser vedada a participação no processo decisório (WALDRON, 2001, p. 243-244).

mesmo sentido, é inerente à própria evolução jurisprudencial, sendo que há mecanismos próprios para que essa superação se dê em atenção ao precedente anterior (*overruling*). Tais critérios são insuficientes, destarte, para qualificar uma prática ou decisão judicial como ativista.

No que se refere à criação judicial do direito, após a superação do positivismo legalista, há consenso razoável sobre o papel criativo do juiz, inclusive na família da *civil law*. Hans Kelsen (1999, p. 164) já ensinava que “todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”. A decisão do juiz implica, invariavelmente, a criação da chamada “norma de decisão”, nos limites da discricionariedade judicial. Interpretar a Constituição é concretizá-la, criando-se normas novas, que poderão inovar apenas nos limites de seu texto. Não parece ser este, portanto, um critério aceitável para qualificar uma decisão como ativista.

O uso de métodos interpretativos distintos dos métodos comumente aceitos também não é um parâmetro adequado para definir a prática ativista, porque não há consenso sobre quais métodos seriam, efetivamente, aceitos, além de que novas teorias, por mais que deferentes às decisões políticas norteadas pela discricionariedade legislativa, poderiam ser taxadas de ativistas. A adoção da metódica estruturante⁷⁷ de Friedrich Müller não leva necessariamente, por exemplo, à ausência de autocontenção.

Por fim, considerar os possíveis efeitos práticos da decisão no decorrer do processo interpretativo, por si só, não é uma prática deletéria e ativista. O problema se dá quando a análise das consequências da decisão é o único critério adotado pelo julgador, fazendo com que ele extrapole os limites de sua discricionariedade, moldada pela Constituição e por outros atos normativos.

Pressupondo diversas mudanças teóricas no direito constitucional, Luís Roberto Barroso (2009b, p. 394) entende que o ativismo judicial, que vê com bons olhos, está associado a uma maior participação do Judiciário na concretização de fins e valores constitucionais, interferindo no espaço de atuação de outros Poderes ao (i) aplicar diretamente a Constituição, independentemente da manifestação do Poder Legislativo, (ii) declarar a inconstitucionalidade das leis ao utilizar parâmetros menos rígidos que a patente violação ao texto constitucional e (iii) interferir em políticas públicas, impondo condutas aos outros Poderes.

⁷⁷ Conforme ressaltado no tópico “1.4 – Mudanças informais na tradição germânica”, Konrad Hesse sugere a utilização da teoria estruturante como forma de identificar os limites às mutações constitucionais.

Conforme se verá, tal conceito acaba por infirmar a normatividade constitucional e decorre de uma visão neoconstitucionalista, que será explorada no próximo tópico. O autor acerta ao apontar a interferência na função de outros Poderes como critério identitário, todavia, limita-se a descrever como ela se dá, sem apresentar parâmetros dogmáticos sólidos que possibilitem compreender a atuação regular do Poder Judiciário em um estado de direito, democrático e no qual vigora a separação de poderes.

Ante os problemas encontrados pela Dogmática na busca de um conceito normativo de ativismo judicial, importante atentar para o papel da jurisprudência nas distintas famílias do direito ocidental. Por mais que se reconheça a aproximação contínua entre as duas famílias, é necessário buscar um conceito dogmático adequado ao sistema constitucional brasileiro, que integra a família da *civil law*. Conforme ressalta Elival da Silva Ramos (2010, p. 105):

Há que se recusar às decisões judiciais o caráter de fonte em sistemas da família romano-germânica, ressalvadas algumas exceções [...]. Em sentido inverso, nos sistemas da *common law*, como é o caso do direito na Inglaterra e nos Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância da legislação em ambos os ordenamentos.

Como as decisões judiciais ocupam o posto de principal fonte do direito, dificulta-se a caracterização, na *common law*, do que seria uma decisão ativista. Ao Poder Judiciário sempre foi atribuído importante papel na criação do direito, motivo pelo qual neste sistema as discussões sobre ativismo tendem a se concentrar no campo da filosofia do direito, formulando-se distintas teorias sobre a legitimidade/ilegitimidade de sua atuação. Elival da Silva Ramos (2010, p. 107) elabora um conceito amplo de ativismo, adequado às duas famílias, apresentando-o como uma mera disfunção no exercício da atividade jurisdicional. Todavia, formula um conceito estrito mais apropriado à família romano-germânica, apto a ser trabalhado pela dogmática constitucional:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010, p. 129).

O conceito estrito apresentado pelo constitucionalista é mais adequado aos fins da presente pesquisa, pois sugere parâmetros dogmáticos à atuação judicial, indicativo da necessidade de respeito às balizas constitucionais, permitindo-se afirmar que a disfunção, ao

menos em ordenamentos semelhantes ao nosso, consiste em ultrapassar as atribuições típicas do Poder Judiciário, ingressando no núcleo das funções típicas de outros Poderes, em detrimento do princípio da separação funcional de poderes.

Trata-se de abordagem de natureza qualitativa, por ser pautada pelo critério de atuação do julgador. Uma decisão ativista, destarte, constitui ato jurídico que viola a CF. Critérios quantitativos não convencem,⁷⁸ pois a intensidade da intervenção do juiz em matérias políticas que ordinariamente seriam, ou até mesmo já foram, decididas em outras instâncias de poder, por si só, não é indicativa de qualquer disfunção. A quantidade de leis declaradas inconstitucionais, por exemplo, pode explicitar a baixa tecnicidade do legislador, que estaria atuando além da discricionariedade legislativa. Aponta, na realidade, outro fenômeno, qual seja a judicialização da política, que não se confunde com o ativismo judicial (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 462).

Importante, neste ponto, traçar a distinção entre a judicialização da política e o ativismo. A primeira pressupõe a destinação de demandas com cunho político ao Poder Judiciário, as quais, em outras épocas, seriam resolvidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Afere-se a judicialização tanto por meio de critérios quantitativos (quantidade de ações) como qualitativos (ações que versam sobre políticas públicas, questões *interna corporis* de outros Poderes etc). Já o ativismo pressupõe uma postura do Poder Judiciário, especialmente ao decidir demandas que decorrem da judicialização da política. Assim, por mais que os conceitos não possam ser equiparados, estão eles atrelados, pois posturas ativistas dependem, em larga medida, da judicialização da política (MELO FILHO, 2013, p. 12-13).

Nessa senda, há que se observar os contornos dogmáticos do ativismo judicial, para que seja possível estabelecer uma relação entre essa prática e as mutações constitucionais. Necessário, em um primeiro momento, assimilar em que medida uma interpretação criativa da Constituição constitui uma postura ativista. Se a concretização dos enunciados normativos sempre importará, em alguma medida, na criação de uma norma destinada ao caso concreto, o grau de inovação dependerá do espaço de conformação judicial.⁷⁹ Há, portanto, íntima relação

⁷⁸ Critérios quantitativos podem ser úteis para traçar, em conjunto com critérios qualitativos, o perfil de uma determinada Corte Constitucional. No entanto, quando empregados de forma isolada, pouco dizem sobre a postura ativista.

⁷⁹ A discricionariedade judicial submete-se a limites muito mais intensos quando comparada à discricionariedade legislativa. A vinculação do legislador é menos reduzida, pois o escopo da atividade legislativa é exatamente compor o nível primário do ordenamento jurídico, guiada pela regra da maioria, corolário do princípio democrático, levando em conta exatamente os espaços de conformação que lhe foram deixados, muitas vezes de forma consciente, pelo Poder Constituinte. Utilizam-se critérios de oportunidade e conveniência na implementação de projetos políticos. A discricionariedade judicial, ao contrário, deve considerar não apenas as escolhas do Poder Constituinte, mas também os textos normativos veiculados pelo Parlamento,

entre discricionariedade judicial e interpretação, pois não é dado ao juiz decidir livremente. A primeira é talhada pelo plano da compreensão do significado dos dispositivos constitucionais e legais (RAMOS, 2010, p. 125).

A interpretação do texto constitucional possui, todavia, especificidades. As normas constitucionais são dotadas de supremacia formal e possuem caráter nomogenético. Além disso, muitas delas são concretizadas por meio de normas-princípios, tendo o Poder Constituinte usado linguagem aberta, vaga e ambígua (RAMOS, 2010, p. 139-140). Ante tais características, foram formulados diversos princípios próprios à interpretação constitucional, quais sejam os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição e da máxima efetividade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 110 e ss.).

Tais características ampliam não apenas a discricionariedade judicial, mas também a legislativa e a administrativa. Todos os intérpretes da Constituição deverão operar os conceitos vagos e indeterminados de forma coordenada, sem que haja a invasão do núcleo da função típica de quaisquer dos Poderes.⁸⁰ Por isso a necessidade de compreender o ativismo judicial sob a ótica da separação dos poderes. Interpretações evolutivas e construtivas, por si só, não se caracterizam como práticas ativistas. Apenas haverá ativismo caso o Poder Judiciário avance sobre o núcleo essencial da função atribuída a outros Poderes,⁸¹ inovando na ordem jurídica sem respaldo no texto constitucional ou legal.

Aplicar diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas no texto constitucional, em detrimento da manifestação do legislador ordinário, prática ativista segundo Barroso, provavelmente levaria a uma violação do princípio da separação de poderes. Há hipóteses nas quais o texto regula de forma suficiente um determinado direito ou instituto, permitindo-se sua aplicação ante a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, a aplicação direta da Constituição, em desatenção às normas infraconstitucionais que tratam da

sempre atuando na decisão de casos concretos (RAMOS, 2010, p. 124). Em sentido contrário, Luís Roberto Barroso aduz que, embora a interpretação constitucional seja levada a cabo por todos os Poderes, “a interpretação judicial goza de primazia, devendo prevalecer em caso de controvérsia” (2009a, p. 128).

⁸⁰ Não se está defendendo uma separação funcional rígida do poder político, típica do constitucionalismo liberal do século XIX, pela qual o Executivo apenas executa, o Legislativo apenas legisla e o Judiciário apenas julga. Há interconexões entre as funções (BAMBINI, 2013, p. 80). Todavia, há que se respeitar o “núcleo essencial” afeto a cada um dos Poderes.

⁸¹ Ao abordar o princípio da separação de poderes, com fundamento em Canotilho, Elival da Silva Ramos (2010, p. 116) aponta que ele envolve uma articulação entre os órgãos e as funções do Estado. Cada um dos Poderes possui uma função típica (legislar, executar e julgar), sendo que elas admitem eventual compartilhamento interorgânico nos limites dados pelo texto constitucional. O núcleo essencial da função engloba, portanto, o que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente.

matéria, quando os outros Poderes atuam nos limites de suas discricionariedades, engendra necessária usurpação à função essencial dos últimos.

Da mesma maneira, haverá ativismo quando da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador ordinário com base em critérios menos rígidos e sem que haja ostensiva violação à Constituição.⁸² Ora, a adoção de critérios que exorbitam as possibilidades semânticas do texto constitucional leva à consequente usurpação da função legislativa. Não cabe ao Poder Judiciário apontar que a interpretação legislativa, levada a cabo no processo de conformação e tendo o Poder Legislativo atuado dentro das mencionadas possibilidades, deve sucumbir perante a interpretação que entende como mais adequada.⁸³

Por fim, no mesmo sentido, impor condutas ou abstenções ao Poder Público, alterando-se políticas públicas, apenas se justifica ante desvios ou omissões consolidadas de outros Poderes e em razão de normas constitucionais autoaplicáveis. Normas constitucionais programáticas, que dependem de atos de outros Poderes para se tornarem aplicáveis, não podem levar à imposição de condutas concretas, também sob pena de usurpação.⁸⁴

Após tais considerações, indaga-se: o fenômeno da mutação constitucional pela via jurisdicional pressupõe uma postura ativista do juiz constitucional? O ativismo judicial na seara constitucional consiste na atuação criativa que distorce o conteúdo semântico do texto constitucional, por meio da interpretação, deformando-se a obra do Poder Constituinte e invadindo o espaço de conformação de outros Poderes ao invalidar normas infraconstitucionais criadas dentro das possibilidades semânticas da Constituição.

⁸² Elival da Silva Ramos (2010, p. 151-168) identifica e sistematiza graus de intensidade pelos quais o exercício do controle de constitucionalidade dos atos normativos deverá se nortear. Elabora os seguintes parâmetros: (i) os atos decorrentes da função de governo não devem se submeter ao controle, (ii) o controle deverá ser mínimo em relação a atos decorrentes do exercício de jurisdição pelo Poder Legislativo, (iii) deverá ser médio fraco o controle em face de atos *interna corporis* e atos de chefia de Estado, assim como quando se utiliza normas-princípios como parâmetro para se aferir a constitucionalidade, (iv) o controle deverá ser médio forte em relação a atos administrativos discricionários e quando tiver como parâmetro normas-regras e (v) deverá ser máximo em relação a atos administrativos plenamente vinculados.

⁸³ Concorde-se com Jeremy Waldron (2003, p. 190) quando este afirma que, em uma democracia, há uma dignidade intrínseca ao princípio da maioria e às decisões dele decorrentes tomadas pelo Poder Legislativo. O autor americano sustenta que em democracias consolidadas, seria desnecessário um controle forte de constitucionalidade das leis (WALDRON, 2006, p. 1360). Mesmo que se parta de um sistema democrático em que vigora o controle forte, como o brasileiro, é intuitivo que o Poder Judiciário deve ser deferente às opções políticas da maioria, caso não haja violação ao texto constitucional.

⁸⁴ Comum a crítica sobre a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas também sob a ótica de sua capacidade institucional. Em livro recentemente publicado, Jerold Waltman (2015, p. 58-59) sugere a autocontenção no que tange a intervenção em políticas públicas já implementadas por outros Poderes, pois o Judiciário não possui uma visão global sobre todo o ciclo de formação da política pública, e sequer dispõe de instrumentos para avaliar as consequências da decisão. Ainda, interfere levando em conta um caso específico, que nunca permite aferir todas as peculiaridades que envolveram a tomada da decisão originária pelo órgão competente. Ao final, a intervenção se torna irreversível, mesmo diante de efeitos deletérios, pois a decisão judicial é “irrevogável”.

A mutação constitucional, por outra banda, decorre de uma atividade criativa que empresta novo significado às disposições constitucionais vigentes, porém sem violar os elementos fundantes da Constituição e guardando um mínimo de conformidade com o sentido oferecido pelo texto da disposição constitucional. Imperioso concluir, considerando o conceito dogmático de ativismo judicial apresentado, que a postura ativista, por violar a Constituição, nunca conduzirá a uma mudança informal legítima. Ensejará, na verdade, uma mutação inconstitucional. Essa é a conclusão de Elival da Silva Ramos (2010, p. 141):

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que deveriam ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, pratica essa cuja gravidade fala por si só.

A prática ativista, portanto, facilita a mutação inconstitucional, deformando o texto normativo ao transpor seus limites interpretativos, atribuindo-lhe significado que não guarda consonância mínima com o programa da norma. A intensificação da prática ativista possui relação direta com a proliferação de mudanças informais inconstitucionais. Interessante notar que a multiplicação das referências à mutação constitucional nas decisões do STF ocorreu exatamente no período em que se vislumbra a superação do “modelo passivista” da corte. Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, *e-book*) afirma que, após a promulgação da CF de 1988, o Supremo adotou clara postura de autorrestrição prudencial funcional, o que se alterou no início do milênio, principalmente por meio de decisões que passaram a influir na dinâmica dos processos políticos eleitorais e nas grandes questões sociais e morais contemporâneas.

Passa-se a analisar as causas do ativismo judicial, essenciais para a compreensão da mudança de postura da suprema corte brasileira. Se a judicialização da política e o ativismo não se confundem, as causas de ambos, em grande medida, são as mesmas. Se o Poder Judiciário é chamado a decidir sobre causas políticas e que produzem impacto sobre a função de outros Poderes, fomenta-se a possibilidade de atuação ativista do juiz.

Em *The Global Expansion of Judicial Power*, C. Neal Tate (1995, p. 28-31) aponta que, dentre as condições que facilitaram a expansão do Poder Judiciário e a judicialização da política, inclui-se a democratização do sistema político, a política extensiva de direitos, o uso das cortes por grupos de interesses, o uso da corte pela oposição política, a inefetividade das instituições majoritárias e a delegação consciente de temas políticos por parte das instituições majoritárias.

Em sentido análogo, atento à realidade brasileira, Luís Roberto Barroso (2009b, 392-393) sustenta que a primeira grande causa da judicialização no país foi a redemocratização, vez que o texto constitucional de 1988 elevou o Poder Judiciário à categoria de efetivo poder político, deixando de ser concebido como um departamento técnico-especializado. A segunda seria a já mencionada constitucionalização abrangente, porquanto o texto passou a regular diversas matérias que, sob a égide das Constituições anteriores, eram disciplinadas pelo processo político majoritário. Por fim, menciona a nova configuração do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, uma combinação entre os modelos austríaco e norte-americano de controle, sendo que o texto constitucional em vigência ampliou sobremaneira a legitimidade e o objeto das ações de controle abstrato e concentrado, que se soma ao advento da atividade normativa atípica do STF (edição de súmulas vinculantes).

Ao enumerar os fatores de propulsão do ativismo judicial no Brasil, Elival da Silva Ramos (2010, p. 268 e ss.) faz referência ao modelo de estado intervencionista, que decorre da democratização do poder político e da própria constitucionalização de novos direitos, em especial os direitos sociais, da expansão do controle abstrato de normas, da atividade normativa atípica do STF e da concepção neoconstitucionalista do direito constitucional.

Há, portanto, certa correspondência entre os fatores que fomentam o ativismo e a judicialização da política, tanto que aqueles que foram apresentados praticamente coincidem. Devemos nos atentar, todavia, para um dos fatores singulares do ativismo no Brasil, qual seja o “Neoconstitucionalismo”, abordagem teórica defendida por significativa parte da doutrina constitucional nacional. Não se desconsidera o contorno que foi dado a certos instrumentos processuais e institutos pelo diploma constitucional em vigor, como o mandado de injunção e a súmula vinculante. Porém, é a proposta teórica neoconstitucionalista que favorece a postura ativista, sendo possível concluir que, sem essa abordagem, a judicialização da política ainda seria uma constante, mas a incursão ilegítima do Poder Judiciário sobre as funções de outros Poderes diminuiria consideravelmente. Compreender-se-á que as teses do Neoconstitucionalismo provocam, inclusive, as cinco práticas decisórias⁸⁵, por parte da Jurisdição Constitucional, que invalidam as mutações constitucionais, de acordo com os ensinamentos de Blanco de Moraes (2016, p. 100).

⁸⁵ As cinco práticas foram expostas no tópico “1.6 – Definição de mutação constitucional e seus limites”.

2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA

Susanna Pozzolo (1998, p. 339-342) cunhou o termo neoconstitucionalismo e o empregou para designar a existência de especificidades na interpretação constitucional, em razão das peculiaridades do objeto “Constituição”, sustentadas por um grupo de filósofos do direito. Insere, nesse grupo, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino, porém deixa claro que não se trata de um movimento unitário, inclusive pelas distinções entre as teorias dos autores mencionados. Identifica, contudo, um núcleo comum na abordagem que eles imprimem à relação entre intérprete e Constituição, composto por quatro elementos.

Primeiro, os autores sustentam a distinção entre princípios e regras especificamente pelo critério qualitativo, o que impacta diretamente na interpretação constitucional. Ao formular suas teorias sobre princípios, defendem que os juízes deveriam deles se valer, em maior medida, como *standards* interpretativos e argumentativos. Interpretar a Constituição implicaria, assim, em justificações baseadas em argumentos de justiça.

Segundo, ressaltam e emprestam significativa relevância prática a um peculiar método de se interpretar os princípios: a ponderação. As normas principiológicas não seriam interpretadas pelo mecanismo da subsunção, mas sim pelo balanceamento, no caso concreto, entre os princípios a ele aplicáveis.⁸⁶ Identificam-se os princípios, promove-se o sopesamento e verifica-se a hierarquia axiológica entre eles em face do caso proposto.

Terceiro, reconhecem uma expansão global das normas constitucionais ante outras normas jurídicas, que devem guiar a interpretação realizada por todos os Poderes do Estado. Propõem a superação do paradigma kelseniano de que a Constituição é um marco dentro do qual o legislador leva a cabo suas decisões políticas. Compreende-se que ela possui um conteúdo substancial condicionante que se assemelha à função exercida, nos séculos anteriores, pelo direito natural.

Por fim, defendem a interpretação criativa da jurisprudência, ante os elementos anteriores, em atenção à justiça exigida pelo caso concreto. O juiz assume um papel racionalizador no sistema jurídico ao promover a interpretação moral da Constituição.

⁸⁶ Neste ponto, por exemplo, há uma grande divergência entre as teorias de Ronald Dworkin (2014, p. 127 e ss.) e Robert Alexy (2011, p. 93 e ss.) sobre o conceito de princípios e a forma de compatibilização em caso de conflito.

Como tais elementos assumem características diversas nas várias teorias propostas por jusfilósofos e constitucionalistas, passou-se a falar em “neoconstitucionalismos”.⁸⁷ Inviável sequer esboçar, na presente pesquisa, as características de cada uma das teorias. O que se mostra relevante, para os fins propostos, é captar como tais ideias foram apreendidas pela doutrina constitucional brasileira. Como será visto, conduzindo-se pelo moralismo e pelo pragmatismo jurídico, os autores brasileiros neoconstitucionalistas foram além dos marcos teóricos supramencionados, o que os levou a sustentar verdadeira supremacia interpretativa judicial, a desconsiderar as decisões políticas tomadas pelos órgãos representativos e a defender a interpretação das normas jurídicas de forma prospectiva em acordo com concepções individuais de justiça. Em última instância, a teoria neoconstitucional à brasileira distorce o texto constitucional e engendra mudanças informais inconstitucionais.

Luís Roberto Barroso⁸⁸ apresentou sua versão do neoconstitucionalismo⁸⁹ em artigo intitulado “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil” (2005). Menciona a existência de três marcos (histórico, filosófico e teórico) no constitucionalismo brasileiro, que teriam transformado os paradigmas do direito constitucional. O marco histórico seria o processo de redemocratização e o advento da CF de 1988. O marco filosófico decorreria da superação do positivismo jurídico e do advento do pós-positivismo, marcado pela transposição da legalidade estrita. Por fim, o marco teórico englobaria o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 2-6).⁹⁰

A CF de 1988 trouxe inovações únicas, pioneiras na história constitucional brasileira, e decorreu de amplo debate público, permitindo-se a travessia de um regime autoritário para um democrático. O autor indica que se trata de processo semelhante ao que se deu com a Lei

⁸⁷ Sobre as diferentes acepções da abordagem teórica, confira o livro *Neoconstitucionalismo(s)* (2009), organizado por Miguel Carbonell. Na família da *common law*, confira o pioneiro estudo de Ron Hirschl (2004) sobre as origens políticas do Neoconstitucionalismo.

⁸⁸ Trata-se do principal expoente do Neoconstitucionalismo brasileiro, seja em razão da propagação de seus textos e ideias, seja em decorrência de sua exposição pessoal, primeiro como professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e, atualmente, como ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁹ A doutrina diverge sobre a natureza da proposta neoconstitucionalista dos autores brasileiros. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 377) aponta que, por ser desprovida de elementos científicos, tratar-se-ia de mera ideologia. Jorge Octávio Lavocat Galvão (2014, p. 134), em sentido contrário, atentando-se ao fato de que os neoconstitucionalistas sustentam uma opção interpretativa que ressalta e prioriza determinados elementos do ordenamento jurídico, aduz que há uma concepção jurídico-normativa neoconstitucionalista. Ela não perde seu caráter normativo apenas por ser refutável.

⁹⁰ Desenvolveu a mesma ideia, com pequenas alterações, na obra *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* (2009) e no artigo “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo” (2008).

Fundamental de Bonn, sendo esta o principal marco do neoconstitucionalismo em âmbito mundial (BARROSO, 2015, p. 3-4).

Já o pós-positivismo, por mais que consubstancie um ideário difuso, consistiria na confluência entre o positivismo e o jusnaturalismo. O fracasso do primeiro teria se dado com o término dos regimes fascista e nazista, sendo que o segundo fora superado no decorrer do século XIX. Assim, a reaproximação entre ambos buscaria, “ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2005, p. 6).

Por fim, seriam três os traços do marco teórico. O autor aponta que apenas após a redemocratização a força normativa da Constituição passou a ser reconhecida. Até então, os textos constitucionais não eram efetivamente aplicados, veiculavam promessas vagas e estavam condicionados à liberdade de conformação do legislador ou da discricionariedade administrativa. Isso também ocorreu na Alemanha e na Itália, em meados do século XX, e na Espanha e em Portugal, no decorrer da década de 1970. Outro traço seria a expansão da jurisdição constitucional, com a consagração das variantes do modelo de controle austríaco na Europa continental, também em meados do século XX, e, no Brasil, com a ampliação dos mecanismos de controle implementados pelo texto constitucional em vigor. O último consistiria no advento da nova interpretação constitucional, que considera as peculiaridades das normas constitucionais, quais sejam, a vagueza e a abertura, e reconhece a normatividade dos princípios, ampliando o papel do juiz no processo interpretativo, assim como o uso da técnica da ponderação (BARROSO, 2005, p. 6-11).

Em razão de mencionados marcos, o constitucionalista ressalta a superveniência da “constitucionalização do direito”, utilizado aqui não como simples referência à regulação constitucional de novos temas. Em sua concepção, o fenômeno está associado a um efeito irradiador das normas constitucionais, que se expandem por todo o sistema jurídico. Os valores e os fins previstos no texto constitucional passam a influir não apenas no comportamento dos três Poderes, mas também nas relações privadas (BARROSO, 2005, p. 16).

Barroso aduz que a constitucionalização e a ascensão do Judiciário expandiram a judicialização das questões políticas e sociais, o que seria positivo. Extrai-se de sua teoria que o Poder Judiciário possuiria melhores condições e maior legitimidade para decidi-las ante o déficit democrático dos outros Poderes, sendo ele o responsável pela veiculação de um ideário progressista, em atenção aos valores constitucionais que devem servir de norte para toda a

vida coletiva. Sob essa ótica, as decisões judiciais contribuiriam para uma verdadeira revolução humanística (GALVÃO, 2014, p. 114-115).

Em sentido análogo, Eduardo Ribeiro Moreira procura elaborar uma teoria neoconstitucionalista consistente. Propõe, assim, a denominada “sobreinterpretação” da Constituição, pela qual toda decisão legislativa ou judicial estaria pré-regulada por uma norma constitucional. Em última instância, a interpretação de qualquer texto normativo pressupõe a interpretação da Constituição. Se o regramento da matéria objeto da lide se dá em nível constitucional, deverá o juiz aplicar diretamente a Constituição. Trata-se da vinculação direta. Já a vinculação indireta ocorrerá, ao apreciar a constitucionalidade das leis, em dois níveis: no primeiro, verifica-se se há ofensa às normas constitucionais que regulam a matéria, e, no segundo, há que se aferir a compatibilidade entre o ato normativo e as finalidades e os objetivos constitucionais (MOREIRA, 2009, p. 81-84).

Sustenta, ainda, uma preponderância das normas-princípios sobre as normas-regras, sendo que estas, no caso concreto, poderão sucumbir perante aquelas (MOREIRA, p. 94-96). Todos os casos levarão, invariavelmente, a um juízo de ponderação, inclusive naqueles que versam sobre políticas públicas. Correta a afirmação de Jorge Octávio Lavocat Galvão, ao apontar que o arsenal interpretativo apresentado por Eduardo Ribeiro Moreira “possibilita aos juízes invalidarem atos dos demais poderes em razão de seu mérito, ainda que não contenham vícios de inconstitucionalidade” (GALVÃO, 2009, p. 109).

As diversas teorias neoconstitucionalistas⁹¹ produzidas no Brasil defendem alguns pontos comuns: (i) a prevalência dos princípios sobre as regras, (ii) o advento do pós-positivismo, (iii) a constitucionalização do direito, no sentido veiculado por Barroso, e (iv) a supremacia do Poder Judiciário. Observe-se que todos esses elementos promovem, indiscutivelmente, a prática ativista.

Por mais que, em certa medida, tais traços se assemelhem àqueles apresentados por Susanna Pozzolo, o neoconstitucionalismo à brasileira potencializa a liberdade criativa dos juízes, pois atribui ao Poder Judiciário o papel de agente transformador da sociedade, não apresenta critérios limitadores da atividade judicial e desconsidera pressupostos teóricos que podem ser extraídos da própria Constituição. Esses traços negam o positivismo e apresentam, em substituição, um ideário difuso que afronta o estado de direito, a separação de poderes e o princípio democrático.

⁹¹ Dentre outros expoentes do neoconstitucionalismo brasileiro, cite-se Antônio Cavalcanti Maia (2009) e Daniel Sarmiento (2009).

A prevalência dos princípios sobre as regras, pedra de toque da doutrina neoconstitucionalista brasileira, é uma falácia. Conforme aponta Humberto Ávila (2009, p. 4), os princípios e as regras exercem papéis distintos no ordenamento jurídico, inexistindo hierarquia entre os tipos normativos.⁹² No mais, a CF é composta, primordialmente, de regras, cuja função é “eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder” (ÁVILA, 2009, p. 4-5). Por fim, em caso de conflitos entre regras e princípios, prevalecem as primeiras.⁹³ Nesse sentido:

[...] os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autorizativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. *E daí se dizer, por consequência, que, num conflito efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra [...]* (ÁVILA, 2009, p. 5, grifo nosso).

Ao adotar o discurso da prevalência dos princípios, os autores neoconstitucionalistas buscam um modelo decisório substancialista e finalístico, a ser implementado pelo Poder Judiciário, afastando-se de constrangimentos institucionais inerentes ao estado de direito (GALVÃO, 2009, p. 168). De resto, a normatividade dos princípios fora reconhecida há tempos, sendo que sua densificação deve se dar, em um sistema democrático, pelo Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário promovê-la apenas quando decide um caso concreto, atento aos marcos estabelecidos pelo primeiro (FERREIRA FILHO, 2011, p. 370). A ponderação, fundada no postulado jurídico da proporcionalidade, se apresenta como método razoável a conferir racionalidade às decisões em casos difíceis que envolvem o conflito entre princípios. Todavia, conforme ensina Elival da Silva Ramos (2010, p. 92-93):

⁹² Adota-se a distinção conceitual entre regras e princípios propostas por Humberto Ávila (2013, p. 85): “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”, ao passo que “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

⁹³ Conforme indica Virgílio Afonso da Silva (2011b, p. 51), um dos pontos menos explorados e mais complexos na teoria dos princípios é o conflito entre princípios e regras constitucionais. Os neoconstitucionalistas, lado outro, desconsideram toda complexidade da discussão e limitam-se a apontar a supremacia dos princípios, fundando-se em argumentos externos à teoria geral do direito.

Se a ponderação é vista como um meio de viabilizar a projeção de uma pretensa ordem objetiva de valores sobre um determinado sistema jurídico-constitucional, aos poucos se vai minando a força imperativa do texto que se interpreta e aplica, fazendo com que, nas palavras de Gaetano Azzariti, não mais subsista uma interpretação da Constituição e sim uma Constituição do intérprete.

Os novos modelos hermenêuticos, atentos às características das normas constitucionais, não afetam as bases do positivismo estrito. As características decorrentes da completude e da coerência do sistema foram relativizadas, porém devidamente absorvidas pela teoria positivista, que abandonou a subsunção mecanicista própria da escola da exegese⁹⁴ (RAMOS, 2010, p. 55).

A expressão pós-positivismo, que denotaria uma reaproximação entre direito e moral, desconsidera os aportes teóricos provindos de diversas escolas que, no decorrer do século XX, visaram promover mencionada reaproximação, como a escola de Baden, cujo principal expoente fora Gustav Radbruch (FERREIRA FILHO, 2011, p. 269). O pós-positivismo se assemelha ao denominado moralismo jurídico, conjunto de propostas teóricas que defende o retorno da dogmática jusnaturalista, pois sustenta a reaproximação entre direito e moral (RAMOS, 2010, p. 49). Todavia, como defendido pelos neoconstitucionalistas brasileiros, em alguns pontos o pós-positivismo se distancia das teorias moralistas, pois estas defendem a efetiva existência de uma ordem objetiva de valores e uma única solução concreta para a hipótese fática, que vinculam o intérprete.

A constitucionalização do direito, como ampliação de matérias veiculadas pelo texto constitucional, é uma constante desde o nascimento do constitucionalismo moderno. A acepção veiculada pelos teóricos neoconstitucionalistas brasileiros, todavia, refere-se à aplicação imediata e direta das normas constitucionais, com especial atenção à sobreinterpretação defendida por Eduardo Ribeiro Moreira, desprezando-se a legislação infraconstitucional aplicável ao caso. Menospreza-se a lei e, em consequência, a democracia (FERREIRA FILHO, 2011, p. 376).

O modelo decisório substancialista e finalístico, em conjunto com os outros elementos, imporia uma verdadeira prevalência do Poder Judiciário em face dos outros Poderes. Ante a primazia dos princípios e a irradiação da Constituição para todas as esferas da vida social, caberia ao Poder Judiciário o papel de principal intérprete. Se a política majoritária exercida pelos Poderes Legislativo e Executivo se pauta por conflitos de interesses, a razão fundada em direitos seria prioritariamente exercida pelos juízes. Estes

⁹⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 373) aponta que “Para o Neoconstitucionalismo à brasileira, até hoje, somente existiu esta última escola interpretativa, simplificação que muito lhe facilita a argumentação”.

possuiriam formação técnica para trabalhar com argumentos de princípios, e, nessa senda, caberia a eles implementar aqueles veiculados pelo texto constitucional, justificando-se a intromissão no mérito das decisões legislativas e administrativas.⁹⁵

Desconsidera-se, entretanto, que em uma sociedade plural, marcada por distintos pontos de vistas e por desacordos sinceros sobre conceitos largos, como bem comum, igualdade, liberdade etc., a decisão judicial que veicula uma política específica, de acordo com a ótica de um juiz ou um grupo de juízes, viola o princípio da igualdade de participação.⁹⁶ Dignifica-se o Poder Judiciário em detrimento da soberania popular (GALVÃO, 2014, p. 175).⁹⁷

Conclui-se, portanto, que o arsenal teórico neoconstitucionalista, ao menos na vertente brasileira, é falho, veicula uma espécie de moralismo somado a pragmatismo⁹⁸ e atenta contra o princípio democrático, a separação dos poderes e o estado de direito. Este, conforme aduz Jorge Octávio Lavocat Galvão (2014, p. 309):

[...] exige, fundamentalmente, que as normas jurídicas sejam utilizadas de maneira efetiva como guias de conduta, que se disponibilizem procedimentos decisórios participativos e que os juízes, ao interpretar tais normas, decidam com base em argumentos jurídicos que possam ser aferidos racionalmente pelos demais membros da sociedade.

Expostas as teses neoconstitucionais e suas deficiências, resta claro que a proposta normativa de seus adeptos incentiva o ativismo judicial, inclusive na acepção dogmática adotada na presente pesquisa. Invariavelmente, aceitando-se a proposta, haverá uma invasão,

⁹⁵ Observe-se que o próprio Ronald Dworkin, autor notadamente antipositivista, ao propor a leitura moral da Constituição, aponta a distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política. Cabe ao Judiciário trabalhar com os primeiros, e não com os segundos, nos quais se inserem as decisões sobre políticas públicas. A Constituição de 1988 veicula várias normas-princípios que tratam, na realidade, de políticas a serem necessariamente implementadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. O neoconstitucionalismo à brasileira desconsidera mencionada distinção. (GALVÃO, 2014, p. 174).

⁹⁶ Essa postura do Neoconstitucionalismo é forjada em uma concepção negativa de legislação, que favorece a idealização do Poder Judiciário. Conforme aponta Jeremy Waldron (2003, p. 2): “Nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na realidade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silêncio que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou ‘contramajoritárias’ que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica. Construimos, então, um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar [...]”.

⁹⁷ Exatamente por isso, na visão de Ronald Dworkin, “os juízes somente podem invocar princípios que moralmente justifiquem os compromissos já estabelecidos pela sociedade para decidir os casos judiciais” (GALVÃO, 2014, p. 175).

⁹⁸ Sobre o pragmatismo jurídico na prática do Supremo Tribunal Federal, confira a obra *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo* (2011), de Rodrigo de Oliveira Kaufmann.

por parte do Poder Judiciário, no núcleo da função típica de outros Poderes, em desrespeito ao texto constitucional (RAMOS, 2010, p. 279).

Há uma relação direta entre as teses neoconstitucionais e as mutações inconstitucionais. As primeiras engendram decisões que se valem de técnicas hermenêuticas defeituosas e dogmaticamente infundadas (como a ponderação entre regras e princípios), decisões que contrariam diretamente um enunciado normativo (afastando-se a aplicação de uma regra constitucional, por exemplo, em face de um princípio), decisões que criam, fora de qualquer consenso jurídico, critérios primários de decisão política (aplicando-se diretamente a Constituição, muitas vezes com fundamento em princípios implícitos) etc. Percebe-se, assim, que a proposta neoconstitucionalista justifica, em vários casos, as principais práticas decisórias que geram mudanças informais inconstitucionais, conforme a já exposta tipologia formulada por Carlos Blanco de Moraes (2016, p. 100). No entanto, o faz imprimindo ares de constitucionalidade (GALVÃO, 2014, p. 61).

Estabelecidas tais premissas teóricas, imperioso compreender em que medida a prática ativista, moldada pelo neoconstitucionalismo, encontra respaldo na jurisprudência do STF, principal ator das mutações constitucionais.

2.3 ATIVISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF sempre ocupou papel relevante na política nacional, ao menos desde a origem da República. Na Primeira República, desenvolveu a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”,⁹⁹ ignorando as limitações decorrentes da teoria da *political questions*,¹⁰⁰ o que levou à concessão de diversas ordens visando dar posse a senadores, deputados, governadores e vereadores, sob o protesto de vários presidentes, como Hermes da Fonseca, que denunciava a suposta usurpação de poder por parte do Supremo (CAMPOS, 2014, *e-book*).

Mesmo ante a ofensiva dos governos autoritários, não é possível apontar a completa subserviência do Supremo. No início do regime militar, por exemplo, mesmo em um quadro institucional de hipertrofia do Executivo, a instituição assumiu postura corajosa ao conceder diversos HC a políticos estaduais perseguidos e presos. É fato que, em diversos momentos históricos, especialmente no decorrer do Estado Novo e após o endurecimento da ditadura militar, o Supremo encontrou sérias dificuldades institucionais, principalmente ante o *court*

⁹⁹ Elival da Silva Ramos (2010, p. 234) aponta ser a “doutrina brasileira do *habeas corpus*” a precursora do ativismo judicial no Brasil, ressaltando que ela se fez presente até a reforma constitucional de 1926 e a criação do Mandado de Segurança (MS) pelo art. nº 113 da Constituição de 1934.

¹⁰⁰ Pela doutrina da *political questions*, adotada pela Suprema Corte norte-americana desde o início do século XIX, não cabe ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas (RAMOS, 2010, p. 142).

*packing plan*¹⁰¹ à brasileira e as pressões decorrentes do próprio autoritarismo dos regimes (CAMPOS, 2014, *e-book*).

Eis que, no presente, o papel relevante transmutou-se em protagonismo. As razões da judicialização da política já foram expostas e denotam como o fenômeno não se limita à realidade brasileira. O que se vislumbra em âmbito nacional é que, com a CF de 1988, a corte passou do campo do exercício da autoridade para o exercício do poder e assumiu o papel de protagonista na vida política nacional, fenômeno nomeado “Supremocracia” por Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 451).

A liberdade com a qual o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro vem decidindo sobre os mais diversos temas afetos à vida política e social nacional revela o prestígio que a instituição adquiriu após a redemocratização, o que, se por um lado fortalece o estado de direito e o constitucionalismo, por outro, dá indícios da fragilidade do nosso sistema representativo em fornecer solução para tais temas, não correspondendo às expectativas que lhe foram atribuídas (VIEIRA, p. 457). O texto constitucional colaborou, sobremaneira, para essa proeminência. Conforme menciona Marcos Paulo Veríssimo (2008, p. 410-411):

Apontado pelo texto de 1988 como o órgão responsável, “precipualemente”, pela “guarda” da Constituição, esse tribunal foi inteiramente reformado pela nova Carta, destacando-se, entre as características gerais desse processo da reforma, uma enorme preocupação em ampliar as vias de acesso popular à sua jurisdição. Isso se traduziu em instrumentos os mais diversos, entre os quais sobressaem os seguintes: (i) ampliação do rol de legitimados para a movimentação do controle concentrado; e (ii) eliminação das barreiras de acesso ao controle difuso, por meio, sobretudo, da eliminação dos requisitos de relevância geral como condições especiais de admissibilidade do recurso extraordinário [...] o texto constitucional também transformou em regra jurídica um conjunto amplo e por vezes contraditório de anseios sociais e políticos, consagrando ideais de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa e dirigismo econômico.¹⁰²

¹⁰¹ O termo “*court packing plan*” refere-se à investida do presidente F. Roosevelt contra a Suprema Corte, aumentando o número de seus componentes, visando indicar correlegionários favoráveis ao seu programa de governo intervencionista.

¹⁰² A reconfiguração constitucional, além de estender a participação qualitativa em temas políticos e sociais, aumentou intensamente a própria judicialização no Supremo Tribunal Federal. Nas palavras de Marcos Paulo Veríssimo (2008, p. 413): “Segundo dados do próprio Supremo Tribunal Federal, a média anual de processos distribuídos a essa corte era, na década de 1940, de 2.500. No final da década de 1950 esse número sobe para 7.000, mantendo-se estável entre 7.000 e 8.000 na década seguinte. O número pouco mais que dobra entre as décadas de 1970 e 1980. Portanto, em um espaço de 50 anos, o volume anual de distribuições ao Supremo Tribunal Federal aumentou em aproximadamente oito vezes, isto é, cresceu a uma proporção média de 4,5% ao ano. Após a Constituição de 1988, contudo, em um espaço de apenas 16 anos (1989–2004), o volume anual de distribuições mais que quadruplica. Isso representou um aumento à proporção média de 10,5% ao ano. Se for tomado apenas o período compreendido entre 1997 e 2002, o aumento é de espantosos 470%, ou 41,6% ao ano”.

Estamos diante, portanto, do fenômeno da judicialização da política no Brasil, que corresponde, em larga escala, ao fenômeno que se dá a nível mundial, mas que, como visto, possui características próprias. Ante esse quadro, estaria o STF adotando uma postura ativista? Se a judicialização de questões políticas e morais fomenta o ativismo, permitindo que o órgão decida sobre tais temas, é preciso compreender se ele o faz ingressando no núcleo essencial dos outros Poderes, usurpando competências que não são suas.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, *e-book*) mapeou as decisões ativistas do Supremo. Utilizando um conceito descritivo e multidimensional de ativismo, concluiu que ele se perfaz em cinco distintas dimensões, quais sejam: dimensão metodológica, dimensão processual, dimensão estrutural, dimensão de direitos e dimensão antidialógica.

A primeira decorre da criação do direito infraconstitucional por meio de técnicas interpretativas, como a interpretação conforme e a interpretação inovadora e expansiva das normas constitucionais, do controle das omissões legislativas inconstitucionais e das decisões maximalistas.¹⁰³ A dimensão processual pode ser observada pela autoamplificação da competência da corte e pela maior extensão e eficácia de seus poderes processuais. A dimensão estrutural decorre da interferência incisiva e rígida sobre as decisões de outros poderes, sem que haja qualquer deferência. Já a dimensão de direitos consiste na utilização de direitos fundamentais como forma de reduzir a margem regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, influenciando, inclusive, em escolhas de políticas públicas. Por fim, a dimensão antidialógica seria a assunção do papel de intérprete único por parte da corte, bloqueando-se o diálogo institucional com outros Poderes (CAMPOS, 2014, *e-book*).

A classificação proposta é útil, pois permite a identificação dos distintos escopos pelo qual o ativismo se manifesta. Contudo, na prática, as dimensões se sobrepõem e, levando-se em conta o conceito dogmático de ativismo proposto, pouco dizem sobre a efetiva violação da separação de poderes.

A análise jurisprudencial qualitativa é a única forma de apreender se, e em que medida, viola-se a função típica dos outros Poderes. Nessa senda, após análise de casos, Elival da Silva Ramos (2010, p. 226 e ss.), por exemplo, identificou a violação decorrente da

¹⁰³ O autor aponta que esta dimensão deve ser vista como “reflexo do novo constitucionalismo e, correlatamente, do novo papel que cortes, como o Supremo Tribunal Federal, devem cumprir em favor de concretizar os valores constitucionais contemporâneos e, principalmente, os direitos fundamentais”, além de que nova postura hermenêutica tem como pano de fundo “a expansão normativa de princípios para regular condutas concretas e restringir a liberdade de conformação normativa do legislador; a criação de “novas regras constitucionais” extraídas da “inteireza da Constituição” e o estabelecimento de direitos fundamentais implícitos como forma de reduzir a distância entre a Constituição e as transformações sociais” (CAMPOS, 2014, *e-book*). Adota, portanto, a concepção normativa neoconstitucional.

postura ativista na aplicação irrefletida da modulação de efeitos temporais nas ações de controle de constitucionalidade (ADI nº 2.258), na construção pretoriana da perda de mandato por desfiliação partidária (Mandados de Segurança nº 23.405-9 e nº 26.604), na restrição à nomeação de parentes para cargos de confiança (ADC nº 12-6 e RE nº 579.951/DF) e na implementação de direitos sociais veiculados por meio de normas de eficácia limitada (RE nº 410.715-5/SP).

No mais, ao menos em teoria, o ativismo do STF é marcado, em certa medida, pelo ideário neoconstitucional. Nesse sentido:

Conosco, isso ocorreu certamente com a introdução, promovida por novos juízes, de ideias neoconstitucionalistas nos discursos de decisão da Corte. Supremacia normativa e axiológica da constituição, centralidade e irradiação dos direitos fundamentais, normatividade dos princípios, reaproximação entre direito e moral (virada kantiana) e afirmação do papel político-institucional e de agente de transformação social do Judiciário passaram a fazer parte do pensamento e da prática da maioria dos membros do Supremo (CAMPOS, 2014, *e-book*).

Alguns ministros, aliás, têm aderido expressamente ao neoconstitucionalismo. Além do já citado ministro Luís Roberto Barroso, Luis Fux (2012, p. 34), mencionando o especial papel dos princípios e a importância da técnica da ponderação, encampa as teses neoconstitucionais. No mesmo sentido, em voto proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE) nº 477.544/MG, o ministro Celso de Mello ressalta que:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte ao Neoconstitucionalismo.

Não se trata de concepção unânime, todavia, conforme se observa dos julgados mencionados, se a visão neoconstitucional não chega a ser hegemônica, seus elementos têm influenciado, de forma significativa, ao menos no discurso, a jurisprudência ativista do STF. A análise jurisprudencial qualitativa a ser realizada nos capítulos 3 e 4 permitirá concluir se a corte tem sido ativista ao se valer da mutação constitucional, nos seus fundamentos decisórios, gerando mutações inconstitucionais.

2.4 MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PELA VIA JURISDICIONAL E PRECEDENTE JUDICIAL

A Constituição norte-americana é comumente apontada como aquela que mais sofreu mutações informais pela via jurisprudencial, em decorrência das variações na interpretação do

documento constitucional promovida pela suprema corte. A rigidez, o controle jurisdicional de constitucionalidade e o caráter sintético do texto constitucional contribuíram para que as mutações se iniciassem poucas décadas após a promulgação da Constituição de 1787.

Vários estudos sobre as mutações empreendidas por meio da interpretação descrevem, detalhadamente, as grandes mudanças advindas da evolução jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. A descrição de como os precedentes restaram superados e deram ensejo a novas compreensões sobre o texto constitucional no direito norte-americano contribui para o estudo do papel do Judiciário nas mudanças informais. Contudo, as mudanças pela via jurisprudencial não ocorrem da mesma forma em todos os ordenamentos jurídicos. Será a forma como a corte lida com seus precedentes que irá moldar as mutações jurisdicionais em um dado sistema constitucional.

Dessa forma, buscar-se-á compreender como os precedentes se formam no STF e como este os emprega. Será demonstrado que a ausência de respeito qualitativo aos precedentes, a dispersão de fundamentos nos votos e a baixa deliberação interna dificultam a identificação da decisão que constitui a primícia da mutação, interferem na consolidação das mudanças informais e prejudicam o controle das mutações inconstitucionais, implicando em maior ativismo judicial.¹⁰⁴ Antes de ingressar no caso brasileiro, entretanto, é necessário delimitar alguns conceitos e relações que servirão de instrumentos para a compreensão do fenômeno nacional.

O precedente judicial pode ser definido, de forma ampla, como “decisões anteriores que funcionam como modelo para novas decisões” (VOJVODIC, 2012, p. 44). Conforme mencionam Neil MacCormick e Robert S. Summers (2016, p. 1, tradução nossa), “aplicar lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro é uma parte básica da razão prática humana”¹⁰⁵. Trata-se de conceito genérico a ser utilizado na presente pesquisa, especialmente por expressar a ideia central de modelo, independentemente de seu caráter vinculante. Note-se que será o sistema jurídico em específico, guiado pelos arranjos institucionais de uma determinada corte, que influenciará o conceito estrito de precedente em um dado ordenamento. Nessa senda, sobre a influência do sistema jurídico local sobre a ideia de precedente, Michele Taruffo (2016, p. 436, tradução nossa) aduz que:

¹⁰⁴ Keenan D. Kmiec (2004, p. 1466) ressalta que desconsiderar os precedentes é uma das principais práticas ativistas.

¹⁰⁵ No original: “*Applying lessons of the past to solve problems of the present and the future is a basic part of human practical reason*”.

Em cada sistema jurídico a organização dos tribunais influencia a natureza e o uso de precedentes, pelo menos de duas maneiras: a) determina quais tribunais podem criar precedentes, como precedentes são criados e o que é um precedente e b) determina como precedentes são utilizados pelos tribunais e por outras pessoas, particularmente pelos advogados.¹⁰⁶

A origem da ideia de precedentes está intimamente ligada à família da *common law*. O direito inglês se formou a partir de casos concretos, sendo que desde o medievo os juízes lançavam mão de decisões anteriores ao prolatar novas decisões. A natureza dos precedentes, todavia, era meramente ilustrativa, sendo utilizados apenas para reforçar a solução dada ao caso concreto¹⁰⁷ (DUXBURY, 2008, p. 31).

No início da era Tudor, entretanto, sua natureza se alterou. A mera função ilustrativa foi substituída pela função persuasiva, pela qual as decisões anteriores eram vistas como um dos elementos da própria *common law*. A existência de uma decisão anterior era apreendida como uma evidência do direito comum inglês, cabendo ao juiz declará-lo¹⁰⁸ (DUXBURY, 2008, p. 34).

Por fim, sobreveio o efeito vinculante dos precedentes judiciais (*stare decisis*), doutrina consagrada quando do julgamento do caso *London Tramways Co v. London County*¹⁰⁹ (DUXBURY, 2008, p. 42). Eles passam a valer e constranger o julgador sem embargo da sua adesão às razões formuladas para a solução dos casos anteriores. Dever-se-á, a partir de então, manter o que fora decidido previamente, contanto que os elementos fáticos dos casos sejam semelhantes¹¹⁰ (MITIDIERO, 2017a, p. 40).

Particularmente em razão da vinculação, afirma-se que, na *common law*, o direito jurisprudencial se apresenta como importante fonte do direito. Em contrapartida, ante seu

¹⁰⁶ No original: “*In every legal system the organization of courts influences the nature and the use of precedents at least in two ways: (a) it determines which courts may create precedents, how precedents are created and what is a precedent, (b) it determines how precedents are used by courts and by other people, particular by practicing lawyers.*”

¹⁰⁷ Ante o conteúdo ilustrativo, Daniel Mitidiero (2017a, p. 30) ressalta que toda decisão judicial era tratada como precedente e era inserida nos *Years Book*, coletânea de discussões forenses.

¹⁰⁸ As duas primeiras fases da doutrina dos precedentes estão intimamente ligadas ao período jusnaturalista da *common law* e à teoria declaratória da decisão judicial, pela qual cabe ao juiz apenas declarar o direito aplicado ao caso (MITIDIERO, 2017a, p. 34).

¹⁰⁹ Desde o início do século XIX a House of Lords discutiu o caráter obrigatório dos precedentes judiciais, especificamente nos casos *Velley v. Burder* (1837), *Bright v. Hutton* (1852), *Attorney General v. Dean and Canons of Windsor* (1860) e *Beamish v. Beamish* (1861). Foi apenas em *London Tramways Co. v. London County Council* que os lordes aceitaram, de forma inequívoca, a vinculação aos precedentes.

¹¹⁰ Explicitando a diferença sobre a superação de precedentes na Suprema Corte norte-americana e na Câmara dos Lordes, Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 95) aponta que “A diferença é que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte sempre teve o poder de revogar os próprios precedentes, diante de circunstâncias especiais, o que não foi possível na *House of Lords* até 1966. Ou seja, a *House of Lords*, ao contrário da Suprema Corte estadunidense, submeteu-se a um sistema de autovinculação absoluta até 1966, quando assumiu o poder de *overruling*”.

caráter não vinculante no sistema *civil law*, as decisões judiciais não poderiam ser, ao menos em teoria, classificadas como fonte do direito, espaço ocupado primordialmente pela legislação.

A despeito da relevância do debate sobre a natureza do direito jurisprudencial, empreendido em âmbito nacional predominantemente por processualistas, fato é que o respeito aos precedentes na *civil law* não depende de seu reconhecimento por parte do Poder Legislativo. Sua autoridade emana do processo de produção da decisão judicial, advinda de um órgão estatal dotado de autoridade: o Poder Judiciário. Dessa forma, analisar os precedentes apenas sob a ótica da vinculação empobrece a análise do seu papel na *civil law* como elemento justificador das novas decisões judiciais (VOJVODIC, 2012, p. 77).

Nada obstante os precedentes serem definidos como fonte do direito ou não, é notório que eles são comumente usados pelas cortes, inclusive no sistema *civil law* (TARUFFO, 2016, p. 458). A coerência decisória é elemento inerente ao funcionamento virtuoso de um determinado ordenamento jurídico, independentemente da tradição a qual pertence e do eventual reconhecimento formal por parte dos outros Poderes, expressando, talvez, o principal valor de um estado de direito: a segurança jurídica. Esta consiste em uma condição para a própria ideia de Direito, sendo que, sem ela, resta inviabilizada a autodeterminação dos sujeitos de direito e a mútua confiança exigida pela vida em sociedade (MITIDIÉRO, 2017a, p. 23). De resto, o respeito aos precedentes e a coerência decisória a eles inerente apresentam-se como exigências do estado de direito formal e do princípio da igualdade (BANKOWSKY et al., 2016, p. 487).

Adriana Vojvodic (2012, p. 20) apresenta ao menos três razões pelas quais os precedentes devem ser levados em consideração: controle argumentativo, *accountability* e atuação estratégica das cortes. Se o desenvolvimento do direito constitucional demonstra que cabe ao Judiciário concretizar o trabalho do Poder Constituinte e do Poder Legislativo, o respeito aos precedentes se mostra como mecanismo apto a controlar o poder criador das cortes constitucionais.¹¹¹

Ao concretizar as normas constitucionais e infraconstitucionais, criando a norma aplicável ao caso concreto, há uma série de limites a serem considerados pelo julgador (em especial, o texto do próprio enunciado normativo). Nessa empreita, cabe ao responsável pela decisão explicitar os fundamentos de fato e de direito que levaram à formulação de

¹¹¹ No mesmo sentido, Michele Taruffo (2016, p. 459) ressalta que os precedentes, também na *civil law*, tornaram-se meios inevitáveis para a concretização de princípios e regras constitucionais, funcionando como mecanismo de controle das decisões judiciais das cortes.

determinada norma individual, em específico. Deve-se demonstrar, em nível argumentativo, portanto, o caminho percorrido até aquela determinada conclusão. Fato é que considerar a existência de uma linha argumentativa anterior, sobre fatos semelhantes, limita a discricionariedade judicial ao impor novo ônus argumentativo ao juiz. Quanto maior o peso da qualidade argumentativa da decisão judicial, menor a discricionariedade do julgador (VOJVODIC, 2012, p. 22).

Nessa mesma esteira, o precedente se mostra como um dos elementos certificadores da qualidade argumentativa das decisões de uma determinada corte, pois permite verificar sua coerência/incoerência decisória. Viabiliza, assim, o controle do desenvolvimento do direito promovido pelas cortes, o que caracteriza uma das formas de *accountability* do Poder Judiciário, somando-se às sessões públicas e à obrigação de fundamentar as decisões tomadas. O caminho argumentativo pode ser observado por outros operadores do direito e especialistas. Registre-se que a qualidade argumentativa confere maior teor democrático à decisão da corte, considerando seu caráter eminentemente contramajoritário (VOJVODIC, 2012, p. 34).

Por fim, os precedentes são utilizados de forma estratégica pelas cortes a fim de salvaguardar a legitimidade e a autoridade de suas decisões. Ao prestar deferência às decisões passadas, a corte estimula o respeito às suas próprias decisões no futuro, fortalecendo-se institucionalmente. Dificilmente uma corte que não respeita suas próprias decisões será levada a sério (VOJVODIC, 2012, p. 31).

Dentre as razões expostas, considerando o objeto da presente pesquisa, necessário atentar para o controle argumentativo decorrente do uso de precedentes. Já foi exposto que o respeito a eles é visto por parte da doutrina constitucional norte-americana como um limite à *living constitution*, possibilitando sua construção em atenção ao texto constitucional e às interpretações prévias da Suprema Corte (STRAUSS, 2010, p. 139).

A mesma lógica, destarte, se aplica a ordenamentos pertencentes ao sistema *civil law*. Por funcionar como mais um limite à discricionariedade judicial, o uso racional dos precedentes limita a própria atribuição de novos significados ao texto constitucional. Para que sejam superados os significados anteriores, o processo interpretativo e argumentativo deverá, no mínimo, considerá-los e afastá-los. Trata-se de patente ônus argumentativo imposto às Cortes Constitucionais.¹¹²

¹¹² Em sentido análogo, Virgílio Afonso da Silva (2011b, p. 376) aponta que o uso de precedentes limita, inclusive, a liberdade subjetiva do julgador ao realizar um sopesamento de princípios, em um dado caso concreto, impondo-lhe maior ônus argumentativo. Conclui, assim, que “a possibilidade de decisões irracionais e exclusivamente subjetivas em um sopesamento diminui na proporção em que se aumenta o respeito a precedentes”.

Justifica-se o uso dos precedentes em razão da necessidade de emprestar coerência ao sistema decisório, resguardando-se a segurança jurídica, o estado de direito e a igualdade. No mais, o uso permite o controle argumentativo das decisões judiciais, o controle do desenvolvimento judicial do direito e o fortalecimento institucional do Poder Judiciário.

Se os precedentes são utilizados pelas cortes e pelos juízes, a função que lhes é atribuída nos mais diversos ordenamentos varia. Conforme aponta Michele Taruffo (2016, p. 454), em um extremo está a Corte de Cassação francesa, na qual os precedentes sequer são citados nas decisões. No outro, figura a Suprema Corte norte-americana, na qual o uso dos precedentes é intrínseco às decisões, sendo que na fundamentação é feita verdadeira comparação fática, buscando-se a extração da linha argumentativa que orientou as decisões anteriores. Entre os extremos, há os mais diversos usos e funções.

No sistema *civil law*, ao contrário da *common law*, o uso qualitativo dos precedentes, por meio da comparação fática em frente do caso anterior, da análise dos fundamentos e da identificação da linha argumentativa, costuma se limitar a casos mais relevantes e difíceis. Prevalece o uso estratégico dos precedentes como forma de reforçar a correção da decisão tomada. Ao fazê-lo, a corte se limita a citar diversas decisões cujos resultados são os mesmos (TARUFFO, 2016, p. 455).

O uso qualitativo do precedente pressupõe a identificação de sua *ratio decidendi*, a construção da linha argumentativa que levou o julgador a decidir de uma determinada forma, em atenção aos fatos concretos subjacentes¹¹³ (MARINONI, 2016, p. 164). Ao utilizá-lo dessa forma, a corte fomenta seu potencial justificador, aprimorando sua própria qualidade argumentativa.

Definido o conceito e as funções do precedente judicial, inclusive na *civil law*, importante entender qual a relação entre este e a mudança informal da Constituição. A decisão que constitui a primícia da mutação pela via jurisprudencial comumente ocorre pela superação de uma compreensão anterior sobre um dado dispositivo constitucional.¹¹⁴ Se é por meio da interpretação que se atribui um novo significado ao texto constitucional, pressupõe-se um significado prévio, que efetivamente restou superado. Nesse processo, a Corte Constitucional deverá justificar, em nível argumentativo, os motivos que levaram a essa superação. Tal

¹¹³ Há um intenso debate sobre o conceito de *ratio decidendi* na *common law*, conforme ressalta Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 164). O conceito apresentado, trabalhado pelo processualista e suficiente para os fins da presente pesquisa, remete ao formulado por Arthur L. Goodhart.

¹¹⁴ É nesse sentido a afirmação de Luis Roberto Barroso (2009a, p. 130): “A mutação por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente”.

dinâmica pode ser apreendida por meio da breve análise de uma das mais famosas mutações da Constituição americana, envolvendo a igualdade racial.

A Suprema Corte decidiu em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*, que a lei do Estado da Louisiana que exigia que as empresas ferroviárias deveriam fornecer acomodações separadas para brancos e negros era constitucional. Firmou o entendimento no sentido de que a décima quarta emenda¹¹⁵ exigia apenas a igualdade (no caso, todos tinham acesso ao transporte), sendo que a segregação não implicava em desigualdade (STRAUSS, 2010, p. 78). Estabeleceu-se, assim, a interpretação original sobre a igualdade racial sob a égide do novo dispositivo constitucional. Anote-se, conforme aponta Francisco Fernández Segado (2016, p. 137), que o *justice* John Marshall Harlan firmou entendimento divergente, ressaltando que a Constituição norte-americana era daltônica, não sendo possível estabelecer classes entre seus cidadãos.

O precedente firmado em *Plessy v. Ferguson* foi confirmado e aplicado em *McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway* (1917) e em *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* (1938), todavia, em razão das peculiaridades desses casos, as leis estaduais restaram afastadas, o que já dava indícios de uma possível mudança na orientação da corte (STRAUSS, 2010, p. 88). No primeiro caso, uma lei de Oklahoma determinava a segregação nos serviços ferroviários, e, além disso, apontava que os trens poderiam fornecer acomodações, para dormir, jantar, e cadeiras para brancos, mesmo que tais facilidades não fossem oferecidas aos negros. A Suprema Corte entendeu que, por mais que vigorasse a doutrina do “*separate but equal*”, no caso o tratamento era, de fato, desigual. No segundo, o Estado de Missouri negou a admissão de um estudante negro em uma faculdade de direito destinada a brancos. Por mais que houvesse uma universidade para negros no Estado, esta não oferecia o curso de direito, motivo pelo qual a Suprema Corte permitiu a matrícula, não se satisfazendo com o argumento de que havia curso de direito para negros em Estados vizinhos.

¹¹⁵ A primeira seção da décima quarta emenda à Constituição norte-americana, aprovada em 1868, prevê que: “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis” (tradução nossa). No original: “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”. Texto encontrado no portal The U.S. National Archives and Records Administration, disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/amendments-11-27>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

Eis que, em *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), restou superada a linha argumentativa formulada em *Plessy v. Ferguson*, desconstruindo-se a teoria do “*separate but equal*”, firmando-se um novo precedente cuja fundamentação assemelha-se, substancialmente, àquela estabelecida no voto divergente do *justice* Harlan, ao concluir que a segregação nunca poderá ser igual (SEGADO, 2016, p. 137). Essa decisão constituiu a primícia da mutação constitucional referente à interpretação da décima quarta emenda, e foi confirmada por decisões posteriores da Suprema Corte e, apesar da resistência, aceita pela doutrina constitucional e pelos Poderes constituídos.

Essa mesma dinâmica pode ser observada nas mais variadas hipóteses de mutação constitucional pela via jurisdicional da Constituição norte-americana.¹¹⁶ Dessume-se, nessa senda, a relevância do papel exercido pelas *dissenting opinions* (opiniões divergentes) na dinâmica da Suprema Corte. Os votos divergentes do passado normalmente apresentam o substrato para a superação dos precedentes no presente (SEGADO, 2016, p. 130). Conforme sugere o *justice* Willian J. Brennan Jr.¹¹⁷ (1985, p. 438), a existência de opiniões divergentes é da essência do debate promovido na corte, tratando-se de um instrumento que potencializa a deliberação e melhora a qualidade da argumentação nas decisões judiciais.

Delineada a correlação entre mutação constitucional e precedente, ante as premissas teóricas já apresentadas, passa-se à análise do perfil decisório do STF. Ao final, será possível entender como o uso de precedentes, a dispersão de fundamentos e a baixa deliberação interna prejudicam a identificação e o controle das mutações constitucionais.

2.5 PRECEDENTES, DISPERSÃO DE FUNDAMENTOS E DELIBERAÇÃO INTERNA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Analisar o uso de precedentes em um ordenamento que pertence ao sistema *civil law* demanda cuidados. Muitos teóricos nacionais, especialmente processualistas, buscam demonstrar a aproximação entre os sistemas, principalmente no que toca à aplicação de

¹¹⁶ Cite-se, como exemplos de mutações que seguiram a mesma dinâmica na *Supreme Court*: (i) a alteração da interpretação sobre a “cláusula de comércio”, prevista no art. 1º, Seção 8, e (ii) a alteração do entendimento sobre a liberdade de expressão, prevista na primeira emenda (STRAUSS, 2010, p. 51-52)

¹¹⁷ O autor ressalta que, no âmbito da Suprema Corte norte-americana, “o direito de divergir é uma das grandes e apreciadas liberdades de que desfrutamos” (BRENNAN JR., 1985, p. 438, tradução nossa). No original: “*The right to dissent is one of the great and cherished freedoms that we enjoy*”. Sobre o papel virtuoso das *dissenting opinions* na *Supreme Court*, confira também “*The Role of Dissenting Opinions*” (2010), de autoria da *justice* Huth Bader Ginsburg, e “*Dissent in the judicial process: discord in service of Harmony*” (1991), de Matthew P. Bergman.

precedentes.¹¹⁸ Alguns, aliás, chegam a apontar sua patente natureza vinculante, importando conceitos e institutos sem que se promova a devida adaptação às peculiaridades de nosso ordenamento. Adotaremos, em contrapartida, uma postura mais cautelosa. Como já exposto, o uso dos precedentes será analisado pela ótica argumentativa, como mecanismo apto a imprimir maior legitimidade à decisão judicial e a funcionar como limite à discricionariedade judicial, fundado na autoridade do Poder Judiciário e na funcionalidade de uma Corte Constitucional. Compreende-se o precedente como elemento relevante para o processo decisório, como forma de restringir a arbitrariedade judicial, o que independe da natureza do sistema jurídico (VOJVODIC, 2012, p. 113).

Atento a esse pressuposto, não se espera, e nem é desejável, que o STF use decisões anteriores como modelo para novas decisões, como o faz a *Supreme Court* ou a *House of Lords*. O que se deseja, na realidade, é que a corte leve seus precedentes à sério especialmente ao tratar de casos complexos, em que se propõe uma interpretação com amplo caráter criativo, como ocorre nas decisões que, em tese, dão origem às mutações constitucionais. Exigir o uso qualitativo de precedentes em todos os casos demandaria um esforço hercúleo, que, além de ser extremamente contraprodutivo, ante o excesso de demandas judiciais que assolam nossa suprema corte, mostra-se desnecessário naqueles em que a simples aplicação da lei é suficiente para a solução do caso concreto.

Não é correto afirmar que o STF desconsidera seus precedentes. Pela leitura de votos ou até mesmo dos próprios acórdãos, observa-se, comumente, menções a decisões anteriores. A questão é: como a corte usa seus precedentes? Norteando-se por análise empírica, Adriana Vojvodic (2012, p. 117) perscrutou as diferentes funções que os precedentes exercem nos julgados do Supremo, atentando-se (i) à identificação dos precedentes por meio de citações e (ii) à sua efetiva aplicação na argumentação da corte. A autora parte da premissa de que o STF utiliza os precedentes ao exercer duas distintas funções: a de corte recursal e a de corte constitucional.

Ao exercer a função recursal, o precedente é visto pela corte como uma ferramenta para diminuir o volume de seus processos. Trata-se de uso claramente estratégico, que visa enfrentar o aumento da distribuição de processos nas últimas décadas.¹¹⁹ Nesses casos, as decisões, na maioria das vezes monocráticas, limitam-se a aplicar a jurisprudência dominante,

¹¹⁸ Nesse sentido as obras: *Precedentes Obrigatórios* (2016), de Luiz Guilherme Marinoni, e *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (2017b), de Daniel Mitidiero.

¹¹⁹ Sobre a maior distribuição de ações no Supremo Tribunal Federal a partir da década 1990, confira “A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial ‘à brasileira’” (VERÍSSIMO, 2008, p. 412-414).

fazendo simples referência aos casos passados, sem apontar suas especificidades fáticas (VOJVODIC, 2012, p. 105-106).

Já a segunda função exige um uso mais sofisticado de precedentes. Em casos mais complexos, que normalmente envolvem conflitos entre direitos fundamentais, interpretação de normas abertas, supressão de omissões inconstitucionais etc., seria adequado seu uso qualitativo. Quando inexistente uma regra claramente aplicável ao caso concreto, por exemplo, lançar mão de decisões anteriores, correlacionando os fatos, buscando identificar semelhanças, parece ser um recurso argumentativo extremamente desejável, que, além de limitar o espaço interpretativo do julgador, facilita o encontro de uma solução adequada e reforça o papel da corte como uma instituição que preza pela coerência (VOJVODIC, 2012, p. 111-112). É exatamente nesse sentido que Michele Taruffo (2016, p. 458) pontua que, na *civil law*, o uso argumentativo dos precedentes nas Cortes Constitucionais visa esclarecer o significado de uma norma constitucional e auxilia nas hipóteses de lacunas, em que os casos não são explicitamente regulados.

Pela análise de citações, Adriana Vojvodic (2012, p. 161-163) conclui que, em alguns temas, as menções costumam fazer referência a um grupo restrito de julgados, dando ensejo à identificação de precedentes que, ao menos em nível ilustrativo, servem de parâmetro constante. Em outros, todavia, as citações são feitas de forma caótica, sendo inviável identificar quais casos a corte entende como paradigmáticos.

Por mais que a conclusão supra já dê indícios da confusão no uso de precedentes, é a análise argumentativa que demonstra, claramente, que a corte não os utiliza de forma qualitativa. Após recorrer a uma série de julgados envolvendo direitos fundamentais, a constitucionalista constata que, além de se valer de precedentes como se estivessem aplicando uma súmula, os ministros os utilizam de forma simbólica e ornamental, sem adentrar em suas peculiaridades, com o propósito de reforçar a correção de suas posições. Sequer é identificada sua *ratio decidendi*. Ressalta que “não é levado em consideração, assim, o raciocínio desenvolvido na fundamentação dos precedentes e nem são admitidas generalizações a partir do que foi decidido anteriormente” (VOJVODIC, 2012, p. 206).

A aplicação de súmulas e o uso de precedentes pressupõem dois processos argumentativos distintos. Ao se aplicarem as súmulas, inicia-se o processo interpretativo pelo enunciado geral, aplicando-o ao caso particular, desconsiderando-se o suporte fático do primeiro. Em certa medida, as súmulas são aplicadas da forma como se aplicam as regras: por meio da subsunção. Em sentido diverso, no uso dos precedentes, por mais que o processo também se inicie pelo enunciado geral, a fundamentação é construída com atenção

exatamente aos fatos singulares que lhe deram origem, cabendo ao julgador correlacionar os fatos passados e presentes, orientado por um raciocínio analógico e contra-analógico (NUNES; HORTA, 2015, p. 311).

Para que os precedentes verdadeiramente limitem o poder dos juízes, diminuindo o espaço discricionário ao exigir maior ônus argumentativo na hipótese de sua não aplicação ou superação, exige-se que eles sejam reconhecidos como elementos de justificação, que agregam peso valorativo à argumentação. Se os precedentes não servem para ilustrar ou reforçar sua posição, o ministro simplesmente os desconsidera. A questão, portanto, não é se o STF se utiliza e respeita seus precedentes, e sim qual o efetivo valor que ele lhes empresta. Nesse sentido:

É possível afirmar, dessa maneira, que o uso do precedente pelo tribunal possui um caráter mais relacionado à maximização da eficiência decisória e tem como consequência a valorização da vinculação às decisões anteriores. Essa prática gera uma jurisprudência com alto grau de coerência, na qual linhas claras são construídas e identificadas. Porém, ao mesmo tempo que é possível constatar o surgimento dessas práticas, muito pouco do que foi percebido da jurisprudência do tribunal parece corroborar a tese de que há uma mudança no modo como a jurisprudência é tratada em nosso sistema jurídico. A valorização do precedente parece dar-se unicamente em termos de incremento da sua capacidade de funcionar como ferramenta de solução de decisões de massa, servindo como meio de uniformização da jurisprudência, pouco se aproximando de uma visão de jurisprudência como algo que se encontra em constante processo de elaboração e de interpretação [...] (VOJVODIC, 2012, p. 203-204).

Se os precedentes são empregados em casos complexos, nos quais se exige maior labor interpretativo e argumentativo por parte do julgador, de forma meramente estratégica e ornamental, suas funções virtuosas são minadas. É nessa perspectiva que Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 21) entende que “o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, pois ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”. Invariavelmente, esse uso irá contribuir para a desconsideração, em nível argumentativo, da linha seguida nos precedentes anteriores. Uma decisão apta a constituir uma primícia de mutação, portanto, encontrará pouca resistência em face do significado anterior conferido à norma constitucional. Facilita-se a inovação sem que sejam demonstrados, de forma justificada, os pormenores que levaram à superação do entendimento anterior.

Por um lado, credita-se tal uso disfuncional dos precedentes à cultura decisória que impera no direito brasileiro e, em última instância, no STF. Na obra *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*, José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 62) busca demonstrar como a cultura individualista faz com que as decisões judiciais se fundem em

argumentos de autoridade, e não em argumentos de justificação.¹²⁰ Os primeiros não tem como escopo demonstrar a coerência entre os dispositivos legais, os fatos e os julgados anteriores. Proliferam quando o julgador não se sente limitado por qualquer ônus argumentativo, sendo seu único intuito o convencimento dos destinatários da decisão. Conforme ressalta Rodriguez (2013, p. 73), “o que importa é a obtenção de uma solução, de uma decisão, e não o padrão argumentativo que a fundamenta”.

Em decisões colegiadas, o julgador individual se limita a apresentar as razões que levaram à formação de sua opinião individual, e não argumenta buscando um consenso em torno da melhor solução. Esse segundo processo é moldado pela lógica da justificação, sendo a argumentação empregada com o intuito de aferir generalizações possíveis para novos casos, estabelecendo padrões decisórios (RODRIGUEZ, 2013, p. 76-77).

Observe-se, entretanto, que a “cultura de precedentes” é responsável apenas em parte pelo seu uso disfuncional e de baixa qualidade. Há um fator institucional que colabora, sobremaneira, para a potencialização da incoerência decisória: a estrutura das decisões colegiadas do STF, a qual é marcada (i) pela dispersão de fundamentos adotados nos votos e (ii) pelo baixo desempenho deliberativo interno, tudo a dificultar a identificação das linhas argumentativas e o aprimoramento da decisão pela lógica da justificação.

O fenômeno da dispersão de fundamentos é definido por Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando (2016, p. 141) como:

A formação de maioria decisória em torno do resultado acerca da (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo (por exemplo, “julgo procedente o pedido” ou “julgo improcedente o pedido”) independentemente dos fundamentos sustentados pelos ministros em seus votos. Assim, apesar de formada a maioria decisória pela declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma objeto do controle, torna-se difícil, por vezes impossível, extrair a *ratio decidendi* ou a opinião majoritária da Corte sobre aquilo que fundamenta o resultado

A pluralidade de fundamentos, a despeito, inclusive, da eventual unanimidade na decisão, dificulta e, em alguns casos, até inviabiliza a identificação da razão de decidir adotada.¹²¹ Note-se que, por mais que os ministros votem em um mesmo sentido, eles podem

¹²⁰ O autor faz uso do termo “zona de autarquia”, conceituando-o como “espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação” (RODRIGUEZ, 2013, p. 69). Assim, grande parte das decisões do Supremo Tribunal Federal apresentariam mencionados espaços.

¹²¹ No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 217) ressalta que “como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma ‘colagem’, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão

tê-lo feito utilizando distintos fundamentos. Essa dinâmica prejudica a aplicação qualitativa dos precedentes, pois se não há sequer como identiticar a linha argumentativa usada, pulveriza-se o ônus argumentativo decorrente daquela decisão. A falta de clareza sobre a razão de decidir, por não permitir a produção de uma racionalidade comum, exsurge como obstáculo à sua função de controle democrático.

Aliás, resta prejudicada a efetiva superação do precedente, pois sequer se sabe o que está sendo superado. Conforme já exposto, as decisões que constituem primícias de mutações pressupõem a atribuição de um novo significado à norma constitucional, e, em regra, materializam-se por meio da superação do significado anterior. Por essa lógica, dificulta-se a própria identificação da mudança informal, pois sequer é possível determinar (i) o fundamento da decisão que funciona como precedente e (ii) o estabelecimento de uma razão comum para a nova decisão que se pensa inovadora.

A dispersão dos fundamentos, ao menos no exercício do controle de constitucionalidade, decorreria primordialmente da regra da maioria decisória simples, veiculada pelo art. 173 do Regimento Interno do STF (BRANDO; LEITE, 2013, p. 142-143). Nessa senda, para a solução da ação que se discute a constitucionalidade de uma lei, bastaria a formação de uma maioria sobre sua (in)constitucionalidade, sendo irrelevante os fundamentos aventados em cada um dos votos.

Por óbvio, tal regra contribui para a dispersão, todavia, esta não se limita apenas aos casos em que se aprecia diretamente a constitucionalidade das leis. Essa dinâmica se aplica para todos os casos em que se exerce a jurisdição constitucional. Há que se atentar, neste ponto, para a baixa qualidade deliberativa da suprema corte nacional. Esta influencia a dispersão de fundamentos, mas também dela decorre. Forma-se um círculo vicioso que leva ao uso disfuncional de precedentes e à baixa racionalidade de suas decisões.

A *performance* da deliberação interna¹²² da corte é diretamente proporcional a sua qualidade argumentativa. Em consequência, melhor deliberação significa melhor argumentação e maior coerência decisória, ampliando-se sua legitimidade democrática, pois o que se busca é o consenso, e não a maioria (SILVA, 2013, p.565).

de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas”.

¹²² A deliberação interna distingue-se da externa. Conforme ressalta John Ferejohn e Pasquale Pasquino (2004, p. 1692, tradução nossa), “a deliberação interna de um grupo é o esforço no uso da persuasão e do raciocínio para que o grupo decida sobre algum curso comum de ação. A deliberação externa é o esforço para usar a persuasão e o raciocínio para afetar as ações tomadas fora do grupo”. No original: “*Internal deliberation by a group is the effort to use persuasion and reasoning to get the group to decide on some common course of action. External deliberation is the effort to use persuasion and reasoning to affect actions taken outside the group*”.

Em *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Conrado Hübner Mendes (2013, p. 105) traça um perfil do processo deliberativo nas Cortes Constitucionais e tenta estabelecer critérios para se aferir a *performance* deliberativa de um determinado colegiado. Para tanto, divide o processo deliberativo em três fases distintas: fase pré decisional, decisional e pós-decisional. Na primeira, há que se atentar para a efetiva abertura das cortes aos argumentos apresentados pelas partes e terceiros interessados. Na segunda, busca-se identificar e mapear o efetivo engajamento dos componentes do colegiado no diálogo, a propensão para convencer e ser convencido, construindo-se uma decisão coerente. Por fim, na última, intenta-se compreender os padrões pelos quais as decisões colegiadas se formalizam, se por uma decisão da corte ou por uma decisão majoritária, em atenção à importância prestada aos votos dissidentes e concorrentes.

No caso do STF, é possível identificar déficit deliberativo nas três fases mencionadas. Na fase pré-deliberativa, exige-se como virtude uma efetiva propensão a considerar, de forma substancial (não meramente formal), os argumentos e os pontos de vista apresentados. Há de existir certa “curiosidade” por parte do julgador (MENDES, 2013, p. 127-128). Apesar do aprimoramento de mecanismos de acesso à corte, inclusive por parte de terceiros interessado (como *amicus curie*), os ministros agem como se fossem os responsáveis pelo convencimento da opinião externa. Não apresentam efetiva propensão a serem convencidos pelos interessados (SILVA, 2013, p. 127).

Na fase decisional, exige-se o efetivo debate entre os integrantes do colegiado, no decorrer das sessões de julgamento. Não basta a mera interação. Esta deve ser guiada, de fato, pela abertura humilde aos argumentos dos colegas. Se há efetiva deliberação, é comum que os julgadores alterem suas opiniões pessoais e que a decisão final decorra da construção comum orientada pelos diversos argumentos apresentados (MENDES, 2013, p. 129). Não é essa a lógica do STF, vez que os ministros se limitam a proferir e ler seus votos, redigidos previamente, sem que haja efetivo diálogo entre os diversos argumentos aventados.

Por fim, é esperado que a fase pós-deliberativa seja permeada pela clareza e objetividade, pois a formalização da decisão deve visar à plena compreensão do público (MENDES, 2013, p. 137). Pelo que se extrai da estrutura decisória do STF, nessa fase há verdadeiro caos. Além de inexistir uma posição da corte, o que é comum onde se adota o sistema *per curiam*¹²³, os votos dos ministros são sobrepostos, não dialogando entre si, o que

¹²³ Decisões *per curiam* são aquelas exteriorizadas em um formato de voz única. Nesses casos, fala-se em uma “decisão da corte”. Já as decisões *seriatim* se expressam pela manifestação de várias vozes. Nessa senda, Conrado Hübner Mendes (2012, p.65) aponta que a decisão de uma corte “pode ser uma pura *seriatim*, uma *per*

culmina no fenômeno da dispersão de fundamentos. Ao redigir o acórdão, em grande parte dos casos, não é possível identificar qual foi a linha argumentativa adotada pelos julgadores (até porque é possível que cada um tenha adotado uma linha distinta). O formato escrito das decisões da nossa suprema corte é a *seriatim* pura¹²⁴, pelo qual cada ministro apresenta um voto próprio que, somados, são veiculados por um acórdão. Há votos vencedores e vencidos, sem que haja uma decisão da corte. De resto, ante o baixo perfil deliberativo, concorda-se com a afirmação de Conrado Hübner Mendes (2012, p. 66), no sentido de que a decisão “assemelha-se a uma colcha de retalhos – decisões individuais coladas lado a lado, que não conversam entre si” e que ela “sequer consegue fornecer uma *ratio decidendi* compartilhada, um precedente que de fato oriente casos futuros”.

No mesmo sentido é a conclusão de Virgílio Afonso da Silva. Em “Deciding without deliberating” (2013, p. 569-584), o constitucionalista reconhece ao menos três entraves procedimentais e quatro práticas que prejudicam a deliberação no Supremo Tribunal Federal. Os entraves seriam (i) o papel irrelevante atribuído ao relator, (ii) a forma de comunicação entre os juízes e (iii) a interrupção das sessões antes de cada juiz ter a oportunidade de apresentar suas opiniões. Já as práticas que obstam a deliberação consistem na (i) cultura de ganhar a qualquer custo, (ii) ausência de efetiva interação, denotando o caráter não cooperativo da corte, (iii) extrema publicidade e (iv) irrelevância atribuída ao voto divergente, o qual, na realidade, não passa de um voto vencido.¹²⁵ Uma breve incursão sobre esses entraves e práticas é extremamente elucidativa sobre o perfil deliberativo do STF.

Ao contrário de outras cortes, no STF o relator é escolhido por sorteio. Antes da sessão plenária, em que em regra se dá a fase deliberativa, os outros ministros têm acesso apenas ao relatório, e não ao voto do relator. A opinião deste é apenas revelada no próprio plenário. Assim, os outros julgadores redigem seus votos sem saber qual a linha argumentativa do relator, e, em consequência, seus votos não dialogam com a fundamentação do voto inicial (SILVA, 2013, p. 570).

curiam ou ficar em algum ponto intermediário entre os dois extremos, no qual se pode encontrar uma decisão colegiada com votos concorrentes e dissidentes ao lado da opinião da corte”.

¹²⁴ Conforme aduz Mendes (2012, P. 65), “é bem verdade que a grande maioria das cortes constitucionais reais oscila entre decisões *per curiam* puras e decisões intermediárias que mesclam opiniões da corte com votos concorrentes e dissidentes. Raras são as cortes que optam por uma *seriatim* pura (tal como o STF)”. Em sistemas que pertencem à *civil law*, é muito mais comum encontrar cortes que decidem *per curiam*, sendo que a *seriatim* é mais utilizada em países que pertencem à *common law* (SILVA, 2013, p. 570).

¹²⁵ Sobre a distinção entre voto divergente e voto vencido, Virgílio Afonso da Silva (2015, p. 217) ensina que “voto divergente seria caracterizado não apenas por não seguir a decisão majoritária, mas também por apontar eventuais problemas nessa decisão vencedora, por tentar estabelecer um diálogo com ela. Já o voto que não segue a decisão majoritária, mas com ela não dialoga, seria então caracterizado como mero voto vencido”.

No Supremo, os ministros redigem seus votos de forma individual e, na sessão plenária, promovem sua leitura. Nos países que adotam o sistema estrutural *seriatim*, as opiniões são, normalmente, debatidas em plenário. Fato é que o STF adota esse sistema, mas como os votos são redigidos e lidos individualmente, pouco se discute, e os ministros acabam adotando posições estratégicas em relação ao resultado final, o que prejudica a efetiva deliberação (SILVA, 2013, p. 571).

O terceiro entrave procedimental decorre da possibilidade de se pedir vista antes de todos os ministros apresentarem suas opiniões. Ao interromper o julgamento, o ministro que pede vista reconhece que os votos a serem proferidos pelos seus colegas não terão qualquer impacto sobre seu convencimento (SILVA, 2013, p. 572).

A primeira postura prejudicial à deliberação decorre da atitude dos ministros no sentido de “ganhar a qualquer custo”. Em regra, os ministros buscam convencer seus colegas e não demonstram disposição a serem convencidos. Sustentam uma tese como se fossem advogados, o que, por óbvio, prejudica a efetiva deliberação na fase decisional. Na mesma senda, ante as peculiaridades procedimentais e o modelo *seriatim*, surge a segunda postura prejudicial: a ausência de debate no decorrer da sessão. Os integrantes do órgão colegiado agem de forma individual e não apresentam propensão ao diálogo.¹²⁶ Aliás, é extremamente incomum que o voto de um ministro seja alterado, após ter sido prolatado (SILVA, 2013, p. 576-579).

A extrema publicidade, decorrente da transmissão ao vivo das sessões na TV Justiça, também prejudica a deliberação. A exposição do voto de forma pública e em rede nacional tende a fazer com que os ministros resistam a modificar suas posições. Muitas vezes, os julgadores passam a dialogar com seu público externo (deliberação externa), abandonando o diálogo interno (SILVA, 2013, p. 580-583).

Por fim, a pouca relevância atribuída aos votos divergentes também mina o potencial deliberativo da corte. Ante a ausência de diálogo, o que se vê são votos vencidos, e não votos dissidentes, pois não há troca de argumentos entre os votos “ganhadores” e os “perdedores”. Em recente pesquisa empírica, Virgílio Afonso da Silva (2015, p. 224) entrevistou diversos ministros do STF, a fim de verificar como eles encaram a forma de publicação dos votos divergentes. Concluiu que os ministros não identificam problemas na estrutura decisória e não veem diferença entre votos efetivamente divergentes e votos vencidos. A proliferação de votos individuais divergentes, inclusive, é vista por eles como uma virtude. Por fim, todos os

¹²⁶ Essa também é a conclusão de José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 82).

ministros, sem exceção, apontam que, se fosse possível mudar, nada alterariam, mantendo a mesma forma de votação.

A baixa *performance* deliberativa impacta diretamente no controle argumentativo da corte. No mais, somada a inexistência de uso qualitativo dos precedentes e a dispersão de fundamentos, fomenta-se a prática ativista. Especificamente em relação às mutações jurisdicionais, dificulta-se a identificação do significado prévio atribuído pela corte ao enunciado normativo e da linha argumentativa que levou ao novo significado. Anote-se que na Suprema Corte norte-americana, que também adota o modelo decisório *seriatim*, os votos divergentes são relevantes fatores propulsores das mudanças informais.

Compreender adequadamente a mutação constitucional no discurso do STF, objeto da análise jurisprudencial empreendida nos próximos capítulos, depende da identificação dos arranjos institucionais e das práticas decisórias e deliberativas apresentadas. A primícia de mudança informal pela via judicial normalmente se origina da superação de um precedente e se consolida por meio de novas decisões e da aceitação pelos outros Poderes do Estado e pela sociedade. Imperioso, nesse sentido, considerar que (i) a dispersão de fundamentos dificulta a identificação tanto do significado anterior que se busca superar quanto do novo significado, (ii) o uso estratégico dos precedentes não limita o poder de criação dos julgadores, podendo levar, inclusive, a mutações inconstitucionais, (iii) a ausência de deliberação interna prejudica a compreensão do processo que levou à formação do precedente que constitui a origem da mutação e (iv) todos esses elementos potencializam a instabilidade decisória, dificultando a consolidação da mudança informal constitucional.

Ante os elementos teóricos angariados, passa-se à análise da jurisprudência do STF a fim de entender como ela trabalha com o conceito de mutação constitucional. Apresentados os contornos do fenômeno, incluindo alguns consensos sobre seus limites, e descritas algumas peculiaridades práticas e institucionais da corte, facilita-se a compreensão do uso argumentativo do fenômeno.

3 MUDANÇAS INFORMAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DESCRITIVA

3.1 METODOLOGIA DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Pretende-se, no presente capítulo, expor os resultados da pesquisa jurisprudencial qualitativa empreendida, demonstrando-se como o Supremo Tribunal Federal (STF) trabalha com o conceito de mutação constitucional, apresentando, inclusive, os casos em que a própria corte reconhece que está operando o fenômeno, por meio de suas decisões. Os resultados foram obtidos e serão apresentados valendo-se de critérios próprios da metodologia de análise da jurisprudência.¹²⁷ Não se trata, portanto, de mera exposição de julgados, sem critérios, a fim de corroborar a hipótese da pesquisa, o que configuraria a mera função justificadora da jurisprudência. Na realidade, o que se pretende é testar tal hipótese, direcionando a análise pelas perguntas-problema já formuladas.

Há diversos tipos de pesquisa jurisprudencial. Tendo em vista os objetivos específicos deste trabalho, serão realizadas, em conjunto, (i) a análise temática e a apresentação das linhas de entendimento, assim como (ii) o estudo dos elementos da decisão. A primeira consiste “no exame de conjunto de julgados sobre um determinado tema, geralmente com a proposta de compreender o entendimento do órgão julgador sobre o instituto estudado”. A segunda, em sentido complementar, pressupõe “a análise da argumentação utilizada pelo órgão julgador, ou determinado julgador, para a tomada de decisão” (FEFERBAUM; PALMA; PINHEIRO, 2012, p. 161-165).

Assim, busca-se aferir se há um conceito predominante e coerente de mutação na jurisprudência do Supremo, motivo pelo qual serão apresentados os contornos do fenômeno extraídos da argumentação dos ministros. Eis o objeto da análise temática e da apresentação das linhas de entendimento. Após, partindo-se dos conceitos/elementos por eles formulados e levando-se em conta o emprego do fenômeno nas argumentações extraídas de seus votos, especialmente quando compõem a *ratio decidendi*, será possível verificar se efetivamente estamos diante de mudanças informais e se se tratam de mutações constitucionais ou inconstitucionais. Essencial, nesta esteira, a análise dos elementos da decisão.

¹²⁷ Conforme aponta Roberto Freitas Filho e Thalita Morais Lima (2010, p. 2-3), a metodologia de análise jurisprudenciais “consiste em coletar as decisões de um ou diversos decisores, sobre um determinado problema jurídico, com o objetivo de identificar um momento decisório, realizar um retrato do ‘estado da arte’ sobre determinado assunto. A análise de jurisprudência permite a identificação da posição dos decisores em relação ao problema e/ou a suas eventuais inclinações em relação às demais possibilidades de solução que porventura não tenham sido adotadas”.

Para a adequada compreensão da pesquisa jurisprudencial, necessário que o capítulo 3 detalhe, de forma descritiva e analítica, o uso da mutação nas decisões do STF. Assim, serão apresentadas as hipóteses nas quais o termo foi utilizado, pautando-se pelos critérios de pesquisa explicitados abaixo. Após, serão identificados os casos nos quais a mutação constitucional insere-se como um dos fundamentos dos votos dos ministros, e serão expostas as supostas hipóteses de mudanças informais reconhecidas e empreendidas pela própria corte.

Propõe-se, portanto, um capítulo eminentemente descritivo que permitirá, no capítulo 4, ante os elementos obtidos, analisar criticamente o uso do conceito pelos ministros e identificar a efetiva superveniência do fenômeno por meio dos julgados discriminados.

Servindo-se dos tipos de pesquisa supramencionados, necessário apresentar o conjunto de casos analisados (amostra), por meio da exposição dos critérios utilizados para a escolha dos julgados (recortes). Dentre as delimitações possíveis, são comumente empregados os recortes institucional, temático, temporal e processual (FEFERBAUM; PALMA; PINHEIRO, 2012, p. 147-148).

Considerando os objetivos específicos do trabalho, foram adotados os critérios institucional e temático. Os julgados a serem analisados são oriundos do STF (institucional¹²⁸) e envolvem o fenômeno “mutação constitucional” (temático¹²⁹). Não se desconsidera a relevância da aplicação de critérios temporais e processuais, porém, para os fins propostos, a adoção desses em nada contribui para o resultado almejado. Por tais motivos, torna-se secundário aferir em qual instrumento processual foi reconhecida a mudança informal, ou em qual data ela se perfez. Note-se, lado outro, que a não adoção de recortes temporais e processuais não impede que sejam apresentadas as ações e as datas em que as decisões foram proferidas.¹³⁰ Implica, apenas, que tais critérios não serão utilizados para a composição do recorte e a consequente delimitação da amostra.

A composição da amostra se deu por meio de consulta à base de dados eletrônicos do Supremo. Buscando refinar a pesquisa, foram utilizados os termos “mutação constitucional”, “mudança informal”, “alteração informal”, “transformação informal” e “poder constituinte

¹²⁸ O recorte institucional se justifica pois o objetivo da pesquisa é aferir como o Supremo, órgão que exerce a jurisdição constitucional e cujas decisões têm o condão de operar o fenômeno, trabalha com o conceito de mutação constitucional.

¹²⁹ O recorte temático se justifica pois refere-se ao fenômeno objeto da análise jurisprudencial empreendida, cuja definição e uso perpassa toda a pesquisa.

¹³⁰ Por mais que inexista recorte temporal, fato é que a amostra é composta por todos os julgados disponibilizados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 1 abr. 2018) até o dia primeiro de abril de 2018, data em que foi efetuado o levantamento de dados, compondo-se a amostra. Não se trata de recorte temporal, vez que as datas não foram utilizadas como critério da pesquisa no banco de dados jurisprudencial.

difuso” junto ao operador “prox” e o número “5” (distância de, no máximo, cinco palavras entre os termos “mutação” e “constitucional”, por exemplo), o qual permite identificar os julgados nos quais as palavras são utilizadas de forma aproximada, evitando-se, assim, a exposição de julgados nos quais os termos estão distantes e, em consequência, não se referem ao fenômeno estudado.¹³¹

Valendo-se de tais critérios, chegou-se a um universo de 29 acórdãos e 44 decisões interlocutórias ao se utilizar o termo “mutação informal”.¹³² Já por meio do uso do termo “mudança informal”, foram identificados 4 acórdãos e 3 decisões interlocutórias.¹³³ Percebe-se que estes, todavia, proferidos nos HC nº 96.772/SP, nº 90450/MG, nº 94.695/RS e nº 91361/SP (acórdãos), e no AI nº 277.940/MG, no RE nº 601552/RS e no HC nº 98893MC/SP (decisões interlocutórias), também integram o primeiro universo. Nenhum documento foi encontrado valendo-se dos termos “alteração informal”, “transformação informal” e “poder constituinte difuso”. A amostra é composta, destarte, por 29 acórdãos e 44 decisões interlocutórias.

Não se nega a existência de julgados em que são feitas referências aos termos, porém que não são apresentados no resultado veiculado pela pesquisa no sítio eletrônico do STF. Sabe-se que o sistema de pesquisa de jurisprudência da corte, por mais que tenha se aprimorado, ainda apresenta deficiências.¹³⁴ Todavia, isso não ilide a adequação dos critérios e da proposta, vez que (i) utiliza-se a base de dados da própria corte e (ii) não se vislumbra

¹³¹ Conforme descrição do próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o operador “prox” “Procura palavras aproximadas em qualquer ordem. O operador PROX sempre será utilizado com um número. O número após o PROX indica a delimitação de distância entre palavras, podendo ser escolhido livremente”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaGeral&pagina=ajudaPesquisaJurisprudencia&popup>>. Acesso em 2 jul. 2018.

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MUTA%27%20+C3O+PROX5+CONSTITUCIONAL%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd5ujz7n>>. Acesso em: 31 jul. 2018.; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%27%20+C3O+PROX5+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y98y8sk9>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

¹³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MUDAN%27A+PROX5+INFORMAL%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycop2d25>>. Acesso em: 31 jul. 2018.; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUDAN%27A+PROX5+INFORMAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycop2d25>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

¹³⁴ No mais, além da própria pesquisa por meio dos critérios supramencionados, a fim de corroborar a amostra, tomou-se o cuidado de enviar e-mail à “Seção de Gerenciamento do Banco de Jurisprudência” da corte, a qual, em resposta, apontou os mesmos 29 acórdãos e 44 decisões interlocutórias encontradas por meio da pesquisa direta ao banco de dados.

outra forma de se viabilizar a pesquisa livre, por “termos”, que não por meio de mencionada base de dados

Todo esse conjunto de julgados em que são feitas referências ao fenômeno será exibido, especificando-se o contexto em que elas foram realizadas e, caso seja apresentado um conceito, este será explicitado no tópico “3.2 – Mapeamento das decisões que mencionam a mutação constitucional”. Como se perceberá, grande parte das referências em decisões interlocutórias foram feitas de forma lateral, citando excertos de acórdãos ou fazendo breves comentários sobre supostas mutações já reconhecidas. Já em relação aos acórdãos, nota-se que alguns também se limitam a citar o conceito de forma lateral, ao se referir a títulos de livros, a mudanças informais já reconhecidas em outras decisões colegiadas etc. Em outros, há uma simples menção ao conceito, sem que ele seja utilizado como fundamento dos votos. Por fim, há as hipóteses nas quais o fenômeno ocupa papel fulcral na fundamentação proposta pelos julgadores, o que os leva a reconhecer ou rechaçar a presença do fenômeno. Tratam-se dos julgados nos quais a mutação é, senão o único, ao menos um dos fundamentos da decisão.

Intentando tornar a apresentação mais didática, e considerando a análise crítica a ser promovida no capítulo 4, elaboraram-se duas tabelas, que se referem às decisões interlocutórias (Tabela 1) e acórdãos (Tabela 2). Como critérios expositivos, foram eleitos aqueles que melhor contribuirão para a análise mencionada, quais sejam, (i) o instrumento processual e respectivo número, (ii) o órgão julgador, relator (este apenas no caso dos acórdãos) e a data do julgamento, (iii) como se deu o uso do conceito, (iv) qual a delimitação conceitual empregada e (v) se houve efetiva deliberação sobre os elementos que caracterizam o fenômeno e sobre a sua configuração (este também apenas no caso dos acórdãos).

A indicação do instrumento processual e de seu respectivo número permite a correta identificação do julgado. Já a referência ao órgão julgador, ao relator (se o caso) e à data do julgamento é relevante, pois viabiliza a compreensão da evolução temporal do uso conceitual, motivo pelo qual, inclusive, optou-se pela exposição em ordem cronológica. No mais, ajuda ainda a reconhecer os ministros que mais recorrem a tal uso. A especificação de contexto e função do fenômeno na decisão é essencial, vez que com ela afere-se o papel que o fenômeno exerce na argumentação proposta. Ainda, a menção ao conceito formulado expressamente ou implicitamente permite constatar se há um predominante, se existe coerência na identificação das mutações etc. Por fim, no caso das decisões colegiadas, a referência à presença ou não de deliberação sobre os elementos do fenômeno e sobre sua superveniência auxilia na assimilação da correlação existente entre a estrutura decisória da corte, a deliberação interna e

a efetiva configuração da mudança informal. Conforme proposto, a análise crítica das linhas argumentativas e dos elementos da decisão será objeto do capítulo 4 desta pesquisa.

Dentre os acórdãos a serem expostos (Tabela 2), percebeu-se que em 17 deles a mutação é utilizada, senão como o único, ao menos como um dos fundamentos da decisão. Nestes casos, é imprescindível apresentar os elementos da decisão que levaram ao reconhecimento do fenômeno. Assim, será possível compreender como eles conceituam a mudança informal e como se valem do conceito formulado, a nível argumentativo, além de aferir a efetiva presença da mudança, considerando os elementos teóricos já angariados nos capítulos 1 e 2. Serão, por conseguinte, apresentados em um segundo momento de forma detalhada no tópico “3.3 – A mutação constitucional como fundamento da decisão”, caso a caso. Como será percebido, há aqueles em que um ministro reconhece a superveniência do fenômeno em seu voto, porém os outros a ele não fazem referência, independentemente de anuir ou não à conclusão do primeiro. São as hipóteses nas quais não há, portanto, diálogo sobre a superveniência da mudança informal, resultado da dispersão de fundamentos já demonstrada. Há outros, todavia, em que se discute o advento do fenômeno, e, em consequência, há divergência sobre os próprios elementos necessários para a sua configuração.

Decidiu-se por analisar, de forma detalhada, apenas os acórdãos, vez que são raras as hipóteses em que se faz referência, em decisões interlocutórias, à mutação como fundamento da decisão, conforme se verá, além de que essas, por si só, muito dificilmente se qualificam como primícias de mudanças informais, pois sequer viabilizam a deliberação sobre a nova interpretação proposta.

Visando tornar a exposição mais didática, foi inserido um quadro sinóptico de cada caso, explicitando-se os principais dados dos acórdãos relacionados ao fenômeno estudado. Assim, o quadro discriminará (i) o ano, o instrumento processual e o órgão julgador, (ii) o(s) dispositivo(s) que, supostamente, sofreram a mudança informal, (iii) o papel do fenômeno na solução do processo, (iv) quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos, (v) se houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência e (vi) se houve menções a alterações, no plano fático ou no direito positivo, a justificar seu reconhecimento.

Por fim, nesta segunda etapa, considerando que existem casos extremamente semelhantes, em que há, inclusive, repetição integral de votos, serão eles analisados em conjunto. Dessa forma, os MS(s) nº 26.602-3/DF, nº 26.603-1/DF e nº 26.604-0/DF, assim como os HC 91.361/SP, nº 94.695/RS, nº 90.450/MG e nº 96.772/SP, serão objetos de um único tópico. Passa-se, portanto, ao mapeamento das decisões, valendo-se dos critérios

propostos e, após, à exposição do uso argumentativo do fenômeno nos acórdãos em que este se configura como um dos fundamentos da decisão.

3.2 MAPEAMENTO DAS DECISÕES QUE MENCIONAM A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A amostra é integrada por 44 decisões interlocutórias. Entretanto, constata-se que, dentre elas, há 6 que foram expostas em duplicidade no sítio eletrônico do STF, quais sejam AI nº 611481/MG, ADI nº 4775/CE, ADI nº 4778/PB, ADI nº 4805ED/RR, ADI nº 4765ED/AP e ADI nº 4772 ED/RJ. Nessa esteira, serão apresentadas 38 decisões interlocutórias, utilizando-se os critérios mencionados anteriormente.

Desde já, consigno que a grande maioria das decisões faz breve referência ao fenômeno estudado, de forma lateral, em regra citando, *ipsis literis*, acórdãos que fazem alusão às mudanças informais, ou mencionando mutações já operadas e reconhecidas, sem maiores considerações.¹³⁵ Note-se, entretanto, que mesmo ante tal constatação, a exposição mostra-se relevante, pois amplia o mapeamento proposto, permite identificar a evolução cronológica das referências e apresenta as duas decisões (ADI nº 1.484/DF e RE nº 600.334/SP) que se valem do fenômeno como razão de decidir.

Tabela 1 – Decisões interlocutórias

Instrumento processual	Julgador e data da decisão	Uso do conceito	Delimitação conceitual
1) ADI nº 1.484/DF	Celso de Mello j. 21/08/2001	Susta a inconstitucionalidade por omissão decorrente da inércia do Poder Público. ao não regular, por meio da Lei nº 9.295/96, as matérias veiculadas no art. 21, inc. XI, da CF, o que configuraria hipótese de mutação constitucional	Mudança da norma constitucional, sem alteração do texto, em razão da inércia
2) Rcl nº 3.801/GO	Sepúlveda Pertence j. 27/10/2005	Menciona de forma lateral, ao fazer referência à mudança na competência da Justiça do Trabalho com a EC/45	Não há formulação de conceito
3) HC nº 92.297/MG	Ricardo Lewandowski j. 02/09/2008	Menciona de forma lateral, ao tratar da incompetência do STF para julgar recurso contra decisão da Turma Recursal	Mutação como nova interpretação da Constituição Federal
4) RE nº 466.215	Carlos Britto j. 28/11/2008	Menciona de forma lateral, ao citar expressamente a ementa do acórdão impugnado	Não há formulação de conceito
5) Rcl nº 7.336/SP	Carlos Britto j. 16/12/2008	Aponta ter havido mutação com a exclusão do art. 241 da CF com a EC nº 19/1998	Conceito utilizado como sinônimo de mudança formal do texto constitucional
6) RE nº 488.165/PR	Cármen Lúcia j. 19/12/2008	Menciona de forma lateral, ao citar expressamente a ementa do acórdão impugnado	Não há formulação de conceito

¹³⁵ As menções laterais consistem nas referências ao termo quando o fenômeno não é utilizado como um dos fundamentos da decisão e não exerce papel relevante na linha argumentativa proposta pelo ministro. Como exemplo, cite-se as já mencionadas transcrições literais de outros acórdãos, as referências a títulos de livros nos quais o termo está presente, as menções a mudanças informais já operadas etc.

Instrumento processual	Julgador e data da decisão	Uso do conceito	Delimitação conceitual
7) AI n° 611.481/MG	Cármen Lúcia j. 12/03/2009	Menciona de forma lateral, ao citar expressamente a ementa de outra decisão monocrática	Não há formulação de conceito
8) AI n° 618763/RS	Cármen Lúcia j. 12/03/2009	Menciona de forma lateral, ao citar expressamente a ementa de outra decisão monocrática	Não há formulação de conceito
9) MC no HC n° 98.893/SP	Celso de Mello j. 09/06/2009	Cita de forma lateral, ao mencionar expressamente a ementa do HC n° 90.450/MG, aplicando o precedente firmado neste (vedação da prisão civil do depositário infiel)	Não há formulação de conceito
10) RE n° 601.552/RS	Cármen Lúcia j. 22/09/2009	Cita de forma lateral, ao mencionar expressamente a ementa do HC n° 96.772/MG, aplicando o precedente firmado neste (vedação da prisão civil do depositário infiel)	Não há formulação de conceito
11) RE n° 517.766/RS	Cármen Lúcia j. 16/12/2009	Menciona de forma lateral, ao citar expressamente a ementa do acórdão impugnado	Não há formulação de conceito
12) RE n° 476.747/SC	Ellen Gracie j. 04/11/2010	Menciona de forma lateral, ao citar expressamente a ementa do acórdão impugnado	Não há formulação de conceito
13) RE n° 600.334/SP	Cármen Lúcia j. 26/11/2010	Sustenta a mudança informal do art. 150, inc. VI, alínea d, da CF, estendendo a imunidade tributária a livros em CD-ROM	Mutação constitucional equiparada ao resultado da interpretação evolutiva
14) AI n° 277.940/MG	Celso de Mello j. 31/05/2011	Cita de forma lateral, ao mencionar expressamente a ementa do HC n° 85.822/PA, aplicando o precedente firmado neste (vedação da prisão civil do depositário infiel)	Não há formulação de conceito
15) MC no HC n° 110.237/PA	Celso de Mello j. 12/09/2011	Menciona de forma lateral, ao citar expressamente a ementa do acórdão proferido na ADI n° 3.345/DF	Não há formulação de conceito
16) MC no HC n° 115.549/BA	Celso de Mello j. 04/02/2013	Menciona de forma lateral, ao citar expressamente a ementa do acórdão proferido na ADI n° 3.345/DF	Não há formulação de conceito
17) ARE n° 675.691/BA	Cármen Lúcia j. 07/02/2013	Menciona de forma lateral, ao citar expressamente a ementa de acórdão proferido pelo TJ/BA	Não há formulação de conceito
18) RE n° 467.499/RS	Gilmar Mendes j. 07/02/2013	Cita de forma lateral, ao mencionar expressamente o acórdão proferido na ADI n° 3.345/DF	Não há formulação de conceito
19) MS n° 32.326MC/DF	Roberto Barroso j. 02/09/2013	Aponta ser uma das causas de pedir do impetrante, porém sequer ingressou no mérito sobre elementos e configuração do fenômeno	Não há formulação de conceito
20) RE n° 578.315/RS	Roberto Barroso j. 03/08/2015	Cita de forma lateral, ao mencionar o julgado do RE n° 590.809/RS	Não há formulação de conceito
21) HC n° 129.573/MG	Edson Fachin j. 31/08/2015	Cita de forma lateral, ao mencionar a Reclamação 4.374/PE	Não há formulação de conceito
22) ADI n° 5.577/DF	Rosa Weber j. 22/08/2016	Cita de forma lateral, ao mencionar excerto de voto proferido na ADI n° 5.105/DF	Não há formulação de conceito
23) RE n° 940.426/AM	Cármen Lúcia j. 05/09/2016	Menciona a mutação já reconhecida (Incidente de Inconstitucionalidade em MS n° 2007.001731-2), sem fazer juízo sob a superveniência do fenômeno	Não há formulação de conceito
24) MS n° 34.518 MC/DF	Luiz Fux j. 22/11/2016	Cita o que seria um exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa	Não há formulação de conceito
25) RE n°	Celso de Mello	Cita de forma lateral, ao mencionar excerto de	Não há formulação de

Instrumento processual	Julgador e data da decisão	Uso do conceito	Delimitação conceitual
1.024.321/SC	j. 23/02/2017	voto proferido na RE nº 778.889/PE	conceito
26) ADI nº 4775/CE	Rosa Weber j. 18/05/2017	Aplica o entendimento firmado na ADI nº 4764/AC, contexto no qual citou a mutação já reconhecida, sem maiores considerações	Não há formulação de conceito
27) ADI nº 4778/PB	Rosa Weber j. 18/05/2017	Aplica o entendimento firmado na ADI nº 4764/AC, contexto no qual citou a mutação já reconhecida, sem maiores considerações	Não há formulação de conceito
28) ADI nº 3.838/DF	Alexandre de Moraes j. 25/05/2017	Menção está no relatório. Não trata do conceito e sequer aprecia o mérito	Não há formulação de conceito
29) HC nº 144.457/SP	Ricardo Lewandowski j. 01/06/2017	Limita-se a afirmar que o STF rechaçou a mutação do art. 52, X, da CF	Não há formulação de conceito
30) ADI nº 4.766/AL	Luiz Fux j. 12/06/2017	Aplica o entendimento firmado na ADI nº 4764/AC, contexto no qual citou a mutação	Não há formulação de conceito
31) ADI nº 4.772/RJ	Luiz Fux j. 12/06/2017	Aplica o entendimento firmado na ADI nº 4764/AC, contexto no qual citou a mutação	Não há formulação de conceito
32) ARE nº 1.012.312/SP	Edson Fachin j. 17/09/2017	Cita de forma lateral, ao mencionar que o regime jurídico das ilhas marítimas passou por mutações constitucionais	Não há formulação de conceito
33) ED na ADI nº 4.772/RJ	Luiz Fux j. 17/10/2017	Cita de forma lateral, ao mencionar a decisão proferida na ADI nº 4.764/AC	Não há formulação de conceito
34) ED na ADI nº 4.805/RR	Luiz Fux j. 17/10/2017	Cita de forma lateral, ao mencionar a decisão proferida na ADI nº 4.764/AC	Não há formulação de conceito
35) ED na ADI nº 4.773/GO	Luiz Fux j. 17/10/2017	Cita de forma lateral, ao mencionar a decisão proferida na ADI nº 4.764/AC	Não há formulação de conceito
36) ED na ADI nº 4.766/AL	Luiz Fux j. 17/10/2017	Cita de forma lateral, ao mencionar a decisão proferida na ADI nº 4.764/AC	Não há formulação de conceito
37) ED na ADI nº 4.765/AP	Luiz Fux j. 17/10/2017	Cita de forma lateral, ao mencionar a decisão proferida na ADI nº 4.764/AC	Não há formulação de conceito
38) Rcl nº 28.722/PA	Luiz Fux j. 24/10/2017	Cita de forma lateral, ao mencionar excerto de voto proferido na ADI nº 5.105/DF	Não há formulação de conceito

Fonte: elaborada pelo autor.

Por meio dos recortes aplicados, chegou-se a um conjunto de 29 acórdãos que fazem menção expressa ao fenômeno. A primeira referência se deu no ano de 2005, sendo que a partir de então o uso argumentativo do conceito passou a se intensificar paulatinamente. Dessume-se que, ao mencionar a mutação, os ministros fazem alusão, em sua quase totalidade, àquela empreendida pela via interpretativa, e, em consequência, expõem os elementos conceituais dessa.

Tabela 2 – Acórdãos

Instrumento processual	Órgão julgador, relator e data do julgamento	Uso do conceito	Delimitação conceitual	Deliberação sobre os elementos e a superveniência do fenômeno
-------------------------------	---	------------------------	-------------------------------	--

Instrumento processual	Órgão julgador, relator e data do julgamento	Uso do conceito	Delimitação conceitual	Deliberação sobre os elementos e a superveniência do fenômeno
1) ADI nº 3.345/DF	Plenário Celso de Mello j. 25/08/2005	Gilmar Mendes menciona o fenômeno, de forma lateral, ao fazer referência a mudança informal do art. 52, inc. X, da CF	Não há formulação de conceito	Não há deliberação
2) Questão de ordem no HC nº 86.009-5/DF	1º Turma Carlos Brito j. 29/08/2006	O relator faz referência à mutação ao, de forma lateral, aplicar precedente que reconheceu a incompetência da corte para julgar HC contra decisão de Turma Recursal	Mutação consiste na nova interpretação da Constituição	Não há deliberação
3) AgRg no RE nº 450.504-5/MG	1º Turma Carlos Brito j. 21/11/2006	O relator menciona o fenômeno, de forma lateral, ao afirmar que a corte mudou a interpretação sobre os artigos 114 c/c, inc. I do art. 109 da CF	Mutação consiste na nova interpretação da Constituição	Não há deliberação
4) EDcl no EDiv no RE nº 174.161-9/DF	Plenário Gilmar Mendes j. 20/09/2007	O relator faz referência à mutação ao, de forma lateral, aplicar precedente que mudou a interpretação do art. 8º do ADCT	Mutação consiste na interpretação evolutiva da Constituição que culmina na revisão da jurisprudência da corte	Não há deliberação
5) EDiv no RE nº 166.791-5/DF	Plenário Gilmar Mendes j. 20/09/2007	O relator faz referência à mutação ao, de forma lateral, aplicar precedente que mudou a interpretação do art. 8º do ADCT	Mutação consiste na interpretação evolutiva da Constituição que culmina na revisão da jurisprudência da corte	Não há deliberação
6) MS nº 26.604-0/DF	Plenário Cármen Lúcia j. 04/10/2007	Gilmar Mendes reconhece e afirma a mudança informal da Constituição ao admitir a perda de mandato em razão da infidelidade partidária, superando-se precedente anterior em sentido oposto	Mutação consiste na interpretação evolutiva da Constituição, que culmina na revisão da jurisprudência da corte	Não há deliberação

Instrumento processual	Órgão julgador, relator e data do julgamento	Uso do conceito	Delimitação conceitual	Deliberação sobre os elementos e a superveniência do fenômeno
7) MS nº 26.603-1/DF	Plenário Celso de Mello j. 04/10/2007	Gilmar Mendes reconhece e afirma a mudança informal da Constituição ao admitir a perda de mandato em razão da infidelidade partidária, superando-se precedente anterior em sentido oposto	Mutação consiste na interpretação evolutiva da Constituição, que culmina na revisão da jurisprudência da corte	Não há deliberação
8) MS nº 26.602-3/DF	Plenário Eros Grau j. 04/10/2007	Gilmar Mendes reconhece e afirma a mudança informal da Constituição ao admitir a perda de mandato em razão da infidelidade partidária, superando-se precedente anterior em sentido oposto	Mutação consiste na interpretação evolutiva da Constituição que culmina na revisão da jurisprudência da corte	Há deliberação sobre os elementos e sobre a superveniência do fenômeno
9) HC nº 91.361-0/SP	2º Turma Celso de Mello j. 23/09/2008	Relator reconhece e afirma a mutação do art. 5º, inc. LXVII, da CF, reconhecendo a vedação à prisão civil do depositário infiel, superando-se precedentes anteriores em sentido oposto	Mutação seria a reformulação do texto constitucional, pela via interpretativa, revisando jurisprudência anterior	Não há deliberação
10) HC nº 94.695-0/RS	2º Turma Celso de Mello j. 23/09/2008	Relator reconhece e afirma a mutação do art. 5º, inc. LXVII, da CF, reconhecendo a vedação à prisão civil do depositário infiel, superando-se precedentes anteriores em sentido oposto	Mutação seria a reformulação do texto constitucional, pela via interpretativa, revisando jurisprudência anterior	Não há deliberação
11) HC nº 90.450-5/MG	2º Turma Celso de Mello j. 23/09/2008.	Relator reconhece e afirma a mutação do art. 5º, inc. LXVII, da CF, reconhecendo a vedação à prisão civil do depositário infiel, superando-se precedentes anteriores em sentido oposto	Mutação seria a reformulação do texto constitucional, pela via interpretativa, revisando jurisprudência anterior	Não há deliberação

Instrumento processual	Órgão julgador, relator e data do julgamento	Uso do conceito	Delimitação conceitual	Deliberação sobre os elementos e a superveniência do fenômeno
12) RHC nº 93.172/SP	Plenário Cármem Lúcia j. 12/02/2009	Gilmar Mendes reconhece a mutação do art. 5º, inc. LVII, da CF, ressaltando a inconstitucionalidade da execução da pena sem que haja trânsito em julgado, superando-se precedentes anteriores em sentido diverso	Mutação consiste na interpretação evolutiva da Constituição que culmina na revisão da jurisprudência da corte	Não há deliberação
13) HC nº 96.772-8/SP	2º Turma Celso de Mello j. 09/06/2009	Relator reconhece e afirma a mutação do art. 5º, inc. LXVII, da CF, reconhecendo a vedação à prisão civil do depositário infiel, superando-se precedentes anteriores em sentido oposto	Mutação seria a reformulação do texto constitucional, pela via interpretativa, revisando jurisprudência anterior	Não há deliberação
14) ADPF nº 46-7/DF	Plenário Marco Aurélio j. 05/08/2009	O relator reconhece a mudança informal do art. 21, inc. X, da CF, que passaria a admitir o exercício do serviço postal em regime de concorrência, superando jurisprudência anterior	Mutação constitucional e interpretação evolutiva são equiparadas	Não há deliberação
15) RE nº 637.485/RJ	Plenário Gilmar Mendes j. 01/08/2012	O relator reconhece a mudança informal da norma veiculada no art. 14, § 5º, da CF, admitindo-se segunda reeleição para cargo de mesma natureza, alterando jurisprudência anterior em sentido diverso	Mutação consiste na interpretação evolutiva da Constituição que culmina na revisão da jurisprudência da corte	Não há deliberação
16) ADI nº 4.387/DF	Plenário Carlos Britto j. 14/03/2013.	O termo é citado de forma lateral, ao se fazer menção ao título de um livro	Não há formulação de conceito	Não há deliberação
17) ADI nº 4.425/DF	Plenário Carlos Britto j. 14/03/2013	O termo é citado de forma lateral, ao se fazer menção ao título de um livro	Não há formulação de conceito	Não há deliberação

Instrumento processual	Órgão julgador, relator e data do julgamento	Uso do conceito	Delimitação conceitual	Deliberação sobre os elementos e a superveniência do fenômeno
18) Rcl nº 4.374/PE	Plenário Gilmar Mendes j. 18/04/2013	O relator sustenta a mutação do art. 203, inc. V, da CF, e, sob tal fundamento, aponta a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, revendo precedente anterior da corte	Mutação consiste na interpretação evolutiva da Constituição que culmina na revisão da jurisprudência da corte	Não há deliberação
19) Rcl nº 4.335/AC	Plenário Gilmar Mendes j. 20/03/2014	O relator e o ministro Eros Grau sustentam a mudança informal do art. 52, inc. V, da Constituição Federal, em razão das alterações no sistema de controle de constitucionalidade, o que implicaria na alteração do papel do Senado neste sistema	Há diversos conceitos formulados, a serem explorados no tópico “3.3.7 – Rcl 4.335/AC”	Há deliberação sobre os elementos e sobre a superveniência do fenômeno
20) ADI nº 5.105/DF	Plenário Luiz Fux j. 01/10/2015	O relator cita um exemplo de mutação constitucional pela via legislativa, todavia aponta que ela não se fez presente, no caso analisado	Mutação pela via legislativa seria a correção do precedente, por meio de leis, valendo-se de novos pressupostos fáticos e jurídicos	Não há deliberação
21) HC nº 126.292/SP	Plenário Teori Zavascki j. 17/02/2016	O ministro Luís Roberto Barroso sustenta a superveniência de nova mutação da norma veiculada no art. 5º, inc. LVII, da CF, e, em conclusão, afirma que a execução provisória da pena, após sentença de segundo grau, não ofende tal dispositivo	O fenômeno consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente	Não há deliberação
22) HC nº 127.900/AM	Plenário Dias Toffoli j. 03/03/2016	O ministro Edson Fachin sustenta a mutação informal do art. 5º, inc. LV, da CF, o que levaria à conclusão de que as normas processuais que não preveem o interrogatório ao final são inconstitucionais	Mutação informal e interpretação evolutiva são equiparadas	Há deliberação sobre a superveniência do fenômeno

Instrumento processual	Órgão julgador, relator e data do julgamento	Uso do conceito	Delimitação conceitual	Deliberação sobre os elementos e a superveniência do fenômeno
23) RE nº 778.889/PE	Plenário Roberto Barroso j. 10/03/2016	Reconhece a mudança informal da norma veiculada no art. 7º, inc. XVIII, da CF, ante nova compreensão da realidade fática, culminando na extensão do prazo de 120 dias de licença-gestante aos adotantes	Mutação constitucional é a mudança de entendimento da corte em razão da alteração da realidade social ou da compreensão sobre um fenômeno	Há deliberação sobre a superveniência do fenômeno
24) ADI nº 2.675/PE	Plenário Ricardo Lewandowski j. 19/10/2016	Gilmar Mendes cita o fenômeno de forma lateral, apenas para ressaltar que, se houver mudança informal do parâmetro, admite-se nova aferição da constitucionalidade	Não há formulação de conceito	Não há deliberação
25) RE 574.706/RN	Plenário Cármen Lúcia j. 15/03/2017	O termo é citado de forma lateral, ao se fazer menção ao título de um livro	Não há formulação de conceito	Não há deliberação
26) RE 522.897/RN	Plenário Ministro Gilmar Mendes j. 16/03/2017	Relator sustenta a presença de mudança informal ante a nova interpretação dada ao art. 7º, inc. XXIX, da CF	Mutação consiste na interpretação evolutiva da Constituição que culmina na revisão da jurisprudência da corte	Não há deliberação.
27) RE nº 602.043/MT	Plenário Marco Aurélio j. 27/04/2017	Gilmar Mendes cita o fenômeno de forma lateral, ao fazer menção à interpretação constitucional e a uma pesquisa por ele promovida	Não há formulação de conceito	Não há deliberação
28) RE nº 612.975/MT	Plenário Marco Aurélio j. 27/04/2017	Gilmar Mendes cita o fenômeno de forma lateral, ao fazer menção à interpretação constitucional e a uma pesquisa por ele promovida	Não há formulação de conceito	Não há deliberação
29) ADI nº 4.764/AC	Plenário Celso de Mello	Os ministros reconhecem, em sua maioria, a mudança informal do art. 34, inc. VII, alínea a, da CF e do	Há diversos conceitos formulados, a serem	Há deliberação sobre o conceito e sobre a superveniência do

Instrumento processual	Órgão julgador, relator e data do julgamento	Uso do conceito	Delimitação conceitual	Deliberação sobre os elementos e a superveniência do fenômeno
	j. 04/05/2017	significado do princípio republicano, vedando-se a previsão de juízo de admissibilidade por parte das Assembleias Legislativas nas Constituições Estaduais, na hipótese de crimes comuns	explorados no tópico “3.3.12 – ADI 4764/AC”	fenômeno

Fonte: elaborada pelo autor.

3.3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO DA DECISÃO

3.3.1 MS 26.602-3/DF, MS 26.603-1/DF e MS 26.604-0/DF¹³⁶

Quadro Sinóptico 1

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2007/MS/Plenário
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Perda do mandato por infidelidade partidária – art. 55 da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Apenas o ministro Gilmar Mendes reconhece a mutação constitucional
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, este no MS nº 26.602-3
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Houve debate sobre o conceito de mutação e sobre sua superveniência apenas no MS nº 26.602-3
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Mencionou alterações no suporte fático

Fonte: elaborado pelo autor.

Mandados de Segurança foram impetrados por partidos políticos contra decisões do Presidente da Câmara dos Deputados, suposta autoridade coatora, as quais teriam violado direito líquido e certo à posse dos deputados suplentes nas hipóteses em que os titulares mudaram de partido, afrontando a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na Consulta nº 1.398. Assim agiu o presidente sob o fundamento de que tal hipótese não estava elencada no art. 56, §1º, da Constituição Federal (CF).

Firmou-se o entendimento de que, no sistema proporcional, a mudança de partido implica na extinção do mandato. Em síntese, como se extrai da maioria dos votos vencedores, diversos fundamentos levaram a essa conclusão. Primeiro, aventou-se a relevância da

¹³⁶ Como os votos proferidos nos Mandados de Segurança são semelhantes, serão feitas referências apenas ao MS nº 26.602-3/DF.

permanência do parlamentar no partido político para se manter a representatividade do próprio mandato. O instituto da fidelidade partidária se apresentaria como corolário lógico do sistema proporcional desenhado pela CF de 1988. Nessa senda, acordou-se, por maioria, que a mudança de partido implica na extinção do mandato, e não em sua perda, nos moldes do art. 55 da CF (MS nº 26.602-3/DF, p. 1-5). Daí a irrelevância da não previsão de tal hipótese no rol veiculado nesse dispositivo constitucional. Todavia, por motivo de segurança jurídica, optaram os ministros por reconhecer o direito líquido e certo dos partidos políticos impetrantes apenas às vagas daqueles deputados que mudaram de partido após a decisão proferida pelo TSE.

Em sentido contrário, os ministros que divergiram do relator sustentaram que o art. 55 da CF é taxativo ao apresentar as hipóteses de perda do mandato. Em última instância, estaria, sim, presente tal sanção. Aliás, ante o princípio democrático e as regras do direito eleitoral, não caberia ao Supremo inovar criando nova hipótese de perda, originalmente não estabelecida pelo Poder Constituinte.

A mutação constitucional foi utilizada como argumento para justificar a superação da jurisprudência anterior no voto do ministro Gilmar Mendes. Este concorda com a interpretação de que o mandato pertence, no sistema proporcional, ao partido e, em razão disso, correta a interpretação evolutiva realizada pelo TSE na Consulta nº 1.398, superando-se o entendimento da corte suprema firmado no Mandado de Segurança (MS) nº 20.927 (MS nº 26.602-3/DF, p. 165 e ss.).

Aduz que a mudança de entendimento se justifica em razão de uma série de fatores, a superar o fundamento de que inexistente previsão expressa de perda de mandato em caso de infidelidade partidária. Ao propor uma interpretação sistemática, ressalta a importância dos partidos políticos no texto constitucional. Ainda, apresenta as peculiaridades do sistema proporcional brasileiro, pelo qual, por exemplo, seria possível que um candidato com pouquíssimos votos fosse eleito, ao passo que o mais votado não. Assevera, ao final, que deve ser atribuída maior relevância ao princípio da fidelidade partidária, considerando as peculiaridades dos sistemas partidário e proporcional, assim como da atual realidade da política nacional, na qual se tornou extremamente comum a mudança de partidos no decorrer do mandato.¹³⁷ Os partidos políticos, portanto, teriam direito às vagas por eles conquistadas. Não se trataria, destarte, de perda do mandato, mas sim de sua extinção.

¹³⁷ Aponta aproximadamente 42 mudanças de partidos de deputados que compõem o quadro da Câmara dos Deputados apenas no ano de 2007 (MS nº 26.602-3/DF, p. 202).

O ministro reconheceu, portanto, que estaríamos diante de uma revisão de jurisprudência consolidada na corte, o que justificaria, inclusive, a modulação dos efeitos. Tal revisão, em sua concepção, tratar-se-ia do fenômeno da mutação constitucional.¹³⁸ Equipara, portanto, a revisão da jurisprudência, por meio de interpretação evolutiva, à mudança informal da constituição. Adota a concepção de Häberle, que também, em suas palavras, aduz que “uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandel*) enquanto categoria autônoma” (MS nº 26.602-3, p. 201-202). Assevera que a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial constitui uma autêntica mutação constitucional. Ressalta, em conclusão, que:

[...] 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 (MS nº 26.602-3, p. 202).

Com o intuito de justificar a assertiva de que estaríamos diante de uma mutação constitucional, e, em consequência, de que seria necessária a modulação dos efeitos da decisão, cita três precedentes de cortes estrangeiras, os quais, em seu entender, seriam casos clássicos de mudança informal do texto constitucional. Em especial, descreveu como se deu a evolução jurisprudencial, nos Estados Unidos, sobre a igualdade racial, iniciando-se com o precedente firmado em *Plessy vs Ferguson* (1896) e superado em *Brown vs Board of Education* (1954) (MS nº 26.602-3/DF, p. 200-208).

Ao fim, aderiu à posição dominante firmada nos três mandados de segurança, denegando a ordem nos casos em que os deputados mudaram de partido antes do advento do novo entendimento do TSE e concedendo àqueles que mudaram após a alteração. Ainda, reconheceu a competência do TSE para editar, por meio de normas materiais e processuais, o tema da extinção dos mandatos decorrente de mudança de partido (MS nº 26.602-3, p. 212).

Eros Grau, em sentido diverso, no MS nº 26.602-3/DF, expressamente rechaçou a suposta alteração informal. Aduziu que a mutação:

[..] 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 (MS nº 26.602-3/DF).

¹³⁸ Afirma o ministro que se trata de “típico caso de mutação constitucional, em que se altera a jurisprudência longamente adotada pela corte” (MS nº 26.602-3/DF, p. 197).

Partindo de tais elementos, sustenta que, no caso, o “texto” que resultaria da mudança informal não se mostra adequado à tradição constitucional brasileira, considerando o tratamento histórico dispensado, tanto pela doutrina e jurisprudência como pelo legislador constituinte, à infidelidade partidária. Daí sua conclusão de que, no caso, estaríamos diante de uma mudança informal impura.

3.3.2 HC 91.361/SP, 94.695/RS, 90.450/MG e 96.772/SP

Quadro Sinóptico 2

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2009/HC/2º Turma
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Vedação da prisão civil por dívida – art. 5, inc. LXVII, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Relator reconhece a mutação e a maioria segue seu voto
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministro Celso de Mello
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Não houve debate sobre o conceito de mutação ou sobre sua superveniência
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Mencionou alterações no direito positivo

Fonte: elaborado pelo autor.

Os *habeas corpus* (HC) foram impetrados com fundamento na suposta inconstitucionalidade da legislação civil que prevê a prisão civil do depositário infiel ante a superveniência da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seu art. 7º, § 7º, prevê que: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. No mais, alegam que entendimento diverso culminaria em ofensa ao disposto no art. 5º, § 2º, da CF.

O relator, ministro Celso de Mello, votou pela concessão das ordens, pois, em síntese, a norma veiculada no art. 5º, inc. LXVII, da CF, não possui eficácia plena. Esta prevê que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel”. Tratar-se-ia, na hipótese, de norma de eficácia limitada, que necessita da intervenção legislativa para atingir sua plena eficácia. Nesse sentido, considerando a natureza supralegal atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos pela corte,¹³⁹ o dispositivo da convenção deve prevalecer

¹³⁹ O ministro deixa claro que, no seu entender, os tratados internacionais que disciplinam direitos humanos, mesmo que ratificados sem a observância no disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, possuem status

sobre a legislação ordinária. Ainda, tal prevalência se funda no critério hermenêutico da norma mais favorável em matéria de direitos humanos. Nessa senda, estaria vedada, em nosso ordenamento jurídico, a prisão civil do depositário infiel (HC nº 90.450/MG, p. 22-40)

O ministro aduz que o art. 5º, inc. LXVII, da CF tem passado por um processo de mutação constitucional pela via interpretativa, sendo que cabe ao Supremo reconhecer a nova realidade socioeconômica e pautar a interpretação do texto constitucional por tais alterações, revisando jurisprudência anterior (HC nº 90.450/MG, p. 41).

Por tais motivos, seria natural que o STF exercesse seu “poder interpretativo” para, eventualmente, reformular o texto constitucional, se necessário. Aliás, em seu entender, por deter o monopólio da última palavra sobre o significado do texto constitucional, é possível concluir, como o faz Francisco Campos, que “nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte” (HC nº 90.450/MG, p. 42-43). Sobre a interpretação empreendida pela corte, portanto, defende que:

[...] 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 (HC nº 90.450/MG, p. 42).

O ministro não explica, todavia, de forma clara, no que consistiria a mudança informal do dispositivo informal. Sequer apresenta as mudanças no panorama político, econômico e social, fundamento da mutação, de acordo com ele próprio. É possível apreender, pela sua argumentação, que o fenômeno, conceituado como interpretação inventiva e reformuladora, adviria da superveniência do preceito da Convenção Americana de Direitos Humanos, que levou a uma releitura da prisão civil do depositário infiel, em razão de sua natureza materialmente constitucional. Nessa senda, a prisão civil deixou de ser compatível com “os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional” (HC nº 90.450/MG, p. 45).

Ao fim, as ordens foram concedidas e os demais ministros seguiram o entendimento do relator. Não houve discussões, em qualquer dos HC, sobre a suposta mutação constitucional aventada.

constitucional, e não de supralegalidade, conforme entendimento predominante na corte (HC nº 90.450/MG p. 26 e ss.).

Quadro Sinóptico 3

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2009/HC/Plenário
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Princípio da presunção de inocência/não culpabilidade – art. 5º, inc. LVII, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Apenas um dos ministros reconhece a mutação constitucional
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministro Gilmar Mendes
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Não houve debate sobre o conceito de mutação ou sobre sua superveniência
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Não mencionou alterações no suporte fático ou no direito positivo

Fonte: elaborado pelo autor.

O paciente impetrou HC contra decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negara a ordem no HC nº 73.457, da lavra da ministra Laurita Vaz. Neste, sustentou-se que a expedição de mandado de prisão apenas seria possível após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, ainda mais quando pendente recurso especial. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) denegou a ordem sob o fundamento, em síntese, de que a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação, não havendo nenhuma ofensa ao princípio constitucional do estado presumido de inocência. Eis que o paciente, em novo HC perante a corte suprema, tornou a asseverar que a execução provisória afrontaria o princípio da não culpabilidade/presunção de inocência, previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF.

Por maioria, nos termos do voto da ministra-relatora Cármen Lúcia, o *writ* foi provido. Na realidade, a ministra, em atenção ao princípio da colegialidade e em respeito aos precedentes, aplicou o entendimento consolidado no HC nº 84.078/MG. Neste, restara definido que:

Ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal (RHC nº 93.172/SP, p. 10)

É feita referência à mutação constitucional apenas no voto do ministro Gilmar Mendes, a fim de demonstrar a evolução da jurisprudência da corte que, em um primeiro momento, reconhecia ser constitucional a execução provisória da pena e, ao final, em especial após o acórdão prolatado no HC mencionado, professou entendimento diverso, no sentido do reconhecimento da ofensa ao princípio da não culpabilidade (RHC nº 93.172/SP, p. 37 e ss.).

Uma vez mais, Gilmar Mendes conceitua a mudança informal como sendo o fenômeno decorrente da superação da jurisprudência consolidada. Equipara a revisão da jurisprudência, por meio de interpretação evolutiva, à mutação constitucional, com fundamento na obra de Häberle, e apresenta hipóteses de mutação em cortes estrangeiras. Ressalta que “uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de mutação constitucional como categoria autônoma” (RHC nº 93.172/SP, p. 40).

Em seu voto, o ministro expõe uma série de ementas de julgados nos quais o Supremo concluía que, ante a ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, nos termos do art. 26, § 2º, da Lei nº 8.038/90, seria possível o início do cumprimento da pena após as condenações em segunda instância. No mais, também seriam constitucionais as leis que impunham o recolhimento à prisão como requisito para recorrer (RHC nº 93.172/SP, p. 44-47).

Sustenta, todavia, que tal interpretação é incompatível com o princípio da não culpabilidade, veiculado na norma constitucional já mencionada, além de afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, recorre ao princípio da proporcionalidade, que equipara ao devido processo legal em sentido substantivo, para demonstrar a impossibilidade de se iniciar a execução da pena antes do trânsito em julgado. Valendo-se dos subprincípios propostos por Robert Alexy, aponta que a execução antes do trânsito já afronta, de início, o subprincípio da necessidade, ante a possibilidade dos Tribunais Recursais se valerem da prisão preventiva (RHC nº 93.172/SP, p. 36).

A revisão da jurisprudência, portanto, teria se dado em razão da simples mudança da interpretação do dispositivo constitucional. Inexistiriam circunstâncias fáticas ou alterações jurídicas que teriam dado azo a essa nova compreensão. Gilmar Mendes acompanhou a ministra-relatora e reafirmou o entendimento firmado no HC nº 84.078/MG.

Os ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie votaram em sentido diverso, denegando a ordem e fazendo remissão aos votos proferidos naquele *writ*, no qual dissentiram do relator Eros Grau. Em resumo, ambos sustentam que o princípio da presunção de inocência não é absoluto e não veda a execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, até porque os recursos de natureza extraordinária não permitem a reapreciação de provas. No mais, pontuam que, a prevalecer o novo entendimento, instaurar-se-ia uma completa impunidade no sistema penal brasileiro (HC nº 84.078/MG, p. 95 e ss.).

Ao final, prevaleceu o novo entendimento, o qual fora adotado pelo Supremo até o julgamento do HC nº 126.192/SP, no ano de 2016, que teria operado, nos dizeres do próprio

relator, ministro Luís Roberto Barroso, uma segunda mutação constitucional sobre o princípio da não culpabilidade (HC nº 126.292/SP, p. 32).

3.3.4 ADPF 46/DF

Quadro Sinóptico 4

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2009/ADPF/Plenário
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Monopólio do serviço postal – art. 21, inc. X, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Apenas o voto vencido do relator sustenta a mutação constitucional
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministro Marco Aurélio
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Não houve debate sobre o conceito de mutação ou sobre sua superveniência
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Houve menções a alterações no suporte fático e no direito positivo

Fonte: elaborado pelo autor.

A Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED) ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental questionando o monopólio do serviço postal, exercido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nos termos do art. 21, inc. X, da CF. Tal dispositivo constitucional prevê que compete à União “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”. Aponta a violação a diversos preceitos fundamentais, em especial, à livre iniciativa (art. 1º, inc. IV, e art. 170 da CF) e à liberdade de exercício de qualquer trabalho (art. 5º, inc. XIII, da CF).

Por maioria de votos, na esteira do proferido pelo ministro Eros Grau, que deu início à divergência, concluiu-se que inexistente qualquer violação à livre iniciativa e à liberdade de exercício de qualquer trabalho porque tais preceitos referem-se à atividade econômica em sentido estrito. O serviço postal, em sentido oposto, se apresenta como serviço público e, em razão disso, submete-se a regime de privilégio, e não de monopólio. Daí não se falar em interpretação sistemática do disposto no art. 21, inc. X, da CF, em consonância com outros preceitos que regulam a ordem econômica.

O voto do ministro Eros Grau (ADPF nº 46/DF, p. 68-74) se funda, basicamente, na distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, ambas espécies da atividade econômica em sentido lato. Há serviços públicos de interesse nacional que, em razão da relevância, não estão submetidos a regime de concessão. Haveria, na hipótese, um

regime específico de privilégio.¹⁴⁰ Seria este, no caso, a hipótese do serviço postal. Quando se trata de serviços públicos que admitem a exploração pelo setor privado, assevera que a Constituição é expressa ao apontar que eles são livres à iniciativa privada, como na hipótese da saúde (art. 199 da CF) e da educação (art. 209 da CF). Dessa forma, conclui que:

O serviço postal é serviço público. Portanto, a premissa de que parte o arguente é equívoca. O serviço postal não consubstancia atividade econômica em sentido estrito, a ser explorada por empresa privada. Por isso é que a argumentação em torno da livre iniciativa e da livre concorrência acaba caindo no vazio, perde o sentido (ADPF nº 46/DF, p. 71).

Ao adverso, o ministro Marco Aurélio, único que julgou a arguição procedente, em sua totalidade, sem realizar qualquer distinção entre serviço público/atividade econômica em sentido estrito e regime de monopólio/regime de privilégio, propôs uma interpretação harmonizadora do art. 21, inc. X, da CF, com outros princípios constitucionais, entre eles a livre iniciativa, a livre concorrência, o livre exercício de qualquer trabalho e o livre exercício de qualquer atividade econômica, o que potencializaria a força normativa da Constituição (ADPF nº 46/DF, p. 26).

Tal interpretação sistemática e atualizadora deveria levar em conta a evolução do exercício das atividades econômicas no país, assim como as inovações no direito administrativo. Essas mudanças engendraram, no seu entender, uma mutação constitucional. Nesse sentido, consigna que “Cabe ao intérprete, no caso, proceder a uma interpretação evolutiva, reconhecendo que essas mutações constitucionais silenciosas funcionam, na verdade, como atos legítimos de interpretação constitucional”. Equipara, portanto, interpretação evolutiva e mutação constitucional e ressalta que, caso tal interpretação não seja adotada, ante as mudanças no cenário fático e jurídico, invariavelmente o diploma constitucional tornar-se-á obsoleto e fragilizado (ADPF nº 46/DF, p. 27).

Dentre as mudanças a impor a necessidade de uma nova interpretação do art. 20, inc. X, da Constituição, menciona tanto imperativos econômicos quanto modificações no regime de direito administrativo, o que tornaria arcaico compreender o verbo “manter”, veiculado no enunciado normativo, como “exercer com exclusividade”, até porque tal leitura remonta à criação do serviço postal no Brasil (ADPF nº 46/DF, p. 27-28).

¹⁴⁰ O ministro relembra que Ruy Barbosa “afirmava a necessidade de distinguirmos entre o monopólio da atividade econômica (em sentido estrito) e a situação absolutamente diversa, nos seus elementos assim materiais como legais, de outros privilégios, que não desfalcando por modo algum o território do direito individual, confiam a indivíduos ou corporações especiais o exercício exclusivo de certas faculdades, reservadas, de seu natural, ao uso da Administração, no País, no Estado, ou no Município, e por ela delegados, em troca de certas compensações, a esses concessionários privados” (ADPF nº 46/DF, p. 70).

Primeiro, sustentou que o atual momento do desenvolvimento do sistema capitalista impõe um novo papel a ser exercido pelo Estado na economia. Se antes este atuava diretamente nas atividades econômicas, em razão de diversas crises, fez-se necessária a atuação indireta, por meio do exercício do poder regulador. Valendo-se de tal pressuposto, enumera diversos pontos negativos dos serviços, em regime de monopólio, prestado pela ECT, em especial as altas despesas orçamentárias referentes à sua manutenção (ADPF nº 46/DF, p. 28-41).

Ante tal premissa fática, apresenta a evolução do regime administrativo,¹⁴¹ em especial o regime das “privatizações” que, na década de 1990, teriam aprimorado a prestação de serviços públicos, principalmente ante o incremento da eficiência que não se observava nos serviços/atividades desenvolvidos pelas empresas estatais. Por tal motivo, a prestação do serviço postal, em suas diversas modalidades, em regime de concorrência, atenderia melhor aos interesses da nação, pois tal modelo induz à busca constante de melhorias tecnológicas, reduz custos operacionais e leva à consequente queda dos preços do serviço (ADPF nº 46/DF, p. 43-47).

A maioria dos ministros reafirmou o monopólio da União na manutenção do serviço postal e, por meio de interpretação conforme do art. 42 da Lei nº 6.538/78, acolheram parcialmente a arguição, sem aderir, todavia, à tese do ministro Marco Aurélio, único a julgar procedente, na íntegra, a ação (ADPF nº 46/DF, p. 1-2).

3.3.5 RE 637.485/RJ

Quadro Sinóptico 5

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2012/RE/Plenário
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Reeleição – art. 14, § 5º, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Relator reconhece a mutação e a maioria acompanha seu voto
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministro Gilmar Mendes
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Não houve debate sobre o conceito de mutação ou sobre sua superveniência
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Houve menções a alterações no suporte fático

Fonte: elaborado pelo autor.

¹⁴¹ Marco Aurélio afirma que “frente às mutações operadas no Direitos Administrativo brasileiro, de acordo com as inovações perpetradas no que tange aos limites da participação do Estado na economia, simplesmente não há mais espaço para se entender recepcionada a Lei nº 6.538/78, especialmente o texto do art. 9º no que disciplina o serviço postal como monopólio a ser explorado unicamente pela União”.

Trata-se de Recurso Extraordinário (RE) interposto pelo ex-prefeito do município de Rio das Flores, no Rio de Janeiro, contra decisão do TSE que negou provimento a agravo regimental. Esse fora interposto contra decisão monocrática do ministro Félix Fischer, que provera recurso especial, cassando o diploma do autor como prefeito do município de Valença, no Rio de Janeiro. Após exercer dois mandatos como prefeito do primeiro município, logrou êxito em se eleger como prefeito do segundo. Discute-se, assim, se o art. 14, § 5º, da CF veda a segunda reeleição apenas para o mesmo cargo ou para qualquer outro cargo de mesma natureza.

Por maioria de votos, nos termos do voto do ministro-relator, Gilmar Mendes, restando vencidos os ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Ayres Britto, foi dado provimento ao recurso, vedando-se a aplicação do julgado do TSE, pelo qual tal dispositivo obstaría a segunda reeleição para cargo de mesma natureza, às eleições realizadas no ano de 2008. Todavia, sobre o mérito da questão controvertida, firmou-se o seguinte entendimento:

[...] o art. 14, § 5º, da Constituição, deve ser interpretado no sentido de que a proibição da segunda reeleição é absoluta e torna inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso (RE nº 637.485/RJ, p. 3).

O ministro Gilmar Mendes demonstrou que se consolidara, na jurisprudência do TSE, que seria admissível uma segunda reeleição para cargo distinto daquele ocupado pelo candidato. Na realidade, sequer estaríamos diante de uma reeleição, vez que, tecnicamente, tratar-se-ia de uma nova eleição. Eis que, no ano de 2008, ao julgar o Recurso Especial Eleitoral nº 32.507/AL, o tribunal alterou radicalmente seu entendimento, vedando-se, assim, a segunda reeleição não apenas para o mesmo cargo, mas também para cargos de igual natureza. Ante a nova interpretação e a revisão da jurisprudência consolidada, presente a mudança informal da Constituição¹⁴² (RE nº 637.485/RJ, p. 4-5).

O relator torna a conceituar a mutação como sendo o fenômeno decorrente da revisão da jurisprudência consolidada, a justificar a modulação de efeitos. Equipara, novamente, a revisão da jurisprudência, por meio de interpretação evolutiva, à mudança informal da

¹⁴² Nos termos do voto do ministro Carlos Ayres Britto, conforme menciona Gilmar Mendes: “[...] o princípio republicano está a inspirar a seguinte interpretação basilar dos §§ 5º e 6º do art. 14 da Carta Política: somente é possível eleger-se para o cargo de ‘prefeito municipal’ por duas vezes consecutivas. Após isso, apenas permite-se, respeitado o prazo de desincompatibilização de 6 meses, a candidatura a ‘outro cargo’, ou seja, a mandato legislativo, ou aos cargos de Governador de Estado ou de Presidente da República; não mais de Prefeito Municipal, portanto” (RE nº 637.485/RJ, p. 17).

Constituição, com fundamento na obra de Häberle, e apresenta hipóteses de mutação em cortes estrangeiras. Deixa de elencar, todavia, elementos fáticos a justificar a mudança na interpretação (RE nº 637.485/RJ, p. 27-30).

Ressalta que o instituto da reeleição se funda no postulado da continuidade administrativa, porém, o princípio republicano condiciona sua interpretação e a aplicação do dispositivo constitucional, motivo pelo qual há que se admitir apenas uma reeleição, proibindo-se a segunda também em relação a outros cargos de mesma natureza. Caso contrário, em suas palavras, criar-se-ia a figura do “prefeito itinerante”. Nessa senda, fundamenta a existência da mudança informal do disposto no art. 14, § 5º, em uma interpretação pautada pelo princípio republicano, sem referências a alterações fáticas ou legais, impedindo-se a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder (RE nº 637.485/RJ, p. 23-24).

Os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso deram provimento ao recurso, em maior extensão, não obstante a aplicação do novo entendimento do TSE ao caso concreto, mas adotando o firmado anteriormente, pelo qual a vedação à reeleição se daria apenas ao mesmo cargo. O primeiro defende que o art. 14, § 5º, da CF veicula norma restritiva ao direito à cidadania, sendo que interpretá-lo de forma elástica seria criar uma cláusula de inelegibilidade não prevista no texto constitucional¹⁴³ (RE nº 637.485/RJ, p. 94). Em sentido análogo, o segundo assevera que a *mens legis*¹⁴⁴ é vedar a patrimonialização do poder, em que a perpetuação se dá no mesmo cargo. Inexistiria uma regra constitucional de caráter geral que proíbe eleições sucessivas para vários cargos (RE nº 637.485/RJ, p. 92).

Ao final, entretanto, prevaleceu o entendimento do relator, conforme já exposto, pelo qual teria havido a mudança informal da Constituição, pela via interpretativa. Entretanto, ante o princípio da segurança jurídica, o novo entendimento não poderia ser aplicado ao caso concreto e, por tal motivo, foi dado provimento ao RE.

¹⁴³ O ministro apresenta uma série de contradições decorrentes do entendimento predominante: “o prefeito, renunciando ao cargo, mesmo no segundo mandato, pode ser candidato a presidente da República, cargo maior que se tem; pode ser candidato a governador; pode ser candidato – talvez em uma visão, para alguns, de decesso – à Câmara de Vereadores do mesmo município; pode ser candidato a deputado estadual; pode ser candidato a deputado federal; pode ser candidato a senador da República; mas não pode ser candidato à chefia de Poder Executivo em município diverso, ainda – como disse – que se trate de município situado em Estado diverso” (RE nº 637.485/RJ, p. 95).

¹⁴⁴ “Qual é a *ratio iuris* ou, mais precisamente, a *ratio constitutionis* do artigo 14, § 5º? A meu ver, não é a de proibição de eleição sucessiva para mandatos em cargos diferentes. Nada impede que um prefeito se eleja deputado, vereador, governador ou Presidente da República. E nada impede que o Presidente da República, guardadas as condições constitucionais, se eleja governador, vereador, prefeito” (RE nº 637.485/RJ, p. 92).

Quadro Sinóptico 6

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2013/Rcl/Plenário
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Benefício assistencial – art. 203, inc. V, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Relator reconhece a mutação e a maioria acompanha seu voto
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministro Gilmar Mendes
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Não houve debate sobre o conceito de mutação ou sobre sua superveniência
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Mencionou alterações no direito positivo

Fonte: elaborado pelo autor.

O Instituto Nacional de Seguro Social ingressou com reclamação perante o STF contra decisão proferida pela Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Pernambuco, que concedera ao interessado o benefício assistencial previsto, em sede constitucional, no art. 203, inc. V, da CF. Sustentou, como causa de pedir, a violação à decisão anterior da corte, proferida na ADI nº 1.232/DF, a qual reconheceu a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993. Tal dispositivo prevê, como um dos critérios para concessão, que a renda familiar *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo. Na hipótese da decisão reclamada, a Turma Recursal teria concedido o benefício em desrespeito a tal requisito, vez que a renda familiar *per capita* seria superior a tal fração.

Os ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Joaquim Barbosa não conheceram o pleito, sob o fundamento, em síntese, de que não se discute matéria fática em sede de reclamação. No mérito, salvo o ministro Teoria Zavascki, os ministros julgaram a ação constitucional improcedente, nos termos do voto do ministro-relator Gilmar Mendes. Este, em suma, sustentou que a reclamação se apresenta como instrumento de reapreciação/reinterpretação de decisões proferidas em controle de constitucionalidade abstrato e que, no caso, se perfez um processo de inconstitucionalização dos critérios para a concessão do benefício previsto na Lei nº 8.742/93. Assim, declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

A mudança informal da Constituição foi utilizada pelo relator como principal fundamento para justificar a inconstitucionalidade. Aliás, aduz que a mutação se apresenta como um moderno instituto a ser utilizado pela corte. Novamente, expõe o fenômeno como sendo o resultado da superação de jurisprudência consolidada, por meio da interpretação evolutiva. O aventado processo de inconstitucionalização se deu exatamente por mudanças no

plano fático e jurídico que levariam necessariamente à revisão da jurisprudência e à reapreciação dos requisitos veiculados no supramencionado diploma legislativo (Rcl nº 4.374/PE, p. 56-58).

Em um primeiro momento, Gilmar Mendes pontua que a reclamação constitucional é o principal instrumento pelo qual as decisões da corte permanecem abertas, suscetíveis de novas interpretações ante o juízo de confrontação entre o objeto impugnado (decisão impugnada) e o parâmetro (decisão do Supremo), o que implica, obrigatoriamente, na constante redefinição do conteúdo e do alcance do parâmetro. Seria, assim, o meio adequado para se reconhecer as mutações constitucionais (Rcl nº 4.374/PE, p. 25).

A inconstitucionalidade se fez presente, de acordo com seu discurso, porque o Poder Legislativo se omitiu, parcialmente, ao conformar o disposto no art. 203, inc. V, da CF, violando o postulado da proibição da proteção insuficiente. O dispositivo infralegal tutelou de forma insuficiente o direito ao benefício, veiculado no dispositivo constitucional, ao prever o critério da constatação da renda inferior a um quarto para sua concessão (Rcl nº 4.374/PE, p. 38).

O relator assevera que na própria ADI nº 1.232/DF o pleno reconheceu que haveria omissão em relação a outros critérios, mas que o dispositivo infraconstitucional, por si só, não padecia de inconstitucionalidade. Sugeriu que, ante as novas técnicas processuais de declaração de inconstitucionalidade, muito provavelmente tal ação direta teria sido decidida de forma distinta à época. Sobre as mudanças a justificar o reconhecimento da mutação:

Nesse contexto de significativas mudanças econômico-sociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para ½ do salário-mínimo o valor padrão da renda familiar per capita (Rcl nº 4.374/PE, p. 44).

Tratar-se-iam, portanto, de mudanças fáticas e mudanças no próprio direito positivo, tudo a justificar o reconhecimento da mutação do dispositivo constitucional e, em consequência, do parâmetro para aferição da constitucionalidade. Dentre as mudanças legislativas, cita as leis que criaram o Programa Nacional de Acesso à Alimentação e o Bolsa Família, e conclui que os programas de assistência social no país, atualmente, se utilizam do patamar de meio salário mínimo como critério para concessão dos benefícios. Defende, nessa esteira, que o legislador deveria se valer de um critério único (Rcl nº 4.374/PE, p. 45). Lado outro, mesmo apontando supostos impactos negativos no orçamento caso se modifique o critério para concessão do benefício, o relator não apresenta as mudanças socioeconômicas que, de acordo com ele próprio, seriam relevantes para a reinterpretção do dispositivo.

Divergindo, Teori Zavascki argumentou que a decisão na ADI nº 1.232 foi clara ao apontar que, reconhecida a constitucionalidade do requisito veiculado no dispositivo infraconstitucional, a prova da miserabilidade poderia ser produzida valendo-se de outros meios. Seria desnecessário reconhecer a superação do precedente e, em última instância, a inconstitucionalidade do dispositivo (Rcl nº 4.374/PE, p. 53). Em sentido análogo, por mais que não tenha conhecido a reclamação, o ministro Marco Aurélio assevera que bastaria recorrer à técnica da interpretação conforme a Constituição (Rcl nº 4.374/PE, p. 54).

Conforme já exposto, dos ministros que conheceram a reclamação, apenas Teori Zavascki discordou do voto do relator, sendo que a maioria julgou improcedente a reclamação e declarou a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), sem pronúncia da nulidade, com fundamento no voto que sustentou a mutação, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014.

3.3.7 RCL 4.335/AC

Quadro Sinóptico 7

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2014/Rcl/Plenário
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Resolução do Senado no controle difuso – art. 52, inc. X, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Voto do relator e de Eros Grau sustentam a mutação constitucional
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso, Marco Aurélio e Rosa Weber
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Houve debate sobre o conceito de mutação e sobre sua superveniência
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Mencionaram alterações no suporte fático e no direito positivo

Fonte: elaborado pelo autor.

A Defensoria Pública do Acre ajuizou reclamação constitucional contra decisões do Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais do Acre que indeferira a progressão de regime de uma série de executados por cumprirem pena por crime hediondo, com fundamento no art. 2, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Alega que mencionado juízo descumpriu a decisão do STF proferida no HC nº 82.959, pela qual a corte reconheceu a inconstitucionalidade de mencionado dispositivo, admitindo-se, assim, a progressão de regime também em casos de condenações por crimes hediondos.

A reclamação foi julgada procedente, por maioria, ante a superveniência da Súmula Vinculante nº 26, a qual prevê que “Para efeito de progressão de regime no cumprimento da

pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072 [...]”. A súmula, portanto, teria emprestado efeitos vinculantes às decisões reiteradas do Supremo. Note-se, contudo, que até sua superveniência, parte dos ministros reconheceu a existência de efeito vinculante decorrente da própria decisão proferida em sede de controle difuso, no mencionado HC. Ao fazê-lo, defenderam a superveniência da mutação constitucional da norma prevista no art. 52, inc. X, da CF, que prevê que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

O ministro-relator Gilmar Mendes propôs, como razão de decidir, uma releitura do papel do Senado Federal no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Historicamente, caberia a este suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. O relator aponta que, quando o instituto foi concebido e introduzido no texto constitucional de 1934, dominava uma certa concepção de separação de poderes que não mais prevalece. Fato é que todo processo de abstrativização do controle de constitucionalidade, primeiro com a própria criação do controle abstrato e, após, com a ampla extensão da legitimidade para propositura das ações diretas, alterou, substancialmente, todo o sistema de controle. Nesse sentido, assevera que:

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado (Rcl nº 4.335/AC, p. 36).

Mesmo diante desse processo, ressalta que a doutrina e a jurisprudência conferiram significado substancial à decisão do Senado, no sentido de que somente a suspensão mediante a resolução mostrava-se apta a conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso e incidental. Tal mecanismo fora pensado como forma de trazer certa previsibilidade e coerência decisória a um sistema originariamente difuso, no qual inexistia o instituto do *stare decisis* (Rcl nº 4.335/AC, p. 38).

Eis que toda reconfiguração do sistema de controle, com a ampliação das ações diretas e dos legitimados para propô-las, assim como a criação de outros mecanismos a emprestar coerência ao sistema de controle, como a súmula vinculante, impacta bruscamente na compreensão do art. 52, inc. X, da CF.

No mais, a própria prática decisória do STF teria relativizado a necessidade da resolução do Senado, ao admitir a produção de efeitos transcendentais também a decisões proferidas em ações incidentais. Como exemplo, cita (i) a desnecessidade da submissão da matéria ao juízo de constitucionalidade do plenário, nos termos do art. 97 da CF, quando esse já tiver se manifestado sobre ela, ainda que em sede de controle incidental, (ii) a inconstitucionalidade declarada em ação civil pública, a qual apresenta efeitos *erga omnes*, (iii) as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, nas quais a corte tem emprestado efeito vinculante não apenas ao dispositivo, mas também à fundamentação do julgado (Rcl nº 4.335/AC, p. 43-50). Ante tais pressupostos, conclui que:

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

O ministro Eros Grau também observa a superveniência da mudança informal do texto normativo. A despeito do ministro Gilmar Mendes conceituar a mutação como uma reinterpretação do texto que engendra a consequente superação de jurisprudência consolidada, o primeiro ressalta que o segundo fez mais do que apenas reinterpretar o enunciado normativo. De fato, o relator teria proposto a substituição de um texto normativo por outro¹⁴⁵ (Rcl nº 4.335/AC, p. 78).

Assim, Eros Grau define o fenômeno como sendo a “transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual”, motivo pelo qual haveria “mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma”. Por não se caminhar de um texto a uma norma, e sim de um texto a outro texto, na mutação “não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado” (Rcl nº 4.335/AC, p. 72).
Afirma que:

A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição

¹⁴⁵ O novo enunciado normativo proposto pelo ministro-relator seria o seguinte: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo” (Rcl nº 4.335/AC, p. 72).

formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação (Rcl nº 4.335/AC, p. 73).

Considerando a linha teórica traçada, o ministro assevera que o enunciado normativo veiculado no art. 52, inc. X, da CF é obsoleto. Corrobora, nessa senda, a linha argumentativa do ministro-relator, ao demonstrar como a evolução do controle de constitucionalidade influenciou na compreensão do papel do Senado no sistema e, em última instância, na própria configuração da separação dos poderes (Rcl nº 4.335/AC, p. 80-82).

Ao abrir a divergência, o ministro Sepúlveda Pertence reconhece uma prevalência do controle concentrado sobre o difuso, todavia, defende que o Poder Constituinte Originário optou por manter incólume a norma que, historicamente, atribuiu papel significativo ao Senado Federal no sistema de controle difuso e incidental, cabendo à casa legislativa emprestar efeitos gerais às decisões do STF. Aduz, inclusive, que o enunciado normativo realmente é obsoleto, entretanto, não caberia combatê-lo por meio de um “projeto de decreto de mutação constitucional”. Aliás, o próprio advento do instituto da súmula vinculante, criado pela EC nº 45/05, esvaziou, sobremaneira, o papel do Senado Federal. Por tais motivos, julgou improcedente a reclamação, mas concedeu HC de ofício (Rcl nº 4.335/AC, p. 94-96).

No mesmo sentido o voto do ministro Joaquim Barbosa. Este argumenta que a ampliação dos efeitos das decisões da corte proferidas em sede de controle difuso, especialmente com o advento do instituto da súmula vinculante, por si só, não leva à grave conclusão de que o papel do Senado se resumiria a dar publicidade àquelas. Ainda, ressalta que a conclusão do relator esbarra na literalidade do disposto no enunciado da norma constitucional, extrapolando os limites do texto (Rcl nº 4.335/AC, p. 97-99).

O ministro aduz que, para se admitir a superveniência da mutação, seriam necessários dois requisitos que, no caso, não se fizeram presentes. O primeiro seria um maior espaço de tempo para se produzir a mudança informal, vez que esta não se perfaz por meio de algumas decisões do Supremo. Segundo, far-se-ia imprescindível a identificação de certo desuso no manejo do instituto por parte do Senado Federal, o que não se observa, na hipótese. Isso porque o Senado já suspendeu, desde 1988, a execução de mais de cem dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo, sendo que sete destes foram suspensos no ano de 2007 (ano em que o ministro proferiu seu voto). Nessa senda, defende uma postura autocontida da corte, repele a superveniência do fenômeno e não conhece da reclamação, mas concede HC de ofício (Rcl nº 4.335/AC, p. 99-102).

O ministro Ricardo Lewandowski também se opõe ao reconhecimento da mudança informal, pois o uso da resolução não se apresenta como mera reminiscência histórica. Aliás, entre 2007 e 2010, mais de 53 ofícios encaminhados pelo STF teriam sido pautados para deliberação e, após, se o caso, promulgação de resoluções a fim de suspender os efeitos dos dispositivos declarados inconstitucionais. No mais, entendimento diverso afrontaria a separação de poderes, tal como idealizada pela Assembleia Constituinte: “Suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos, como ressalta Jellinek” (Rcl nº 4.335/AC, p. 119-121).

Na prática, caso se ratifique a ocorrência do fenômeno, defende que se estaria transferindo uma competência, atribuída originariamente pelo constituinte a um Poder, a outro. No mais, citando Konrad Hesse, o ministro afirma que a interpretação proposta pelo relator ofende os limites textuais da norma, o que leva à conclusão de que, se diante de uma mutação, esta seria inconstitucional. Ante tais premissas, não conheceu a reclamação, mas concedeu HC de ofício (Rcl nº 4.335/AC, p. 124-129).

Em sentido análogo, o ministro Luís Roberto Barroso também afasta a mudança informal, na espécie. Ressalta o novo papel dos precedentes no sistema de controle, assim como a necessidade de sua observância em sentido horizontal e o efeito *erga omnes* das decisões proferidas na via difusa, todavia, nega o fenômeno, pois encontra, “como limite a esse processo de mutação constitucional, a textualidade dos dispositivos constitucionais. De forma que, embora goste da ideia, acho que ela não é compatível com o Texto Constitucional, na redação do art. 52, X” (Rcl nº 4.335/AC, p. 185).

Por fim, os ministros Marco Aurélio (Rcl nº 4.335/AC, p. 189/190) e Rosa Weber (Rcl nº 4.335/AC, p. 188) também rechaçaram, de forma breve, a ocorrência da mutação. Já o ministro Teori Zavascki limitou-se a reconhecer a superveniência da Súmula Vinculante nº 26 e, em razão disso, sem ingressar no tema da mutação, conheceu e deferiu o pleito da reclamação (Rcl nº 4.335/AC, p. 149/160). No mesmo sentido o voto do ministro Celso de Mello (Rcl nº 4.335/AC, p. 191/194).

Portanto, por maioria, a reclamação foi julgada procedente. Todavia, a mutação foi rechaçada na maioria dos votos, sendo possível concluir que o fundamento da procedência, assim como consta na ementa, fora a superveniência da Súmula Vinculante nº 26. Os ministros que não conheceram a reclamação, ao final, concederam HC de ofício, o que levou ao mesmo resultado, qual seja, o reconhecimento da possibilidade de progressão de regime também aos condenados por crimes hediondos.

Quadro Sinóptico 8

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2016/HC/Pleno
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Princípio da presunção de inocência/não culpabilidade – art. 5º, inc. LVII, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Voto de um dos ministros, seguindo a maioria, sustenta a mutação constitucional
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministro Luís Roberto Barroso
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Não houve debate sobre o conceito de mutação ou sobre sua superveniência
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Mencionou alterações no suporte fático

Fonte: elaborado pelo autor.

Trata-se de HC impetrado contra decisão do STJ, da lavra do ministro Francisco Falcão, sustentando, em síntese, que o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinara a prisão do paciente, ao confirmar a condenação em primeira instância, sem fazer referência aos pressupostos e aos requisitos da prisão preventiva. Haveria, portanto, patente constrangimento ilegal.

Por maioria, vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, o plenário denegou a ordem sob o fundamento de que a execução provisória de acórdão condenatório, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, veiculado no art. 5º, inc. LVII, da CF.

A mutação constitucional fora utilizada, como razão de decidir, no voto do ministro Luís Roberto Barroso. Este, inclusive, trouxe um capítulo próprio para justificar o porquê, no seu entender, de o fenômeno ter se operado. Como lhe é de praxe, em votos didáticos, conceitua os institutos e os fenômenos a que faz referência. Aponta que a mutação pela via interpretativa seria “a mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente”,¹⁴⁶ sendo que, “como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada” (HC nº 126.292/SP, p. 32). Sobre a superveniência da mudança informal, fazendo referência ao HC nº 93.172/SP, aduz que:

¹⁴⁶ Explica que “este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado” (HC nº 126.292/SP, p. 31).

Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação (HC nº 126.292/SP, p. 32).

Enumera três consequências fáticas decorrentes da interpretação empregada no HC nº 84.078/MG extremamente perniciosas para o sistema de justiça criminal brasileiro. Neste, restara definido que, em razão do princípio da presunção de inocência, seria inconstitucional a execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias. Necessário, destarte, o trânsito em julgado da ação penal (HC nº 126.292/SP, p. 31 e ss.).

A primeira consequência seria o incentivo à proliferação de recursos a fim de evitar o trânsito em julgado. Em sua maioria esmagadora, tais instrumentos são desprovidos de fundamento legal e possuem patente natureza protelatória.¹⁴⁷ A segunda consequência seria o reforço à seletividade do sistema penal, vez que os réus mais abastados teriam maior acesso a tais instrumentos protelatórios, pois podem contratar bons advogados para defendê-los. Por fim, a interpretação contribuiu, sobremaneira, para o agravamento do descrédito da justiça penal perante a sociedade, produzindo maior sensação de impunidade e comprometendo os objetivos da pena, em especial a prevenção especial e geral. Isso porque, ao se aguardar o trânsito em julgado para o início da execução, há um enorme distanciamento entre a prática do delito e a punição, além de que parte significativa das ações prescrevem (HC nº 126.292/SP, p. 31-35).

Partindo de tais premissas fáticas, Barroso sustenta que o art. 5º, inc. LVII, da CF prevê uma norma-princípio (presunção de inocência), que há de ser ponderada quando em conflito com outros princípios constitucionais, dentre eles, aqueles que disciplinam “a efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal” (HC nº 126.292/SP, p. 35). Assim, defende ser juridicamente aceitável concluir que o dispositivo que trata da presunção de inocência não veda a execução da pena após a condenação nas instâncias ordinárias, sendo que tal entendimento implica em três resultados pragmáticos,¹⁴⁸

¹⁴⁷ Aduz que “o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões” (HC nº 126.292/SP, p. 33).

¹⁴⁸ O ministro defende, expressamente, o pragmatismo jurídico, aduzindo que este “possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do

que devem ser endossados pelo Supremo, quais sejam, (i) um maior equilíbrio e funcionalidade da justiça criminal, (ii) a diminuição da seletividade do sistema e (iii) a quebra do paradigma da impunidade (HC nº 126.292/SP, p. 51-53).

Os ministros que divergiram de Barroso nada disseram sobre as supostas mudanças informais. Limitaram-se a ressaltar os argumentos jurídicos que vedariam a interpretação professada pelo último. Marco Aurélio aduz que o preceito constitucional que disciplina o princípio da não culpabilidade é claro ao obstar a prisão antes do trânsito em julgado, e, onde há clareza, cessaria a interpretação. Preconiza o dever de autocontenção da corte e, ao final, vota pela manutenção do precedente firmado (HC nº 126.292/SP, p. 76-79). No mesmo sentido os votos dos ministros Celso de Mello (HC nº 126.292/SP, p. 80-96) e Ricardo Lewandowski (HC nº 126.292/SP, p. 97-102). Rosa Weber apenas aderiu ao precedente, por razões de segurança jurídica (HC nº 126.292/SP, p. 55-57).

Ao final, prevaleceu o entendimento do relator, por maioria, e firmou-se o entendimento de que “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade” (HC nº 126.292/SP, p. 54).

3.3.9 HC 127.900/AM

Quadro Sinóptico 9

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2016/HC/Pleno
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa – art. 5º, inc. LV, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Voto do ministro Edson Fachin, que acompanha a maioria, sustenta a mutação constitucional
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministro Edson Fachin e Roberto Barroso
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Houve debate sobre a superveniência da mutação
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Houve menções a alterações no cenário fático

Fonte: elaborado pelo autor.

Impetrou-se HC em favor de dois pacientes contra decisão do Superior Tribunal Militar que negara provimento à Apelação nº 120-30.2013.7.12.0012/AM. Sustentou-se, como causa de pedir, a incompetência da Justiça Militar para julgar a ação penal e a nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual, realizado na forma

intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo” (HC nº 126.292/SP, p. 50).

do art. 302 do Código de Processo Penal Militar (CPPM). Sobre o segundo ponto, argumenta que o art. 400 do Código de Processo Penal (CPP), o qual prevê o interrogatório ao final da instrução, resguarda de forma mais adequada os princípios do contraditório e da ampla defesa, motivo pelo qual deveria ter sido aplicado, em detrimento do preceito do CPPM.

Por maioria, vencido apenas o ministro Marco Aurélio Mello, a ordem foi denegada, porém, ante a modulação de efeitos, reconheceu-se que o art. 302 do CPPM realmente ofende o disposto no art. 5º, inc. LV, da CF. O ministro-relator Dias Toffoli expôs a existência de divergência entre as turmas sobre qual diploma legal deve ser aplicado ao interrogatório nos processos penais militares, ressaltando que a Primeira Turma já professara o entendimento de que deve ser aplicado o CPP, ao passo que a Segunda Turma sustenta que prevalece a lei especial. Por ser mais benéfica ao acusado e harmoniosa com a Constituição, aduz que deve ser aplicado o art. 400 do CPP também aos processos militares. Porém, em razão da segurança jurídica, reconhece a inexistência de nulidade nos casos já julgados, motivo pelo qual denega a ordem (HC nº 127.900/AM, p. 07 e ss.).

Em um primeiro momento, é o ministro Edson Fachin quem sustenta a existência de uma mudança informal da Constituição (HC nº 127.900/AM, p. 26). Aduz que as normas processuais que não preveem o interrogatório ao final, ante o enunciado normativo do art. 5º, inc. LV, da CF, devem ser consideradas inconstitucionais. Assevera que tal conclusão é fruto de uma interpretação evolutiva do dispositivo constitucional, tanto que não é possível afirmar que, pela sistemática anterior, não estava resguardado o direito de defesa. Nesse sentido, a nova interpretação visa apenas maximizar o princípio constitucional da ampla defesa. Eis que, de forma expressa, o ministro equipara a mutação constitucional à interpretação evolutiva. Cita, inclusive, uma passagem da obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, do ministro Luís Roberto Barroso:

[...] a interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes (HC nº 127.900/AM, p. 26)

Ao fim, reconhece a não recepção do art. 302 do CPPM na parte em que prevê o interrogatório do acusado antes da oitiva das testemunhas, e, assim como o faz o relator, propõe que o “entendimento” seja válido a partir da data da sessão (*ex nunc*) e denega a ordem (HC nº 127.900/AM, p. 27).

Em sentido contrário, Luís Roberto Barroso se insurge sobre a superveniência de uma mutação constitucional. Nos debates, concorda com as premissas teóricas da mudança informal, conforme expostas por Fachin, porém, alega que, no caso, não se está diante do fenômeno. Isso porque, conforme pode ser claramente extraído de seu voto, entende que o legislador conformou a norma constitucional valendo-se de sua discricionariedade legislativa. Em suas palavras:

É que eu acho que é uma questão de conveniência, e não propriamente uma questão de validade ou não da norma, eu acho que é melhor, mas não acho que seja inconstitucional, porque senão nós teríamos que reconhecer que, durante vinte anos, toda a Justiça brasileira e o Supremo Tribunal Federal aplicaram uma norma inconstitucional (HC nº 127.900/AM, p. 30).

Todavia, o ministro acaba admitindo a mudança da jurisprudência, porém ressalva, em sentido distinto do relator, que não está declarando a inconstitucionalidade, a não recepção ou reconhecendo uma mutação constitucional. A despeito de concordar que a celeuma deveria se resolver pelo princípio da especialidade, tendo o Poder Legislativo atuado dentro de seu espaço de conformação, a deferência a este deve sucumbir perante o avanço em sede de direitos fundamentais proposto pela maioria dos ministros. Afirma que não será o princípio formal da separação de poderes que o levará a “se opor ao Tribunal avançar numa dimensão material, que é o contraditório e a ampla defesa” (HC nº 127.900/AM, p. 54).

Ao fim, salvo o ministro Marco Aurélio,¹⁴⁹ que votou no sentido de prevalecer a norma veiculada no art. 302 do CPPM, em razão do princípio da especialidade e ante a não incompatibilidade com o dispositivo constitucional (HC nº 127.900/AM, p. 16), o restante dos ministros acordou que a incompatibilidade se faz presente, mas, ante predicados de segurança jurídica, modulou os efeitos da decisão.

3.3.10 RE 778.889/PE

Quadro Sinóptico 10

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2016/RE/Pleno
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Licença adotante – interpretação do art. 7º, inc. XVIII, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Voto do relator sustenta a mutação constitucional e é acompanhado pela maioria
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministro Luís Roberto Barroso e Luiz Fux

¹⁴⁹ O ministro consigna, inclusive, que eventual aprimoramento deveria se dar pela via legislativa (HC nº 127.900/AM, p. 36) e, sobre a corte, que “Não podemos tudo. Podemos o que está autorizado pelo Direito positivo” (p. 41).

Item	Dado
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Houve debate apenas sobre a superveniência do fenômeno
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Mencionou tanto alterações no suporte fático quanto no direito positivo

Fonte: elaborado pelo autor.

Uma servidora pública da Justiça Federal ingressou com RE contra decisão proferida em sede de MS, questionando os prazos da licença-maternidade que lhe foram concedidos, com fundamento no art. 210 da Lei nº 8.112/1990, na Lei nº 11.770/2008, no Decreto nº 6.691/2008 e na Resolução nº 30/2008 do Conselho da Justiça Federal (CJF). Trata-se, na hipótese, de licença-maternidade fundada em adoção. Sustenta que o prazo a ser reconhecido seria o de 120 dias, vez que este foi o prazo mínimo de licença conferido às gestantes pela Constituição (art. 7º, XVIII, CF), além de que, em seu art. 227, § 6º, a Carta vedou o tratamento discriminatório entre filhos naturais e filhos adotivos. O primeiro dispositivo prevê que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

Por maioria, com esteio no voto do ministro-relator Luís Roberto Barroso, restando vencido apenas o ministro Marco Aurélio, reconheceu-se o direito a 180 dias de licença remunerada, sendo que destes 120 decorreriam da aplicação, também às gestantes, do disposto no art. 7º, XVIII, da CF. Firmou-se, inclusive, a seguinte tese: “Os prazos da licença-adoptante não podem ser inferiores aos prazos da licença-gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença-adoptante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada” (RE nº 778.889/PE, p. 3).

O próprio relator assevera que, ante a nova interpretação dada ao art. 7, inc. XVIII, da CF, em razão de mudanças na compreensão da realidade social, estaríamos diante de uma mutação constitucional. Aduz que “dogmaticamente, mutação constitucional ocorre quando o Tribunal Constitucional muda um entendimento que já havia professado, por estas razões: mudou a realidade social ou mudou a compreensão de um determinado fenômeno.” (RE nº 778.889/PE, p. 65).

Nessa senda, apresenta duas mudanças no plano fático que, em seu entender, justificam sua conclusão. Sustenta que há uma nova compreensão (i) sobre a igualdade entre os filhos, em especial, entre os filhos biológicos e adotivos, o que levaria à conclusão de que o prazo distinto feriria a isonomia, assim como (ii) sobre o papel da mulher na sociedade, e, em especial, sobre sua autonomia. Ao apresentar tais alterações, elenca estudos, por exemplo, que demonstram a dificuldade da adoção de crianças acima de 3 anos de idade, assim como a

necessidade de maior tempo de convivência para adaptação,¹⁵⁰ que demonstram a mesma incidência de depressão em mães biológicas e mãe adotantes¹⁵¹ etc. (RE nº 778.889/PE, p. 32-40).

Assim, propõe que “onde o artigo 7º da Constituição, VIII, fala em licença-gestante com duração de 120 dias, produziu uma expressão subinclusiva; ela quer dizer licença-maternidade – que, aí, valerá tanto para a gestante como para a adotante”. Aduz que o preceito normativo licença-gestante significa, na realidade, licença-maternidade (RE nº 778.889/PE, p. 65).

Corroborando a argumentação de Barroso, o ministro Luiz Fux também afirma que estamos diante de uma mudança informal da Constituição. Ressalta que a dissociação entre realidade e texto constitucional implica na perda da força normativa da Carta, e, em consequência, propõe uma releitura da legislação infraconstitucional à luz da Constituição, sob a ótica do Neoconstitucionalismo. Indica, inclusive, que tal compreensão funda-se na mutação do próprio conceito de família, desde a decisão que legitimou as uniões entre casais homoafetivos. Aponta, expressamente, que a lei que prevê prazo inferior à licença-gestante “se contrapõe frontalmente à CF – quiçá, à própria mutação constitucional do conceito de família – a partir do art. 227, § 6º” (RE nº 778.889/PE, p. 58-59).

Em sentido oposto, apenas Marco Aurélio questiona, ainda que tacitamente, a superveniência da mutação inconstitucional. Ressalta que:

[...] se formos à Carta Federal, veremos que versa licença à gestante. Pressupõe o texto constitucional a gestação e, portanto, dupla proteção: à mulher que engravida, que se tornará parturiente, e também ao rebento, que acabará nascendo (RE nº 778.889/PE, p. 63).

Sustenta que o art. 227, § 6º, igualiza o direito entre os filhos, independente de advirem do casamento ou não, de adoção ou não. Veda o tratamento diferenciado destes, e nada diz sobre a situação jurídica seja da gestante, seja da adotante. Nessa senda, pontua que o legislador atuou dentro da discricionariedade legislativa, que lhe é própria, ao prever prazo distinto para a licença-gestante e, em razão disso, a interpretação do

¹⁵⁰ Ressalta que “Estudos internacionais dão conta de que quanto maior é o tempo de institucionalização de uma criança, mais difícil costuma ser a adaptação à família adotiva. Por outro lado, indicam também que o fator mais relevante para a recuperação dessas crianças e para a superação de tais dificuldades é a presença, a disponibilidade e a afetividade dos pais adotivos, que precisam apresentar um intenso comprometimento com o menor (“*agressive attachment behavior*”) no início de seu convívio” (RE nº 778.889/PE, p. 34).

¹⁵¹ “Estudos sobre a depressão pós-parto e sobre a depressão pós-adoção dão conta de que o percentual de mulheres que sofrem de depressão é semelhante, tanto no caso da maternidade biológica quanto no caso da maternidade por adoção” (RE nº 778.889/PE, p. 39).

relator encontraria óbice no próprio enunciado normativo do art. 7, inc. XVIII, da CF (RE nº 778.889/PE, p. 63-64).

Ao final, ao acompanharem o relator, os ministros reconheceram, em sua maioria, que operaram uma mutação pela via interpretativa, atribuindo novo significado ao preceito normativo supramencionado, nos termos do voto do ministro Luís Roberto Barroso.

3.3.11 RE 522.897/RN

Quadro Sinóptico 11

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2017/RE/Pleno
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Prazo prescricional do FGTS – art. 7º, inc. XXIX, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Voto do relator sustenta a mutação constitucional e é acompanhado pela maioria
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministro Gilmar Mendes
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Não houve debate sobre o conceito de mutação ou sobre sua superveniência
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Não mencionou alterações no suporte fático ou na legislação

Fonte: elaborado pelo autor.

O Estado do Rio Grande do Norte interpôs RE contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que aplicou o enunciado de sua Súmula 65, reconhecendo o prazo prescricional trintenário para se exigir o depósito, pelo empregador, dos valores relativos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Aduziu que a decisão violou o art. 7º, inc. XXIX, alínea a, da CF, o qual prevê como direito dos trabalhadores “a ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”. Questiona-se ainda, em face desta norma-parâmetro, a constitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Decreto 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilegio do FGTS à prescrição trintenária”.

Por maioria, nos termos do voto do ministro-relator Gilmar Mendes, e vencido o ministro Marco Aurélio, a corte negou seguimento ao RE, porém, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e do art. 55 do Decreto 99.684/1990, com efeitos *ex nunc*, de modo a atingir apenas os processos ajuizados após o reconhecimento da incompatibilidade com o texto constitucional.

Em seu voto, Gilmar Mendes sustenta que o dispositivo constitucional pôs fim à discussão sobre a natureza do FGTS, prevendo-o, de forma expressa, como direito dos

trabalhadores. Todavia, mesmo após o advento do texto constitucional, a corte continuou a entender que o prazo prescricional para cobrança seria de trinta anos, nos termos da legislação infraconstitucional. Propõe, destarte, a revisão da jurisprudência, vez que os dispositivos questionados contrariam a literalidade na norma constitucional, além de que a previsão de prazo tão longo para a propositura da reclamação contra o não recolhimento atentaria contra a certeza e estabilidade das relações jurídicas, nas palavras do relator, “princípio basilar de nossa Constituição e razão de ser do próprio direito” (RE nº 522.897/RN, p. 12-14).

O relator torna a conceituar a mutação como sendo o fenômeno decorrente da revisão da jurisprudência consolidada, a justificar a modulação de efeitos. Equipara, uma vez mais, a revisão da jurisprudência, por meio de interpretação evolutiva, com a mudança informal da constituição, com fundamento na obra de Häberle, e apresenta hipóteses de mutação em cortes estrangeiras. Deixa de apresentar, todavia, elementos fáticos a justificar a mudança na interpretação (RE nº 522.897/RN, p. 19).

A maioria acompanhou o voto do ministro Gilmar Mendes, sendo que nenhum outro ministro teceu comentários sobre a suposta mudança informal operada. Acataram, todavia, as considerações sobre a modulação dos efeitos da decisão. Aliás, o próprio ministro Marco Aurélio, que apresentou voto divergente no sentido de sequer modular a declaração de inconstitucionalidade, nada mencionou sobre a mutação.

3.3.12 ADI 4764/AC

Quadro Sinóptico 12

Item	Dado
i) Ano, instrumento processual e órgão julgador	2017/ADI/Plenário
ii) Dispositivo que sofreu a mudança informal	Princípio Republicano e Sistema Representativo – art. 34, inc.VII, a, da CF
iii) Papel do fenômeno na solução do processo	Reconheceu-se, por maioria, a mutação constitucional
iv) Quais ministros mencionaram a mudança informal em seus argumentos?	Ministro Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Luiz Fux
v) Houve debate sobre o conceito ou sobre sua superveniência?	Houve debate sobre o conceito e a superveniência do fenômeno
vi) Houve menções a alterações que justifiquem o reconhecimento do conceito?	Menções a alterações no cenário fático

Fonte: elaborado pelo autor.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação direta de inconstitucionalidade apontando que os incisos VII e VIII do art. 44 e do art. 81 da Constituição do Acre usurpam competência privativa da União e contrariam princípios constitucionais inerentes à República e ao regime de responsabilidade. Tais dispositivos

preveem, em síntese, (i) que compete privativamente à Assembleia Legislativa processar e julgar o governador, o vice-governador e os secretários de Estado por crimes de responsabilidade e que (ii) cabe à Assembleia emitir juízo de admissibilidade da acusação, tanto em crimes comuns quanto em crimes de responsabilidade, antes de submetê-lo a julgamento perante o STJ, na hipótese de crimes comuns, e perante a própria Assembleia, na hipótese de crimes de responsabilidade.

Por maioria de votos, vencido o ministro-relator Celso de Mello, reconheceu-se a usurpação da competência privativa da União no que se refere à definição e às regras de julgamento dos crimes de responsabilidade, nos termos da Súmula Vinculante nº 46. Ainda, aduziram que a Constituição Estadual não pode condicionar o processamento e o julgamento de crimes comuns à autorização da Assembleia Legislativa, por ofensa ao princípio republicano, compreendido como princípio constitucional sensível, e ao consequente regime de responsabilidade dele decorrente. Teria havido, portanto, ofensa ao art. 34, inc. VII, alínea a, da CF. Partindo-se de tais pressupostos, concluíram que resta inviabilizado o afastamento automático, quando do recebimento da queixa-crime ou denúncia pelo STJ. O ministro Celso de Mello restou vencido, pois reconheceu a possibilidade de a Constituição Estadual, em razão da autonomia do Estado-membro, condicionar o processamento no STJ a autorização da casa legislativa estadual.

A discussão sobre a superveniência da mutação constitucional iniciou-se com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que, inclusive, abriu a divergência. Após apontar quais seriam os argumentos a justificar a constitucionalidade do juízo de admissibilidade discutido, em especial o entendimento de que o art. 51, inc. I, da CF apresenta-se como norma de reprodução obrigatória, ressaltou que:

Penso, porém, que mudanças na realidade institucional e novas demandas por parte da sociedade recomendam uma revisita à questão. Com efeito, a revitalização do princípio republicano, o inconformismo social com a impunidade dos agentes públicos e as renovadas aspirações por moralidade na política, a meu ver, provocaram uma mutação constitucional no tratamento da matéria (ADI nº 4764/AC, p. 51).

Assim, em razão de supostas mudanças fáticas, em especial as “novas aspirações” na política, ressalta que se tornou imperiosa a mutação constitucional pela via interpretativa. Ao tecer comentários sobre o fenômeno, indica que a nova leitura do texto, por romper com jurisprudência anterior da corte, não se confunde com as interpretações evolutiva e construtiva, além de que, para ser constitucional, deve respeitar os sentidos possíveis do texto constitucional, assim como os princípios fundamentais identitários da constituição, e deve,

necessariamente, possuir lastro democrático, correspondendo a uma demanda social efetiva. Conceitua a mutação constitucional pela via judicial como sendo o fenômeno pelo qual atribui-se “a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito” (ADI nº 4764/AC, p. 52-54).

O ministro se vale, em sua razão de decidir, da mutação constitucional do princípio republicano, veiculado no art. 34, inc. VII, alínea a, da CF, para demonstrar que os dispositivos das Constituições Estaduais que preveem o juízo de admissibilidade deixaram de ser constitucionais. Isso porque, com o novo significado atribuído à norma-parâmetro, o que outrora fora considerado constitucional passou a ser incompatível com a nova leitura do princípio republicano (ADI nº 4764/AC, p. 54 e ss.).

Tal argumentação foi corroborada pelos demais ministros. Alexandre de Moraes foi incisivo ao asseverar a distorção de tais dispositivos questionados, ressaltando que eles implicaram, no plano fático, em patente impunidade:

A degeneração do espírito da norma-obstáculo estadual vem permitindo a impunidade nesses quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal e institucionalizou a prática de métodos não republicanos entre vários executivos e legislativos estaduais, culminando na negativa de autorização prévia, ou, na maioria das vezes, no simples desprezo ao pedido de análise, com a costumeira ausência de deliberação (ADI nº 4764/AC, p. 76).

Luiz Fux sustenta, ainda, que existiria uma patente distorção entre as regras que preveem a autorização prévia e o “sentimento constitucional”, conceituado como o sentimento do povo em relação à realidade constitucional. A mutação decorreria de uma inadequação entre uma nova realidade judicial e uma regra constitucional. Esta nova realidade poderia ser apreendida por constatações empíricas, vez que, em suas palavras, “as Assembleias não concedem autorização, os governos não são processados, e gera-se um clima de impunidade, de insegurança jurídica e de grave desprestígio para o Poder Judiciário” (ADI nº 4764/AC, p. 106-115).

Pelo exposto, conclui-se que, por maioria, os ministros acordaram que, por meio da interpretação, operaram uma mutação constitucional, atribuindo novo significado ao princípio republicano, em especial pela alteração na realidade fática, vez que, em regra, as Assembleias não autorizavam o processamento dos governadores, além de que a regra, por si só, contraria uma nova demanda social, um sentimento constitucional, de combate à impunidade.

4 MUDANÇAS INFORMAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE CRÍTICA

Mudanças constitucionais são necessárias em qualquer ordem constitucional e costumam impor-se como exigência político-social. Fato é que, em Constituições pragmáticas¹⁵² como a brasileira, que apresentam baixo grau de rigidez, presume-se que tais modificações se darão pela via formal. Conforme já exposto, o poder de reforma se manifesta constantemente em nosso ordenamento. Pode-se discutir o impacto que as emendas representam para a estabilidade constitucional, porém, considerando o procedimento previsto para a reforma e o alto grau de especificidade de nossa Carta, é natural tanto o protagonismo das mudanças formais, em relação às informais, como sua maior incidência, quando comparada com outros modelos.¹⁵³

Como explicar, nessa esteira, a proliferação de referências à superveniência de mutações constitucionais, em especial pela via judicial, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) nas duas últimas décadas? Formulou-se um conceito estrito e dogmático de mutação constitucional (tópico “1.6 – Definição de mutação constitucional e seus limites”), que exige a configuração de vários elementos para que o fenômeno seja caracterizado.

Definiu-se o fenômeno como sendo aquele em que normas em sentido substancial de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder de revisão constitucional, alteram o significado de disposições constitucionais vigentes ou desvitalizam a sua eficácia, sem violar o núcleo identitário da Constituição e guardando um mínimo de conformidade com o sentido oferecido pelo texto da disposição constitucional. Necessário identificar, portanto, (i) a superveniência de normas substanciais inovadoras, (ii) a alteração informal das disposições constitucionais ou a desvitalização de sua eficácia e a (iii) a consolidação temporal da mudança. Seja em razão da complexidade do conceito, que não se confunde com interpretação evolutiva, modificações inconstitucionais etc., seja em razão das características de nossa Constituição, esse não parece ser um fenômeno de fácil constatação.

¹⁵² Nessas, (i) a rigidez é menos intensa, (ii) há um predomínio das alterações formais da Constituição, (iii) há uma potencialização da adaptabilidade e da eficiência do texto constitucional e (iv) este acaba sendo usado como instrumento de governo (CONTIADES; FOTIADOU, 2013).

¹⁵³ Foram apresentados, no tópico “1.1 – Mudanças constitucionais: dosagem e estabilidade”, os modelos elástico, evolutivo, pragmático, restritivo e democrático-direto.

É crível que tenha ocorrido, em especial nos últimos anos, a quantidade de mudanças informais da Constituição a que faz referência o STF? Por meio da análise qualitativa crítica empreendida, procura-se demonstrar, no presente capítulo, que não.

Em um primeiro momento (tópico “4.1 – O uso conceitual da mutação no discurso da corte”), é exposto que não há qualquer coerência conceitual ao se referir ao fenômeno, sendo que os ministros sequer deliberam sobre os elementos que o caracterizam. No mais, a mutação é usada como argumento ao fundamentar o julgado, o que denota seu uso conceitual retórico e estratégico, eximindo o intérprete, na maioria dos casos, de enfrentar o ônus argumentativo imposto pelo precedente já firmado. Por fim, como regra, os ministros sequer deliberam sobre sua ocorrência, não fazem menção às exigências fáticas que imporiam a necessidade da alteração e desrespeitam, costumeiramente, sua própria jurisprudência. Todo esse cenário dificulta tanto a identificação quanto a efetiva superveniência das mudanças informais.

Entende-se por uso retórico no direito aquele no qual os conceitos são empregados de forma ornamental no discurso, por meio de “estratégias argumentativas e figuras de linguagem que os tornem mais atraentes e coloridos”, comprometendo-se as almejadas objetividade e neutralidade científicas possíveis (REIS, 2014, p. 22). Em sentido análogo, o estratégico consiste no uso conceitual a fim de atingir determinadas finalidades, independente da coerência ante o substrato jurídico existente. Operacionalizam-se definições jurídicas visando o resultado almejado, consubstanciando uma racionalidade eminentemente instrumental, conceito este a ser explicitado à frente.

Já em um segundo momento (tópico “4.2 – Identificação das mudanças informais na jurisprudência da corte”), ao se analisar os elementos das decisões, demonstra-se que parte dessas, na realidade, aborda fenômenos e institutos outros que não a mutação. Esta é utilizada estrategicamente como elemento de justificação. Ao adverso, em outras, é a própria corte que impõe as primícias de mudanças informais, unilateralmente, em afronta ao texto da Constituição e ao seu núcleo identitário, e, em consequência, operam mutações inconstitucionais. Ao fim, verificar-se-á que a superveniência de efetivas mutações constitucionais pela via jurisprudencial é de veras incomum.

A empreita proposta demanda, como já assinalado, os pressupostos dogmáticos explorados nos capítulos 1 e 2. O raciocínio dogmático tem como objetivo a obtenção, dentre as soluções possíveis em abstrato, daquela que se apresenta como a mais adequada ao caso concreto, considerando os pontos de partidas aceitos (leis, jurisprudência e doutrina). Organiza, destarte, o material jurídico com o intuito de apresentar balizas decisórias às instâncias judiciais. Nessa senda, “pensar dogmaticamente significa justificar decisões com

fundamento no material jurídico, ou seja, casos julgados, doutrina e leis existentes” (RODRIGUEZ, 2012).

O raciocínio dogmático pressupõe a construção de conceitos dogmáticos, pautando-se sempre pelo mencionado material jurídico. Tais concepções emprestam maior objetividade e previsibilidade ao exercício da função jurisdicional e, por consequência, resguardam o estado de direito e o princípio da igualdade. Reduzem, de certa forma, a incerteza do direito ao exigir congruência das decisões das autoridades estatais. Por isso afirma-se:

A racionalidade dogmática, afinal, é a ideia mesma de um governo das leis, concretizando um conjunto organizado de conceitos cuja função é resolver eficaz, legítima e equitativamente os casos concretos (RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2012).

Se o STF fundamenta suas decisões valendo-se de tal racionalidade, há ganhos significativos em termos de legitimidade democrática. Esta pressupõe que as primeiras estejam vinculadas à justificação das respostas por meio do texto constitucional (LEAL, 2017, p. 115-116).

Resta claro, portanto, a patente função de controle exercida pelos conceitos dogmáticos. Ao emprestar certa objetividade ao raciocínio jurídico,¹⁵⁴ eles limitam a amplitude própria dos processos interpretativos exercidos por todos os Poderes do Estado, em especial por permitirem o controle intersubjetivo e proporcionarem maior previsibilidade.¹⁵⁵ Quando trabalha com tais definições, portanto, o STF não pode desconsiderar o que diz sobre elas a lei, a jurisprudência e a doutrina.

Ao se identificar um conceito dogmático e compará-lo com o uso conceitual veiculado em decisões judiciais, como na presente pesquisa, o que se pretende é aferir a coerência e o respeito ao material jurídico existente, ponto de partida inegável da construção realizada. Possível, assim, concluir se as primeiras se vinculam a elementos jurídicos, e não extrajurídicos, e se expressam, em consequência, a mencionada racionalidade, inibindo o uso retórico.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Virgílio Afonso da Silva assevera que “não é possível buscar uma racionalidade ou uma objetividade que exclua por completo qualquer subjetividade na interpretação e aplicação do direito”, até porque “no direito, objetividade não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável. Por isso, não é possível falar, na argumentação jurídica, em ônus que não seja ônus argumentativo” (SILVA, 2011b, e-book).

¹⁵⁵ Se presentes essas variáveis, de acordo com Virgílio Afonso da Silva (2011b, e-book), maior será a objetividade interpretativa possível.

¹⁵⁶ Essa é a conclusão de Dimitri Dimoulis (2018, p. 164), ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana: “Pensando em casos que ocupam a jurisprudência brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana não permite dizer o que deve ser juridicamente decidido em relação à clonagem e à pesquisa biogenética. É

Se o STF trabalha com uma concepção definida e dogmaticamente adequada de mutação constitucional, diminui-se a possibilidade de se reconhecer mudanças informais onde elas não existem e de se extrapolar os limites do texto constitucional e a distribuição constitucional de competências. Não se desconsidera que há divergências fundadas sobre os conceitos dogmáticos, daí a tarefa da Dogmática de estabelecer consensos.¹⁵⁷

Inadequada e perigosa a assertiva do ministro Eros Grau que, em voto que discutia a mutação constitucional da norma constante do art. 52, inc. X, da Carta Magna, afirmou que “Sucedo que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância” (voto na Reclamação nº 4.335/AC, p. 14). Atribuir à corte a tarefa de construir o direito, desconsiderando-se pressupostos doutrinários consolidados, muitas vezes debatidos à exaustão durante décadas, fomenta a imprevisibilidade e a subjetividade das decisões judiciais.

Imprescindível contrapor, nessa senda, a racionalidade dogmática à racionalidade instrumental. Nesta, a decisão judicial é considerada um meio para o alcance de determinados fins, eleitos como relevantes. A legitimidade de um Tribunal Constitucional poderia ser aferida por meio da adequação de suas decisões a esses objetivos. Permeia, destarte, concepções moralistas e pragmáticas do direito, pois as normas jurídicas deixam de constringer o intérprete, em certa medida, quando não se adequam aos princípios morais e às finalidades desejáveis. É tal raciocínio utilizado, amplamente, pelos autores neoconstitucionalistas brasileiros,¹⁵⁸ que enxergam no direito um mecanismo de transformação social e o Supremo como um arauto da “vanguarda iluminista” (BARROSO, 2017, p. 61).

Em um cenário como esse, no qual o direito é um instrumento para consecução de fins, naturalmente o respeito ao material jurídico, em alguma medida, sucumbirá. Desnecessário, portanto, a construção de consensos dogmáticos sobre o último. Essa racionalidade implica na diluição do principal limite jurídico a que estão submetidos os operadores do direito, em especial os juízes constitucionais, qual seja o texto dos dispositivos normativos, os quais já possuem maior grau de indeterminação ante a linguagem aberta

necessário realizar uma análise dogmático-jurídica adequada para estabelecer o conteúdo normativo, evitando-se o uso retórico”.

¹⁵⁷ Nessa esteira, ao se definir o fenômeno, conforme já expresso (tópico “1.6 – Definição de mutação constitucional e seus limites”), buscou-se apresentar elementos que gozam de razoável consenso doutrinário no âmbito da teoria constitucional.

¹⁵⁸ Sobre a adoção de concepções jurídicas moralistas e pragmáticas pelos autores neoconstitucionalistas brasileiros, confira o tópico “2.2 – Neoconstitucionalismo à brasileira”.

utilizada pelo constituinte¹⁵⁹ (LEAL, 2017, p. 119). É nesse sentido que Brian Z. Tamanaha afirma que:

Quando se passa da legislação para o julgamento, no entanto, a proposição de que os juízes devem se empenhar para atingir os propósitos e fins ao decidir os casos, algo que também foi promovido como aspecto da visão instrumental do direito, cria um conflito direto com o estado de direito formal (TAMANAHA, 2011, p. 42).

A racionalidade instrumental se coaduna com o uso conceitual estratégico, pois as definições jurídicas são utilizadas para justificar os fins que se pretende alcançar. Como se demonstrará, este é um dos principais problemas no uso da mutação constitucional como fundamento das decisões. Explicitada a utilidade da racionalidade dogmática que permeia a presente análise crítica, importante tecer alguns comentários prévios sobre a interpretação constitucional.

Não se busca, aqui, analisar métodos e princípios interpretativos. Conforme já consignado na introdução deste trabalho, a doutrina procura traçar, há décadas, limites às mutações constitucionais por meio do processo interpretativo. Todavia, ao menos para os fins propostos, torna-se imperioso apresentar singelas considerações sobre a interpretação constitucional, que se coadunem com as premissas positivistas e dogmáticas adotadas, o que permitirá analisar criticamente os elementos das decisões apresentados no tópico “4.2 – Identificação das mudanças informais na jurisprudência da corte”.

A criação judicial do direito é o resultado do processo interpretativo. Ante os níveis de discricionariedade a que estão submetidos cada um dos Poderes do Estado, cabe ao juiz apresentar as “razões internas” que justificam suas decisões, demonstrando o respeito à limitação jurídica de seus poderes criativos. É esse o papel do Poder Judiciário e sua legitimidade depende do adequado exercício desta competência, pois assim preserva decisões já tomadas pelos representantes populares (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 200-201). Se é o sistema jurídico que apresenta os limites da discricionariedade de cada um dos Poderes, não cabe a estes ampliar tais restrições de forma autorreferencial, sob pena de violação do texto constitucional (DIMOULIS, 2018, p. 130).

Ante tais premissas, necessário um processo interpretativo determinado por elementos normativos que vinculam o aplicador. Há ganhos, inclusive, em termos de

¹⁵⁹ Como consequência, Fernando Leal assevera que tal racionalidade leva à “redução dos processos de tomada de decisão constitucional à aplicação de referências vagas (como ponderação, razoabilidade e dignidade humana) ou a teorias de complexa operacionalização (como uma teoria da justiça ou a que sugere uma leitura moral da Constituição) que não garantem os graus desejáveis de controle da discricionariedade e de previsibilidade exigidos pela manipulação de tanta complexidade e indeterminação” (LEAL, 2017, p. 119).

previsibilidade e objetividade, pois quando se recorre a razões externas, como a política, os valores da comunidade, os anseios sociais etc., em detrimento dos primeiros, o processo torna-se irracional, subjetivo e voluntarista, até porque inexitem consensos sobre tais razões.

Nesse sentido, Dimitri Dimoulis (2018, p. 140) distingue as determinações primária e secundária. A primeira consiste “nas disposições jurídicas em vigor e nos fatos reais que elas consideram decisivos”, ao passo que a segunda “se exprime pelos fatores políticos, morais e pessoais”. Nessa esteira:

O aplicador deve seguir a determinação primária e as influências secundárias se avaliam de acordo com sua conformidade com a determinação primária. Caso contrário, a interpretação persegue finalidades abusivas, atribuindo caráter jurídico a fatores extrajurídicos. Se fizer isso, o aplicador ultrapassa sua competência, equiparando tacitamente a interpretação com a criação do direito (DIMOULIS, 2018, p. 141).

A interpretação encontra um limite na própria expressão literal da lei. Conforme aduz Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug (2010, p. 161), “não é permitido o emprego da interpretação com vistas a alterar completamente o sentido da norma constitucional”, pois estaria violando flagrantemente a literalidade de seu texto. Observe-se que o que resta vedado não é a criação de um novo sentido, mas sim sua completa alteração. Concorda-se com Dimitri Dimoulis (2018, p. 164-165), neste ponto, quando este sustenta que haverá sempre um espaço de concretização da norma, em que a atuação volitiva do juiz se perfaz, imperando a discricionariedade judicial. Contudo, há espaços em que impera a cognição e que, em consequência, inexistem discricionariedade.

Lado outro, as autodenominadas teorias pós-positivistas legitimam processos de tomada de decisões constitucionais que invertem a lógica supramencionada, sobrepondo razões de segunda ordem às de primeira, subvertendo-se o texto constitucional. Conforme sustenta Fernando Leal (2017, p. 118):

Se processos de tomada de decisões constitucionais são caracterizados pela presença de elementos morais e de “outros domínios do conhecimento” e se orientam em princípios e comandos de sentido vago como “dignidade humana”, elementos textuais deixam de ser parâmetros definitivos para a tomada de decisões, e se tornam simples referências derrotáveis pela possibilidade de realização de outros compromissos constitucionais, estejam eles explícitos ou implícitos, sejam eles ou não fruto daquilo que o próprio tribunal entende ser o propósito da Constituição e seu papel na ordem constitucional vigente.

Há que se buscar no processo interpretativo, portanto, o respeito aos significados possíveis do texto constitucional. Visando promover o respeito às determinações primárias,

nessa senda, imprime-se papel preponderante às interpretações gramatical/literal e sistemática. É nessa perspectiva que Friedrich Müller¹⁶⁰ aduz que:

Os elementos diretamente referidos a normas (elementos metodológicos e do âmbito da norma bem como uma parte dos aspectos dogmáticos) têm precedência sobre os componentes restantes do processo de concretização, não diretamente referidos a normas. Dentre os aspectos diretamente referidos às normas, os referentes às interpretações gramatical e sistemática têm preferência em caso de conflito, por dizerem respeito à interpretação de textos de normas, ao passo que os procedimentos restantes dizem respeito aos textos de não normas (MÜLLER, 1999, p. 95-96).

Há que se rejeitar, portanto, interpretações que adulteram o conteúdo normativo ao recorrer a interpretações pautadas pelo método teleológico ou histórico-evolutivo, recorrendo-se a elementos que não pertencem ao sistema jurídico (DIMOULIS, 2018, p. 151). Caso contrário, esvazia-se a função limitadora do teor gramatical das prescrições a serem concretizadas, própria do estado de direito (MÜLLER, 1999, p. 96).

Traçadas tais premissas, busca-se analisar, em um primeiro momento, o uso conceitual da mutação no discurso da corte, para, em um segundo momento, aferir se o Supremo efetivamente está operando alterações informais no texto constitucional e, em caso positivo, se tais alterações respeitam a identidade da Constituição e os significados possíveis do texto constitucional.

4.1 O USO CONCEITUAL DA MUTAÇÃO NO DISCURSO DA CORTE

4.1.1 Indefinição e ausência de dissenso conceitual

O ministro Gilmar Mendes refere-se às alterações informais, em excerto presente em praticamente todos os votos que menciona o fenômeno,¹⁶¹ como sendo as “mudanças da concepção jurídica” que levam à alteração da jurisprudência da corte e se impõem por meio da interpretação aberta da Constituição (Ex 522.897/RN, p. 19). Equipara, em consequência, mutação e interpretação evolutiva. Adere, integralmente, à assertiva de Peter Häberle, pela

¹⁶⁰ Anote-se que Friedrich Müller, ao apresentar seu método interpretativo, defende uma interpretação pós-positivista, a qual romperia com os pressupostos interpretativos do positivismo clássico. O autor alemão não rompe, nessa senda, com os pressupostos do positivismo jurídico moderno e não encampa as premissas das atuais teorias “pós-positivistas”. Nesse sentido, Dimitri Dimoulis ressalta que “Friedrich Müller e seus seguidores aceitam plenamente a teoria juspositivista sobre a validade do direito, isto é, admitem o caráter vinculante das fontes jurídicas estatais, excluindo a interferência de considerações morais. Insistindo na necessidade de elaborar rigorosos métodos de interpretação, criticam os ‘antipositivistas’ que desejam transformar o aplicador em ‘legislador oculto’” (DIMOULIS, 2018, p. 47).

¹⁶¹ A repetição do excerto foi exposta nos tópicos “3.3.1 – MS nº 26.602-3/DF, MS nº 26.603-1/DF e MS nº 26.604-0/DF”, “3.3.3 – RHC nº 93.172/SP”, “4.3.5 – RE nº 637.485/RJ”, “3.3.6 – RCL nº 4.374/PE”, “3.3.7 – Rcl nº 4.335/AC” e “3.3.11 – RE nº 522.897/RN”.

qual a adoção de uma “interpretação” aberta leva à desnecessidade da construção dogmática do fenômeno como categoria autônoma. Seria tal interpretação, inclusive, um mecanismo legítimo a ser utilizado para a promoção de alterações constitucionais.¹⁶² Sustenta que a mutação constitucional consiste em um “instituto” a ser utilizado/operacionalizado pela corte, possibilitando a adequação do texto constitucional às novas exigências da realidade (Rcl nº 4.374/PE, p. 56-58).

Os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 46/DF (p. 27) e no *habeas corpus* (HC) nº 127.900/AM (p. 26), respectivamente, também equiparam a mudança informal à interpretação evolutiva/atualizadora da Constituição Federal, e sustentam que a técnica deve ser utilizada nos mencionados casos.

O ministro Celso de Mello apresenta conceito semelhante. Nos HC(s) em que reconheceu a vedação da prisão por dívida do depositário infiel, sustentou que “o poder interpretativo” do STF deve ser exercido, em alguns casos, para “reformular o texto” constitucional. Isso porque a corte deteria o monopólio da última palavra sobre o significado do texto constitucional e, por ser seu guardião, também exerce o poder constituinte (HC nº 90.450/MG, p. 42-43). Observe-se que o ministro também trata o fenômeno como sendo um instituto a ser manejado pelo tribunal, sendo que, quando utilizado, manifesta-se como o adequado exercício do poder constituinte.

Já o ministro Eros Grau formulou conceito distinto. Afirma que a mutação é a transformação de sentido do enunciado normativo, sem que haja alteração textual, opondo-se a Constituição material à Constituição formal. Por isso ela não se confunde com a interpretação, vez que extrapola os limites desta, sendo que ante sua superveniência “não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado” (Rcl nº 4.335/AC, p. 72). Apresenta definição, destarte, que se aproxima do conceito estrito formulado por E. Böckenförde, mas com ele não se confunde.¹⁶³

De forma intermediária, Luís Roberto Barroso retrata uma distinta concepção. O fenômeno seria a “atribuição de sentido diverso à norma constitucional”, contrariando seu

¹⁶² Concorde com Peter Häberle e o cita expressamente quando este conclui que: “o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se passado e futuro estiverem nela associados” (RE nº 522.897, p. 20).

¹⁶³ Böckenförde não defende a existência de efetiva alteração do próprio enunciado normativo. O constitucionalista alemão apenas ressalta que, para que o fenômeno se perfaça, necessário que o programa normativo seja minimamente influenciado pela normalidade. De acordo com a conclusão do ministro, é possível afirmar que sua definição abrange também as hipóteses de mutação inconstitucional, impondo-se a normalidade à normatividade (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 185-186).

sentido anterior, em razão de mudanças na realidade social ou na nova percepção do direito (ADI nº 4764/AC, p. 52-54). Afirma, expressamente, que o fenômeno não se confunde nem com a interpretação evolutiva nem com as mutações inconstitucionais, pois estas extrapolam os limites inerentes ao processo interpretativo.¹⁶⁴ Em sentido análogo, concordando com Barroso, o ministro Luiz Fux aduz que a mudança informal se opera quando há uma inadequação entre a nova realidade judicial e uma regra constitucional, em especial ante a força do novo “sentimento constitucional” (ADI nº 4764/AC, p. 106-115).

O ministro Joaquim Barbosa sugere que a mutação se trata de um fenômeno a ser identificado, motivo pelo qual exige tanto a consolidação temporal¹⁶⁵ quanto a contraposição contínua entre enunciado normativo e realidade, o que, no caso concreto, demandaria o desuso de uma competência constitucional por um dos Poderes do Estado (Rcl nº 4.335/AC, p. 99). Deixa claro, lado outro, como também o faz o ministro Ricardo Lewandowski ao citar Konrad Hesse, que, para que seja admitida, a mudança deve respeitar os limites textuais da norma (Rcl nº 4.335/AC, p. 124).

Conforme se extrai da Tabela 2, a despeito da pluralidade de concepções, observa-se uma maior incidência de referência ao termo nos votos do ministro Gilmar Mendes. Como este equipara o fenômeno à interpretação evolutiva e o enxerga como um instituto a ser trabalhado pela corte, é natural que as referências se intensifiquem. Entretanto, não é possível afirmar que é a formulação que prepondera, vez que, em especial nos últimos anos, outros ministros passaram a trabalhar e a elaborar definições que se contrapõem à professada pelo primeiro.

Percebe-se, portanto, que não é possível extrair um conceito claro e predominante de mutação constitucional da jurisprudência do STF. A incoerência conceitual é a tônica. Há definições distintas que apresentam elementos diferentes. Tal inconsistência dificulta a compreensão das acepções e prejudica, inclusive, o efetivo reconhecimento da superveniência das alterações informais, até porque os ministros, em seus votos, acabam por não tratar dos mesmos elementos, pois partem de pressupostos diferentes.

Seria razoável presumir que, por desenvolverem distintas concepções, eles discutem os elementos caracterizadores do fenômeno. Não é essa, todavia, a realidade. Dentre os 29

¹⁶⁴ Em obra acadêmica, lado outro, o constitucionalista equipara os conceitos, ao indicar que “a interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto constitucional. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificações do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes” (BARROSO, 2002, p. 144).

¹⁶⁵ O ministro ressalta, peremptoriamente, que algumas decisões da corte não denotam a superveniência da mudança informal, o que se coaduna com o conceito dogmático proposto no tópico “2.6 – Definição de mutação constitucional e seus limites” (Rcl nº 4.335/AC, p. 99).

acórdãos em que há menções ao fenômeno, levando-se em conta que em 17 desses a mudança informal é utilizada como fundamento da decisão, em apenas 3 há dissenso sobre o conceito.¹⁶⁶

No Mandado de Segurança (MS) nº 26.602-3/DF (tópico 4.3.1), Eros Grau discorda da formulação apresentada por Gilmar Mendes e sustenta que a mudança informal não se operou. Os outros ministros sequer ingressam no debate sobre a superveniência do fenômeno.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.764/AC (tópico 4.3.12) é possível extrair distintas definições, em especial dos votos proferidos pelos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, porém, a conclusão a que eles chegam é a mesma: que a mudança informal se fez.

Por fim, na Reclamação (Rcl) nº 4.335/AC (tópico 4.3.7) há profícua discussão sobre os elementos necessários para se identificar o fenômeno. Trata-se do único caso em que diversos ministros discutem conceitos, dissentem sobre o impacto dos fatos e, por consequência, abordam seriamente o argumento fundado na mutação.

Note-se, no entanto, que por mais que se delibere sobre a superveniência da mudança informal, em alguns casos, não se vislumbra deliberação interna sobre sua própria definição. Não há o intuito de se formular um conceito da corte, a ser aplicado a outros casos. Os ministros expõem suas razões sem se atentar para o poder de convencimento das razões dos demais. Cada um professa uma concepção de mutação constitucional e não demonstra qualquer predisposição para modificá-la, limitando-se a apenas dissentir. Por óbvio, tal dinâmica, por si só, dificulta a identificação do conceito na jurisprudência do Supremo. Como o acórdão é composto pela soma de votos dos julgadores, é possível constatar apenas qual a definição adotada por cada ministro.

A dispersão de fundamentos¹⁶⁷ e a baixa *performance* deliberativa da corte,¹⁶⁸ portanto, prejudicam a formação de consensos sobre o fenômeno estudado, o que culmina na inexistência de um conceito definido apto a constranger a fundamentação proposta pelos

¹⁶⁶ Há dois outros acórdãos em que há dissenso não sobre a definição, e sim sobre a efetiva configuração do fenômeno, quais sejam os proferidos no RE nº 778.889/PE e no HC nº 127.900/AM. Nestes, os ministros concordam sobre os pressupostos configuradores e limitam-se a discutir a existência da alteração informal.

¹⁶⁷ A dispersão de fundamentos consiste na “formação de maioria decisória em torno do resultado acerca da (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo (por exemplo, ‘julgo procedente o pedido’ ou ‘julgo improcedente o pedido’) independentemente dos fundamentos sustentados pelos ministros em seus votos” (BRANDO; LEITE, 2016, p. 141).

¹⁶⁸ O nível do desempenho deliberativo de uma corte se afere por meio (i) da efetiva abertura das cortes aos argumentos apresentados pelas partes e terceiros interessados, (ii) do engajamento dos componentes do colegiado no diálogo, a propensão para convencer e ser convencido, construindo-se uma decisão coerente, e (iii) de como se formaliza a decisão, checando-se se ela atenta aos entendimentos dissidentes e concorrentes (MENDES, 2013, p. 105-107).

ministros. Se o quadro fosse distinto, os julgadores teriam o ônus de demonstrar, ao menos a nível argumentativo, a presença dos elementos qualificadores das mudanças informais. Como cada qual professa uma concepção, basta apenas mencionar aqueles que, no caso concreto, referendam sua conclusão.

As consequências da estrutura e do perfil decisório do STF foram amplamente discutidas no capítulo 2. Dentre as várias consequências deletérias apresentadas, a indefinição sobre conceitos jurídicos é uma das mais perniciosas. Isso porque inibe o advento da previsibilidade e do controle intersubjetivo, facilitando a implementação da racionalidade instrumental.

4.1.2 Uso argumentativo estratégico e precedentes

A mutação constitucional exerce uma função retórica e instrumental na jurisprudência do STF. A análise pormenorizada dos dezessete acórdãos que fazem referência ao fenômeno leva a esta inarredável conclusão. Ao se mencionar a superveniência de uma mudança informal, imposta pela força dos fatos e pelas novas concepções jurídicas, impõe-se uma conclusão necessária, em regra a revisão da jurisprudência, sem a devida atenção ao material jurídico, em especial aos precedentes já firmados. Tal uso estratégico nada mais é do que a materialização do raciocínio instrumental.

Usar o fenômeno como um dos fundamentos do julgado já se apresenta, de início, como algo inapropriado. Mudança informal é um fenômeno a ser constatado mediante a identificação de alguns elementos, o que não pode ser realizado de supetão. Pressupõe, em regra, uma maturação temporal, além de que seu reconhecimento, ainda mais pelo guardião da Constituição, demandaria bastante cautela, pois se está alterando a última sem a devida observância do procedimento formal nela previsto.

Na prática, contudo, recorre-se à mutação como instrumento a ser manejado pela corte. Gilmar Mendes afirma expressamente, no bojo da Rcl nº 4.374/PE (p. 56), que ela se trata de um instituto moderno a ser utilizado no decorrer do processo interpretativo.¹⁶⁹ No caso, se vale do fenômeno para alterar jurisprudência anterior da corte, modificando-se a interpretação do art. 203, inc. V, da Constituição Federal (CF) e, em razão disso, alterando-se

¹⁶⁹ Conforme se extrai da evolução do tratamento dado ao fenômeno em ambas as famílias do direito, impossível concluir que se trata de um “instituto moderno”. As primeiras alterações da Constituição pela via jurisdicional remontam, na tradição norte-americana, ao início do século XIX, ao passo que Laband e Jellinek já reconheciam, no início do século XX, a existência de alterações informais na Constituição do Império Alemão. Aliás, uma das mudanças informais pioneiras, no ordenamento jurídico brasileiro, se deu, de acordo com Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 138), no início do século XX, com a ampliação dada ao *habeas corpus* pela jurisprudência, estendendo o remédio constitucional a direitos individuais outros que não apenas o direito à locomoção.

o parâmetro para aferição da constitucionalidade, o que o leva a reconhecer a inconstitucionalidade parcial do art. 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Tal função instrumental pode ser identificada em todos os julgados em que o ministro se vale do suposto “instituto”.

A mesma lógica pode ser extraída do voto do ministro Edson Fachin, proferido no HC nº 127.900/AM. Neste, o ministro-relator afirma que, ante nova interpretação evolutiva, há que se superar a jurisprudência que reconhecia a constitucionalidade do interrogatório como primeiro ato da audiência de instrução em legislações especiais (HC nº 127.900/AM, p. 26). Desta forma, afirma que teria ocorrido a mutação constitucional do art. 5º, inc. LV, da CF, porque o princípio da ampla defesa não mais admitiria prática, em tese, prejudicial ao acusado.

Poder-se-ia inferir que tal manejo decorre da própria concepção pela qual haveria equivalência entre o fenômeno e a interpretação, em especial a evolutiva, limitando-se às linhas argumentativas de quem adere a tal equiparação. Também não é o que ocorre. Como já explicitado, Luís Roberto Barroso nega tal equivalência, porém, em voto proferido no HC nº 126.292/SP, instrumentaliza o fenômeno ao tentar demonstrar a superveniência de uma mutação constitucional pela via interpretativa que, até então, inexistia, tanto que os precedentes do Tribunal eram todos em sentido contrário (HC nº 126.292/SP, p. 31 e ss.).

O uso instrumental e retórico possui uma consequência clara. Ao se valer da superveniência da alteração informal, diminui-se o ônus argumentativo de se demonstrar a adequação da decisão ao direito positivo, muitas vezes desconsiderando o espaço de conformação do legislador infraconstitucional, e aos anteriores precedentes da própria corte.

Pelos exemplos supramencionados, vê-se que em parte dos julgados o argumento da mutação leva à declaração da inconstitucionalidade de leis ordinárias ou a sua completa desconsideração, com fundamento em modificações interpretativas de dispositivos constitucionais abertos e principiológicos, como, por exemplo, os princípios da presunção de inocência (RHC nº 93.172 e HC 126.292/SP) e do contraditório e ampla defesa (HC nº 127.900/AM). Impossível não notar a presença da constitucionalização do direito, no sentido defendido pela doutrina neoconstitucionalista, pelo qual todo problema jurídico, em última instância, resolve-se por meio da Constituição, com especial atenção aos seus princípios.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Há, em consequência, patente perda de racionalidade jurídica. Nesse sentido: “É certamente possível incluir nessa lista problemas reais relacionados com os processos de justificação de decisões no Supremo Tribunal Federal. O recurso constante a princípios vagos para fundamentar decisões sem a superação de quaisquer ônus de concretização, a banalização da dignidade humana, a referência comum à regra da proporcionalidade sem a aplicação das sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito e a existência

Anote-se que o conceito de “constitucionalização do direito” é utilizado não como simples referência à regulação constitucional de novos temas. Implicaria, na realidade, em um suposto “efeito irradiador” das normas constitucionais, que se expandem por todo o sistema jurídico. Todos os preceitos jurídicos devem ser interpretados em consonância com valores e fins previstos no texto constitucional, os quais passam a influir não apenas no comportamento dos três Poderes, mas também nas relações privadas (BARROSO, 2005, p. 16).

Em sentido análogo, ao se referir às necessidades prementes, decorrentes de alterações na realidade, mudanças em regramentos jurídicos infraconstitucionais análogos, advento de um novo “sentimento constitucional”, torna-se desnecessário superar as constrictões impostas pelas razões dos precedentes já firmados.¹⁷¹ Estes deixam de ser abordados, qualitativamente, pelos julgadores, que encontram pouca resistência em face do significado anteriormente emprestado à norma constitucional.

Os efeitos deletérios do tratamento dado aos seus próprios precedentes pelo STF já foram amplamente expostos.¹⁷² Fato é que eles se potencializam quando estamos diante da alegação da superveniência de mutações constitucionais. Se cabe especialmente à corte a concretização das normas constitucionais, por meio da interpretação, o respeito aos precedentes controla/diminui seu poder criador. Funciona como verdadeiro limite a sua discricionariedade, já altamente amplificada em tempos de práticas ativistas e voluntaristas.

Nos casos analisados, não foi possível apreender, como regra, o efetivo debate com os precedentes previamente firmados. Há menções a excertos, a motivos para a superação etc., razão pela qual não se pode afirmar que há uma desconsideração dos julgados anteriores. Porém, dificilmente se encontra efetiva referência aos pressupostos fáticos que deram origem à construção do precedente, além de que não se rebate os argumentos jurídicos que levaram à conclusão a ser superada. Relembre-se que o uso qualitativo presume a atenção aos fatos singulares que lhe deram origem, cabendo ao julgador correlacionar os fatos passados e presentes, orientado por um raciocínio analógico e contra-analógico (NUNES; HORTA, 2015, p. 311). Esse debate muitas vezes é substituído pelas referências às alterações fáticas e jurídicas que impõem a nova interpretação e, na ótica dos ministros, a mutação constitucional.

de uma cultura ainda incipiente de precedentes no país são evidências de que a prática decisória do Tribunal ainda está distante da realização mesmo de níveis modestos de racionalidade” (LEAL, 2017, p. 116-117).

¹⁷¹ O controle argumentativo é um dos principais motivos pelo qual os precedentes devem ser levados a sério por uma Corte Constitucional (VOJVODIC, 2012, p. 20).

¹⁷² Tal exposição foi realizada no tópico “2.4 – Mutações constitucionais pela via jurisdicional e precedente judicial”.

Reconhecer a mudança informal por meio da jurisprudência da corte leva ao problema da “determinação autorreferencial de competência” (DIMOULIS, 2018, p. 129). Se ela detém o monopólio da última palavra sobre o significado da Constituição, conforme afirma o ministro Celso de Mello no HC nº 90.450/MG (p. 42-43), por consequência, caber-lhe-ia afirmar, peremptoriamente, se estamos diante de uma mudança informal e se essa é constitucional ou não. Se eivada de inconstitucionalidade, e o STF não a reconhecer, praticamente inexistem mecanismos institucionais aptos a bloquear sua consolidação como fato consumado.¹⁷³

A proliferação do uso conceitual retórico, portanto, deve ser identificada e criticada pela doutrina. Na ampla maioria dos casos, o Supremo impõe o que entende ser uma mutação constitucional, e não constata a existência de uma alteração informal já consolidada. Não trata o fenômeno como resultado de um processo, normalmente longo, e sim como instrumento a ser manejado pelo intérprete.¹⁷⁴

4.1.3 Estrutura e prática decisória: a dificuldade na identificação da mudança informal

Há dois níveis de mensuração da racionalidade jurídico-dogmática que podem ser extraídos das decisões de órgãos colegiados: o referente a cada juiz, individualmente, e o referente ao tribunal, como órgão coletivo (RODRIGUEZ, 2013, p. 81). O que nos interessa, no presente tópico, é o segundo, que, no caso das mutações, prejudica sua identificação por parte do teórico.

Tal dificuldade na constatação decorre de dois fatores: a ausência de deliberação sobre a superveniência do fenômeno e a ausência de respeito aos precedentes já firmados pela corte. Já foram expostos os déficits deliberativos inerentes à estrutura decisória e deliberativa do STF, em todas as fases do processo decisório, quais sejam, a pré decisional, a decisional e a pós-decisional (MENDES, 2013, p. 127-128), assim como os entraves procedimentais e as práticas prejudiciais à deliberação.¹⁷⁵

¹⁷³ Correta, nesse sentido, a crítica feita por Diego Werneck Arguelles (2017, p. 101): “Simplesmente assumir que esse grupo de sábios só ‘aplicará a Constituição’, como fez Hamilton em sua defesa da Suprema Corte politicamente insulada, não ajuda. Ao contrário, pode criar novos problemas, contribuindo para uma progressiva identificação entre a interpretação dos ministros do STF e a própria Constituição”.

¹⁷⁴ De forma excepcional, o ministro Joaquim Barbosa consigna, ao proferir seu voto na Rcl 4.335/AC e discordar da suposta mudança informal do art. 52, inc. X, da CF, afirma que “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” (Rcl nº 4.335/AC).

¹⁷⁵ Os entraves seriam (i) o papel irrelevante atribuído ao relator, (ii) a forma de comunicação entre os juízes e (iii) a interrupção das sessões antes de cada juiz ter a oportunidade de apresentar suas opiniões, ao passo que as práticas consistem (i) na cultura de ganhar a qualquer custo, (ii) na ausência de efetiva interação, denotando o

Identificou-se que as decisões colegiadas são elaboradas por meio de votação, inexistindo uma decisão oficial da corte. Elas são apresentadas conforme registro cronológico e textual dos votos proferidos e das eventuais discussões, sem que haja um texto coerente, confeccionado de forma ordenada e que articule os argumentos dogmáticos com clareza. Correta, assim, a assertiva de José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 63), no sentido de que estamos diante de uma “justiça opinativa”.

Ao se analisar as referências às mudanças informais, a estrutura decisória disfuncional e a baixa *performance* deliberativa ficam claras. Na maioria dos casos nos quais os ministros defendem a superveniência do fenômeno, inexistente deliberação sobre a última. Dentre os dezessete casos analisados, percebe-se que em apenas cinco os julgadores discutem se estamos ou não diante de uma hipótese de mudança informal da Constituição.

Na Rcl nº 4.335/AC e na ADI nº 4764/AC há ampla discussão sobre a configuração do fenômeno. Nessas, os ministros discutem se estão ou não presentes seus elementos constitutivos, concluindo-se pela não incidência do fenômeno sobre o art. 52, inc. X, da CF e pela sua incidência sobre o art. 34, inc. VII, alínea a, da CF, respectivamente.

No MS nº 26.602-3/DF, no Recurso Extraordinário (RE) nº 778.889/PE e no HC nº 127.900/AM, todavia, a deliberação sobre a superveniência se restringe a apenas dois ministros. No primeiro, Gilmar Mendes e Eros Grau divergem sobre a mudança informal decorrente do princípio da fidelidade partidária, que incidiria sobre as hipóteses de perda de mandato, previstas no art. 55 da CF. No segundo, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso discordam sobre a alteração do art. 5, inc. LV, da CF e, por fim, no último, Luiz Roberto Barroso e Luiz Fux concordam sobre a suposta mutação do art. 7, inc. XVII, da CF.

Nos demais casos, apenas um dos ministros sustenta a configuração do fenômeno, porém os demais não se constrangem ao ponto de anuir ou dissentir, expressamente, com essa conclusão. Há casos, como os dos HC nº 91.361/SP, 94.695/RS, 90.450/MG e 96.772/SP, em que, por mais que não se discuta tal superveniência, o argumento que os sustentam consta expressamente da ementa dos julgados.

Deduz-se, nessa senda, que é difícil concluir se a decisão do STF realmente referenda ou não a presença de uma mutação constitucional, até porque não se vislumbra uma “decisão da corte”. Aliás, na maioria dos casos, por mais que um dos julgadores concorde com a conclusão de quem defende sua incidência, apresenta argumentos distintos e não trata da última.

caráter não cooperativo da corte, (iii) na extrema publicidade e (iv) na irrelevância atribuída ao voto divergente, que na prática configura mero voto vencido (SILVA, 2013, p. 569-584).

A dificuldade não se limita à conclusão de se o Supremo reconheceu ou não a mudança informal. Resta prejudicada, inclusive, a análise do teórico que busca aferir se realmente seus elementos estão presentes. Isso porque é difícil afirmar se aquele determinado julgado constitui ou não um precedente, pois se inviabiliza o reconhecimento de sua razão de decidir. Note-se que um dos requisitos da mutação é a consolidação do precedente, qualificado como primícia, no meio jurídico e na própria jurisprudência da corte. Relembre-se que o fenômeno se perfaz quando normas em sentido substancial de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder de revisão constitucional, alteram o significado de disposições constitucionais vigentes ou desvitalizam a sua eficácia, sem violar o núcleo identitário da Constituição e guardando um mínimo de conformidade com o sentido oferecido pelo texto da disposição constitucional.

Neste ponto, verifica-se a constante alteração da jurisprudência da corte, ao não prestar deferência aos próprios julgados, como mais um fator prejudicial à identificação do fenômeno. Observe-se, por exemplo, o caso da constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. Em julgado proferido no HC nº 84.078/MG, no ano de 2009, o STF concluiu ser inadmissível o início do cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, por ofensa ao disposto no art. 5º, inc. LVII, da CF, o qual prevê o princípio da não culpabilidade/presunção de inocência. Tal entendimento foi referendado no HC nº 93.172/SP. Neste, Gilmar Mendes afirmou expressamente que estaríamos diante de uma mudança informal da Constituição, em especial pela modificação da interpretação sobre tal princípio (tópico “3.3.3 – RHC 93.172”).

No ano de 2016, todavia, a corte alterou sua jurisprudência. Passou a entender que o princípio da presunção de inocência não é absoluto e deve ser compatibilizado com outras normas constitucionais, motivo pelo qual se passou a admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade após a condenação em segundo grau. Desta vez, foi o ministro-relator Luís Roberto Barroso que sustentou a existência de uma mudança informal do dispositivo constitucional. Aliás, ao fundamentar seu voto, consignou que o fenômeno já havia se configurado no ano de 2009 e, quando do julgamento, tornava-se a se consubstanciar (tópico “3.3.8 – HC 126.292/SP”).

Já no ano de 2017, conforme amplamente noticiado pelos meios de comunicação, passou-se a se vislumbrar uma tendência de nova alteração sobre a interpretação do dispositivo, a qual se intensificou no ano de 2018, tornando-se a reconhecer a afronta ao princípio da presunção de inocência, retomando-se a jurisprudência predominante entre os

anos de 2009 e 2016.¹⁷⁶ Há, inclusive, duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 43 e nº 44), pendentes de julgamento, que discutem a compatibilidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) com o art. 5º, inc. LVII, da CF, nas quais o plenário voltará a deliberar sobre o tema.

Perante esse quadro, portanto, é possível afirmar que tais modificações interpretativas operaram mutações constitucionais? Houve consolidação temporal suficiente na comunidade jurídica e na jurisprudência da corte para que se afirme que a modificação informal se perfez? Sabe-se que uma decisão, isolada, apresenta-se apenas como uma primícia de mutação. No mais, o processo de alteração normalmente demanda reiteraões e costuma evoluir paulatinamente. Em um cenário em que a corte não tem por hábito consolidar suas posições e que a jurisprudência se altera no ritmo da mudança da composição da casa, há uma patente dificuldade em se vislumbrar a reiteração e a evolução supramencionada. Caso se considere que cada uma dessas decisões operam uma alteração informal, estaríamos obrigados a reconhecer a existência de duas ou três mutações sobre o mesmo dispositivo constitucional no espaço de uma década.

Buscou-se apresentar, no presente tópico, as diversas contradições que se extraem do emprego do fenômeno “mutação constitucional” pela jurisprudência do STF. Desta forma, foi possível concluir que (i) inexistente um conceito definido de mutação constitucional nos julgados analisados, (ii) os ministros não dissentem, em regra, das definições apresentadas por seus pares, (iii) o fenômeno é utilizado como fundamento argumentativo, com patente caráter retórico e instrumental, (iv) os ministros dificilmente deliberam sobre a ocorrência das alterações informais, (v) as menções às alterações no plano fático, a justificar a decisão, são realizadas de forma genérica e (vi) a corte não respeita seus próprios precedentes, dificultando a identificação do fenômeno.

4.2 IDENTIFICAÇÃO DAS MUDANÇAS INFORMAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE

Valendo-se do conceito de mutação constitucional proposto e das premissas teóricas formuladas nos capítulos 1 e 2, o objeto da análise crítica, no presente tópico, deixa de ser a compreensão que os próprios ministros professam sobre o fenômeno. Pretende-se aferir, nesta etapa, por meio de categorias, se estamos realmente diante de decisões que constituem primícias de mutação constitucional.

¹⁷⁶ Nesse sentido, confira o artigo de Matheus Teixeira, da Revista *Consultor Jurídico*: disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

Assim, dentre os dezessete acórdãos já mencionados, verificou-se que em cinco deles aponta-se a superveniência da mudança informal, porém, na prática, os ministros se limitam a reconhecer a revisão da jurisprudência anterior (tópico “4.2.1 – Mutação e revisão jurisprudencial”). Em outros três, a despeito de se asseverar a configuração do fenômeno, o que se observa é o emprego de interpretação evolutiva ou construtiva que não cria normas substanciais e não altera o enunciado normativo (tópico “4.2.2 – Interpretação evolutiva e o uso retórico e estratégico do fenômeno”). Ainda, há seis hipóteses em que efetivamente há inovação normativa e, em razão disso, operam-se mutações. Estas, entretanto, são inconstitucionais, ou por violarem o núcleo identitário da Constituição, inclusive cláusulas pétreas, ou por não guardarem o mínimo de conformidade com o texto normativo (tópico “4.2.3 – Mutações inconstitucionais e o ativismo da corte”). Por fim, serão apresentados os três casos em que é possível afirmar, com algum grau de certeza, que estamos diante de primícias de mutações, mesmo que, ante as diversas disfunções mencionadas anteriormente, reste dificultado o efetivo processo de consolidação dos precedentes firmados (tópico “4.2.4 – Primícias de mutação constitucional e a dificuldade de sua consolidação”). Passa-se à análise proposta.

4.2.1 Mutação e revisão jurisprudencial

Há cinco casos, sendo que quatro referem-se ao mesmo tema, em que ao se referirem às mutações, os ministros apenas promovem a revisão da jurisprudência consolidada. A referência a elas, nesses casos, não decorre de eventual confusão entre o fenômeno e algum instituto jurídico. Na realidade, o que se observa é que as menções estão “fora de lugar”, o que denota o uso retórico e ornamental, assim como a ausência de critérios dogmáticos.

O ministro Celso de Mello sustenta, nos HC nº 91.361/SP, nº 94.695/RS, nº 90.450/MG e nº 96.772/SP (tópico 3.3.2),¹⁷⁷ a vedação da prisão civil do depositário infiel, pois o art. 5º, inc. LXVII, da CF se apresenta como norma de eficácia limitada, devendo ser conformada pela legislação infraconstitucional. Nesse sentido, com o advento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a prisão do devedor infiel não mais seria admitida, pois a norma internacional não a prevê como hipótese excepcional à regra geral, a qual veda prisões civis. Esse diploma internacional prevalece, assim, sobre os dispositivos infraconstitucionais que preveem a hipótese excepcional. Assim conclui, seja em razão da natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme sustenta a

¹⁷⁷ As referências mencionam apenas o HC nº 9.450/MG, vez que o voto nos quatro *habeas corpus* são iguais.

maioria da corte, seja em razão da natureza constitucional, conforme aponta o relator (HC nº 4.950/MG, p. 7-15).

Aduz que a cláusula constitucional que prevê as exceções à regra geral da prisão civil pode sofrer processo de mutação constitucional, em razão da atividade legislativa ordinária, de formulações adotadas em sede de tratados e convenções internacionais, assim como da própria interpretação constitucional promovida pelo Poder Judiciário. Após, passa a expor os motivos pelos quais o STF possui a prerrogativa de modificar a Constituição, ao interpretá-la, por ser detentor do monopólio da última palavra sobre ela (HC nº 4.950/MG, p. 38-43). Relembre-se que, por unanimidade, os ministros que compunham a Segunda Turma concordaram com as premissas do ministro-relator, sem deliberar sobre a superveniência de alguma mutação constitucional (HC nº 4.950/MG, p. 59).

Em momento algum, todavia, o ministro-relator explicita no que consistiria a mudança informal que se estaria operando. Pela linha argumentativa traçada, parece se referir ao próprio dispositivo que estabelece a vedação e suas respectivas exceções, e não à suposta natureza constitucional dos tratados que disciplinam direitos humanos, tese por ele preconizada. Sustentar a mutação de tal preceito normativo, todavia, é contraditório, pois o principal fundamento do voto é exatamente a eficácia limitada da norma constitucional, assim como a prevalência do tratado internacional sobre a lei ordinária que prevê a prisão do depositário infiel como exceção.

De fato, o que se observa é que o ministro equipara a alteração informal à interpretação evolutiva, no discurso, porém sequer trata, em concreto, de sua superveniência. Ao ratificar a tendência da jurisprudência do STF à época, que ainda não se pacificara no sentido de reconhecer a vedação da prisão do depositário infiel, simplesmente defende a revisão da jurisprudência anterior. É nesse sentido que, após diversos excertos mencionando autores que tratam do fenômeno, conclui, citando Gilmar Mendes, que “a prisão do depositário civil infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional” (HC nº 4.950/MG, p. 42).

No caso, portanto, as diversas citações sobre a suposta mudança informal servem unicamente para demonstrar erudição e sustentar, ao menos em abstrato, um superpoder interpretativo da corte. Tais menções, todavia, não fazem referência a qualquer alteração da norma constitucional ou à extensão de seus efeitos a uma nova situação fática. O que se observa, destarte, é que o acórdão reafirma as decisões que, à época, alteravam jurisprudência razoavelmente pacífica do Supremo, pela qual se admitia a prisão civil do depositário fiel. Insere-se, portanto, em um processo de revisão da jurisprudência anterior, por meio da

aplicação da “norma mais favorável” em sede de direitos humanos, inserida na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual prevalece sobre a legislação ordinária.

Em sentido análogo, o ministro Gilmar Mendes, relator do RE nº 522.897/RN (tópico 3.3.11), equipara mutação e interpretação evolutiva, que se imporia no caso ante a necessidade de se promover a revisão da jurisprudência (RE nº 522.897/RN, p. 19). Porém, no decorrer da fundamentação, sequer expõe no que consistiria a interpretação evolutiva. Aliás, defende a revisão da jurisprudência em razão da necessidade de se interpretar, de forma literal, o disposto no art. 7º, inc. XXIX, da Constituição (RE nº 522.897/RN, p. 12-14). Por maioria, restando vencido apenas o ministro Marco Aurélio, os ministros acompanharam o voto do ministro-relator.

Isso porque a corte entendia, antes do advento da decisão analisada, que o prazo prescricional para a cobrança do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) era de trinta anos, nos termos da legislação ordinária. Contudo, em razão da literalidade do mencionado preceito, o ministro assevera que o FGTS é direito dos trabalhadores e o prazo para sua cobrança é de cinco anos. Nessa senda, declarou-se a inconstitucionalidade dos dispositivos que previam o prazo mais alargado (RE nº 522.897/RN, p. 47).

O ministro menciona a superveniência do fenômeno ao justificar a necessidade de se modular os efeitos da decisão, especialmente por estarmos diante de uma hipótese de mutação/interpretação evolutiva que opera a revisão da jurisprudência anterior. Deixa, no entanto, de apresentar qualquer alteração da norma constitucional, e propõe, expressamente, a declaração de inconstitucionalidade por meio da interpretação literal do dispositivo, que é exatamente onde está previsto, também de maneira expressa, o prazo de cinco anos. Trata-se, portanto, de mero caso de revisão de jurisprudência da corte, sem que se altere a norma constitucional, consubstanciando, uma vez mais, o simples uso retórico do conceito, sem qualquer correlação com os fatos subjacentes e com a linha argumentativa do próprio ministro que sustenta a configuração do fenômeno.

4.2.2 Interpretação evolutiva e o uso retórico e estratégico do fenômeno

Dentre os acórdãos analisados, há três casos nos quais, sob o fundamento de se estar operando mudanças informais no texto constitucional, os ministros limitam-se a empregar interpretação evolutiva ao aplicar dispositivos constitucionais, modificando os efeitos exercidos por estes na legislação ordinária, em decorrência de alterações no plano fático ou na concepção jurídica vigente, sem que haja efetiva alteração do significado do texto constitucional. Anote-se, como já exposto anteriormente, que tal modalidade interpretativa

modifica os efeitos provocados pela norma, mas não implica em uma mudança do seu conteúdo (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 186).

No HC nº 127.900/AM (tópico 3.3.10), o ministro Edson Fachin aduz que, por meio de interpretação evolutiva, haveria que se reconhecer a mutação constitucional do art. 5º, inc. LV, da CF, que prevê os princípios do contraditório e da ampla defesa. Teria ocorrido, de acordo com o ministro, uma mudança de significado do mencionado dispositivo, o que levaria ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 302 do Código de Processo Penal Militar (CPPM). Este prevê o interrogatório como primeiro ato da instrução: “o acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas”. Nessa senda, na esteira do CPP, apenas o interrogatório ao final seria compatível com os princípios veiculados no preceito constitucional (HC nº 127.900/AM, p. 26-30). A maioria dos ministros, incluindo Edson Fachin, acompanharam o voto do ministro-relator Dias Toffoli (HC nº 127.900/AM, p. 2-3).

Perceba-se que inexistiu qualquer alteração no conteúdo do enunciado normativo que prevê a ampla defesa e o contraditório. Na realidade, trata-se de princípios abertos que, por mais que textualmente exprimam deveres, estão submetidos à disciplina por meio da legislação infraconstitucional. Aliás, E. Böckenforde expressamente sustenta que inexistente mudança de significado ao se aplicar conceitos indeterminados que integram a norma jurídica (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 186-187).

No caso, fez-se presente a interpretação evolutiva, pois os efeitos da norma constitucional foram modificados por meio de supostas alterações fáticas e, em especial, legislativas, que justificariam o reconhecimento da não recepção do dispositivo infraconstitucional discutido. Alterou-se a compreensão da norma constitucional enquanto parâmetro de aferição de constitucionalidade, sem que, efetivamente, exista modificação de seu conteúdo por meio da criação de uma norma constitucional em sentido substancial. Ao interpretar o princípio do contraditório e da ampla defesa, o julgador considerou a evolução da legislação infraconstitucional, em especial a superveniência da reforma do CPP, o qual prevê o interrogatório como último ato da instrução, e concluiu que a norma legal castrense que era constitucional deixou de sê-lo.

Inexiste, portanto, mudança informal. Isso não significa, todavia, que a interpretação proposta e que restou vencedora é tecnicamente correta. Há que se concordar com os votos minoritários (HC nº 127.900/AM, p. 16), que reconhecem que tal solução desconsidera a discricionariedade do Poder Legislativo, ingressando erroneamente em seu espaço de

conformação. Por exprimir um dever-ser *prima facie*, a concretização inicial do princípio constitucional estaria a cargo do Poder Legislativo.

Em sentido análogo, na Rcl nº 4.374/PE (tópico 3.3.6) o ministro-relator Gilmar Mendes aduz que o art. 203, inc. V, da CF teria sofrido um processo de mutação constitucional que justificaria o reconhecimento da inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (Rcl nº 4.374/PE, p. 38-45). Este disciplina a incapacidade econômica, requisito para concessão do benefício assistencial. Prevê que “[...] considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”. Já o primeiro estabelece a “[...] garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Segundo a maioria, acordou-se que o dispositivo infraconstitucional não tutela, de forma adequada, o direito ao benefício assistencial, pois impõe critério rígido para a aferição da incapacidade econômica, qual seja, a identificação da renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo, o que estaria em descompasso com a atual realidade socioeconômica brasileira e com a evolução da disciplina de outros benefícios assistenciais garantidos pela legislação infraconstitucional. Ao disciplinar o direito, portanto, o legislador teria violado o princípio da vedação da proteção insuficiente¹⁷⁸ (Rcl nº 4.374/PE, p. 1-3). Os ministros que acompanharam o relator nada mencionaram sobre a configuração da mudança informal. Anote-se que o precedente anteriormente firmado reconheceu a constitucionalidade do dispositivo, porém aduziu que a incapacidade econômica admitiria outros meios de prova.

Novamente, extrai-se dos argumentos uma interpretação que considera as alterações fáticas e legislativas que mudaram a compreensão dos efeitos da norma constitucional, a qual não implica, todavia, na alteração do seu conteúdo. Ao se concluir que o direito não foi efetivamente tutelado pelo Poder Legislativo, modifica-se seus efeitos como parâmetro do controle de constitucionalidade, inclusive por meio do recurso à vedação à proteção insuficiente (princípio constitucional implícito), e supera-se a jurisprudência anterior, porém não se altera o significado da norma constitucional. Aliás, o próprio ministro Gilmar Mendes reconhece que, se à época em que firmado o precedente já existissem as atuais técnicas de

¹⁷⁸A vedação à proteção insuficiente consistiria no aspecto negativo do princípio da proporcionalidade, pelo qual o legislador estaria vinculado a disciplinar um determinado bem jurídico de modo a resguardá-lo de forma adequada (SARLET, 2004, p. 107).

controle de constitucionalidade, provavelmente já se teria reconhecido a inconstitucionalidade naquela oportunidade. Inexiste, na espécie, primícia de mudança informal.

Uma vez mais, a despeito da não alteração do significado do enunciado normativo, é possível verificar que a corte voltou a ingressar no espaço de conformação próprio do Poder Legislativo. Isso porque a norma constitucional expressa uma hipótese de reserva legal simples, pela qual a Constituição indica que o exercício do direito será feito “na forma da lei” ou “nos termos da lei”, permitindo que o legislador comum “introduza limitações, restringindo a área de proteção” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 147).

No caso, sequer se vislumbra restrição, mas sim mera disciplina. De fato, o precedente superado (ADI nº1.232-1/DF) demonstra-se muito mais adequado e deferente às opções do Parlamento, pois se nega a reconhecer a inconstitucionalidade da lei, porém admite que a incapacidade econômica seja provada por outros meios. Inverteu-se, portanto, o pressuposto pelo qual há que se preservar a constitucionalidade das leis, com fundamento no vago princípio da vedação da proteção insuficiente, que decorreria do princípio implícito da proporcionalidade¹⁷⁹ (LEAL, 2017, p. 116-117).

Por fim, também não se observa a superveniência de mudança informal na interpretação efetuada no bojo da ADI nº 4764/AC (tópico 4.3.12). O ministro Luís Roberto Barroso sustentou que as normas das Constituições Estaduais que preveem o juízo de admissibilidade a ser exercido pela Assembleia Legislativa, nos processos criminais, seriam inconstitucionais, em razão da alteração do parâmetro para aferição da constitucionalidade. No caso, haveria uma alteração no significado do princípio republicano, previsto como princípio constitucional sensível no art. 34, inc. VII, alínea a, da Constituição Federal, em razão de mudanças na realidade político-social (ADI nº 4764/AC, p. 51-55). A maioria dos ministros, incluindo aqueles que também mencionam a superveniência do fenômeno, votaram no mesmo sentido do ministro Barroso (ADI nº 4764/AC, p. 1-3).

A despeito das tentativas empreendidas no sentido de distinguir, na hipótese, a mutação das interpretações evolutiva e construtiva, na prática, não há modificação do significado do preceito constitucional, não se altera constitutivamente o princípio republicano, revelando-se um critério político de decisão inovador. De fato, o que se faz é utilizar o princípio como ferramenta para se concluir que a norma prevista no art. 51, inc. I, da CF não se qualifica como norma de reprodução obrigatória.

¹⁷⁹Dimitri Dimoulis alerta para o uso incorreto do dever de proporcionalidade pelos autores e juízes brasileiros, o qual fora importado de forma acrítica, em descompasso com a dogmática dos direitos fundamentais, que acaba reduzindo o “critério da proporcionalidade à condição de mero instrumento (retórico) do antigo e sempre questionado método da interpretação teleológica objetiva” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 177).

Ao contrário dos dois casos anteriores, o Supremo não parece ter empregado técnicas interpretativas inconsistentes. Inexiste, na hipótese, princípio constitucional ou norma que veicule reserva legal a ser conformada pelo juízo. Interpreta-se o disposto no art. 51, inc. I, da CF de forma sistemática, em consonância com o princípio republicano e as normas de competência da federação. Altera-se, na realidade, a qualidade da norma veiculada neste dispositivo, que passa a ser compreendida como de reprodução proibida. Além do mais, os ministros se desincumbiram do ônus de apontar as mudanças fáticas que levam a essa nova leitura, em especial a impunidade ao se bloquear os processos por crime comum contra os governadores.

4.2.3 Mutações inconstitucionais e o ativismo da corte

As decisões proferidas pelo STF nos MS nº 26.602-3/DF, nº 26.603-1/DF e nº 26.604-0/DF representam primícias de mutação inconstitucional que, ao fim e ao cabo, foram endossadas pela jurisprudência da corte e aceitas, se não de forma ampla, ao menos parcialmente pela doutrina constitucional brasileira. Fato é que a jurisprudência se consolidou e a mudança informal se tornou fato consumado,¹⁸⁰ na medida em que, nascendo inconstitucional, cristalizou-se, pois no transcurso de mais de 10 (dez) anos, confrontada com oposição de parte da comunidade política, jurídica e acadêmica, não foi abandonada por parte da Justiça Constitucional (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 74). O entendimento firmado, finalmente, foi constitucionalizado por meio da Emenda Constitucional nº 91, promulgada em 18 de fevereiro de 2016, que em seu artigo primeiro prevê que “É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato [...]”.

Nestes casos, o STF criou uma hipótese de perda de mandato eletivo dos parlamentares eleitos pelo sistema proporcional, não prevista no rol veiculado nos incisos do art. 55 da Carta Magna, à margem do poder de reforma. Ao ratificar as decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), firmou entendimento no sentido de que, ao menos em regra, o

¹⁸⁰ Carlos Blanco de Moraes ressalta que “a ausência de reação e o decurso do tempo podem vir a consolidar a mudança como uma alteração tacitamente aceita que se passa a conver em algo definitivo, mesmo em cenários em que uma alteração do sentido da Constituição contrarie o compromisso constituinte, distorça o programa normativo revelador do sentido objetivo de certas disposições da Lei Fundamental ou, então, surja aditivamente *ex nihilo*, sem qualquer fidelidade ao texto, a partir do ‘ambiente normativo’ ou princípios ‘neutros’ ou implícitos” (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 74).

desligamento voluntário do partido, por parte do deputado eleito pelo sistema proporcional, implica na perda de seu mandato (MS nº 26.602-3, p. 1-2).¹⁸¹

Conforme já exposto anteriormente, a conclusão da maioria se fundou na seguinte premissa: seria necessário interpretar o art. 55 da CF de forma sistemática, em consonância com a fidelidade partidária, prevista no art. 17, § 1º, da CF, e do princípio da representação proporcional. A vaga conquistada pelo sistema proporcional pertenceria, portanto, ao partido. Ante a necessária adequação, conclui-se que não se trataria de típica hipótese de perda de mandato, pois essa presume a presença de ato ilícito, mas sim de simples extinção do mandato eletivo, vez que o desligamento configura ato lícito (MS nº 26.602-3, p. 234).

Tal argumento, todavia, não se sustenta. O princípio da representação proporcional se apresenta como diretriz pela qual se dá o preenchimento de cargos legislativos em atenção aos números de cargos e a votação obtida pelos partidos. No mesmo sentido, a regra da fidelidade partidária impõe o dever de observar o estatuto do partido, conforme disciplinado por esse. Nessa senda, não é permitido concluir que tais princípios, por si só, justificam a criação judicial de uma nova hipótese de perda do mandato eletivo.

Eles operam, na prática, como pretexto argumentativo para se conferir ao Poder Judiciário a prerrogativa de criar normas jurídicas que extrapolam sua discricionariedade. Na realidade, tais princípios demandam densificação por parte do Poder Legislativo e sequer estão definidos, de forma clara, no texto constitucional.

Aliás, a interpretação fundada na principiologia constitucional foi defendida por vários ministros, sendo que alguns deles chegaram a propor, expressamente, a superação do “estrito” positivismo, aderindo ao ideário pós-positivista ao adotar premissas propugnadas pelo neoconstitucionalismo. Carlos Britto aduz, nesse sentido, que “o pós-positivismo, mais do que afirmar o caráter normativo dos princípios, atesta que eles são supernormas, as normas mais importantes do direito positivo”, sendo que, ante tal pressuposto, “é possível extrair deles as normas de que os operadores do Direito precisam para solucionar controvérsias” (MS nº 26.602-3, p. 105). Já o ministro Menezes Direito sustenta que, ao interpretar o direito positivo, a corte não fica subordinada ao argumento de direito constitucional estrito, sob pena de ofuscar a perspectiva contemporânea do sistema de valores e princípios (MS nº 26.602-3, p. 46-47).

Em sentido análogo, ao propor a interpretação aberta da Constituição, com fundamento em Peter Häberle, Gilmar Mendes sustenta a existência de um direito dos

¹⁸¹ As referências mencionam apenas o MS nº 26.602-3, vez que a linha argumentativa adotada pelos ministros nos três mandados de segurança é a mesma.

partidos às vagas conquistadas, de acordo com as regras do sistema proporcional, que se funda em “um direito não expressamente consignado no texto constitucional, mas decorrente do regime de democracia representativa e partidária adotado pela Constituição” (MS nº 26.602-3, p. 196). Percebe-se, portanto, que elevam os princípios constitucionais à categoria de supernormas, desconsiderando a regra veiculada no art. 55 da CF e a discricionariedade intrínseca à função legislativa.

A afirmação de que seria caso de mera “extinção” também não convence. Fato é que, historicamente, o desligamento do partido sempre foi aferido como uma hipótese de perda do mandato, tanto que assim prevista no art. 152, § 5º, da Constituição de 1967/69. Ora, o texto constitucional anterior impunha a perda como consequência, portanto, da prática de ato lícito, o que denota a irrelevância de se aferir a efetiva ilicitude da conduta. Os efeitos da perda e da suposta “extinção” serão os mesmos.¹⁸² É nesse sentido que Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que o entendimento firmado pela corte esbarra em três argumentos:

O primeiro, que a Constituição não enuncia o abandono do partido como causa de perda do mandato. E, quanto aos parlamentares federais, ela trata da perda do mandato de modo minudente no art. 55. Outro – que alimenta o critério interpretativo histórico – é que, sob o regime militar, se previu a perda do mandato por “infidelidade partidária” – exclusivamente para os membros do Legislativo, nunca para os chefes do Executivo – e isto fora intensamente criticado na elaboração da Constituição em vigor. Indiscutivelmente, a intenção do legislador constitucional foi a de proscrever essa causa de perda de mandato. O terceiro ponto está no texto do art. 17, § 1º da Lei Magna, o único que se refere a “disciplina e fidelidade partidária”. Este dispositivo, todavia, expressa a “autonomia” dos partidos “para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento”, etc., “devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”. Assim, entendia-se que disciplina e fidelidade partidárias seriam questões *interna corporis* (FERREIRA FILHO, 2013).

O que se fez foi contrapor a regra que prevê as hipóteses de perda de mandato aos princípios constitucionais vagos e não densificados, criando-se norma constitucional primária à revelia da manifestação do Poder Constituinte Derivado, cujo exercício compete ao Poder Legislativo. Desrespeitou-se o núcleo funcional típico de outro Poder, o que implica em clara manifestação do ativismo judicial do STF. Neste mesmo sentido, Elival da Silva Ramos assevera que:

¹⁸² Anote-se que o próprio STF, logo após a promulgação da Constituição, firmou entendimento, que prevaleceu até o julgamento dos MS analisados, no sentido de que “[...] Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes [...]” (MS nº 20.927-5/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 11.10.1989, DJ, 15.04.1994).

A perda de mandato não apenas por desfiliação do partido de origem, mas também por expulsão em casos de infidelidade partidária, deve ser item obrigatório de uma agenda consistente de reforma política, mas não pode prescindir da intervenção do Poder Constituinte de revisão, a quem compete disciplinar as hipóteses de perda de mandato e do legislador ordinário, a quem cabe regular as competências decisórias e o procedimento aplicável (RAMOS, 2010, p. 254).

Tratar-se-ia de uma das hipóteses de mutação inconstitucional, conforme classificação de Carlos Blanco de Moraes, pois envolve “a criação, fora de qualquer consenso jurídico, sobre a matéria, de critérios primários de decisão política, gerados a partir de princípios ‘neutros’, sem objeto definido” (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 100).

Não se nega, neste caso, a existência de efetiva mutação, a despeito de o ministro Gilmar Mendes equipará-la, em seu voto, à interpretação evolutiva (MS nº 26.602-3, p. 200). Isso porque o precedente se consolidou e criou norma em sentido substancial, inovando politicamente ao alterar a compreensão sobre o art. 55 da Constituição Federal. Qualifica-se, lado outro, como inconstitucional, pois desrespeita a divisão de competências inerentes à separação de poderes, ao criar norma disciplinadora de conduta com fundamento em princípios vagos e sem que haja qualquer conformidade com o disposto na regra constitucional alterada (dispositivo supramencionado). A mudança informal impura foi aceita pela comunidade jurídica, implicou em fato consumado e, inclusive, levou à constitucionalização da infidelidade partidária como hipótese de perda/extinção do mandato, por meio da promulgação da Emenda Constitucional nº 91.

Vislumbra-se uma segunda primícia de mutação inconstitucional na decisão da corte que equipara os prazos da licença-adotante ao da licença-gestante, com fundamento na suposta mudança informal do art. 7, inc. XVII, da CF (tópico 3.3.10). Novamente, por mais que o ministro-relator se limite a afirmar que essa ocorre quando há uma revisão da jurisprudência, em razão de alterações no plano fático ou na compreensão de um determinado fenômeno (RE nº 778.889/PE, p. 65), fato é que se fizeram presentes seus elementos.

A despeito das menções à mudança informal constar apenas nos votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, definiu-se, na esteira do voto proferido pelo primeiro, que o termo “licença-gestante”, previsto no mencionado dispositivo, deve ser substituído pelo termo “licença-maternidade”, estendendo-se o prazo de 120 (cento e vinte dias) também às mães adotantes (RE nº 778.889/PE, p. 65). Nessa senda, seriam inconstitucionais todos os dispositivos infraconstitucionais que estabelecem distinções entre os prazos, sob pena de violar tal cláusula, assim como o princípio da igualdade entre os filhos (RE nº 778.889/PE, p. 2).

Visando sustentar sua conclusão, o ministro-relator Luís Roberto Barroso apresenta uma série de alterações no direito positivo infraconstitucional e na jurisprudência das instâncias ordinárias, a justificar a superação do precedente firmado no RE nº 197.807/RS, pelo qual se admitia a previsão de prazos distintos às licenças gestante e adotante na legislação infraconstitucional.¹⁸³ Nessa senda, os princípios da igualdade entre os filhos e a autonomia das mulheres justificariam uma nova leitura do dispositivo constitucional (RE nº 778.889/PE, p. 32-40).

Ao referendar a superveniência da mutação, Luiz Fux defende a proposta neoconstitucional, asseverando que “No neoconstitucionalismo, a interpretação e a aplicação do Direito Infraconstitucional fazem-se sob a lente da Constituição, para utilizar uma expressão tão querida do Professor e Ministro Luís Roberto Barroso” (RE nº 778.889/PE, p. 58).

A despeito da relevância do tema e da premente necessidade de se igualar os direitos da genitora e da adotante, conforme bem pontuado pelo ministro-relator, o Supremo Tribunal Federal criou uma norma constitucional à revelia do Poder Constituinte, extrapolando-se os limites do texto normativo. Ao se propor a substituição do termo “licença-gestante” por “licença-maternidade”, restou violado o núcleo da norma, pois gestação e maternidade não se equiparam. A primeira se configura como pressuposto fático para o reconhecimento do direito previsto pelo Poder Constituinte e não pode ser alterado pela via judicial. Observe-se que não há interpretação possível do dispositivo que se permita extrair do termo “gestante” o termo “maternidade”. Aliás, a licença-gestante também tem como escopo a proteção do nascituro, figura inexistente na hipótese de incidência da licença-adotante.¹⁸⁴

No mais, caberia ao Poder Legislativo, valendo-se de sua discricionariedade legislativa, conformar as normas constitucionais e prever os prazos adequados, considerando inclusive os princípios e a evolução mencionada pelo ministro Roberto Barroso. Não se justifica a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos que preveem distintos prazos, vez que atuam dentro do seu devido espaço de conformação. O Parlamento deverá considerar as peculiaridades da adoção e os princípios constitucionais mencionados na decisão e, em razão deles, tutelar adequadamente o direito da mãe adotante e do filho adotado. Não se pode

¹⁸³ Confira a ementa do julgado: “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria” (RE nº 197.807. Relator: min. Octavio Gallotti, j. 30 maio 2000, DJ, 18 ago. 2000).

¹⁸⁴ Nesse sentido o voto do ministro Marco Aurélio, que relembra que “[...] se formos à Carta Federal, veremos que versa licença à gestante. Pressupõe o texto constitucional a gestação e, portanto, dupla proteção: à mulher que engravida, que se tornará parturiente, e também ao rebento, que acabará nascendo” (RE nº 778.889/PE, p. 63).

afirmar, todavia, que o enunciado normativo do art. 7º, inc. XVIII, da CF prevê o direito à licença adotante com a duração de 120 dias.

Nos dois próximos casos, ao contrário dos dois primeiros, a maioria dos ministros evitou a formação de primícias de mudanças informais impuras, vez que aqueles que as sustentavam restaram vencidos.

O caso mais emblemático refere-se à suposta mutação constitucional do art. 52, inc. X, da CF, pelo qual se procurou emprestar ao Senado Federal o papel de mero porta-voz das decisões tomadas pelo STF no sistema de controle de constitucionalidade difuso e concreto (Rcl nº 4.335/AC, tópico 3.3.7). Nessa reclamação houve um amplo debate sobre os elementos que caracterizam o fenômeno e sobre sua superveniência no caso concreto, o que gerou ampla discussão doutrinária.

O voto do ministro Gilmar Mendes sustenta que a doutrina e a jurisprudência, no decorrer dos anos, reconfiguraram o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Isso em decorrência das sucessivas alterações constitucionais e legais que aprimoraram os mecanismos de controle abstrato e concentrado, assim como das seguidas decisões da corte que emprestaram às decisões proferidas em sede de controle difuso e concreto efeitos vinculantes e *ultra partes*. No mais, a norma que prevê a competência do Senado teria se tornado obsoleta, inclusive ante a inércia da casa legislativa, sendo que sua manutenção se justificaria apenas por razões históricas, ante a nova configuração do princípio da separação de poderes. Tais pressupostos levariam à necessidade de se promover uma interpretação evolutiva a fim de adequar o dispositivo à nova realidade (Rcl nº 4.335/AC, p. 36-52).

Conforme já exposto, o ministro Eros Grau, apesar de apresentar um conceito distinto de mutação, ratifica os fundamentos do ministro-relator (Rcl nº 4.335/AC, p. 73-82). Em sentido contrário e negando o advento do fenômeno, todavia, votaram os ministros Sepúlveda Pertence (Rcl nº 4.335/AC, p. 94-96), Joaquim Barbosa (p. 97-102), Ricardo Lewandowski (p. 119-129), Luís Roberto Barroso (p. 182-187), Rosa Weber (p. 188) e Marco Aurélio (p. 189-190).

A proposta de mutação claramente cria uma norma constitucional em sentido material ao estender os efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões do Supremo proferidas em sede de controle difuso, independente da intervenção do Senado Federal. Para tanto, altera o significado do enunciado previsto no art. 52, inc. X, da CF, atribuindo às resoluções do último apenas o efeito de publicização das decisões prolatadas. Estaríamos, portanto, diante de uma primícia de mutação, considerando que seria a primeira decisão que, por meio da interpretação, conferiria esse novo significado ao texto constitucional.

Trata-se, contudo, de primícia de mudança informal impura. Ao assim proceder, os dois ministros desconsideram, por completo, o impacto dos fatos, e constroem uma norma que não possui respaldo seja no texto constitucional, seja na prática institucional do Senado Federal. Isto, pois, conforme amplamente apontado nos votos majoritários, desde a promulgação da Constituição de 1988, diversas resoluções foram editadas com a finalidade de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pela corte, argumento que sequer constrangeu o ministro-relator.¹⁸⁵ Inexiste hipótese de desuso constitucional, prática que poderia ensejar a alteração informal. Nessa perspectiva, ao mapear as resoluções do Senado e comunicações do STF fundadas no dispositivo objeto da celeuma, entre os anos de 1989 e 2009, Carlos Victor Nascimento dos Santos consigna que:

[...] das 136 comunicações feitas ao Senado pelo STF, conforme demonstrado anteriormente, em 95 delas o Senado expediu resolução suspendendo a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo plenário do STF, o que equivale a aproximadamente 70% das comunicações feitas [...] (SANTOS, 2015, p. 109).

No mais, a interpretação desconsidera o enunciado normativo, pois o núcleo da competência é o verbo “suspender”. Ao alterá-lo, Gilmar Mendes e Eros Grau simplesmente infirmam o poder atribuído constitucionalmente, pelo Poder Constituinte Originário, a um dos Poderes do Estado, ampliando o seu próprio. Trata-se de patente determinação autorreferencial de competência.¹⁸⁶

Se por um lado a separação de poderes efetivamente se alterou no decorrer da história constitucional brasileira, é fato que seu desenho se dá por meio da divisão de poderes estabelecida pelo texto constitucional. A conclusão dos dois ministros supracitados, nessa esteira, ao suprimir uma competência da casa legislativa, afronta o desenho proposto pela Assembleia Constituinte e ingressa, claramente, no núcleo da função típica do Poder Legislativo. Trata-se, portanto, de entendimento ativista pelo qual o Supremo amplia seus próprios poderes. Tais inconsistências levam Clara da Mota Santos Pimenta Alves a concluir que:

¹⁸⁵ Joaquim Barbosa (Rcl nº 4.335/AC, p. 100) menciona a existência de mais de 100 dispositivos cuja execução foi suspensa por meio de resoluções do Senado, no ano de 2007, ao passo que Ricardo Lewandowski (Rcl nº 4.335/AC, p. 119) assevera que 53 ofícios encaminhados pelo STF foram pautados para deliberação e, se o caso, promulgação de resoluções a fim de suspender os efeitos dos dispositivos declarados inconstitucionais, entre os anos de 2007 e 2010.

¹⁸⁶ Dimitri Dimoulis ensina que “Nos sistemas jurídicos modernos, todas as competências das autoridades estatais e os direitos dos indivíduos são definidos de forma relacional mediante normas jurídicas, não cabendo ao titular decidir de forma autorreferencial sobre os limites de seu direito ou competência, nem a um terceiro traçar limites de acordo com sua vontade” (DIMOULIS, 2018, p. 130).

A dificuldade em relação à mutação constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição de 1988 não está em se aceitar mudanças na Constituição. Por diversos enfoques teóricos, que vão da leitura positivista à construtivista, por exemplo, a proposta tem inconsistências que revelam a sua feição decisionista e centralizadora (ALVES, 2016, p. 104).

Assim, o que se observa é a existência de uma proposta de mutação constitucional que se busca impor. Não há uma análise séria dos seus elementos, em especial do efetivo exercício da competência pelo Senado. Gilmar Mendes faz a proposta valendo-se de sua já tradicional equiparação entre mudança informal e interpretação evolutiva, o que, ao menos a nível argumentativo, justificaria suas conclusões. Eros Grau, por outro lado, naturaliza a mutação inconstitucional, ao sugerir que esta não encontra limites e que, no caso, estariam realmente reescrevendo o próprio enunciado normativo, sem que isso represente qualquer problema.

Inegável, portanto, que tais argumentos sustentam mutação feita ao arrepio da tradição constitucional brasileira, que remonta à Constituição de 1934, e da vontade constituinte expressa (BLANCO DE MORAIS, 2013, p. 85), violando-se o estado de direito e a separação de poderes e, como consequência, ampliando-se os poderes da própria corte. Ao menos tal mudança foi bloqueada, ante a oposição da maioria dos ministros. Julgou-se procedente a reclamação, mas não com fundamento na suposta alteração informal do dispositivo informal, e sim em razão do advento da Súmula Vinculante nº 26, que prevê a possibilidade de progressão de regime em execução pela prática de crimes hediondos.¹⁸⁷

Na ADPF nº 46/DF (tópico 3.3.4) também houve uma tentativa isolada de se impor uma mutação da Constituição, reconfigurando-se a distribuição e a natureza das competências materiais dos Poderes, estabelecidas pelo texto constitucional. O ministro Marco Aurélio sugere uma interpretação sistemática e atualizadora da competência material prevista no art. 21, inc. X, da Constituição Federal, o qual prevê que compete à União “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional” (ADPF nº 46/DF, p. 20-30).

Tal dispositivo deveria ser compatibilizado com os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência, do livre exercício de qualquer trabalho e do livre exercício de qualquer atividade econômica, o que ampliaria a força normativa da Constituição. Ressalta que o

¹⁸⁷ A ementa do acórdão está redigida da seguinte forma: “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.” A despeito da menção, na ementa, ao efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade, fato é que a maioria dos ministros rechaçou, conforme demonstrado, a suposta mutação. O fundamento comum nos votos daqueles que julgaram procedente a reclamação, e não apenas concederam *habeas corpus* de ofício, é a superveniência da Súmula Vinculante nº 26.

entendimento professado se justifica pelas alterações na legislação infraconstitucional, pelas vantagens advindas do processo de privatizações e pelo atual cenário da prestação do serviço postal no Brasil. Em conclusão, afirma que, por tal leitura, o último poderia ser objeto de concorrência, não se submetendo mais ao regime de monopólio da Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) (ADPF nº 46/DF, p. 30-46).

A maioria votou em sentido diverso, reafirmando o monopólio da União na manutenção do serviço postal e promovendo a interpretação conforme do art. 42 da Lei 6.578/78. Os ministros que acolheram parcialmente a arguição, contudo, não aderiram à tese do ministro Marco Aurélio, único a julgar procedente, na íntegra, a ação (ADPF nº 46/DF, p. 1-2).

A interpretação proposta pelo ministro-relator efetivamente cria uma norma substancial, inovando politicamente ao admitir o regime de concorrência na prestação do serviço postal e correio aéreo. No entanto, desconsidera o enunciado normativo e a própria interpretação sistemática além de, com fundamento em princípios constitucionais inaplicáveis ao tema, alterar a natureza de uma competência que seria exclusiva da União e que não poderia ser objeto sequer de concessão.

Primeiro, o ministro desconsidera o termo “manter”, previsto no dispositivo, pelo qual se infere que cabe à União e a sua empresa pública, ECT, não apenas explorar a atividade, mas sim assegurar a existência do serviço. Ainda, a despeito da propalada interpretação sistemática, ignora a distinção entre serviços públicos¹⁸⁸ e atividade econômica em sentido estrito.¹⁸⁹

O art. 21 da CF prevê a competência material privativa da União e apresenta hipóteses de serviços públicos a serem por ela exercidos. Dentre essas, há aqueles que podem ser objeto de concessão, permissão e delegação, nos termos da legislação pertinente, as quais, em regra, estão previstas no art. 21, inc. XII, da CF. Observe-se que, quando submetido ao regime de concessões, permissões e delegações, o texto constitucional apresenta a devida autorização, não sendo o caso do serviço postal e do correio aéreo.

¹⁸⁸ De acordo com Marcello Caetano (1973, p. 16): “Chamamos de serviço público o modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida”. Em sentido análogo, José dos Santos Carvalho Filho conceitua serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 329).

¹⁸⁹ Conforme ressalta José Carvalho dos Santos Filho (2014, p. 333-334): “as atividades econômicas tipicamente privadas são destinadas, em princípio, às empresas privadas, como assinala o art. 170, parágrafo único, da CF, que consagra o princípio da livre iniciativa. Contudo, por exceção, podem ser exercidas pelo Estado (art. 173, caput, da CF) e por empresas públicas e sociedades de economia mista, antes de sua administração indireta (art. 173, § 1º, da CF)”.

Ainda sobre a inconsistência da interpretação sistemática, buscou-se a aplicação de princípios que se referem ao exercício da atividade econômica em sentido estrito, à revelia do tratamento dado pela Constituição ao serviço postal, claramente disciplinado, até topologicamente, como serviço público. Trata-se dos princípios gerais previstos no art. 170 da Constituição Federal, os quais regulam, inclusive, a atividade econômica prestada exclusivamente pelo Estado, por meio de regime de monopólio, conforme se extrai do art. 177 do diploma constitucional.

Ao final, portanto, a mutação pretendida alteraria substancialmente a disciplina constitucional, em detrimento da opção constituinte, por estender a prática de um serviço público, alterando sua natureza, à iniciativa privada, sem a devida intervenção do Poder Constituinte e do Poder Legislativo. Não se desconhece a complexidade do tema, que, inclusive, levou às mais distintas conclusões no decorrer do julgamento da arguição. Todavia, resta claro que o ministro-relator, sob a justificativa de promover interpretação atualizadora e sistemática, atuou de forma dogmaticamente infundada e desconsiderou a disciplina textual, topológica e sistemática do serviço público em questão, operação que se revelou “ilógica em face do disposto no texto constitucional e de sua sistemática” (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 100).

4.2.4 Primícias de mutação constitucional e a dificuldade de sua consolidação

É possível identificar, dentre os acórdãos analisados, apenas três hipóteses de primícias de mudanças informais puras, as quais são extraídas das linhas argumentativas empregadas nos votos, e não da simples análise das ementas. Duas delas referem-se à mudança do significado da regra da presunção de não culpabilidade, veiculada no art. 5º, inc. LVII, da CF, o qual prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por mais que a doutrina costumeiramente se refira à norma decorrente desse enunciado normativo como sendo um princípio, na realidade, ela possui a natureza de regra, porquanto veicula norma descritiva com pretensão de decidibilidade.¹⁹⁰ Mesmo que se adote a distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy, reconhece-se que estamos diante de um mandado de definição.¹⁹¹ Define, destarte, um dever definitivo, o qual, a depender dos fatos subjacentes, aplica-se ou não.

¹⁹⁰ Conforme já explicitado, adota-se, na presente pesquisa, a distinção entre regras e princípios formulada por Humberto Ávila (2013, p. 85).

¹⁹¹ Robert Alexy assevera que os princípios são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”, ao passo que as regras são

Fato é que desde a Constituição Federal de 1988, ao se interpretar mencionado dispositivo, concluía-se que o dever-ser por ele consubstanciado era compatível com a execução provisória da pena. O acusado poderia ser preso, antes do trânsito em julgado, mesmo sem ser considerado culpado (HC nº 69.964/RJ, HC nº 72.610/MG, HC nº 72.366/SP etc.). Tal entendimento também era professado pela doutrina, que aferia a compatibilidade da regra constitucional com as prisões em razão da pronúncia e das sentenças condenatórias sem trânsito em julgado, previstas na legislação infraconstitucional (MORAES, 2003, p. 210). Relembre-se que o CPP previa, em seu art. 594, que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”.¹⁹²

No ano de 2009, todavia, o plenário da corte modificou sua jurisprudência no HC nº 84.078/MG, posição confirmada no RHC 93.172/SP (tópico 3.3.3), e criou norma jurídica em sentido material que não pode ser extraída diretamente do texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal passou a entender que a expressão “ninguém será considerado culpado” deve ser lida, também, como “ninguém poderá ser preso”, salvo, por óbvio, as hipóteses de prisão cautelar (RHC nº 93.172/SP). Promoveu-se, portanto, alteração constitutiva do significado preexistente atribuído à mesma disposição constitucional.

Observe-se que a nova interpretação “revelou um critério político de decisão não suscetível de ser reconduzido à vontade do legislador” (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 74). Não é possível concluir que a vontade do legislador constitucional, à época da constituinte, era vedar a execução provisória, equiparando-se os termos “culpa” e “prisão”, pelo que se extrai a inovação e a relevância política do novo significado emprestado ao enunciado.¹⁹³ Se não é possível extrair alterações no plano da realidade a justificar a revisão do julgado,

“normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra é vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2012, p. 90-91).

¹⁹² O STF firmara entendimento no sentido de que “O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” é obstáculo, apenas, a que se lance o nome do réu no rol dos culpados, enquanto não estiver definitivamente condenado, mas não à prisão imediata após o julgamento do recurso ordinário, como previsto no art. 637 do Código de Processo Penal” (HC nº 71.401-3/MS, rel. Min. Sydney Sanches, DJ. 27 out. 1995).

¹⁹³ Conforme já exposto, a doutrina e a jurisprudência, à época, entendiam que a regra constitucional era compatível com as hipóteses legais de prisão antes do trânsito em julgado. No mais, pelo que se extrai dos Anais da Constituinte, p. 1118, não há menção à vedação à prisão antes do trânsito em julgado, ao se debater o dispositivo veiculado no art. 5º, inc. LVII, da CF. Nesse sentido, confira o link: disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2018. Aliás, o art. 43, § 1º, do Anteprojeto previa que “Presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa”. O Deputado constituinte José Inácio Ferreira apresentou emenda, modificando-se a redação para “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal alteração teria ocorrido, na hipótese, com o intuito de ampliar a proteção da presunção para processos outros que não o criminal, nada refletindo sobre eventual execução provisória da pena.

identifica-se a alteração da cultura jurídica e política, o que imprimiu a reconfiguração do sentido originário da norma constitucional (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 75).

Na hipótese, ao imprimir novo significado ao dispositivo, não é possível aduzir que a Corte extrapolou os limites intrínsecos ao texto constitucional. Se é plausível afirmar que a expressão “ninguém será preso” não pode ser extraída da premissa “ninguém será considerado culpado”, há que se reconhecer que tampouco a contrária. Não há completa identificação, mas há um mínimo de conformidade, apresentando-se, portanto, como interpretação que não desconsidera o teor literal do texto.

Portanto, a par da definição de mutação apresentada pelo ministro Gilmar Mendes no RHC nº 93.172/SP, único a mencionar o fenômeno, equiparando mutação a um instituto a ser operacionalizado pela corte (RHC nº 93.172, p. 37 e ss.), inegável concluir que se criou uma nova norma jurídica, no processo de concretização, que alterou significativamente o sentido do enunciado normativo e que implicou na brusca superação dos precedentes firmados anteriormente.

A modificação inovadora do significado da regra da presunção de não culpabilidade tornou a se perfazer no ano de 2016, no bojo da decisão colegiada proferida no HC nº 126.292/SP. Nesta, o ministro-relator Luís Roberto Barroso procurou demonstrar, detidamente, que alterações no âmbito da realidade e na consciência da sociedade justificariam a formulação de nova conclusão sobre o conteúdo do disposto no art. 5º, inc. LVII, da CF (HC nº 126.292/SP, p. 31 e ss.). Ao final, a maioria dos julgadores, por mais que não tenham mencionado a alteração informal, concordaram com as premissas do relator (HC nº 126.292/SP, p. 1-2).

De fato, inegável que novamente criou-se uma norma constitucional, em sentido material. Isso porque durante mais de dez anos o STF adotou o entendimento de que o enunciado normativo vedava a execução da pena antes do trânsito em julgado, o que impactou, sobremaneira, o sistema de justiça criminal brasileiro. Observe-se que o parâmetro para se aferir a mudança, no caso, deixa de ser apenas o expresso teor da norma, e passa a ser o significado que vinha sendo atribuído a ela no decorrer de uma década. A corte que professava o entendimento, durante anos, de que a norma constitucional vedava o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, passou a admiti-la.

Viável afirmar, então, que ao alterar o significado vigente do enunciado, imprimido pelo próprio Supremo, criou-se uma norma, com conteúdo politicamente inovador, à margem da manifestação do poder de revisão. Novamente, não é razoável aduzir que tal entendimento extrapola os limites da interpretação gramatical ou que afronta o núcleo identitário da

Constituição Federal.¹⁹⁴ Teria a corte, portanto, atuado dentro de seu regular poder discricionário.

Ao contrário das decisões que fixou o precedente anterior, a justificativa da mudança empregada pelo ministro Barroso, e corroborada pelos demais ministros, funda-se no efeito deletério das alterações fáticas decorrentes do entendimento predominante, que teriam, de certa forma, degenerado o sistema de justiça criminal. Conforme já exposto, o ministro apresenta seu impacto no sistema recursal, no advento de prescrições da pena, etc, o que teria intensificado, sobremaneira, a inefetividade da persecução criminal e da própria pena¹⁹⁵ (HC nº 126.292/SP, p. 35-38).

Em ambos os casos, assim, estamos diante de primícias de mudanças informais puras. Indaga-se, nada obstante, se teria ocorrido a efetiva mutação constitucional do dispositivo, considerando a inconstância da jurisprudência. Já se assinalou que sua identificação demanda prática reiterada e consenso jurídico. É nessa esteira que Carlos Blanco de Moraes assevera que ela:

[...] carece de um tempo de maturação e aceitação (regra tácita, por falta de oposição), bem como de uma reiteração de decisões que se orientem para esse desiderato transformador de moda a potencializar uma consolidação dessa mudança de sentido no poder político, nos tribunais e na doutrina (BLANCO DE MORAIS, 2016, p. 67).

Se por um lado não é possível estipular nem um tempo razoável, nem um nível de consenso jurídico para se reconhecer a consolidação das primícias, por outro, é viável excluir a existência do processo quando as alterações na jurisprudência são constantes e inexistente consenso mínimo sobre seus fundamentos. No caso, a primeira alteração perdurou por dez anos, consolidando-se por esse período ao menos na jurisprudência da corte. Seria, na hipótese, possível falar em processo de mutação constitucional. Este, contudo, foi interrompido pelo advento do novo entendimento que, de forma alguma, conforme demonstrado, goza de consenso, seja no próprio STF, seja na comunidade jurídica. Todo esse cenário demonstra como é difícil, ante a inconstância da jurisprudência da corte, consolidarem-se verdadeiras mudanças informais no texto constitucional.

¹⁹⁴ Apesar de o ministro Roberto Barroso afirmar que a norma prevista no art. 5º, inc. XVII, da CF qualifica-se como um princípio, isso não leva à conclusão de que a interpretação culminou na subversão da literalidade do texto. Isso porque seria admissível, por exemplo, sem recorrer à sua suposta natureza principiológica e à ponderação, defender que a vedação à execução da pena antes do trânsito em julgado não está englobada pelo núcleo na regra.

¹⁹⁵ Ver exposição realizada no tópico “3.3.8 – HC 126.292/SP”.

Uma terceira primícia de mutação constitucional na jurisprudência da corte decorre do julgamento proferido no RE nº 637.485/RJ, o qual confirmou a decisão do Tribunal Superior Eleitoral prolatada no Recurso Especial Eleitoral nº 32.507. Ao interpretar o art. 14, § 5º, da CF, firmou-se a tese de que a “a proibição da segunda reeleição é absoluta e torna inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso” (ADI nº 4764/AC, p. 2). O dispositivo constitucional, introduzido no texto pela EC nº 16/97, prevê que “O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente”.

O Supremo entendia, no decorrer da vigência da Constituição de 1967/1969, que o detentor do cargo de chefe do poder executivo poderia concorrer a outro cargo, inclusive de mesma natureza (RE nº 100.825). A irreelegibilidade prevista no art. 151, § 1º, alínea a, da mencionada Constituição limitava-se, portanto, ao mesmo cargo. Esse entendimento foi mantido pelo STF e pelo TSE no decorrer da vigência da Constituição de 1988. Consentâneo com o mesmo, com o advento da EC nº 16/97, o TSE manteve seu entendimento, asseverando que a vedação à segunda reeleição se restringiria ao mesmo cargo. Por fim, no ano de 2008, decidiu em sentido diverso e estendeu a limitação aos cargos de mesma natureza (REE nº 32.507).

Eis que, na esteira do precedente firmado no TSE, a suprema corte alterou, de forma substancial, o significado da disposição constitucional e inovou politicamente ao criar uma norma em sentido substancial. Extraía-se do texto, por meio de interpretação gramatical, que a vedação à segunda reeleição era apenas para o mesmo cargo. Após a nova interpretação, passou-se a compreender que o enunciado normativo, interpretado de forma sistemática, em especial ante o princípio republicano, implica em norma jurídica que veda a segunda reeleição para cargos de mesma natureza, mesmo que pertencentes a outros entes federativos. Uma vez mais, a inovação pode ser aferida, pois, pelo teor gramatical do texto constitucional, há um critério de decisão política que não pode ser reconduzido à vontade do legislador.

No mais, conforme aventado por parte dos ministros, identificou-se uma série de abusos perpetrados no decorrer do período em que tanto o STF quanto o TSE professavam o entendimento de que a vedação seria apenas para o mesmo cargo (ADI nº 4764/AC, p. 76). Houve uma série de prefeitos que, visando manter seu poder político local, ao término do segundo mandato, mudava seu domicílio eleitoral para o município vizinho, a fim de ser possível ingressar no pleito eleitoral. Surgiu a figura do “prefeito itinerante”. A alteração do

significado, destarte, não se fundou apenas em interpretação sistemática, mas também na superveniência de um novo quadro fático a justificar o novo entendimento.

Discute-se, por fim, se tal entendimento contrapõe-se aos limites da norma e se é juridicamente adequado. O ministro Marco Aurélio votou em sentido divergente e pontuou que, ao vingar a nova interpretação, estar-se-ia criando uma cláusula de inelegibilidade não prevista no texto constitucional (ADI nº 4764/AC, p. 123-124). Não parece ser essa, entretanto, a conclusão mais adequada. Conforme exposto pela maioria dos ministros, a nova interpretação encontra respaldo mínimo no texto do dispositivo e se ancora no princípio republicano e nas normas que regem o pleito eleitoral, em especial as que resguardam a igualdade no pleito, sem desconsiderar, ainda, os efeitos deletérios decorrentes do entendimento anterior e apresentados no decorrer dos votos. Não haveria a criação de condição de inexigibilidade, *ex nihilo*, cerceando-se direito à cidadania.

A viragem jurisprudencial no TSE deu-se no ano de 2008, ao passo que a nova decisão do STF data do ano de 2012. Desde então, o precedente firmado vem sendo reiterado, consolidando-se, inclusive, na comunidade jurídica. Possível afirmar, portanto, que estamos diante de um processo de mutação constitucional.

4.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UM FENÔMENO ATÍPICO

Pelo que se colhe da análise empreendida, conclui-se que a mudança informal pura é um fenômeno atípico. A superação de precedentes consolidados, a interpretação que considera a força dos fatos, a alteração dos efeitos da norma constitucional etc., por si sós, não geram mutações no texto constitucional. Por outro lado, quando o STF efetivamente inova ao atribuir um novo significado ao enunciado, rompendo com o anterior, o faz, em alguns casos, extrapolando os limites do último ou violando o princípio da separação dos poderes.

Nessa senda, responde-se à indagação realizada no início do capítulo. Parte das referências feitas ao fenômeno pelo STF não pode ser qualificada como efetivas mutações, vez que não preenchem seus elementos constitutivos, considerando o conceito-parâmetro utilizado na pesquisa. Há, todavia, uma falsa impressão de que as alterações informais estariam se proliferando na jurisprudência da corte, em razão da banalização de seu uso conceitual e da adoção de premissas teóricas equivocadas, pelas quais as primeiras são confundidas com institutos/instrumentos interpretativos.

O problema é que, em parte dos casos em que o STF efetivamente inova ao atribuir novo significado ao enunciado normativo, ela tem demonstrado a tendência de extrapolar os

limites de sua discricionariedade judicial, muitas vezes levando-a a declarar a inconstitucionalidade de leis em ofensiva à discricionariedade legislativa.¹⁹⁶ Como ela se irroga o poder de apresentar a resposta definitiva sobre o significado da Constituição, torna-se cada vez mais difícil limitar seu poder interpretativo, evitando-se a delimitação autorreferecial de competência e a sua consequente expansão institucional.¹⁹⁷

Como o objeto da presente pesquisa é o uso da mutação no discurso dos ministros, a análise dos casos limitou-se àqueles em que há expressa menção ao fenômeno, valendo-se dos critérios de pesquisa propostos. Presume-se, todavia, que alterações informais se perfazem mesmo que a elas não haja menção expressa, pois as referências conceituais nada dizem sobre a configuração dos elementos. Esta dependerá, sempre, da análise do caso concreto, motivo pelo qual o estudo de todas as hipóteses de mutação na jurisprudência da corte se torna impraticável. Há hipóteses, todavia, em que há consenso sobre a superveniência da mutação, mesmo que haja discordância sobre sua constitucionalidade. Como exemplo, cite-se a decisão proferida na ADI nº 4.277/DF, a qual passou a admitir a união estável homoafetiva, vedando-se a discriminação, para fins de sua constituição, em razão do gênero e do sexo.

O Supremo modificou informalmente o texto constitucional ao revelar norma de natureza inovadora e que não deflui diretamente do texto constitucional. Isso porque, mesmo ante a dispersão dos fundamentos, o voto do ministro-relator Carlos Ayres Britto foi encampado, senão em sua totalidade, ao menos nos pontos fulcrais. Decidiu-se que a união homoafetiva deve ser reconhecida como família, em razão de uma série de princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa, da igualdade e da liberdade. Nessa esteira, ao prever a união entre homem e mulher, o art. 226, § 3º, da CF teria como intuito apenas “não perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas”. A limitação, portanto, não leva à exclusão da união homoafetiva, mas tem como escopo apenas tutelar as mulheres, reafirmando a igualdade de gêneros. No mais, por toda a disciplina sistemática constitucional, o sexo não seria um fator de *discriminem* suficiente a justificar o tratamento distinto. Assim,

¹⁹⁶ Nessa esteira, reconhece-se que “as mudanças destacam uma faceta do controle de constitucionalidade que não foi prevista pelos seus articuladores originais, nem é muitas vezes devidamente enfatizada pelos juristas. O controle de constitucionalidade, concebido para guardar a Constituição, pode mudar e muda a Constituição (FERREIRA FILHO, 2013).

¹⁹⁷ Apenas a título ilustrativo, considerando que o objeto do presente estudo são as decisões que expressamente mencionam o fenômeno, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2013) observa a superveniência de mudanças informais impuras nos casos em que (i) reconheceu-se a união estável homoafetiva (ii) a corte expandiu sua própria competência, colmatando diretamente omissões legislativas, (iii) editaram-se de normas gerais em sede de controle concreto de constitucionalidade e (iv) abusou-se de súmulas vinculantes, além das hipóteses já analisadas sobre a (v) criação de nova hipótese de perda do mandato e (vi) o papel do Senado no sistema de controle de constitucionalidade.

promoveu-se a interpretação conforme a Constituição do disposto no art. 1.723 do Código Civil, reconhecendo-se a união homoafetiva como família (ADI nº 4.277/DF, p. 1-5).

Percebe-se, portanto, que se formulou norma não prevista no texto constitucional, ao se estender a união estável a pessoas do mesmo sexo, considerando o teor do disposto no art. 226, § 3º, da CF. Anote-se que este prevê que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Além disso, conforme ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2013), por meio de interpretação histórica chega-se à indiscutível conclusão de que o objetivo do constituinte era exatamente excluir a união estável entre pessoas do mesmo sexo. No decorrer da fundamentação, os ministros apresentaram uma série de mudanças na realidade social e na concepção da comunidade jurídica que justificariam a nova interpretação. Fato é que a interpretação foi reafirmada pela corte em outros julgados, tendo sido adotada pelas instâncias ordinárias e aceita pela comunidade jurídica, consolidando-se a mudança.

Há divergências, nada obstante, sobre a constitucionalidade de tal mudança. Gilmar Mendes, por exemplo, defende que a técnica interpretativa foi empreendida de forma adequada, vez que considerou os diversos princípios constitucionais envolvidos, além de refletir que, ante a presença de direitos fundamentais, resta vedada a interpretação restritiva. Além disso, o reconhecimento à união estável teria sido corretamente apreendido como um direito das minorias, a ser reconhecido em face do Estado (MENDES, 2016, p. 208-213).

Em sentido contrário, Carlos Blanco de Moraes vislumbra uma mudança constitucional impura. Isso porque, de acordo com o constitucionalista português, os ministros derogaram uma norma constitucional (art. 226, § 3º, CF) com fundamento em princípios livremente interpretados, em razão do conflito entre regras e princípios, optaram por estes, em patente afronta à hierarquia e especialidade entre as normas, pelas quais prevalece “a norma especial ou menos extensa, sobre a norma mais extensa ou mais indeterminada” (BLANCO DE MORAIS, 2013, p. 84).¹⁹⁸

¹⁹⁸ Apesar da qualidade dos argumentos dogmáticos apresentados por Carlos Blanco de Moraes e da complexidade do tema, não se vislumbra inconstitucionalidade na mutação. Não é possível aduzir que a corte desconsiderou o disposto no art. 223, § 3º, da CF. Os ministros levaram em conta o teor literal do dispositivo e, de forma suficiente, argumentaram de forma a emprestar ao mesmo interpretação sistemática que não violou as possibilidades semânticas da regra. Por ser uma norma que, pela redação (não pela intenção original do Constituinte), visa reconhecer o direito à união em face do Estado, é admissível concluir que, considerando as demais normas a serem interpretadas em conjunto e a ausência de fator de *discriminem* constitucionalmente justificado a admitir o tratamento desigual, ela não veda outras uniões que não a heteroafetiva. A linguagem empregada no enunciado não vedaria, assim, as uniões homoafetivas. Reconhece-se, todavia, deficiências na

Fato é que a identificação da superveniência e da adequação do processo de mutação constitucional pela via jurisdicional dependerá, sempre, do exame detalhado do caso. É apenas por meio da análise dos argumentos veiculados pelos julgadores, do enunciado normativo e dos fatos a ele subjacentes, da aceitação do resultado interpretativo pela comunidade jurídica etc. que será possível afirmar se estamos, ou não, diante de uma alteração informal pura da Constituição. No mais, ante a dispersão de fundamentos, a identificação depende das linhas argumentativas presentes nos votos, e não da simples análise dos acórdãos.

Seu uso como recurso argumentativo, por outro lado, nada esclarece sobre a sua real configuração. Aliás, conforme demonstrado, parece ser exatamente o contrário. Na maioria das vezes em que se menciona o fenômeno, faz-se referência a métodos de interpretação ou institutos que não devem ser com ele confundidos. Como a mutação constitucional é um fenômeno a ser constatado, a postura dogmática correta seria, no decorrer do processo decisório, identificá-lo ou não. Lançar mão do conceito a fim de justificar a decisão, usando-o como instrumento a ser operacionalizado, como um instituto, fomenta a irracionalidade desse processo e certamente contribuirá para a prática ativista da corte.

Há, assim, uma banalização do conceito. Até o ano de 2005, inexistia qualquer referência ao termo nas decisões colegiadas do Supremo, o que não impediu a superveniência de mudanças informais no decorrer de nossa história constitucional.¹⁹⁹ Os reiterados votos que recorrem ao fenômeno buscam, na realidade, legitimar a nova proposta interpretativa, diminuindo-se o ônus do intérprete de demonstrar a correção técnica dos pressupostos da decisão.

Pelos resultados angariados, percebe-se que a prática ativista se faz presente, portanto, não apenas quando os ministros extrapolam os limites textuais ou afrontam o núcleo identitário da Constituição, operando mudanças impuras, mas também quando recorrem ao fenômeno como argumento retórico e estratégico a fim de esconder a baixa racionalidade do processo interpretativo proposto, muitas vezes infundado.

Ao se valer do mencionado uso estratégico ou ao criar efetivas primícias de mudanças inconstitucionais, o que prepondera são menções vagas a princípios constitucionais, sobreposição de princípios a regras, em detrimento da especialidade, recurso à interpretação

argumentação apresentada pela corte, em especial o recurso à interpretação conforme a Constituição (MORAIS, 2016, p. 80).

¹⁹⁹ Anna Cândida da Cunha Ferraz sustenta que a primeira hipótese de mudança informal pela via jurisdicional em nosso ordenamento decorreu da extensão dada ao *habeas corpus*, como remédio constitucional, no decorrer da vigência da Constituição da República de 1891, admitindo-se sua aplicação como forma a tutelar direitos outros que não o de locomoção. (FERRAZ, 2015, p. 138).

teleológica e consequencialista, em prejuízo da interpretação gramatical-sistemática etc. Predomina, portanto, o ativismo-pragmático, fundado no ideário neoconstitucional, em afronta ao estado de direito e à racionalidade dogmática.

A análise jurisprudencial, sem embargo, nos demonstra que, ao menos quando os ministros dissitem sobre os elementos e sobre a superveniência das mutações, há maior probabilidade de se bloquear aquelas que se qualificam como inconstitucionais. É o que ocorreu no âmbito da Rcl 4.335/AC. Quando os julgadores consideram e enfrentam os argumentos de seus pares, ratificando ou contestando os elementos do fenômeno, impõe-se maior racionalidade ao processo decisório. Tal prática, lamentavelmente, é a exceção. Conforme assevera Ivan A. Hartmann e Daniel Chada, cada vez mais as decisões do Tribunal se aproximam de “ditaduras individuais e isoladas, com poder de, cada uma a seu tempo e em meio a dezenas ou milhares de decisões no mesmo dia, reverter escolhas dos poderes tradicionalmente representativos” (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 189).

Em um cenário em que o STF goza de um amplo poder decisório, reconhece-se, na esteira de Diego Werneck Arguelhes (2017, p. 103), que “há poucos recursos na democracia brasileira para corrigir seus eventuais erros”,²⁰⁰ sendo que, na prática, o respeito aos limites da discricionariedade judicial tem dependido da própria autocontenção dos membros da corte, cada vez mais rara. Cabe à doutrina constitucional, ante este quadro, apontar as inconsistências nos usos e técnicas dogmáticas empregadas e indicar quando o Tribunal extrapola os limites de seu poder discricionário. Essa foi a contribuição que se buscou com a presente análise qualitativa.

²⁰⁰ É nesse sentido que Manoel Gonçalves Ferreira Filho reconhece que “Não é exagero salientar que, na atualidade, mormente brasileira, a Corte constitucional assumiu um papel de super-poder constituinte. Ela pode mudar a Constituição, como entenda deva esta ser. Pode identificar normas constitucionais não escritas e aplicá-las sem contestação possível. Pode aceitar ou rejeitar Emendas constitucionais se, na sua compreensão, desobedecerem as prescrições formais e materiais, a aí estão as cláusulas pétreas a serviço disto. Pode aceitar ou rejeitar as práticas do Legislativo ou do Executivo que, efetivamente, precisam de sua ‘sanção’ para vingar. Nisto se insinua o campo aberto pela ação declaratória de constitucionalidade, que põe o Supremo Tribunal Federal como uma terceira casa legislativa, pois reclama o seu concurso para estabelecer a legitimidade da norma legal e dar ao seu comando a imperatividade por meio de uma força vinculante” (FERREIRA FILHO, 2013).

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo a análise do emprego do conceito de mutação constitucional na jurisprudência do STF. Não existe caminho mais adequado, para tanto, que a análise jurisprudencial qualitativa criteriosa. O fenômeno estudado possui elementos constitutivos complexos, cuja superveniência é de difícil apreensão. As singelas conclusões da pesquisa, com a humilde pretensão de se tornarem contribuições, são expostas de forma didática, a seguir.

1. Mudanças Informais da Constituição

1.1 Foram apresentadas as distinções e as correlações existentes entre as mudanças formais da Constituição (reforma) e as mudanças informais da Constituição (mutação). A dosagem entre tais modalidades de alteração, essenciais para a adaptação do texto às novas demandas sociopolíticas, depende de uma série de arranjos institucionais e da história e da realidade constitucional de cada Estado. Se as modificações constitucionais, em certa medida, prejudicam a estabilidade constitucional, foi possível concluir que as formais ao menos garantem (i) a direta assimilação da alteração por parte da sociedade, (ii) a identificação dos atores e interesses envolvidos e (iii) o maior controle por parte de outros Poderes. Ainda, dentre os modelos de dosagem, percebeu-se que a Constituição Federal (CF) de 1988 qualifica-se como pragmática, pois possui, como traços, o baixo grau de rigidez, a especificidade e o detalhamento.

1.2 Dentre os atores que operam as mudanças informais, reconhece-se o protagonismo do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais ao promovê-las e validá-las, ao menos desde a criação de mecanismos de defesa da Constituição, em especial os sistemas de controle de constitucionalidade. Prevalecem, nessa esteira, as mutações pela via jurisdicional e interpretativa. Percebeu-se, todavia, que os Poderes do Estado competem, de forma velada, sobre a modelagem da Constituição, buscando sempre ampliar seu espaço institucional no desenho da separação de poderes.

1.3 A fim de permitir a maior assimilação do fenômeno no cenário constitucional brasileiro, foi apresentada a evolução da mudança informal nas tradições norte-americana e alemã. Foram nesses sistemas, representantes da *common law* e da *civil law*, respectivamente, que os teóricos buscaram compreender, inicialmente, a natureza e as peculiaridades das alterações que ocorrem à margem do texto constitucional.

1.4 Na tradição norte-americana não se constata a existência de um conceito dogmático de mutação. O fenômeno foi apreendido e amplamente discutido por meio da

noção de *living constitution*, e o debate limitou-se a aspectos descritivos, com especial atenção à questão da legitimidade para se promover mudanças informais na Constituição. As diversas correntes que analisam o conceito foram apresentadas. Há aquelas que sustentam a existência da *living constitution* e defendem a ampliação dos poderes interpretativos dos juízes. Outras, em sentido oposto, rechaçam tal ideia e propõem maior restrição à discricionariedade judicial e atenção ao texto constitucional, primordialmente à intenção original do constituinte. Por fim, demonstrou-se a existência de correntes intermediárias, que admitem a existência da “constituição viva”, porém sustentam a necessidade de se respeitar os limites textuais, por meio, inclusive, da função de controle exercida pelos precedentes firmados.

1.5 Ao contrário da tradição constitucional norte-americana, formulou-se na Alemanha um conceito dogmático de mutação constitucional, que foi desenvolvido e modificado no decorrer do século XX. A primeira etapa de compreensão do fenômeno foi marcada por um conceito amplo de mudança informal, formulado nas obras de Laband e Jellinek e influenciado pelas teorias formalistas predominantes à época, em um cenário em que os mecanismos de defesa da Constituição ainda eram incipientes e o Poder Legislativo assumia o protagonismo na promoção das alterações. Já na segunda etapa, datada do período entreguerras, influenciados pela apreensão da Constituição como um fenômeno dinâmico, autores como Heller, Smend e Hsu Dau-Lin passaram a identificar a mudança informal como elemento inerente ao próprio conceito de Constituição, e não mais como força fática contrária ao texto normativo. Inseriu-se o fenômeno, assim, no âmbito da Teoria da Constituição. Por fim, na terceira etapa, em especial nas obras de K. Hesse e Bockenförde, formulou-se um conceito estrito de mutação constitucional, pelo qual é ela compreendida como uma mudança no conteúdo da norma, sem a alteração de seu texto, criando-se uma significação diferente.

1.6 O estudo do fenômeno no Brasil tem como marco inicial a obra *Processos Informais de Mudança da Constituição* (2015), de Anna Cândida da Cunha Ferraz. Nessa senda, constatou-se que a doutrina constitucional brasileira adotou o conceito restrito de mutação e, após os trabalhos iniciais que introduziram o tema no ambiente acadêmico, multiplicaram-se estudos sobre o fenômeno, o que influenciou o uso do conceito por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) e seu protagonismo como ator das supostas alterações.

1.7 Ante os pressupostos teóricos apresentados, formulou-se um conceito de mutação constitucional, utilizado como parâmetro na análise jurisprudencial empreendida. Mudança informal seria fenômeno em que normas em sentido substancial de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder de revisão

constitucional, alteram o significado de disposições constitucionais vigentes ou desvitalizam a sua eficácia, sem violar o núcleo identitário da Constituição e guardando um mínimo de conformidade com o sentido oferecido pelo texto da disposição constitucional.

1.8 Valendo-se dos elementos caracterizadores do fenômeno, é factível concluir que este não se confunde com a interpretação constitucional nem com o exercício do Poder Constituinte. Isso porque a primeira se apresenta como um dos processos que pode levar à consolidação da mudança informal, um dos meios pelo qual ela opera. Já o segundo qualifica-se pelo poder ilimitado e fundado na legitimidade democrática, ao passo que a mutação é parcial, limitada pela letra da Constituição e carece de legitimidade democrática.

1.9 Demonstrou-se, por fim, que negar a existência de limites ao fenômeno implica em rejeitar o próprio conceito restrito de mudança informal. Há autores que propõem que todas as alterações exogenéticas não devem ser admitidas (parâmetro extremo), o que se mostra incompatível com o conceito dogmático adotado. A despeito da dificuldade teórica em se apontar os limites às alterações informais, elegeu-se o paradigma restrito, pelo qual se admite a inovação, contanto que haja correspondência com o núcleo semântico do enunciado normativo e com a identidade da Constituição. Não se admitem, destarte, mudanças que a descaracterizam.

2. Mudanças Informais pela via jurisdicional, Ativismo Judicial e Prática decisória do Supremo Tribunal Federal.

2.1 Ante a proliferação das menções à mutação constitucional pela via jurisprudencial na doutrina e no discurso dos ministros do STF, exsurge um quadro disfuncional, indicativo de que a lógica da relação inversamente proporcional entre reforma e mutação não se perfaz por algumas especificidades da prática constitucional brasileira. A simples constitucionalização de diversas matérias não explica o fato de, mais de doze anos após a promulgação do texto constitucional, o STF ter passado a incorporar, abruptamente, o fenômeno da mutação constitucional em seu discurso. Buscou-se trabalhar, nessa esteira, com as possíveis causas dessa mudança de cenário e desse protagonismo da corte. Procurou-se compreender a relação existente entre o ativismo judicial, a estrutura decisória e deliberativa da corte e as mudanças informais, angariando-se elementos teóricos que serviram de norte para a análise jurisprudencial realizada nos capítulos 3 e 4.

2.2 Após apresentar a evolução histórica do termo “ativismo” e explorar os elementos que o distingue de outros fenômenos, como a judicialização da política, apresentou-se um conceito estrito, a nortear a pesquisa jurisprudencial qualitativa. Consistiria, assim, no exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio

ordenamento. Demonstrou-se que a mudança informal impura pressupõe uma prática ativista, pois há a deformação da obra do Poder Constituinte, invadindo o espaço de conformação de outros Poderes.

2.3 Dentre os fatores propulsores do ativismo, reconhece-se o papel fulcral exercido pela teoria neoconstitucional brasileira. Por meio de pressupostos teóricos falhos, como o advento do pós-positivismo, a constitucionalização do direito, a preponderância dos princípios sobre as regras, a prevalência do Poder Judiciário etc., constatou-se que tal vertente teórica, além de não se sustentar dogmaticamente, veicula uma espécie de moralismo somado a pragmatismo e atenta contra o princípio democrático, a separação dos poderes e o estado de direito.

2.4 Foram expostas, assim, práticas ativistas do Supremo, pautando-se pelo critério qualitativo, que demonstram o protagonismo por ela exercido no cenário político brasileiro nas duas últimas décadas. O perfil passivo e deferente às escolhas políticas foi abandonado, incorporando-se pressupostos teóricos neoconstitucionais ao seu discurso.

2.5 Neste ponto, dessume-se a relevância da estrutura e da prática decisória da corte como fatores propulsores do ativismo e da incoerência ao se trabalhar com as supostas alterações informais. A ausência de respeito qualitativo aos precedentes, a dispersão de fundamentos nos votos e a baixa deliberação interna dificultam a identificação da decisão que constitui a primícia da mutação, interferem na consolidação das mudanças informais puras e prejudicam o controle das impuras, implicando em maior ativismo judicial.

2.6 Ao contrário do que ocorre na *common law*, no sistema da *civil law* o uso qualitativo dos precedentes, permeado pela comparação fática e pela identificação das linhas argumentativas, costuma limitar-se a casos mais relevantes e difíceis. O que se observa, na prática, é que prevalece o uso estratégico dos precedentes como forma de reforçar a correção da decisão tomada.

2.7 A estrutura das decisões colegiadas do STF, marcada pela dispersão de fundamentos adotados nos votos e pelo baixo desempenho deliberativo interno, dificultam a identificação das linhas argumentativas e o aprimoramento da decisão pela lógica da justificação, impactando diretamente sobre o controle argumentativo da corte.

3. Mudanças Informais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise descritiva.

3.1 Após a apresentação detalhada dos pressupostos metodológicos da análise jurisprudencial, foi formada a amostra de julgados, composta por 44 decisões interlocutórias e 29 acórdãos em que houve menção expressa ao fenômeno estudado. Tais decisões foram

expostas, de forma didática, extraindo-se a função exercida pelo conceito de mutação em cada uma delas.

3.2 Em um segundo momento, apresentou-se os elementos argumentativos das 17 decisões colegiadas em que o fenômeno é utilizado como um dos fundamentos decisórios. Por meio da análise casuística, é possível aferir qual o conceito de mutação proposto pelo ministro, se eles entendem que estão diante de uma hipótese de mudança informal pela via jurisdicional, se há deliberação sobre os pressupostos e sobre a efetiva superveniência do fenômeno etc. Essa análise descritiva viabilizou a análise crítica empreendida no capítulo seguinte.

4. Mudanças Informais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise crítica.

4.1 Empreendeu-se análise jurisprudencial crítica a fim de compreender como o STF trabalha com o conceito de mutação constitucional. Na primeira etapa, buscou-se aferir como os ministros apreendem o fenômeno, explicitando quais são as definições e os elementos que eles lhe atribuem. Já na segunda, por meio do estudo dos elementos das decisões, procurou-se comparar as hipóteses nas quais os ministros reconhecem que estão operando alterações informais com o conceito-parâmetro dogmático formulado no capítulo 1.

4.2 Justificou-se a necessidade de se buscar um conceito dogmático de mudança informal, a fim de testar a racionalidade e a coerência do uso discursivo dado ao fenômeno. A racionalidade dogmática impõe-se como norte, pois empresta maior objetividade e previsibilidade ao exercício da função jurisdicional e, por consequência, resguarda o estado de direito e o princípio da igualdade. Potencializa a função de controle a ser exercida pela corte, respeitando-se o material jurídico existente.

4.3 A racionalidade dogmática contrapõe-se à racionalidade instrumental, afeta a concepções moralistas e pragmáticas do direito, pela qual este se apresenta como instrumento a atingir finalidades e valores eleitos como essenciais pelo próprio intérprete, mesmo que, para tanto, o material jurídico existente deva ser desconsiderado. Ela se coaduna, de certa forma, com o uso conceitual estratégico, pelo qual definições jurídicas são utilizadas apenas como argumento para atingir determinados fins, e retórico, pelo qual os conceitos são empregados de forma ornamental, tornado o discurso mais atraente.

4.4 Se a busca por conceitos dogmáticos é essencial para o resguardo da função de controle a ser exercida pelo STF, o respeito às técnicas interpretativas também é primordial. Como a criação judicial do direito depende, em última instância, do processo interpretativo, a

observância de seus limites será dada pelo respeito a mencionadas técnicas. Necessário, destarte, um processo determinado por elementos normativos que vinculam o aplicador.

4.5 Neste ponto, demonstrou-se a necessidade de se atentar às disposições jurídicas em vigor e aos fatos reais que elas consideram decisivos (determinações primárias) em detrimento dos fatores políticos, morais e pessoais (determinações secundárias), priorizando-se os elementos diretamente referidos a normas por meio da interpretação gramatical e sistemática.

4.6 Identificou-se, em um primeiro momento, que inexistente um conceito definido de mutação constitucional na jurisprudência do STF. Por mais que os ministros formulem definições estritas, impera a completa incoerência conceitual. São apresentadas diversas definições, equiparando mutação constitucional a interpretação aberta, interpretação evolutiva, revisão da jurisprudência, alteração do enunciado normativo etc. Predomina a instrumentalização do preceito, naturalizando-o como instituto a ser operado pelo intérprete. No mais, em regra, os julgadores não dissentem sobre os elementos conceituais apresentados por seus pares.

4.7 Observou-se, pela análise do uso argumentativo, que o fenômeno exerce uma função retórica e instrumental nas decisões da corte, diminuindo-se o ônus de se demonstrar a adequação da decisão ao direito positivo ou aos precedentes do próprio órgão. Fato é que, em parte dos julgados, o argumento da mutação leva à declaração da inconstitucionalidade de leis ordinárias ou à sua completa desconsideração, com fundamento em modificações interpretativas de dispositivos constitucionais abertos e principiológicos. Ainda, por mais que os ministros não desconsiderem os precedentes, ao recorrerem ao fenômeno, como imposição da situação fática, deixam de considerar e de rebater, qualitativamente, os fundamentos veiculados no precedente firmado que se busca superar.

4.8 Por fim, foi possível notar o baixo nível de racionalidade jurídico-dogmática do Tribunal, ao trabalhar com o conceito, seja em razão da ausência de deliberação sobre a superveniência do fenômeno, seja em decorrência do desrespeito aos precedentes consolidados, quadro que dificulta a conclusão sobre a efetiva superveniência da alteração informal.

4.9 Em um segundo momento, por meio da análise dos elementos da decisão, foi possível comparar as hipóteses de mutação aventadas pelos ministros com o conceito dogmático formulado. Nessa senda, identificou-se que, na maioria dos casos, não estamos diante de efetivas mutações constitucionais. Por meio de categorias, verificou-se que, dos dezessete casos analisados, (i) em cinco houve apenas a revisão da jurisprudência

consolidada, (ii) em três empregou-se interpretação evolutiva que levou à superação do entendimento anterior e à declaração da inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais, (iii) em seis houve efetiva mudança informal, porém de natureza impura, vez que violou-se ou o núcleo identitário da Constituição, em especial a distribuição funcional de poderes, ou os limites do texto normativo e, ao final, (iv) em três foram criadas primícias de mutação constitucional, que, todavia, encontraram dificuldades para se consolidar, ante a estrutura e a prática decisória da corte.

4.10 Conclui-se, assim, que a mutação constitucional é um fenômeno atípico, vez que depende da superveniência de uma série de elementos, que não se perfazem comumente. É necessária a efetiva inovação política, por meio da criação de uma norma em sentido substancial que não decorre, diretamente, no enunciado normativo. No mais, demanda a maturação temporal, por meio da consolidação da alteração informal na jurisprudência e na comunidade jurídica em geral.

4.11 O que se observa, na práxis do Supremo, é a banalização do fenômeno, por meio de sua instrumentalização retórica e estratégica, a fim de justificar decisões que, muitas vezes, extrapolam os limites da discricionariedade judicial, uso este que, por si só, fomenta práticas ativistas. No mais, em parte dos casos que realmente configuram primícias de mutação, a corte extrapola os limites do texto ou ofende o núcleo identitário da Constituição, investindo contra o estado de direito e usurpando atribuições próprias do Poder Constituinte. Como inexistem mecanismos institucionais aptos a limitar o poder interpretativo do Tribunal e a bloquear as mudanças informais impuras, elas se consolidam como “fatos consumados”.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The Holmes Lectures: The Living Constitution. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=fss_papers>. Acesso em: 24 mai. 2017.
- ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. **Mutação constitucional na era do ativismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- AMAR, Akhil Reed. **America's unwritten Constitution**. New York: Basic Books, 2012. E-book.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 81-107.
- ARISTÓTELES. **A política**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2009.
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre “a ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, p. 1-19, 2009.
- _____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. E-book.
- BAMBINI, Luís Gustavo. O poder judiciário e seu protagonismo nas decisões políticas brasileiras. In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, p. 2013. p. 75-90.
- BANKOWSKI, Zenon et al. **Rationales for precedent**. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (Org(s)). **Interpreting precedents – a comparative study**. New York: Routledge, 2016. p. 479-500. E-book.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009a.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Revista de Direito do Estado**, v. 13, p. 71-91, 2009b.
- _____. A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-78.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 145-164.

BERGMAN, Mathew P. Dissent in the judicial process: discord in service of Harmony. **Denver University Law Review**, n. 79, p. 79- 92, 1991. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/denlr68&div=13&id=&page>>. Acesso em 4 jul. 2017.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics**. 2nd. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In: **Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**, n. 03, p. 55-90, 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. II.

BRANDO, Marcelo S; LEITE, Fábio C. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 48, p. 139-166, 2016. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Direito%2048%20-%20artigo%205.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BÖCKENFORDE. Ernst W. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BORK, Robert. H. **The tempting of america: the political seduction of the law**. New York: Touchstone, 1990. *E-book*.

BRENNAN. William J. In defense of dissents. **UC Hastings Archives and History**, v. 37, p. 427-438, 1985. Disponível em: <<http://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=tobriner>>. Acesso em 14 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 129, p. 25-43, 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Lisboa: Coimbra Editora, 1973. v. II.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARDUCCI, Michele. Limites à mutação constitucional: entre circulação dos argumentos e “moderação militante”. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 363-406.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALLO, Francesco. Lemni del mutamento costituzionale informale: glossario di riscontro bibliografico. **Diritto Pubblico Comparato ed Europeo**, v. IV, p. 1859-1878, 2009.

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. Models of constitutional change. In: CONTIADES, Xenophon (Org.). **Engineering constitutional change: a comparative perspective on Europe, Canada and the USA**. New York: Routledge, 2013. E-book.

DAHL, Robert. A. Tomada de decisão na democracia: a suprema corte como instituição nacional de tomada de decisão política. In: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Org.). **Jurisdição constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 463-483.

DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya G. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; e NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 459-469.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya G. Democraticidade ou juridicidade? Reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 197-223.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. E-book.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. E-book.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELÍDIO, Mariana Melo. Poder constituinte, legitimidade democrática e mutações constitucionais. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 333-362.

ESTEVES, João Lemos. O originalismo e as mutações informais: notas sinópticas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; MENDES, Gilmar Ferreira; (Org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 257-278.

FEFERBAUM, Marina. PALMA, Juliana Bonacorsi de; PINHEIRO, Victor Marcel (Coord.). Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: **Metodologia jurídica: um roteiro para trabalhos de conclusão de curso**. Série GV Law. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139-173. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/graduacao/998-cap-7-metodologia-juridica-1/file>>. Acesso em 19 abr. 2017.

FEREJOHN, John; PASQUALE, Pasquino. Constitutional courts as deliberative institutions: towards and institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojcich (Org.). **Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. Den Haag: Kluwer, 2004. p. 21-36. Disponível em: <https://is.muni.cz/el/1422/jaro2013/MVV2868K/um/FEREJOHN_PASQUINO_-_Constitutional_Courts_as_Deliberative_Institutions.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O Poder Constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Alteração e mudança da constituição: o caso brasileiro**. 2013. Disponível em: <http://profmgff.blogspot.com.br/2013/10/alteracao-e-mudanca-da-constituicao-o.html>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. Da validade e legitimidade das mutações constitucionais. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 327-332.

DAWN, Oliver; FUSARO, Carlo. **How constitutions change: a comparative study**. Portland: Hart Publishing, 2011. *E-book*.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2008. *E-book*.

GISBURG, Huth Bader. The hole of dissenting opinions. **Minnesota law review**, n. 95, p. 1-8, 2010. Disponível em: <http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/06/Ginsburg_MLR.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

HARTMANN, Ivar A.; CHADA, Daniel. A razão sem condições de qualidade. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 169-198.

- HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Studies**, v. 11, p. 71-108, 2004. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?q=The+political+origins+of+the+new+constitucionalism&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&as_vis=1>. Acesso em 2 jul. 2017.
- HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, p. 194-210, 2015.
- JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, p. 1441-1478, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em 5 jun. 2017.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- LABAND, Paul. **Le droit public de l'empire allemand**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900. Disponível em: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/bijus_doc_laband_empire_t1.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2017.
- LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de “a razão sem voto”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 108-139.
- LIERN, Göran Rollnert. La mutación constitucional, entre la interpretación e y la jurisdicción constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 101, p. 125-155, 2014. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/R0075/la%20mutacion.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2017.
- LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **Normas constitucionais não escritas**. São Paulo: Almedina, 2014. E-book.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- LOPEZ, Carlos Alberto. **Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana. Concepto, justificación y límites**. 2007. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidade Carlos III de Madrid, 2007. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/2534/tesis_lopez_cadena.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2018.
- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York: Routledge, 2016. E-book.

MACRÌ, Michele. Sintesi rappresentative dei mutamenti costituzionali informali. **Diritto Pubblico Comparato ed Europeo**, v. IV, p. 1911-1921, 2009.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINEMBOMJ, Gustavo. **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito as precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em 20 maio 2017.

MCBAIN, Howard Lee. **The living constitution**. New York: The Macmillan Company, 1927. Disponível em: <<https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.6952>>. Acesso em: 05 de jun. 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book.

MELO FILHO, Renato Soares. **O ativismo judicial em investida ao estado democrático**. 2013. 137 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana M. (Org.). **Jurisprudência constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53-74.

MENDES, Gilmar Ferreira . O papel do senado no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, n. 162, p. 149-168, 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>>. Acesso em 4 maio 2017.

_____. Limite entre interpretação e mutação: Análise sob a ótica da Jurisdição Constitucional brasileira. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175-256.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 2.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. São Paulo: Forense, 2005.

_____. Caducidade de normas constitucionais. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 279-292.

_____. Sobre o direito constitucional comparado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 243-260, abr/jun, 2006. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/09/revista9%20\(8\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/09/revista9%20(8).pdf)>. Acesso em 23 de julho de 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

_____. **Precedentes – Da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.

MORAES, Alexande de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição**. São Paulo: Método, 2009.

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

_____. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de (Org.). **Precedentes judiciais no NCPC**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 115-150.

PEDRA, Adriano Sant’Ana Pedra. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PEGORARO, Lucio. Revisões informais da Constituição. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 293-326.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional. **Revista DOXA**, n. 21, p. 339-353, 1998. Disponível em: <https://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2017.

POWERS, Stephen P.; ROTHMAN, Stanley. **The least dangerous branch: consequences of judicial activism**. Westport: Praeger, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RASKIN, Jamie B. **Overruling democracy: the supreme court vs. the american people**. London: Routledge, 2003. E-book.

RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation**. Oxford: Oxford University Press, 2009. E-book.

REHNQUIST, William. The notion of a Living Constitution. **Texas Law Review**, p. 693-706, 1976.

REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional: uma contribuição metodológica para a pesquisa de base em Direito. In: CONPEDI/UFSC (Org.). **Direito, Educação, ensino e metodologia jurídicos**. 1. ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014. v. 1. p. 70-90. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad801013f6b931f3>>. Acesso em: 20/06/2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

_____. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento. **STF e mutação constitucional**. Curitiba: Juruá, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**: federal courts and the law. New Jersey: Princeton University Press, 1997. *E-book*.

SCHAUER, Frederick. Deliberating about deliberation. **Michigan Law Review**, v. 90, p. 1359-1387, 1997. Acesso em: <https://www.jstor.org/stable/1289406?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em : 10 jul. 2017.

_____. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. *E-book*.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEGADO, Francisco Fernández. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 103-174.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011a.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. C. (Org.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011b. E-book.

_____. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, p. 557-584, 2013. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359/Deciding-without-deliberating>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 205-225, 2015. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo09n47.pdf>>. Acesso em 02 jul. 2017.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1985.

STRAUSS, David A. **The living constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. *E-book*.

SOUSA RIBEIRO, Joaquim. Mutações constitucionais: um conceito vazio? In: ANTUNES, Maria João; CAVALEIRA, Marta. **Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 601-613.

TAMANAH, Brian Z. Como uma visão instrumentalista do direito corrói o estado de direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25-64.

TARUFFO, Michele. La funzioni dele Corti Supreme tra uniformità e giustizia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 14, p. 438-449, 2014.

_____. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. New York: Routledge, 2016. P. p. 436-459. E-book.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: TATE, C. Neal; VALLIDER, Torbjörn (Org.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University, 1995. p. 27-38. *E-book*.

TEIXEIRA, Matheus. **STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena**. Revista Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

TRIBE, Laurence Henry. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 58, p. 105-135, 2000. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79672.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois. Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul.-dez. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/114.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

VERMEULE, Adrian. The atrophy of constitutional powers. **Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, n. 11, p. 1-19, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1736124>. Acesso em: 5 abr. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, n. 4, p. 441-464, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

VOJVODIC, Adriana. **Precedentes e argumentação no supremo tribunal federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. 269f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/publico/tese_Adriana_Vojvodic.pdf>. Acesso em 02 jul. 2017.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. The core of the case against judicial review. **Yale Law Review**, n. 115, p. 1348-1408, 2006. Disponível em: <https://cdrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.

WALTMAN, Jerold. **Principled judicial restraint: a case against activism**. New York: Palgrave Macmillan, 2015. E-book.

Legislação

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 24 mar. 2018.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília: Senado Federal, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 4 jul. 2018.

_____. Código de Processo Penal Militar. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Brasília: Senado Federal, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acesso em 12 jul. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 jul. 2018.

_____. Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978. Brasília: Senado Federal, 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 7 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 618763/MG**. Agravo de Instrumento. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 9 de nov. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%27%20%20PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=7&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 675691/BA**. Agravo em Recurso Extraordinário. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 15 fev. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%27%20%20PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=6&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 1012312/SP**. Agravo em Recurso Extraordinário. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 22 nov. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%27%20%20PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=4&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84078/MG**. Habeas Corpus. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 14/06/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 86009 QO/DF**. Questão de ordem em Habeas Corpus. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 27 de abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443460>. Acesso em 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 90450/MG**. Habeas Corpus. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 6 fev. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 91361/SP**. Habeas Corpus. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 6 fev. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 92297/MG**. Habeas Corpus. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 9 set. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%27%20%20PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=7&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 94695/RS**. Habeas Corpus. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 6 fev. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573759>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 96772/SP**. Habeas Corpus. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 20 ago. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601192>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 98893 MC/SP**. Medida Cautelar em Habeas Corpus. Relator: Min Celso de Mello. Brasília, 15 de jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%27%20%20PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=7&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 110237 MC/PA**. Medida Cautelar em Habeas Corpus. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 16 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%27%20%20PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=7&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 115549 MC/BA**. Medida Cautelar em Habeas Corpus. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%27%20%20PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=7&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126292/SP**. Habeas Corpus. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 127900/AM**. Habeas Corpus. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 3 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451173>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 129573/MG**. Habeas Corpus. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 2 set. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%27%20%20PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=6&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 144457/SP**. Habeas Corpus. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 5 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%27%20%20PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=5&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 26602/DF**. Mandado de Segurança. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 17 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 26603/DF**. Mandado de Segurança. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 26604/DF**. Mandado de Segurança. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 2 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 32326 MC/DF**. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 4 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%C7%20+PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=6&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 34518 MC/DF**. Medida Cautelar em Mandado de Segurança. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 25 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%C7%20+PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=5&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 3801/AC**. Reclamação. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%C7%20+PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=8&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 4335/AC**. Reclamação. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 4374/PE**. Reclamação. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 04 set. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 7336/SP**. Reclamação. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 3 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%C7%20+PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=7&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 28722/PA**. Reclamação. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 27 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%C7%20+PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=3&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 100825/PR**. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, 7 dez. 1984. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=193199>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 174161 EDv/DF**. Embargos de Divergência em Recurso Extraordinário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 19 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491218>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 450504 AgR/MG**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 2 fev. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402680>>. Acesso em: 2 maio 2018.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%C7%C3O+PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=7&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 602043/MT**. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 8 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13561998>>. Acesso em 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 612975/MT**. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 8 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13561815>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 637485/RJ**. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 maio 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 778.889/PE**. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, primeiro ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 940426/AM**. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 14 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%C7%C3O+PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=7&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 1024321/SC**. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 3 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MUTA%C7%C3O+PROX+CONSTITUCIONAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=5&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yat5tmem>>. Acesso em 2 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 93172/SP**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 5 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622572>>. Acesso em: 2 maio 2018.