

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANA RODRIGUES GOMES

MUTAÇÕES POR INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A PRÁTICA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE POSSIBILIDADES E LIMITES

Maceió
2022

MARIANA RODRIGUES GOMES

MUTAÇÕES POR INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A PRÁTICA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE POSSIBILIDADES E LIMITES

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell.

Maceió

2022

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

G633m Gomes, Mariana Rodrigues.
Mutações por interpretação constitucional e a prática do Supremo Tribunal Federal :
entre possibilidades e limites / Mariana Rodrigues Gomes. – 2022.
100 f.

Orientador: Andreas Joachim Krell.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade
de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 95-100.

1. Brasil. Constituição (1988). 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3.
Interpretação constitucional. 4. Mutação constitucional. I. Título.

CDU: 342.4(81)

RESUMO

A Constituição, lei fundamental do Estado em que se insere, possui características que lhes são próprias e que a distingue dos demais atos normativos. Essas distinções decorrem, em grande parte, da necessidade de que esse documento seja, ao mesmo tempo, estável e maleável, uma vez que as sociedades modernas estão em constante processo de evolução e que a Constituição e a realidade social se influenciam mutuamente. A complexidade e a fluidez das sociedades contemporâneas demandam, dessa maneira, que a Constituição possua mecanismos que lhe permitam fornecer as respostas necessárias às demandas reais do Estado e à sua constante evolução. Ao longo da história constitucional, identificou-se, paralelamente aos procedimentos de reforma formal da Constituição, a ocorrência das mutações constitucionais – processo de alteração informal da Constituição, sem a correlata modificação de seu texto normativo. Embora esse fenômeno tenha sido identificado inicialmente como decorrência da incidência e prevalência do plano fático sobre o jurídico, sem a garantia da supremacia constitucional, modernamente tem sido relacionado à interpretação constitucional. Sob esse enfoque, no cenário brasileiro, as mutações constitucionais passaram a ganhar cada vez mais destaque, notadamente a partir do fortalecimento da jurisdição constitucional e da ampliação dos poderes conferidos ao Supremo Tribunal Federal sob a vigência da Constituição de 1988. O amplo rol de poderes conferidos àquela Corte e as inúmeras matérias que lhes são postas à apreciação têm ensejado amplos debates sobre a ocorrência de mutações constitucionais. Todavia, a partir da análise das propostas de mutações constitucionais dos artigos 52, X e 57, §4º, da Constituição, no âmbito, respectivamente, da Reclamação 4335 e da ADI 6524, é possível verificar que, muitas vezes, a ocorrência de mutações constitucionais é suscitada como mero argumento retórico para justificar alterações interpretativas, sem que se demonstre a ocorrência de um processo informal de alteração da Constituição. Para além, muitas vezes, as mutações pretendidas se mostram inconstitucionais, sendo imperiosa a ampliação dos debates sobre os limites a que as mutações constitucionais devem estar sujeitas. Assim, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscou-se analisar as mutações constitucionais e seu reconhecimento pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da interpretação constitucional, buscando comparar o seu emprego com as bases de sua concepção inicial, bem como identificar as possíveis limitações aplicáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Interpretação constitucional. Mutações constitucionais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The constitution, as fundamental law of the State in which it is inserted, has its own characteristics that distinguish it from the other normative acts. These distinctions stem mostly from the need for this document to be, at the same time, stable and malleable, since modern societies are in a constant process of evolution and the constitution and social reality mutually influence each other. The complexity and flow of contemporary societies demand, in this way, that the constitution has mechanisms that allow it to provide the necessary answers to the real demands of the State and to its constant evolution. Throughout constitutional history, in parallel to the formal constitutional reform procedures, constitutional mutations - process of informal changes to the constitution, without the correlative modification of its normative text - have been identified. Although this phenomenon had been first identified as a consequence of the incidence and prevalence of the factual plane over the legal, without the guarantee of constitutional supremacy, it has been modernly related to the constitutional interpretation. From this point of view, in the Brazilian scenario, constitutional mutations have gained increasing prominence, especially since the strengthening of constitutional jurisdiction and the expansion of the powers given to the Supreme Court under the Constitution of 1988. The wide range of powers conferred to that Court and the countless matters that are put up for its consideration have brought wide-ranging discussions about the occurrence of constitutional mutations. However, based on the analysis of the proposals for constitutional mutation of the articles 52, X and 57, §4 of the Constitution, in the scope of the Complaint 4335 and the Direct Unconstitutionality Action 6524, respectively, it is possible to verify that, many times, the occurrence of constitutional mutations is raised as a simple rhetorical argument to justify interpretative changes, without demonstrating the occurrence of an informal process of alteration of the Constitution. Furthermore, the intended mutations often turn out to be unconstitutional, being imperative to the expansion of the discussions about the limits to which constitutional mutations should be subject. Thus, through bibliographical and jurisprudential researches, the aim was to analyze constitutional mutations and its recognition by the Judiciary, notably by the Federal Supreme Court, based on the constitutional interpretation, attempting to compare its use to the foundations of its initial conception, and also to identify possible limitations that may apply.

KEYWORDS: Constitution. Constitutional interpretation. Constitutional mutations. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	10
2.1. O texto, a linguagem e o Direito Constitucional	10
2.2. A interpretação da Constituição	14
2.3. A importância dos métodos para a interpretação constitucional	18
2.3.1. O método jurídico ou hermenêutico clássico – a importância dos elementos clássicos na interpretação da Constituição	19
2.3.2. Os métodos modernos de interpretação da Constituição.....	22
2.4 A concretização da Constituição	25
3. ORIGEM DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E RECEPÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO	30
3.1. Mutação constitucional e atualização das Constituições	30
3.2. Identificação e estudos originários sobre as mutações constitucionais.....	32
3.2.1. Laband e Jellinek: a origem do termo “mutação constitucional” no Império Alemão..	32
3.2.2. As contribuições de Hermann Heller e Rudolf Smend para o estudo das mutações constitucionais na República de Weimar.....	36
3.2.3. Hsü Dau-Lin e a sistematização das mutações constitucionais.....	40
3.2.4. Konrad Hesse – a mutação como mudança no interior da norma constitucional.....	43
3.3. A recepção das mutações constitucionais pelo Direito brasileiro	44
4. MUTAÇÕES POR INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL JUDICIAL E SUAS LIMITAÇÕES	51
4.1. Mutações constitucionais por interpretação constitucional	51
4.1.1. Mutação por interpretação constitucional orgânica.....	55
4.2. A Constituição de 1988 e o fortalecimento do STF e da jurisdição constitucional ..	61
4.3. O uso retórico das mutações pelo STF	67
4.3.1. O caso da mutação do art. 52, X, da CF – o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade	70
4.3.2. A mutação do art. 57, § 4º da CF e a reeleição para as Mesas do Congresso Nacional	75
4.4. A necessidade de limitação das mutações constitucionais no atual Estado Democrático de Direito	82
4.4.1. Direitos Fundamentais.....	83
4.4.2. As cláusulas pétreas.....	85

4.4.3. Os limites do texto constitucional	86
5. CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS	95

1. INTRODUÇÃO

Um texto constitucional carrega em si, de maneira natural, a pretensão de durabilidade. A lei fundamental de um Estado não comporta tratamentos desdenhosos de sua importância e de sua intenção de permanência – não se estabelece uma ordem constitucional sem que se intente constância e observância das suas disposições.

Apesar disso, assim como os demais atos normativos, não tem a aptidão para prever situações que ainda não se desdobraram, ou como se dará a evolução da sociedade e de seus valores. Tem-se, então, que apesar do escopo de estabilidade que lhe é inerente, a Constituição também precisa ser maleável para que acompanhe as transições sociais e históricas de seu povo.

Nesse cenário, paralelamente aos processos de reforma, previstos por diversos textos constitucionais, destacam-se as mutações da Constituição. Inicialmente apresentadas pela doutrina alemã como resultado da prevalência do plano fático sobre o jurídico, as mutações consistem em processos de alteração informal da Constituição, onde há mudança do sentido do texto normativo, da norma que dele é extraída, sem a correspondente alteração formal do documento constitucional.

Com a evolução do Direito e a identificação e aceitação da superioridade hierárquica da Constituição e a vinculação dos demais atos infraconstitucionais às suas disposições, operou-se um deslocamento da concepção das mutações para a seara da interpretação constitucional. Nesse momento, as mutações constitucionais somente podem ser legitimadas quando se estabeleçam dentro dos parâmetros normativos da Constituição. Não há espaço para aquelas que pretendam, ainda que indiretamente, a violação da Constituição.

No Brasil, as alterações promovidas pela e na vigência da Constituição de 1988 acarretaram a confluência de debates sobre a ocorrência de mutações perante o Supremo Tribunal Federal (STF). O tribunal, diante do acúmulo de funções e poderes que lhe foram outorgados pelos constituintes, detém o protagonismo sobre a interpretação da Constituição e, conseqüentemente, de análise da ocorrência dos processos de mutação da Constituição.

Utilizando o mecanismo de busca de jurisprudência do site eletrônico do STF, o termo “mutação constitucional” e o operador entre aspas, em setembro de 2022, são encontrados 50 acórdãos e 84 decisões monocráticas com menção, de qualquer tipo, à expressão. Desse

quantitativo, em estudo datado de 2019, verificavam-se 19 casos afirmativos de mutação constitucional¹.

Não obstante, se, por um lado, a possibilidade de alteração informal da Constituição por meio da interpretação possibilita a evolução do texto constitucional e sua adaptação às evoluções fáticas e jurídicas, sobretudo para a garantia dos direitos fundamentais, por outro, seu mau uso pode ocasionar severos danos ao sistema constitucional.

A hipótese, a ser confirmada ou não no transcorrer do trabalho, é a de que as mutações constitucionais, eventualmente, têm sido afirmadas de forma instrumental, como elemento retórico, para justificar pretensões de alterações do significado da Constituição que transbordam o texto constitucional e que não são comportadas pelo ordenamento jurídico.

Dessa maneira, o trabalho se propõe a analisar as mutações constitucionais decorrentes da interpretação constitucional judicial e o seu reconhecimento pelo Poder Judiciário, destacadamente pelo STF, buscando comparar o seu emprego no cenário brasileiro com a sua concepção inicial apresentada pela doutrina alemã, bem como ampliar a discussão sobre os limites a que estariam sujeitas na contemporaneidade.

Busca-se, assim, contribuir para a continuidade dos estudos sobre as mutações constitucionais, tema caro em um Estado Democrático de Direito, mas que, ao mesmo tempo, permanece envolto em dúvidas e se desdobra sem parâmetros precisos. Nesse processo, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, notadamente a revisão doutrinária sobre os temas, bem como a pesquisa jurisprudencial relativa aos casos selecionados.

O primeiro capítulo é destinado ao estudo da interpretação da Constituição, buscando analisar especificamente as particularidades do texto constitucional e a sua influência no processo interpretativo, a importância dos métodos de interpretação constitucional, com destaque à aplicabilidade dos métodos hermenêuticos clássicos e a evolução dos modernos métodos interpretativos. Neste item também são tecidas considerações sobre a aceção da interpretação constitucional como concretização, tomando como base notadamente as lições de Konrad Hesse e Friedrich Müller, além das contribuições doutrinárias de J. J. Gomes Canotilho e Adriano Sant'Ana Pedra sobre o assunto.

O segundo capítulo do trabalho é destinado à doutrina das mutações constitucionais, tendo como ponto de partida os estudos inaugurais da doutrina alemã (Paul Laband, Georg

¹AJOUZ, Igor. **Mutação constitucional**: parâmetros de diagnose. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019, p. 176.

Jellinek, Hermann Heller, Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin² e Konrad Hesse), e a sua recepção pelos juristas brasileiros.

No terceiro capítulo, é abordada a mutação constitucional forjada por meio da interpretação constitucional, com destaque à interpretação orgânica realizada pelo Poder Judiciário, bem como a evolução da jurisdição constitucional e dos poderes conferidos ao STF na história constitucional brasileira.

Em um segundo momento deste item, por sua grande repercussão social e política, são abordados os casos da mutação do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade e da possibilidade de reeleição dos membros das Mesas do Congresso Nacional, buscando analisar o uso das mutações pelo STF. Ao final são tecidas considerações sobre a necessidade de estabelecer balizas que orientem o intérprete no reconhecimento de mutações constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

² Jurista chinês, discípulo de Smend.

2. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Os processos de mutação da Constituição guardam intrínseca relação com o texto e a interpretação constitucionais. No atual estágio do constitucionalismo, ao tratar sobre as mutações constitucionais, não há como se admitir que os processos informais de alteração da Constituição decorram simplesmente das modificações políticas, sociais, econômicas e culturais ocorridas na realidade fática, em detrimento da normatividade constitucional.

Há, nesse estágio, a transposição do estudo das mutações para o âmbito da interpretação e da busca dos significados da Constituição, em que se destaca a atuação do STF. Fatores como as peculiaridades do texto constitucional e seus reflexos na atividade interpretativa, a aplicabilidade dos métodos de interpretação da Constituição e compreensão do processo de concretização constitucional se mostram indispensáveis para que a discussões sobre as mutações constitucionais se situem no âmbito jurídico.

2.1 O texto, a linguagem e o Direito Constitucional

A Constituição é um texto jurídico, uma vez que é formado por enunciados jurídicos, e é texto constitucional, por ser a “forma escrita como se representa a constituição”³. O texto jurídico, como um conceito hermenêutico e semiótico, é “substrato de sentido, é vida humana objetivada”, pois nele o espírito humano projeta seus valores jurídicos.⁴

O texto da Constituição precisa se valer da linguagem como forma de comunicação e, para que o documento constitucional se aproxime do seu povo, deve ser privilegiado o uso da linguagem comum, com o emprego dos usos e significados comuns da linguagem, recorrendo-se ao tecnicismo jurídico unicamente nos casos sinalizados pelo próprio texto constitucional⁵.

O uso da linguagem natural pelo Direito possibilita que as normas jurídicas sejam compreendidas pelo maior número possível de pessoas. Tais normas são compostas por palavras próprias da linguagem natural ou que podem ser definidas através delas, não sendo plausível o uso de uma linguagem que frustrasse a comunicação com a população em geral, da qual se espera a adoção de comportamentos em conformidade com as prescrições jurídicas. Haveria, nesse caso, o comprometimento da função social do Direito. Apesar de haver uma

³SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 768.

⁴*Ibidem*, p. 771.

⁵TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, versão digital, p. 257.

linguagem jurídica especializada, desenvolvida ao longo dos anos, com o uso de termos próprios, ainda assim a linguagem dos textos jurídicos tem basicamente as mesmas características que a linguagem natural.⁶

Todavia, ainda que a linguagem seja a ferramenta de comunicação mais rica e completa que existe entre os homens, nem sempre há o seu melhor funcionamento, havendo hipóteses em que a comunicação pode ser frustrada⁷. Essas frustrações, conseqüentemente, também atingem as normas jurídicas. Embora carreguem em si a pretensão do legislador de tratar de forma clara e definitiva sobre o seu objeto, isso nem sempre se cumpre⁸.

Os problemas na comunicação pretendida pelo texto podem decorrer das palavras e suas significações, da mensagem que buscam exprimir. As expressões utilizadas em um texto influem diretamente na forma como este será compreendido e, na prática cotidiana do Direito, os problemas relacionados às expressões do texto jurídico adquirem relevância⁹.

O texto constitucional, por veicular normas de conteúdo principiológico e esquemático, faz com que a linguagem utilizada possua maior grau de abertura e abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica¹⁰. Virgílio Afonso da Silva também destaca que os dispositivos que compõem a Constituição, sobretudo os que veiculam normas garantidoras de direitos, são extremamente concisos e, com poucas palavras, propõem-se a regular temas sobre os quais existem grandes divergências. Como conseqüência, a transformação do texto em razões de agir e decidir é complexa¹¹. Tais fatores somam-se ainda às imprecisões da linguagem natural e de suas expressões.

Destaca-se, primeiramente, o fato de que, na linguagem, não se costuma ter uma palavra específica para cada objeto, fato etc., individualmente considerado. Não há “equipamento linguístico” suficientemente rico para tanto, de modo que a linguagem se baseia no uso de palavras gerais, que se referem “a grupos ou famílias de objetos, eventos ou propriedades”, em vez de nomes próprios. O uso dessas palavras gerais classificatórias enseja as incertezas que podem frustrar a comunicação linguística.¹²

⁶CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 6. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, p. 49 e 55.

⁷*Ibidem*, p. 17.

⁸LARRAÍN, Patricio Zapata. La interpretacion de la constitucion. **Revista chilena de derecho**. Vol. 17, 1990, pp. 161-177, p. 161.

⁹CARRIÓ, Genaro R. *op. cit.*, p. 27.

¹⁰BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 111.

¹¹SILVA, Virgílio Afonso. **Direito constitucional brasileiro**. 1. ed. 1. reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 55.

¹²CARRIÓ, Genaro R. *op. cit.*, p. 27-28.

A existência de certo grau de indeterminação é, portanto, algo que decorre da própria linguagem¹³. No texto constitucional, todavia, essa indeterminação é acentuada, o que se atribui ao uso, por vezes excedente, de vocábulos vagos e de palavras imprecisas que acarretam a ampla abertura das normas. Demanda-se, assim, a atuação do intérprete para preenchê-las ou integrá-las, possibilitando a sua compreensão e aplicação.¹⁴

Dentre os fatores linguísticos que atuam em prol da indeterminação dos textos está a ambiguidade. A ambiguidade é apresentada por Warat como “um caso particular de incerteza designativa”, que se caracteriza quando determinado termo possui “mais de um conjunto de propriedades designativas”¹⁵. Em outras palavras, a palavra é ambígua quando a ela possam ser atribuídos múltiplos significados. Nessa hipótese, os significados das palavras decorrem do contexto linguístico em que estejam inseridas e da situação em que são utilizadas, os quais, na maioria dos casos, dissiparão as confusões relativas aos significados dos termos¹⁶.

A vagueza, conforme acima destacado, também é um dos traços de incerteza da linguagem que se faz presente nos textos jurídicos, destacadamente no texto constitucional. Consiste, em linhas gerais, na ausência de regra quanto à aplicação de determinado termo:

Um termo é vago, em sentido lato, nos casos onde não existe uma regra definida quanto à sua aplicação. Na prática, os critérios mediante os quais se pretende explicar o significado dos termos gerais da linguagem natural não permitem decidir, na totalidade dos casos, os limites precisos para sua denotação, devendo os usuários decidir pragmaticamente se incluem ou não determinadas situações, objetos ou subclasses de termos dentro da denotação.¹⁷

Nesses casos, Warat faz referência à existência metafórica de três zonas quanto às denotações dos termos vagos: zona de luminosidade positiva, zona de luminosidade negativa e zona de incerteza. Na primeira hipótese, não há dúvida quanto à inclusão de determinado objeto ou situação na denotação do termo. Opostamente, na zona de luminosidade negativa há certeza quanto à não inclusão do objeto ou situação na denotação do termo. No terceiro caso, todavia,

¹³ALCALÁ, J. Alberto del Real. Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado. In: SALGADO, David Cienfuegos; LOZANO, Luis Gerardo Rodriguez (coord.). **Estado, Derecho y Democracia em el momento actual**. Contexto y crisis de las instituciones contemporáneas. Monterrey: Editorial FEJ, 2008, pp. 333-358, p. 355.

¹⁴TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, versão digital, p. 257.

¹⁵WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 78.

¹⁶CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 6. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, p. 29.

¹⁷WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 76.

há dúvida legítima quanto à inclusão do objeto ou situação na denotação, e, é nessa hipótese que reside o problema de indeterminação dos termos vagos.¹⁸

Nas hipóteses de vagueza, tem-se grande indeterminação do alcance do sentido das palavras utilizadas em um determinado texto. No âmbito da Constituição de 1988, são exemplos de termos vagos o “notável saber jurídico” exigido dos ministros do STF e a “justa indenização” devida em casos de desapropriação, veiculados respectivamente pelos enunciados dos artigos 101, *caput*, e 5º, XXIV, 182, §3º, e 184, *caput*.¹⁹

Além das imprecisões das palavras, e como consequência delas, destaca-se a textura aberta da linguagem dos textos jurídicos, a qual é acentuada no texto constitucional. Tal característica diz respeito à possibilidade de atribuir o sentido de um termo a situações novas, que não foram inicialmente previstas. Isso ocorre “quando se pretende aplicar o termo a situações ou objetos que não exibem todas as características designativas explicitadas pelas regras de uso”, as quais, por sua vez, “não proporcionam propriedades designativas precisas pelo fato de que nenhuma linguagem pode prever o surgimento de situações ou objetos inéditos”, sendo necessária posterior “decisão designativa auxiliar”.²⁰

No texto constitucional, como dito, há grande abertura da linguagem, e o uso acentuado de conceitos e termos imprecisos impossibilita a atribuição imediata dos limites e matérias de aplicação nas normas. Surgem, então, dificuldades interpretativas superiores às dos demais textos jurídicos²¹, evidenciando a importância da interpretação da Constituição e do papel do intérprete constitucional.

Ademais, essas dificuldades atuam nas mutações da Constituição, que se relacionam diretamente com as suas possibilidades interpretativas. As indeterminações linguísticas e a abertura do texto da Constituição ampliam as possibilidades normativas do texto constitucional e de ocorrência de mutações.

¹⁸WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 77.

¹⁹PEDRA, Adriano Sant`Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 11.

²⁰WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 77.

²¹TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, versão digital, p. 257-258.

2.2 A interpretação da Constituição

A Constituição é um texto normativo, e, como tal, a efetiva aplicação das normas que veicula demanda que, inicialmente, os textos tenham seus significados compreendidos, o que ocorre por meio da interpretação.

José Afonso da Silva esclarece que a interpretação consiste em uma forma de conhecimento dos objetos culturais e que, quando esses objetos são formados por palavras, tem-se a interpretação de um texto, que se configura simultaneamente como objeto de significações e de comunicação e cujo sentido é obtido por meio da análise de seus elementos internos e de fatores externos (o contexto)²².

Na interpretação jurídica, há pretensão de obrigatoriedade, o que impõe limitações ao intérprete. Dessa maneira, leituras com alta subjetividade, surpreendentes e alternativas, que seriam interessantes em outros ramos, como na arte, devem ser evitadas. Essa necessidade se impõe para que se preserve a previsibilidade das decisões que serão tomadas a partir da interpretação realizada e a segurança das expectativas.²³

Ao longo dos anos, a doutrina tem se preocupado em estabelecer parâmetros que esclareçam o que significa interpretar a Constituição e que auxiliem os atores jurídicos nessa atividade. Embora as teorias da interpretação jurídica tenham se desenvolvido ao longo da história constitucional, ao tratar sobre a interpretação constitucional é preciso considerar que a Constituição possui características próprias, sendo distinta dos demais atos normativos. Essas distinções, conseqüentemente, reverberam na sua interpretação.

No cenário brasileiro, Luis Roberto Barroso aponta que embora a Constituição seja uma lei e como tal deva ser interpretada, sua análise deve ser diferenciada. A superioridade hierárquica da Constituição, a natureza da sua linguagem, o conteúdo e o caráter político como fatores decisivos para a distinção da interpretação da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico²⁴.

André Ramos Tavares destaca que as peculiaridades da Constituição, por demandarem uma consideração específica e própria, viabilizam a prática de uma hermenêutica notadamente constitucional. Dentre essas características, ressalta a superioridade hierárquica da

²²SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 15.

²³KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.10, n.1, pp. 295-320, jan./jun. 2014, p. 297.

²⁴BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p 111.

Constituição, que implica em limitações ao intérprete, bem como na utilização de normas abstratas e principiológicas, no tratamento de direitos fundamentais e na regulamentação da esfera política.²⁵

Dessa maneira, a superioridade hierárquica da Constituição impõe que a atuação do intérprete se dê de forma comedida, tendo em vista que ela terá repercussão muito maior do que quando realizada em relação às demais normas jurídicas²⁶. Conforme Barroso, a superioridade “é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional”, conferindo à carta o “caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento”²⁷.

A Constituição se distingue pois tem caráter inicial. Ela estabelece uma nova ordem jurídica. Ao tempo que as demais normas jurídicas dela retiram seu fundamento de validade, por lhes ser superior, a Constituição não precisa de amparo normativo ou subordinar-se a qualquer outra norma do ordenamento jurídico.²⁸

O texto da Constituição, conforme exposto no item anterior, também é dotado de especificidades em comparação com os demais textos normativos do ordenamento jurídico. As imprecisões do texto constitucional lhe acarretam maior abertura e grau de abstração, demandando uma atuação mais intensa do intérprete. Desse modo, uma boa parte das disposições materiais da Constituição escapa à estrutura típica dos demais ramos do Direito²⁹. Essa característica e a amplitude interpretativa que ela proporciona representam um dos principais fatores que enseja as mutações da Constituição.

A Constituição também se distingue em virtude do conteúdo que as normas materialmente constitucionais veiculam. Para além de normas de conduta, que prescrevem

²⁵TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, versão digital, p. 253 e 254.

²⁶*Ibidem*, p. 255.

²⁷BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p 111.

²⁸BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 107-108.

²⁹BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 112.

comportamentos e os seus correlatos direitos e obrigações, veicula normas de organização e normas programáticas^{30,31}

Destaca-se, ainda, seu caráter eminentemente político. Barroso indica que as normas constitucionais são políticas quanto à sua origem por meio do poder constituinte, ao seu objeto, e aos resultados de sua aplicação³². Embora seu objeto seja “um esforço de juridicização do fenômeno político”, a Constituição, responsável pela partilha do poder, não escapa à dimensão política:

Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem competências de governo, administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público. Porque assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política, como assinalam os autores mais ilustres.³³

Ao dispor sobre as relações dos poderes do Estado e das relações entre estes e as pessoas, torna-se inevitável que haja pressão ideológica e política na interpretação da Constituição, pois a fixação do significado dos preceitos constitucionais engloba interesses mais amplos e que se projetam mais fortemente sobre a estrutura do Estado do que quando se definem as normas infraconstitucionais.³⁴ Esse fator muitas vezes acaba direcionando o discurso do intérprete em prol de convencer os demais quanto à veracidade de seus argumentos e da conclusão defendida.

Sob outra perspectiva, Riccardo Guastini defende que a especificidade da interpretação da Constituição não decorre de seu objeto. Para o autor, não restam claras as distinções dos textos constitucionais em relação aos demais textos jurídicos. Guastini afasta a alegação de que

³⁰Acerca das normas programáticas, cumpre salientar que tradicionalmente havia a compreensão de que essas normas, por veicularem tão somente objetivos a serem alcançados pelo Estado, não atribuiriam direitos subjetivos positivos exigíveis judicialmente e que demandariam atuação legislativa para produzir efeitos em sua máxima potencialidade. Todavia, modernamente essa posição vem sendo substituída pela compreensão de que assim como as demais normas constitucionais, possuem efeitos jurídicos sem a necessidade de qualquer outro ato normativo complementar e veiculam direitos subjetivos, ainda que, para que atinjam sua máxima efetividade, seja necessária a interposição legislativa. Sobre o tema, ver: KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). In: Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999; HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais**: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

³¹BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112.

³²*Ibidem*, p. 114.

³³*Ibidem*, p. 115.

³⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, versão digital, p. 163.

a diferença decorreria da regulação pelo texto da Constituição da organização do Poder Público e da sua relação com os cidadãos sob o argumento de que nem todas as Constituições regulam as mesmas matérias, que os textos constitucionais muitas vezes também veiculam assuntos de menor importância e que nenhuma Constituição esgota a matéria constitucional, confiando sua regulamentação à legislação infraconstitucional. Também defende que a especificidade do texto constitucional não surge da veiculação de normas estruturalmente diferentes, que proclamam princípios e incorporam valores éticos. Essa concepção seria inconsistente, visto que não somente as Constituições proclamam princípios e que todas as leis, de alguma forma, incorporam ou pressupõem valores.³⁵

Argumenta, sob esse ponto de vista, que a interpretação da Constituição não teria especificidade em relação à interpretação dos demais documentos jurídicos. No entanto, a especificidade da interpretação da Constituição poderia decorrer dos intérpretes envolvidos no processo, uma vez que não se submete apenas a interpretação dos juízes comuns, mas também de outros agentes, pela eventual necessidade do uso de técnicas interpretativas específicas e pela possibilidade de que os textos constitucionais apresentem problemas distintos dos textos ordinários quando de sua interpretação.³⁶

Não há dúvidas, contudo, de que a interpretação da Constituição, lei fundamental de um Estado, é cercada por elementos que a diferenciam da interpretação dos demais atos normativos de um ordenamento jurídico e que impõem uma atuação mais intensa dos intérpretes.

Este, por sua vez, não tem como desenvolver sua atividade imune aos fatores reais que circundam o documento constitucional, suas características e as controvérsias que decorrem da singularidade de sua interpretação, de modo que a doutrina, ao longo dos anos, tem se esforçado para estabelecer métodos e princípios que o auxiliem e que racionalizem sua atuação.

A racionalização, ou ao menos a tentativa de racionalização, da interpretação da Constituição, por meio de métodos e critérios minimamente objetivos, é de extrema relevância também ao tratar sobre as mudanças constitucionais. A Constituição não pode estar alheia à realidade que disciplina, havendo constante diálogo e mútua influência entre ambas. No entanto, no atual contexto, a ocorrência das mudanças deve ser demonstrada dentro das possibilidades interpretativas do texto Constitucional.

³⁵GUASTINI, Riccardo. **La interpretación de los documentos normativos**. Tradução de César E. Moreno More. 1. ed. Naucalpan de Juárez, Estado de México: CIIJUS, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales: Derecho Global Editores, 2018, p. 450-453.

³⁶*Ibidem*, p. 454-455.

2.3 A importância dos métodos para a interpretação constitucional

Diante da concepção de que a Constituição veicula textos normativos, tem-se a necessidade de que ela seja interpretada visando à aplicação. Em um Estado de Direito, contudo, a atividade interpretativa demanda racionalidade e a existência de critérios que obstem, ou ao menos reduzam, arbitrariedades.

A necessidade de racionalização do processo interpretativo da Constituição é destacado por Konrad Hesse, para o qual o escopo da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente correto, através de um procedimento racional e passível de controle, devidamente fundamentado e apto a viabilizar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões.³⁷ O desenvolvimento de regras e de métodos decorre, portanto, dessa necessidade de racionalização e de transparência da atividade hermenêutica³⁸.

Buscou-se, assim, ao longo do tempo, a identificação de um método que possibilitasse a interpretação adequada da Constituição. Identificar o método hermenêutico justo para a seara constitucional, contudo, mostrou-se como um dos grandes e controvertidos problemas doutrinários³⁹.

A importância dos métodos modernos de interpretação da Constituição foi acentuada com as transformações do constitucionalismo e o destaque de princípios de natureza social⁴⁰. Em que pese os métodos clássicos remanesçam necessários à racionalização da interpretação constitucional, o surgimento de documentos constitucionais de caráter mais social, com a prescrição não somente de regras de competência, mas também de objetivos almejados pelo Estado e com a positivação de princípios, ensejou uma atualização das técnicas hermenêuticas⁴¹.

Uma breve abordagem acerca dos principais métodos de interpretação constitucional se faz necessária. A perspectiva que modernamente se adota acerca dos processos informais de mudança das Constituições está intrinsecamente ligada à interpretação constitucional,

³⁷HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional** (Selección). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 37.

³⁸COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. Edição do *Kindle*, p. 120-121.

³⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 11 reimp. Coimbra, Almedina, 2012, p. 1210.

⁴⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 458.

⁴¹ANDRADE, José Maria Arruda de. Hermenêutica constitucional e a teoria estruturante do Direito. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, a. 15, n. 7, n.p., jul./ set. 2008.

sobretudo aquela realizada de forma orgânica pelo STF, o que, como dito, impõe cada vez mais a racionalização do processo de interpretação e aplicação da Constituição.

2.3.1 O método jurídico ou hermenêutico clássico – a importância dos elementos clássicos na interpretação da Constituição

O método jurídico ou hermenêutico clássico adota o raciocínio de que a Constituição é uma lei e, portanto, como tal deve ser interpretada, e o seu significado deve ser apurado por meio dos elementos clássicos de interpretação: gramatical, sistemático, histórico e teleológico. A utilização desses elementos conduz a uma interpretação jurídica da Constituição, com o privilégio do princípio da legalidade diante da importância que é atribuída ao texto, que funciona como ponto de partida interpretativo e limite de atuação do intérprete.⁴²

Atribui-se a Savigny a distinção dos elementos de interpretação acima destacados, que modernamente são chamados de “métodos”. Inicialmente, foram apontados os elementos gramatical, sistemático e histórico, acrescentando-se, posteriormente, a perspectiva teleológica.⁴³

Em breve síntese, a interpretação gramatical ou literal é “necessariamente, o ponto de partida do trabalho jurídico”⁴⁴. O intérprete utilizará a sua intuição linguística para conhecer o significado das palavras usadas no ato normativo quando se trate de palavras decorrentes do uso geral do idioma, ou os significados técnicos jurídicos⁴⁵.

Ademais, a atuação do intérprete deve ocorrer “dentro dos limites e possibilidades do texto legal”, não podendo a interpretação gramatical ser desprezada⁴⁶, embora não seja bastante por si só.

A aplicação do elemento sistemático na interpretação decorre da ideia de unidade do ordenamento jurídico⁴⁷. Acarreta ao intérprete o dever de relacionar o texto interpretado com as demais normas do ordenamento jurídico. Na interpretação constitucional especificamente,

⁴²CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 11 reimp. Coimbra, Almedina, 2012, p. 1210.

⁴³BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

⁴⁴KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.10, n.1, pp. 295-320, jan./jun. 2014, p. 303.

⁴⁵MELLO, Claudio Ari. Bases Teóricas da interpretação constitucional. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.**, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 251-285, out./dez. 2020, p. 256.

⁴⁶BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 130.

⁴⁷BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 140.

cada palavra dos enunciados e cada norma só têm seus significados corretamente compreendidos quando, em sua análise, são considerados os princípios e valores da Constituição como um todo.⁴⁸

O uso do elemento histórico, por sua vez, justifica-se quando há dúvidas sobre o significado do texto – a análise da intenção do seu autor e do contexto histórico em que foi elaborado auxilia na compreensão do significado. Inclui, dessa forma, consulta aos materiais legislativos e jornalísticos etc., e análise da situação social, política e econômica em que o ato normativo foi elaborado.⁴⁹ O intérprete, todavia, deve ter cautela, pois há perigo tanto no excessivo apreço ao passado quanto ao seu total repúdio⁵⁰.

Já a interpretação teleológica direciona o intérprete a buscar o propósito, o fim, inscrito, de forma expressa ou tácita, na disposição normativa⁵¹. Diferentemente dos demais elementos da interpretação clássica, não tem relação direta com o texto legal, mas sim com um fator externo, qual seja a “orientação instrumental da norma”, havendo, nesse caso, uma maior liberdade do intérprete ao expor qual o fim concreto e as suas consequências na análise do caso⁵².

Sob o enfoque clássico, a desconsideração do caráter legal da Constituição e do uso dos elementos interpretativos desenvolvidos por Savigny, acima expostos, implicaria na sujeição do documento constitucional a modificações escusas, de viés interpretativo, em violação ao seu texto. A sua finalidade estabilizadora e contrária a alterações hermenêuticas estaria comprometida, direcionando o Estado de Direito a um Estado de Justiça. Eventuais particularidades da Constituição não justificariam o afastamento dos elementos clássicos de interpretação, sendo somente “um fator adicional a ser considerado”.⁵³

Cumprir destacar que o desenvolvimento dos elementos clássicos de interpretação remetem às teorias formalistas da interpretação jurídica, relacionadas à ascensão do Estado Liberal Burguês e ao positivismo jurídico legalista. Seus conceitos se desenvolveram visando à valores caros à época, como, por exemplo, a segurança jurídica, a previsibilidade e a

⁴⁸MELLO, Claudio Ari. Bases Teóricas da interpretação constitucional. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.**, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 251-285, out./dez. 2020, p. 257-258

⁴⁹KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.10, n.1, pp. 295-320, jan./jun. 2014, p. 305..

⁵⁰MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, edição do *Kindle*, p. 253.

⁵¹MELLO, Claudio Ari. *Op. cit* p. 257.

⁵²KRELL, Andreas J. *Op. cit*, p. 306.

⁵³COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. Edição do *Kindle*, p. 124-125.

estabilidade do Direito, a prolação de decisões judiciais objetivas e alheias à argumentos extrajurídicos e a neutralidade dos intérpretes.⁵⁴

Sob essa concepção, tem-se a visão do processo interpretativo como uma atividade cognitivista e dedutivista, de mero conhecimento e descobrimento de um significado já preexistente no texto normativo. Não há atribuição de significado ao texto pelo intérprete ou à sua construção, a atividade interpretativa tem natureza meramente declaratória.⁵⁵

No método jurídico, a atuação do intérprete também não se estendia, como dito, a fatores extraconstitucionais, o conhecimento do significado da norma era desenvolvido no âmbito interno da norma, sem exceder a esfera positiva da Constituição.⁵⁶

No entanto, em que pese a defesa de uma pretensa neutralidade do intérprete da Constituição, com o uso de um método interpretativo que, ao menos em tese, possibilitava o seu distanciamento de valores ideológicos de valorações, a aplicação do Direito defendida expunha justamente os ideais de um Estado Liberal. Havia, conforme Paulo Bonavides, uma pretensa neutralidade.⁵⁷

O uso do método jurídico e dos elementos clássicos de interpretação das Constituições sem dúvidas apresenta limitações. Embora sua aplicação possa ser suficiente na interpretação dos enunciados constitucionais de caráter mais objetivo, que versam sobre estrutura do Estado, seus poderes e regulam o funcionamento das instituições públicas, não se pode dizer o mesmo sobre o seu desempenho em relação aos problemas interpretativos que decorrem “de muitas das mais importantes e representativas normas constitucionais”⁵⁸. Diante das normas constitucionais de caráter mais aberto, com enunciados sintéticos, os elementos clássicos muitas vezes se mostram insuficientes diante da necessidade de uma atuação mais acentuada do intérprete, posto que nem sempre o significado estará ao seu alcance com a mera leitura do texto.

Não obstante, os métodos clássicos remanesçam importantes, embora essa importância diminua quando se trata da interpretação da Constituição⁵⁹. Amplamente usados pela Administração Pública e pelos tribunais, apesar de não garantirem resultados certos ou

⁵⁴MELLO, Claudio Ari. Bases Teóricas da interpretação constitucional. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.**, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 251-285, out./dez. 2020, p. 255.

⁵⁵*Ibidem*, p. 255.

⁵⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 464-465.

⁵⁷*Ibidem*, p. 466.

⁵⁸MELLO, Claudio Ari. *Op. cit.*, p. 259.

⁵⁹KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.10, n.1, pp. 295-320, jan./jun. 2014, p. 299.

verdadeiros, os métodos clássicos são importantes meios de apoio, direcionando o intérprete a perguntas que devem ser respondidas na interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto, desempenhando o papel de ferramentas que auxiliam o raciocínio e a argumentação na tomada de decisão jurídica.⁶⁰

No âmbito de estudo deste trabalho, a importância dos elementos clássicos de interpretação da Constituição reside, primeiramente, no fato de que os processos informais de alteração da Constituição estão diretamente relacionados ao âmbito textual da Constituição. Essa relação se apresenta uma vez que a mutação constitucional estabelece a alteração do sentido da Constituição sem a correlata modificação de seu texto, mas, ao mesmo tempo, está limitada às suas possibilidades interpretativas, as quais devem ser analisadas de forma racional, sob pena que se viole a normatividade e a superioridade da Constituição.

O sentido literal de um texto constitucional, embora ponto inicial no processo interpretativo, por si só não impede a ocorrência da mutação da Constituição. Por meio da atividade interpretativa, pode-se chegar a resultados distintos do significado literal do enunciado normativo. Todavia, a Constituição não pode ser letra morta, e qualquer mutação constitucional deve ser balizada pelas possibilidades decorrentes dos métodos de interpretação, bem como abarcada pela Constituição, considerada em sua integralidade. Ainda que se ultrapasse o significado literal e imediato do texto, a norma obtida precisa estar amoldada ao ordenamento constitucional. Não é possível que se admitam mutações que esvaziem por completo ou contrariem o seu sentido literal de modo que nada mais reste daquela norma originária.

Ademais, os métodos clássicos, conforme acima apontado, atuam como fio condutor do raciocínio jurídico. No caso da mutação constitucional do art. 57, §4º da CF, referente à possibilidade de reeleição dos membros das Mesas do Congresso Nacional, por exemplo, o uso do elemento histórico e teleológico são evidentes no voto do relator para construção de seus argumentos no processo interpretativo.

2.3.2 Os métodos modernos de interpretação da Constituição

Os métodos modernos de interpretação constitucional possuem origem no inconformismo dos juristas com a lógica interpretativa decorrente do positivismo e na busca

⁶⁰KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.10, n.1, pp. 295-320, jan./jun. 2014, p. 315-317.

pelo significado mais profundo das Constituições. Busca-se, nesse momento, o afastamento das teorias formalistas e a edificação de uma hermenêutica material da Constituição.⁶¹

A doutrina indica quatro métodos modernos de interpretação da Constituição e que demandam, ainda que de forma sucinta, uma abordagem: método tópico-problemático, método científico-espiritual, método hermenêutico-concretizador e método normativo-estruturante.

O método tópico-problemático adota como premissas o caráter prático da Constituição e que a sua interpretação visa à solução de problemas concretos, o caráter “aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional” e a preferência pela discussão do problema, decorrente da abertura das normas constitucionais e a impossibilidade de dedução subsuntiva.⁶²

Com base nessas premissas, a interpretação da Constituição se desenvolveria por meio de um processo aberto de argumentação entre os participantes, buscando adequar a norma constitucional ao caso concreto. Nesse processo, seriam utilizados os *topoi*, pontos de vista, para desvendar a interpretação mais adequada ao caso dentre as possibilidades decorrentes da polissemia do texto da Constituição.⁶³

O método tem como foco o problema, e as normas constitucionais atuam como um catálogo de princípios nos quais se buscam os argumentos necessários à solução adequada da questão prática que se põe.⁶⁴

Para Inocêncio Mártires Coelho, considerando a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios que admite diversas interpretações, os elementos hermenêuticos clássicos não solucionam as dúvidas emergentes da sua interpretação, e o método tópico-problemático, para o autor, representaria “se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos para se chegar até a Constituição”.⁶⁵

Em outra diapasão, J. J. Gomes Canotilho ressalta que a concretização do texto constitucional pode conduzir a um casuismo ilimitado, pois a interpretação não deve partir do problema concreto para que alcance a norma, mas sim da norma para os problemas.⁶⁶

⁶¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 476 e 477.

⁶²CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 11 reimp. Coimbra, Almedina, 2012, p 1211

⁶³*Ibidem*, p. 1211.

⁶⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, versão digital, p 185.

⁶⁵COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. Edição do *Kindle*, p. 125-126.

⁶⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit* p. 1212.

O método científico-espiritual, também chamado de método integrativo, tem como principal expoente Rudolf Smend, responsável pela criação da concepção integrativa da Constituição. Sob esse enfoque, entende-se que a Constituição é a ordenação jurídica do Estado, “um ordenamento em cujo seio transcorre a realidade vivencial do Estado, o seu processo de integração”.⁶⁷

Nesse caso, a interpretação da Constituição deve considerar os valores implícitos no texto constitucional e o sentido e a realidade da Constituição como elemento do processo de integração. A interpretação aspira à compreensão de sentido e realidade do texto constitucional e conduz à sua articulação com a “*integração* espiritual real da comunidade”, ou seja, com seus valores.⁶⁸

O método hermenêutico-concretizador, por sua vez, indica que a interpretação da Constituição tem início com a pré-compreensão do sentido do texto pelo intérprete, que concretiza a norma constitucional a partir de uma situação histórica específica⁶⁹. A pré-compreensão engloba a percepção particular do intérprete sobre o mundo e, principalmente, os valores, tradições e preconceitos do meio em que se insere⁷⁰.

Diferentemente do que ocorre no método tópico-problemático, “o primado não é do problema, mas do texto constitucional”: a interpretação da Constituição é provocada por um problema concreto, mas a sua solução demanda a vinculação do intérprete ao texto constitucional⁷¹.

Diante de um problema jurídico, o intérprete tende a antecipar uma solução com base em sua pré-compreensão. Esse é o ponto de partida do “círculo hermenêutico”, em que a antecipação de sentido decorrente da pré-compreensão, posta diante da norma e do problema, será acolhida ou refutada, concretizando a norma e aplicando-a ao caso concreto.⁷²

Por fim, o método normativo-estruturante foi desenvolvido por Friedrich Müller e parte do princípio de que a norma jurídica não está pronta e contida no código legal, o qual traz apenas preliminarmente o texto normativo. A norma é produzida em cada processo decisório,

⁶⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 477.

⁶⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 11 reimp. Coimbra, Almedina, 2012, p. 1213.

⁶⁹*Ibidem*, p. 1212.

⁷⁰SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, edição do *Kindle*, posição 14944-14945.

⁷¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, versão digital, p. 186.

⁷²SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, posição 14950.

e é formada por um programa normativo e um âmbito normativo, correspondente à parcela da realidade social que ela regula. A concretização deixa de dizer respeito à produção de uma norma jurídica genérica e passa a corresponder a construção da norma jurídica em cada caso decisório individual.⁷³

Müller destaca que “o processo da metódica estruturante separa-se do puro pensar o problema, na medida em que mantém a norma (a ser primeiramente construída) como critério vinculante para a escolha dos *topoi*”. O texto normativo estabelece os limites extremos de suposições sobre a norma jurídica, uma vez que esta não está posta.⁷⁴

Os métodos hermenêutico-concretizador e normativo-estruturante se posicionam como métodos concretistas, estando diretamente ligados à ideia de concretização da Constituição. Assim, em face da destacada relevância no estudo das mutações constitucionais, a concretização da Constituição será analisada no item seguinte, de forma mais apropriada.

2.4 A concretização da Constituição

A ideia de concretização da Constituição tem como principais expoentes Konrad Hesse e Friedrich Müller⁷⁵, e consiste, essencialmente, em um “processo de densificação de regras e princípios constitucionais”:

A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Essa <<concretização normativa>> é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado <<técnico>> do procedimento estruturante da normatividade.⁷⁶

Em outros termos, consiste na “passagem do universo normativo-constitucional” para o universo fático”, em um processo que utiliza princípios e métodos para o preenchimento de eventuais lacunas ou “vazios semânticos” que se façam presentes na norma, por meio da sua densificação.⁷⁷

⁷³MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 148.

⁷⁴*Idem*. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 197

⁷⁵PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 64.

⁷⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 11 reimp. Coimbra, Almedina, 2012, p. 1201.

⁷⁷BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 250-251.

Na concretização, destaca Hesse, parte-se da percepção de que a interpretação da Constituição somente pode ser tida como processo de descoberta de uma vontade preexistente na Constituição, assim como defendido pelas teorias tradicionais, em parte. Há pontos da Constituição dos quais não se pode extrair uma vontade inequívoca, pois nem a Constituição nem o constituinte tomaram essa decisão, mas somente forneceram pontos de apoio que a viabilizasse. Nesse caso, não há como descobrir a vontade autêntica nos termos pretendidos pela teoria clássica, e sim, no máximo, uma vontade fictícia.⁷⁸

Assim, Hesse indica que a interpretação da Constituição é concretização, e o que não está posto de forma clara no conteúdo constitucional precisa ser determinado pelo intérprete através da incorporação da parcela da realidade que se pretende disciplinar. A interpretação constitucional abandona o viés cognoscitivo e assume um caráter criativo, mas a criatividade está limitada à norma.⁷⁹

A concretização não se desvincula da pré-compreensão do intérprete sobre a norma a ser concretizada, e nem do caso a ser solucionado. Hesse defende a impossibilidade de desvincular a interpretação constitucional dos problemas concretos, pois somente ao analisar a norma que se pretende compreender de maneira relacionada ao problema é que se pode determinar o seu conteúdo.⁸⁰

Essa relação da norma com a realidade também é enfatizada por Friedrich Müller, para o qual concretizar implica em “*produzir* diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito”.⁸¹ Sob a perspectiva da Teoria Estruturante do Direito de Müller, supera-se a clássica separação do “ser” e do “dever ser”, compatibilizando-os através da prática cotidiana dos intérpretes.⁸²

A Teoria Estruturante de Müller, conforme visão do próprio autor, se afasta do debate dos demais métodos jurídicos por ser, primeiramente, analítica e, em segundo lugar, por ter como fonte a prática cotidiana do Direito e o exame de decisões, principalmente dos tribunais superiores, ao invés dos discursos acadêmicos. A partir da teoria desenvolvida, o confronto

⁷⁸HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional** (Selección). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 39.

⁷⁹*Ibidem*, p. 43.

⁸⁰*Ibidem*, p. 43-44.

⁸¹MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 150

⁸²*Ibidem*, p. 296.

entre Direito e realidade se torna operacional e permite uma análise mais sólida das divergências entre a Constituição e a realidade social.⁸³

Há especial atenção à relação existente entre o Direito e a realidade. A força normativa do Direito deixa de ser vista como a simples articulação dos conteúdos sociais, sendo necessária sua compreensão a partir de uma teoria da prática jurídica constitucional que visualize as condições essenciais de aplicação do Direito, que não se limite exclusivamente à metodologia.⁸⁴

A partir da releitura do conceito de norma, busca-se dar maior serventia, no campo da prática e da dogmática jurídica, às questões metodológicas, por meio da racionalização dos conteúdos materiais normativos e da sua integração à interpretação e à aplicação das prescrições jurídicas, visando ao prestígio da normatividade.⁸⁵

A parcela da realidade que se pretende disciplinar passa, pois, a compor a própria estrutura normativa. Assim, no âmbito da concretização da Constituição e sob a ótica da Teoria Estruturante do Direito de Müller, há três elementos a serem considerados: o programa normativo, o âmbito normativo e a norma de decisão.

O programa normativo corresponde ao conteúdo do teor literal da norma jurídica em conjunto com os recursos interpretativos⁸⁶. É o resultado de uma parcela do processo de concretização e consiste na interpretação do texto normativo. Assim leciona J. J. Gomes Canotilho:

O programa normativo é o *resultado* de um processo parcial de concretização (inserido, por conseguinte, num processo global de concretização) assente fundamentalmente na interpretação do texto normativo. Daí que se tenha considerado o enunciado linguístico da norma como ponto de partida do processo de concretização (dados linguísticos).⁸⁷

Nesse momento do processo de concretização, há a identificação daquilo que é expresso pelo teor literal do texto normativo a partir dos dados linguísticos, com a utilização de recursos interpretativos.⁸⁸

⁸³MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 307.

⁸⁴*Ibidem*, p. 21.

⁸⁵MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 7.

⁸⁶MULLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 224.

⁸⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 11 reimp. Coimbra, Almedina, 2012, p. 1216.

⁸⁸PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 74.

O programa da norma distingue, ainda, dentre os dados que são atingidos pela sua prescrição, quais deles são de maior relevância para a decisão jurídica, orientando, assim, com caráter obrigatório, os critérios de indagação e ponderação pelo intérprete.⁸⁹

O âmbito normativo ou “área da norma” diz respeito à “estrutura básica do segmento da realidade social, que o programa da norma ‘escolheu para si’ como a ‘sua’ área de regulamentação ou que ele, em parte ‘criou’”. A área da norma, indica Müller, a integra com o mesmo grau de hierarquia que o programa da norma.⁹⁰ Embora seja necessária sua distinção com o programa normativo, é igualmente um elemento jurídico da norma, e não extrajurídico⁹¹. Trata-se do elemento empírico, referente às interferências que a realidade provoca na norma, sendo-lhe parte integrante e constitutiva⁹².

Como destaca Müller, o âmbito normativo diz respeito à parcela da realidade social que o programa normativo escolheu disciplinar ou criou. O programa normativo escolhe dados da realidade quando engloba questões factuais, sendo o caso, por exemplo, dos pressupostos de um convívio matrimonial ou de um furto, ou os cria, como é o caso da definição de conceitos jurídicos. Ao mesmo tempo, o âmbito da norma pode ser inteiramente criado pelo Direito, como ocorre nas normas relativas a prazos e regras institucionais/procedimentais, ou não, como quando há um campo de determinação cuja definição não se limita ao âmbito jurídico.⁹³

Cumprе destacar que o âmbito normativo não é, porém, o puro empirismo de uma parte da realidade fática. Ele não compreende todos os fatos que se inserem na parcela da realidade disciplinada pelo programa normativo, mas somente aqueles assinalados como relevantes no processo de interpretação e aplicação da norma jurídica de cada caso.⁹⁴

Dessa maneira, o âmbito da norma também se distingue do âmbito material, pois não corresponde à mera acumulação de fatos materiais, obstando a força normativa dos fatos.⁹⁵

⁸⁹MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 225

⁹⁰*Ibidem*, p. 224.

⁹¹MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 258.

⁹²PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 75.

⁹³MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 224.

⁹⁴MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 249

⁹⁵MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 29-30.

O âmbito normativo e o programa normativo, contudo, não são meios para que se alcance um significado “verdadeiro” ou “enunciados ônticos de validade geral”, mas sim atuam fortalecendo a normatividade da disposição legal, relacionando-a a dados reais.⁹⁶

A norma de decisão, por sua vez, reflete a percepção de que a norma jurídica adquire sua verdadeira normatividade quando decide um caso jurídico. Assim, conforme leciona J. J. Gomes Canotilho, ela é estabelecida quando da completude do processo de concretização e da sua aplicação ao problema concreto a decidir, através da “criação de uma disciplina regulamentadora”, de uma decisão judicial *lato sensu*, ou pela prática de atos de autoridades. A norma jurídica potencialmente normativa adquire normatividade atual e imediata ao avançar como norma de decisão que regula o caso concreto.⁹⁷

Tecidas essas considerações, considerando a concepção da concretização da Constituição, quanto maior a abstração da norma, mais intenso o seu processo de densificação, permitindo a renovação e a atualização do texto da Constituição.⁹⁸ Defende-se, desse modo, que a ocorrência das mutações constitucionais se dá no processo de concretização das normas constitucionais⁹⁹.

A teoria de Müller se destaca no campo de estudo das mutações constitucionais no atual estágio do constitucionalismo. O conteúdo e o alcance das disposições constitucionais dependem diretamente do âmbito normativo, delimitado pelo seu programa normativo. As modificações ocorridas nessa parcela da realidade que o compõe influem diretamente na sua significação, uma vez que se tornam elementos jurídicos integrantes da estrutura da norma.¹⁰⁰

A mutação da Constituição vem do âmbito da norma, posteriormente atingindo o programa da norma. A relação entre ambos é explorada no processo de concretização e, a partir disso, é gerada a norma. Na medida em que os fatos integrantes do âmbito normativo são influenciados pelas modificações sociais, históricas, políticas e culturais, há reflexo dessas influências no significado da norma constitucional. No entanto, conforme destacado por Müller,

⁹⁶MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 245

⁹⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2012, p. 1221.

⁹⁸BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 251.

⁹⁹Nesse sentido, ver: KUBLISCKAS, Welington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009; PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹⁰⁰SILVA, Kelly Susane Alfen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 419.

a partir da estrutura normativa exposta, não há o que se falar em força normativa dos fatos em detrimento da normatividade da Constituição.

Ademais, o programa normativo, decorrente do texto normativo, é o ponto de partida do processo de concretização, determinando o campo de atuação possível¹⁰¹. Assim, embora o resultado da concretização possa se distinguir do teor literal, não há como dele se desvincular totalmente.

Expostas essas considerações sobre a interpretação da Constituição e a importância da teoria de Müller para o estudo das mutações constitucionais, faz-se necessário analisar a sua concepção teórica inicial formulada pela doutrina alemã, a evolução do pensamento sobre o tema e a recepção pela doutrina brasileira.

3. ORIGEM DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E RECEPÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Mutação constitucional e atualização das Constituições

É incontestável que as modificações das Constituições são inevitáveis e que, além de inevitáveis, também são necessárias. Nas sociedades contemporâneas, nas quais as relações sociais, jurídicas, econômicas etc. são cada vez mais fluidas e, ao mesmo tempo, complexas, os textos constitucionais precisam se valer de mecanismos que lhes tornem aptos a responderem às demandas surgidas, sem, contudo, que se abdique de sua normatividade, observando-se, ainda, a rigidez da Constituição.

Isso ocorre porque, em que pesem as Constituições sejam elaboradas com a pretensão de que sejam estáveis e duradouras, por versarem sobre as estruturas fundamentais do Estado, não é possível confundir essas características com uma suposta imutabilidade. Estabilidade não significa inalterabilidade, e ambos os componentes, estabilidade e mudança, são necessários à rigidez constitucional¹⁰².

Karl Loewenstein destaca que as Constituições não podem prever o futuro e integram apenas a situação existente quando de sua elaboração, podendo, na melhor das hipóteses, considerar eventuais necessidades futuras, embora a inserção, no texto, de formulações demasiado elásticas possa tolher a segurança jurídica que dela se espera. Conforme

¹⁰¹BARRETO, Lara Gomes Macedo. **Contribuições aos limites da mutação constitucional sob a perspectiva da teoria estruturante de Friedrich Müller**. Dissertação. Universidade Federal do Espírito Santo, 2018, p. 38.

¹⁰²FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 5-6.

Loewenstein, cada Constituição é um organismo vivo, e assim como a vida, está sempre em movimento, sujeita à dinâmica da realidade social.¹⁰³

Pedra também destaca que as alterações da Constituição são necessárias à sua própria conservação e preservação, tendo papel indispensável ao seu aperfeiçoamento e na busca pela harmonia com a sociedade. A Constituição está em permanente realização e efetivação. Em virtude da constantemente interação com a realidade social, as normas constitucionais jamais podem ser consideradas perfeitas e acabas.¹⁰⁴ Ulysses Guimarães, por exemplo, no longínquo 5 de outubro de 1989, ao tratar especificamente sobre a Constituição de 1988, afirmou que a própria Constituição, ao admitir a possibilidade de emenda, confessa sua imperfeição¹⁰⁵.

Não é possível conceber, portanto, que as Constituições sejam invariáveis, permanecendo as mesmas desde o seu surgimento. As modificações são essenciais e podem ocorrer de maneira formal, via reforma constitucional, ou informalmente, à margem do processo de reforma previsto pelo texto constitucional. Quando essas mudanças ocorrem informalmente, atribuindo novos significados à Constituição, sem a correlata alteração do texto constitucional formal, dá-se o nome de mutação constitucional.

O tema das mutações constitucionais é dotado de grande complexidade, sendo inúmeras as discussões doutrinárias a ele relacionadas. A possibilidade de sua ocorrência está relacionada à separação entre texto e norma constitucional¹⁰⁶, sendo, portanto, indissociável das evoluções dos métodos de interpretação jurídica e da concretização das normas constitucionais¹⁰⁷, e ainda das características que são peculiares aos textos das Constituições.

As mutações constitucionais precisam conciliar, concomitantemente, o imperativo de estabilidade e supremacia das Constituições, relacionado à sua rigidez, e a necessidade de amoldamento às evoluções da realidade fática, ambos aspectos intrínsecos às Constituições no constitucionalismo democrático.¹⁰⁸

Não há, todavia, margem para que se obste a sua força normativa, impondo-se a busca pelo equilíbrio, para que não se enrijeça ou flexibilize demasiadamente a Constituição. A

¹⁰³LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979, p.164.

¹⁰⁴PEDRA, Adriano Sant`Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 97 e 98.

¹⁰⁵GUIMARÃES, Ulysses. Estatuto do homem, da liberdade e da democracia. In: GUTEMBERG, Luiz (Org.). **Ulysses Guimarães**, 2. ed., p. 448-455. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012, p. 448.

¹⁰⁶SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, edição do Kindle, posição12230.

¹⁰⁷ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco (organizadores). **Mutações Constitucionais**. Editora Saraiva. Edição do Kindle, 2016, posição 280.

¹⁰⁸SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, posição 12267-12272.

mutação não deve ser utilizada como pretexto para que “os fatores reais de poder” predominem sobre a força normativa, assim como não se pode adotar uma leitura estanque da Lei Maior, tornando-a insensível ao contexto social que se insere e que está constantemente evoluindo.¹⁰⁹

O caráter indispensável da busca por esse equilíbrio já era ressaltado por Konrad Hesse, que expunha que uma Constituição engloba, simultaneamente, as características de amplitude e vinculação aos seus dispositivos. No entendimento do autor, a abertura é essencial às modificações históricas e as distintas possibilidades de situações existenciais. O caráter vinculador, por sua vez, possibilita sua estabilidade e a constância necessária à preservação da vida em comunidade. Desse modo, ambos os atributos são necessários à persecução dos objetivos constitucionais e sua coordenação é essencial. Se, por um lado, a vinculação não pode obstar o progresso, sob pena de que este ainda assim ocorra e fique à margem da Constituição, a mutabilidade não pode comprometer a estabilidade da Constituição e sua aspiração de ordem jurídica fundamental da comunidade.¹¹⁰

As mutações constitucionais atualmente figuram em debates jurídicos de grande relevância, ocorridos, sobretudo, no âmbito do Poder Judiciário, embora esse não seja o único *locus* possível para sua ocorrência. Sua origem remonta à doutrina alemã e aos estudos elaborados na passagem dos séculos XIX e XX, conforme será adiante abordado.

3.2 Identificação e estudos originários sobre as mutações constitucionais

3.2.1 Laband e Jellinek: a origem do termo “mutação constitucional” no Império Alemão

Os estudos sobre as mutações constitucionais surgiram quando vigia a Constituição do Império Alemão de 1871, no contexto de unificação do Império Alemão e do desenvolvimento da Escola Alemã de Direito Público. À época, foram reunidos pressupostos mínimos para a sua análise inicial, quais sejam a compreensão da Constituição como um instrumento normativo e de que esta é dotada de um determinado grau de rigidez.¹¹¹

A partir de 1848, a ciência jurídica germânica se desenvolveu baseada no “real”, em um “positivismo científico teoricamente mais exigente”. No âmbito do Direito Público, os juristas buscavam a construção do elemento puramente jurídico, destacando-se Carl Friedrich von Gerber, o qual propôs uma nova sistematização do Direito do Estado, derivado do poder estatal.

¹⁰⁹SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, edição do Kindle, posição 12272-12276.

¹¹⁰HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. P. 73-100. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93 e 94.

¹¹¹URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p. 107.

O jurista, ao afastar ponderações de cunho filosófico e histórico acerca do Estado, limitou-o ao poder exercido sob monopólio do Estado, aos órgãos e funções estatais e à proteção jurídica, influenciando o pensar a partir de uma perspectiva estritamente jurídica.¹¹² Buscava-se afastar o Direito da política.

Laband, que foi o responsável por abordar inicialmente as mutações constitucionais, teve grande importância na formação da doutrina alemã do Direito Público nesse período. Após a fundação do império e o surgimento da Constituição de 1871, as contribuições do jurista através do livro “O Direito do Estado do Império Alemão” se destacaram¹¹³

As mutações constitucionais são abordadas por Paul Laband na obra “Mudanças na Constituição do Império Alemão”, em que constatou a existência de modificações da Constituição sem a atuação dos mecanismos de reforma.¹¹⁴

Ao tratar sobre as mutações constitucionais, Konrad Hesse explica que Laband propôs a sua ocorrência ao identificar modificações na situação constitucional do Estado que não se encontravam respaldadas pela Constituição de 1871, apontando haver contradições entre a realidade e a lei constitucional.¹¹⁵ Em seus estudos, constatou a possibilidade de ocorrência de modificações espontâneas da configuração jurídica através da atuação das instituições do Estado¹¹⁶.

É importante destacar que as situações identificadas por Laband e por ele apontadas como sendo mutações constitucionais eram situações de grande disparidade entre a Constituição formal e a realidade social. Conforme já mencionado, seus estudos se desenvolveram após a unificação do Império Alemão, momento em que houve a ampliação de territórios, a composição do Império a partir de Estados com grandes diferenças e a sobreposição da Constituição de 1871 às suas organizações¹¹⁷. Ademais, o texto constitucional regulava diversas questões de forma insuficiente, demandando complementação por meio de legislação¹¹⁸.

¹¹²STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha**: uma introdução à sua história do século XVI ao XXI. Coordenação Ricardo Campos. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, edição do *Kindle*, capítulo VII, posição 1374-1389.

¹¹³*Ibidem*, posição 1397.

¹¹⁴URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p. 108.

¹¹⁵HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

¹¹⁶AJOUZ, Igor. **Mutação constitucional**: parâmetros de diagnose. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019, p. 93-94.

¹¹⁷URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. cit.*, p. 106.

¹¹⁸PEDRON, Flávio Quinaud. A mutação constitucional no direito público do Império Alemão: contribuições de Laband e Jellinek. **Quaestio Iuris**. Vol. 12, nº 3, Rio de Janeiro, 2019, pp. 190-211, p.197.

Laband identificava o caráter normativo da Constituição, apontando ser norma jurídica em sentido estrito. Esse fator, todavia, não obstaría a possibilidade de sua transformação pelo Estado sem a necessidade de uma modificação formal de seu texto. Para o autor, a transformação informal da Constituição poderia advir de três vias, quais fossem a regulamentação pelas leis de elementos centrais do Império que não foram previstos pela Constituição ou que foram previstos de forma apenas colateral, a modificação de elementos do Império através de leis contrárias à sua Constituição ou através dos usos e costumes dos poderes públicos.¹¹⁹

Laband aponta como uma das mutações mais importantes a expansão da faculdade de referendo dos atos do Imperador por meio da legislação e da prática política: a título de exemplo, a Constituição formal previa apenas a existência de um ministro, o qual validaria os atos do Imperador pelo seu referendo, ao tempo em que na prática, essa função se tornara demasiado ampla e inviável, passando a ter sua realização por chefes das administrações do Império aceita.¹²⁰

Embora admitisse a normatividade da Constituição, Laband ressaltava a impossibilidade de controlar juridicamente as mutações constitucionais, o que indicaria que, para o autor, a Constituição não teria superioridade hierárquica sobre as leis do Parlamento.¹²¹ Tal concepção é inadmissível no atual estágio do constitucionalismo.

Após Laband, Georg Jellinek também passa a desenvolver estudos sobre as mutações constitucionais ao perceber que a rigidez constitucional nem sempre seria suficiente para garantir a normatividade da Constituição¹²². Conforme o autor, as mutações constitucionais não ocorrem apenas por meio da atividade legislativa, mas também através de práticas judiciais, administrativas-governamentais e parlamentares, bem como pelo desuso de faculdades estatais¹²³.

A teoria de Jellinek utilizou a intencionalidade como caráter distintivo das mutações e da reforma constitucional. As reformas seriam as modificações da Constituição decorrentes de

¹¹⁹URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p. 108.

¹²⁰*Ibidem*, p. 109.

¹²¹*Ibidem*, p. 110.

¹²²PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 105.

¹²³BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**. Brasília a. 33 n. 129, jan./mar. 1996, pp. 25-43, p.30.

atos voluntários com esta finalidade; as mutações, por sua vez, decorreriam de modificações advindas de ações não intencionadas sem a modificação do texto da Constituição.¹²⁴

Diferentemente das reformas, portanto, para Jellinek, a mutação do texto constitucional possuiria traços de espontaneidade¹²⁵. Konrad Hesse, no entanto, esclarece que não é possível considerar essa característica como constitutiva do conceito de mutação constitucional, apontando que nas mutações decorrentes da interpretação modificada, hipótese mais importante, a modificação não passaria despercebida pelo intérprete¹²⁶.

É importante salientar que Jellinek sofreu grande influência por parte do pensamento de Lassalle e da sua tese da Constituição como “expressão dos fatores e das relações reais de poder”. Essa influência explica a força normativa dos fatos defendida por Jellinek, a qual possibilitaria a evolução do Direito e da normalidade.¹²⁷ Ademais, para o autor, o Direito seria incapaz de dominar completamente a distribuição do poder estatal, pois as forças políticas atuariam independentemente das formas jurídicas.

Há em seu pensamento, conforme se observa, uma necessária integração entre o âmbito jurídico e o político, os quais exerceriam influência um sobre o outro, e, conseqüentemente, sobre a interpretação das disposições do texto da Constituição¹²⁸.

No entanto, para Konrad Hesse, a separação metódica exercida faz com que as modificações da realidade que alteram o Direito Constitucional se situem em uma dimensão extrajurídica, alterando o Direito por fora, sob fundamentos unicamente políticos. Tal base das mutações constitucionais impossibilita a obtenção de parâmetros jurídicos de limitação, ao mesmo tempo que implica a imposição ilimitada e incondicionada do fático.¹²⁹

Em que pesem os esforços empregados por Laband e Jellinek, bem como o mérito dos seus estudos inaugurais, alguns fatores presentes à época obstaram um melhor desenvolvimento do tema das mutações constitucionais. A inexistência de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e a concisão da Constituição alemã de 1871 foram elementos que contribuíram para que os autores não pudessem delimitar com mais precisão os conceitos de reforma e mutação constitucional. Assim, limitaram-se a demonstrar perplexidade diante das

¹²⁴URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p. 110.

¹²⁵AJOUZ, Igor. **Mutação constitucional**: parâmetros de diagnose. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019, p. 94.

¹²⁶HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153.

¹²⁷PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 107-108.

¹²⁸AJOUZ, Igor. *Op. cit*, p. 96.

¹²⁹HESSE, Konrad. *Op. cit*, p. 158.

contradições da realidade fática contraposta ao estabelecido pelo texto constitucional.¹³⁰ Hesse, por sua vez, atribui em parte ao positivismo essas deficiências:

Uma teoria jurídica da mutação constitucional e de seus limites só seria possível com o sacrifício dos pressupostos metódicos básicos do positivismo: a estrita separação entre “Direito” e “realidade”, assim como o que constituiu sua consequência, a rejeição de quaisquer considerações históricas, políticas e filosóficas do processo de argumentação jurídica. Com tais pressupostos resultava impossível resolver juridicamente o problema da influência da “realidade” sobre o conteúdo das normas. Fica-se assim, em descrições empíricas de casos importantes que, sem embargo, precisamente por causa do seu caráter empírico confere ao resultado alcançado o peso semelhante ao da demonstração de uma lei física.¹³¹

A ausência de superioridade hierárquica do texto constitucional sobre as demais leis, percebida nos trabalhos de Laband, possibilitava a solução das alterações fáticas através das mudanças informais da Constituição, de modo a atualizar o seu conteúdo e manter presente a “vontade do Estado”. No entanto, tendo em vista o conteúdo extrajurídico da vontade do Estado, fugia-se do controle do Direito. Assim, ao ignorar a possível relação existente entre o Direito e a Política, Laband não pôde aprofundar as teorias sobre as mutações, além de servir-se do conceito para dissimular violações da Constituição em prol dos interesses do Império.¹³²

O estudo das mutações constitucionais ganhou novo tratamento no período entre guerras e com o surgimento da Constituição da República de Weimar. Foi nesse momento que ocorreram as renovações teóricas do Direito Público na Alemanha. A nova etapa dos documentos constitucionais foi marcada, dentre outros fatores, pela regulação de direitos sociais, além dos individuais, e pelo destaque a mecanismos de controle de constitucionalidade de leis.¹³³ Os escritos sobre Direito Constitucional desse período constituem um antecedente direto para a caracterização das mutações constitucionais.¹³⁴

3.2.2 As contribuições de Hermann Heller e Rudolf Smend para o estudo das mutações constitucionais na República de Weimar

O período entreguerras alemão foi marcado por grande instabilidade. À época, vigia a Constituição alemã de 1919, mais conhecida como Constituição da República de Weimar. O instável cenário alemão foi responsável por inspirar a renovação do Direito Público - os teóricos

¹³⁰URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p. 113.

¹³¹HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157.

¹³²PEDRON, Flávio Quinaud. A mutação constitucional no direito público do Império Alemão: contribuições de Laband e Jellinek. **Quaestio Iuris**. v.12, n. 3, Rio de Janeiro, 2019, pp. 190-211, p.198-199.

¹³³URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. cit.*, p.113-114.

¹³⁴URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. cit.*, p.116.

do país buscavam melhor compreender as possíveis modificações a que as Constituições estariam sujeitas, bem como a relação da Constituição com a realidade política¹³⁵.

A abertura da Constituição vigente a demandas sociais impôs a necessidade de reformular a hermenêutica constitucional. O formalismo presente até então e a desconsideração das circunstâncias fáticas reguladas pelo texto constitucional, ao contrário do pretendido, acabavam por enfraquecer a juridicidade constitucional, tendo em vista as mudanças na realidade e a distância entre fato e norma, comprometendo a força normativa da Constituição. A excessiva rigidez do documento constitucional também tornou importante a mutação constitucional.¹³⁶ Nesse período, autores como Hermann Heller e Rudolf Smend se destacaram e incluíram as mutações constitucionais entre os elementos da teoria da Constituição¹³⁷.

Hermann Heller, possuidor de uma visão crítica ao positivismo formalista de Laband e Jellinek, embora não tenha tratado de forma específica e detalhada sobre as mutações constitucionais¹³⁸, engloba as mudanças informais da Constituição em seus escritos através de uma concepção de Constituição vista sob o prisma da organização material do Estado¹³⁹.

Heller trata a organização como a ação concreta de dar forma à cooperação dos indivíduos e dos grupos que compõem um todo. Para o autor, a Constituição do Estado coincide com a sua organização “na medida em que esta significa a Constituição produzida pela atividade humana consciente e somente ela”, ressaltando que ambas, Constituição e organização, se referem à estrutura de uma situação política real e sujeita a constantes renovações por meio de atos humanos. Heller se alinha a Lasalle ao apontar a determinação da Constituição através das relações reais de poder.¹⁴⁰

Em sua teoria, a Constituição de um Estado é composta por uma Constituição “não normada” (normalidade) e uma Constituição “normada” (normatividade), subdividida em jurídica e extrajurídica, e ambas não podem ser completamente separadas. Heller compreende,

¹³⁵PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 51.

¹³⁶SERAFIM, Matheus Casimiro. A Constituição de Weimar e as mutações constitucionais: contribuições para a compreensão das modificações informais da Constituição. **Revista Diálogo Jurídico**, Fortaleza, vol. 18, n. 1, p. 39/50, jan./jul, 2019, p. 43 e 44.

¹³⁷URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p.116.

¹³⁸ALVES, Pedro de Oliveira. **Mutações constitucionais nos discursos jurídicos: o problema da evolução do direito na teoria da decisão a partir do racionalismo crítico**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021, p. 66..

¹³⁹URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. cit.*, p.116.

¹⁴⁰HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2010, Edição do *Kindle*, capítulo X, seções 5800 e 5806.

assim, que a Constituição de um Estado não se caracteriza apenas pelo comportamento juridicamente normado de seus integrantes, mas também pelas condutas não normadas.¹⁴¹

Dentro da estruturação constitucional proposta por Heller, os elementos normados extrajurídicos correspondem a princípios. A ausência de conteúdo determinado desses princípios, ao contrário dos preceitos jurídicos, seria o fator responsável por possibilitar a sua evolução e o desempenho da função transformadora da Constituição¹⁴².

O teórico teria a compreensão de que as dimensões constitucionais normada e não normada possuiriam uma relação de complementação, uma com a outra, e a normalidade social, em virtude da indeterminação material dos princípios jurídicos, se incorporaria ao campo normativo do Estado, podendo ensejar mudanças na Constituição¹⁴³.

A transformação gradativa dos princípios jurídicos, elementos normados extrajurídicos, portanto, em virtude das mudanças ocorridas na normalidade social, possibilita a permanência e a harmonia das normas diante das mudanças ininterruptas da realidade social. Com a evolução dos princípios, os textos dos preceitos jurídicos podem experimentar uma completa modificação de significado, ainda que o seu texto permaneça imutável.¹⁴⁴

Heller concebe, pois, a mutação constitucional “como a mudança que pode ultrapassar o conteúdo da Constituição normada, ou seja, como aquela mudança que rompe a desejável relação harmoniosa entre a realidade constitucional e o constitucionalmente normado”, estando ela incorporada em uma concepção dinâmica de Constituição.¹⁴⁵

Essa percepção da existência de mútua influência entre a normatividade jurídica e extrajurídica de modo a alterar os significados da Constituição se mostra presente atualmente. Elementos extrajurídicos e comportamentos sociais são trazidos ao debate na interpretação e atribuição de significado à Constituição.

As mudanças na realidade social implicam, necessariamente, a modificação de percepção das pessoas sobre os fatos jurídicos e extrajurídicos, e, conseqüentemente, na forma como são interpretados os dispositivos normativos, dentre os quais se inclui a Constituição. Ao

¹⁴¹HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2010, Edição do *Kindle*, capítulo X, posições 5827 e 5844.

¹⁴²URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p.117.

¹⁴³HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163.

¹⁴⁴HELLER, Hermann. *Op. cit.*, posições 5997.

¹⁴⁵PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 113-114.

mesmo tempo, as mudanças da realidade social devem ser influenciadas e direcionadas pelas disposições constitucionais, não podendo ocorrer à margem desta.

No entanto, embora Heller aponte a mutação como a mudança decorrente dessa relação de influência recíproca e que ultrapassa o conteúdo da Constituição, diante da sua inegável superioridade hierárquica e força diferenciada, atualmente as modificações informais de seus significados devem ocorrer dentro dos limites interpretativos que ela permite, e não de modo a lhe sobrepor.

Rudolf Smend, por sua vez, propõe uma reformulação da Filosofia e da Teoria do Estado, buscando superar as teorias formalistas e realistas, apoiando-se nos trabalhos de Theodor Litt sobre a teoria geral das ciências do espírito¹⁴⁶. Para o autor, somente seria possível traçar uma ideia de Estado, fluxo circular, como uma permanente tensão dialética entre o indivíduo e a sociedade. O Estado faz parte de uma realidade espiritual, não é material nem estático, e tem como núcleo essencial de sua dinâmica a integração, que consiste na constante renovação de suas manifestações.¹⁴⁷ A teoria integrativa de Smend busca a superação da contraposição rígida entre o fático e o normado, enfatizando radicalmente a dinamicidade presente na relação entre Estado e Constituição¹⁴⁸.

Em sua teoria, Smend destaca que, embora a Constituição seja ora associada a uma visão estática, relativa à regulação dos órgãos do Estado e deste em face dos indivíduos, ora a uma concepção de Constituição como produto de uma lei física de soma das forças reais de poder, ambas as concepções não são suficientes para explicar o seu significado. Para o autor, o conceito de Constituição deve se aproximar da ideia de movimento, devendo ser compreendida tanto como norma quanto como realidade.¹⁴⁹

Em consequência desse raciocínio, Smend propõe uma visão da Constituição como unidade, como um fim em si mesma, e, ao mesmo, como uma estrutura complexa. A Constituição, ordem jurídica do Estado, é a forma legal/normativa do seu processo de integração. Como norma, funciona como contenção às forças sociais que estão em permanente ebulição, apesar de não poder prever ou regular todos os aspectos da vida estatal, posto que a

¹⁴⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178.

¹⁴⁷URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p.118-120.

¹⁴⁸VERCCHI, Cristiano Brandão. **A mutação constitucional: uma abordagem alemã**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 64.

¹⁴⁹SILVA, João Paulo Soares e; PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional: história e crítica do conceito**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, edição do *Kindle*, capítulo 3, posição 2875.

dinâmica do Estado produz continuamente situações que não foram previstas expressamente pelo documento constitucional.¹⁵⁰

Em relação às mutações constitucionais, Smend não as aponta como um problema decorrente da tensão entre o ser e o dever ser ou da teoria do Estado, mas sim as relacionam à natureza do Estado, objeto de regulação jurídica pelo seu texto constitucional:

O sentido da Constituição não envolve questões de detalhe, mas, sim, a totalidade do Estado e do seu processo de integração. Como sistema de integração que realiza continuamente esse sentido, o Direito Constitucional deve assegurar o cumprimento de uma tarefa em constante evolução, a ser resolvida da melhor maneira possível. Os fatores que incidem nessa solução modificam-se em consonância com a transformação das circunstâncias: isso poderia conduzir a uma mudança gradual do peso e do nível relativos dos fatores, institutos e normas constitucionais, e também à introdução de novos fatores na vida constitucional.¹⁵¹

A Constituição, elemento regulador das forças sociais, exige uma interpretação flexível, além de possuir os elementos para sua própria transformação através das mutações constitucionais. Para o autor, a ideia de movimento deve ser incorporada à interpretação da Constituição, assim como a compreensão de que cada elemento constitucional compõe um todo, que deve ser considerado na interpretação.¹⁵² Considerando o pensamento de Smend, a Constituição gera os próprios elementos de sua mutação ao regular o processo de integração do Estado¹⁵³.

3.2.3 Hsü Dau-Lin e a sistematização das mutações constitucionais

Atribui-se à Hsü Dau-Lin, jurista chinês, discípulo de Smend, o mérito de sistematizar as mutações constitucionais. Ao escrever sobre as mutações constitucionais em 1932, Dau-Lin desenvolveu uma pesquisa que reuniu os trabalhos desenvolvidos até então sobre o tema, pautando-se nas obras de Laband e Jellinek¹⁵⁴. A importância de seus estudos é enorme – Lucas Verdú, por exemplo, aponta o trabalho de Dau-Lin como sendo o melhor estudo sobre as mutações constitucionais¹⁵⁵.

Diferentemente de seus predecessores, que as analisaram de forma genérica, como parte do conceito de Constituição, ou através da demonstração de perplexidade ante a sua

¹⁵⁰URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p.122.

¹⁵¹HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

¹⁵²PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 114 e 116.

¹⁵³URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. cit*, p.122.

¹⁵⁴PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Op. cit*, p. 119.

¹⁵⁵DAU-LIN, HSÜ. **Mutación de la constitución**. Trad. de Lucas Verdú. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, prefácio.

identificação¹⁵⁶, Dau-Lin buscou ordenar as mutações constitucionais, definindo-as e categorizando-as.

Para o jurista, as mutações estão relacionadas à existência de uma incongruência entre o texto constitucional e a realidade. A realidade a qual a norma constitucional pretende regular não mais coincide com ela, dando lugar a uma tensão entre a Constituição escrita e a real situação constitucional. A ocorrência de uma mutação, todavia, é atribuída às Constituições escritas rígidas, não se verificando em relação às Constituições não escritas, uma vez que, no segundo caso, a Constituição corresponde à vida estatal real. Ainda, ressalta que, quando se garante uma estabilidade superior à Constituição, a tensão entre a realidade constitucional e as normas constitucionais é problemática, e, sendo possível a reforma do texto constitucional, a mutação constitucional deve ser excluída.¹⁵⁷

Dau-Lin afirma que, ao considerar a mutação constitucional a relação incorreta entre a Constituição escrita e a situação constitucional real, é possível identificar quatro tipos de mutações: mutações decorrentes de práticas políticas não previstas e que não contrariam o texto constitucional, mutações por impossibilidade de exercício de competências previstas no texto da Constituição, mutações por práticas políticas contrárias ao texto constitucional e mutações por evolução de interpretação do texto constitucional.¹⁵⁸ Apesar da importância da classificação de Hsü Dau-Lin, ela pode se mostrar imprecisa, havendo em alguns casos a sobreposição e confusão entre as categorias apontadas pelo autor¹⁵⁹.

A primeira hipótese de mutação constitucional apontada por Dau-Lin diz respeito às mutações que ocorrem através da existência de relações jurídicas não previstas pela Constituição e, portanto, não há tensão em relação a uma determinada norma constitucional: há tensão entre a “situação real e a situação desenhada pela Constituição”, e não entre o existente e o prescrito¹⁶⁰. Essas mutações, todavia, não seriam casos decorrentes de lacunas constitucionais, mas sim de novas situações jurídicas que não encontram correspondência no significado da Constituição¹⁶¹.

A segunda categoria apontada pelo jurista chinês é a das mutações oriundas da impossibilidade de exercício de competências constitucionalmente previstas. Conforme o autor,

¹⁵⁶PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 120.

¹⁵⁷DAU-LIN, HSÜ. **Mutación de la constitución**. Trad. de Lucas Verdú. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 29-31.

¹⁵⁸*Ibidem*, p. 31.

¹⁵⁹URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p.126.

¹⁶⁰DAU-LIN, HSÜ. *Op. cit.*, p. 32 (tradução da autora).

¹⁶¹URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. cit.*, p.127.

“o direito atribuído a certos sujeitos se perde ante a impossibilidade de exercê-lo” e, assim, essas disposições constitucionais deixam de corresponder à realidade jurídica¹⁶².

No que concerne às mutações constitucionais decorrentes de práticas contrárias à Constituição, Dau-Lin explica que, nesse caso, a situação de tensão está posta claramente, havendo inequívoca contradição entre o ser e o dever ser. Ocorre, conforme o jurista, através da reforma material da Constituição, através da legislação ordinária ou por meio dos regramentos dos órgãos estatais superiores ou de sua prática¹⁶³. A reforma material da Constituição, cumpre destacar, consiste em leis aprovadas através do procedimento de reforma da Constituição, mas que não modificam o texto da Constituição¹⁶⁴. A possibilidade de mutação constitucional por meio da legislação ordinária é apontada pelo autor com a ressalva de que, nesse caso, a inexistência de instâncias que realizem o exame da constitucionalidade da lei permite o seu ingresso ileso no ordenamento jurídico¹⁶⁵.

Por fim, a quarta possibilidade de mutação constitucional suscitada por Hsü Dau-Lin é a decorrente da interpretação da Constituição. Nesse caso, explica o autor, os preceitos constitucionais são interpretados conforme considerações e necessidades que se modificam ao longo do tempo, ou de maneira distinta daquela pretendida pelo legislador constituinte. Assim, a mutação ocorre quando as normas da Constituição recebem outro conteúdo, conforme seus preceitos regulem novas circunstâncias distintas daquelas anteriormente imaginadas¹⁶⁶.

Além da classificação das mutações, Dau-Lin também busca responder qual a sua fundamentação. O jurista aponta que o fundamento da mutação constitucional reside na natureza do Estado como realidade vital em constante transformação, embora estas não sejam apenas uma imposição dele decorrente e da Constituição como sua regulamentação jurídica: as mutações são, explica, em certa maneira desejadas e favorecidas pelo próprio documento constitucional, postas sua elasticidade e incompletude diante das demandas do Estado.¹⁶⁷

Em outras palavras, conforme explica Konrad Hesse, na teoria de Dau-Lin, a mutação não é mera quebra da Constituição, mas sim algo admitido no Direito e, portanto, Direito, e seu

¹⁶²DAU-LIN, HSÜ. **Mutación de la constitución**. Trad. de Lucas Verdú. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 36 (tradução da autora).

¹⁶³*Ibidem*, p. 39.

¹⁶⁴URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135, p.128.

¹⁶⁵DAU-LIN, HSÜ. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁶⁶DAU-LIN, HSÜ. *Op. cit.*, p. 45 (tradução da autora).

¹⁶⁷DAU-LIN, HSÜ. *Op. cit.*, p. 161-163.

fundamento jurídico consiste no valor único do Direito Constitucional, assim como a necessidade política e as exigências e manifestações de um Estado vital em evolução¹⁶⁸.

Os estudos tradicionais das mutações constitucionais realizados pela doutrina alemã e por Hsü Dau-Lin são essenciais para a sua compreensão e análise crítica na atualidade. Não obstante, para Konrad Hesse, não houve então o desenvolvimento de “parâmetros precisos e demonstráveis” sobre o problema, de modo que não teria sido alcançada uma teoria da mutação constitucional¹⁶⁹.

3.2.4 Konrad Hesse – a mutação como mudança no interior da norma constitucional

Antes de adentrar especificamente nas contribuições de Hesse sobre as mutações constitucionais, é importante salientar o seu posicionamento também contrário à separação estrita entre a norma constitucional e a realidade como proposta pelas doutrinas positivistas.

Há, por sua parte, a defesa de que há uma tensão permanente e não suprimível entre “a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional”, devendo ambas ser consideradas elementos interligados, pois a sua separação implica necessariamente na existência de normas completamente apartadas da realidade fática ou de realidades desprovidas de elementos normativos. Afirma, categoricamente, que as normas constitucionais não possuem existência autônoma à realidade: ao mesmo tempo em que são determinadas pela realidade social, são determinantes em relação à esta.¹⁷⁰

A norma constitucional e a realidade condicionam uma à outra. Konrad Hesse alega, pois, que a força e a eficácia [social] da Constituição residem “na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva”.¹⁷¹

Ao tratar sobre as mutações constitucionais, Hesse adota um conceito estrito, limitando-as à “modificação do conteúdo de normas constitucionais cujo texto não é modificado”. A análise de Hesse tem como ponto de partida as contribuições de Friedrich Müller de que as normas constitucionais não são alheias à realidade, a qual é afetada pelo mandato ou “programa normativo” da norma jurídica, além de lhe ser parte integrante e construtiva. A mutação constitucional deriva de uma mudança ocorrida no interior da norma constitucional: uma vez

¹⁶⁸HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 160.

¹⁶⁹*Ibidem*, p. 165.

¹⁷⁰HESSE, Konrad. **A força normativa da Constitui o**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.10, 14 e 15.

¹⁷¹*Ibidem*, p.18

que, sob esse olhar, a norma jurídica engloba em seu programa normativo a parcela da realidade social que disciplina, as mudanças ocorridas nesse plano fático afetariam o seu conteúdo.¹⁷²

Konrad Hesse, todavia, atento à necessidade de estabelecer limites à ocorrência de mutações, ressalta que apenas os fatos integrantes do programa normativo da norma constitucional teriam a capacidade de ocasionar a sua modificação. Essa limitação, conforme o autor, reduz de forma significativa a discricionariedade para suscitar a presença de uma mutação constitucional.¹⁷³

3.3 A recepção das mutações constitucionais pelo Direito brasileiro

Assim como diversos outros temas jurídicos, as discussões sobre as mutações constitucionais foram incorporadas pelo Direito brasileiro. Doutrina e jurisprudência debruçam-se constantemente sobre o tema. Não há entendimento uniforme sobre o assunto, tampouco aplicação, mas as mutações constitucionais atualmente passaram a integrar cada vez mais as discussões no âmbito do Direito Constitucional brasileiro.

Acerca do surgimento do debate das mutações no Brasil, é importante destacar que, paralelamente, às discussões da doutrina alemã no século XIX, outros países europeus onde presentes Constituições escritas também abordaram as mutações constitucionais, assim como diversos países latinos fizeram menção, sendo dificultosa a determinação dos autores responsáveis pela divulgação dessa teoria no Brasil.¹⁷⁴

Apesar das discrepâncias existentes entre a Constituição e a realidade fática brasileira por ela regulada, observadas desde a fundação da República, pouca foi a atenção inicialmente dada ao tema pelos constitucionalistas brasileiros¹⁷⁵. Embora existam outras menções pontuais anteriores às mutações constitucionais por autores nacionais (Pinto Ferreira e Milton Campos, por exemplo), destaca-se o estudo realizado por Anna Cândida da Cunha Ferraz que analisa as “mudanças não formais” da Constituição, referentes a “todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado”¹⁷⁶.

¹⁷²HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153, 166 e 167.

¹⁷³*Ibidem*, p. 153, 166 e 167.

¹⁷⁴ALVES, Pedro de Oliveira. **Muta es constitucionais nos discursos jurídicos**: o problema da evolu o do direito na teoria da decisão a partir do racionalismo crítico. Tese. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2021, p. 98 e 99.

¹⁷⁵BAINI, Gustavo M. **Teoria da muta o constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Dialética, 2021, edi o do *Kindle*, p. 44-45.

¹⁷⁶FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constitui o**: muta es constitucionais e muta es inconstitucionais. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p 12.

Este consiste no primeiro grande estudo sobre o assunto realizado pela doutrina brasileira, tendo sido elaborado antes da vigência da Constituição de 1988, como resultado da tese de doutorado da autora, defendida em 1986. Conforme Ferraz, seu trabalho buscou não apenas introduzir o tema nos estudos constitucionais brasileiros, mas também questionar os limites da interpretação constitucional diante de uma Constituição escrita e marcada pelos caracteres da rigidez e da supremacia.¹⁷⁷

A partir de lições de Burdeau sobre o poder constituinte, Ferraz relaciona as mutações da Constituição ao denominado poder constituinte difuso, que seria uma forma não organizada do Poder Constituinte. Esse poder teria a capacidade de realizar alterações na Constituição que não a contrariam e por ela são acolhidas, com o escopo de complementar o texto constitucional. Seria uma decorrência lógica, por ser a Constituição obra inacabada e que, para ser efetivamente aplicada, muitas vezes demanda ulterior precisão do seu conteúdo essencial.¹⁷⁸

Tendo em vista que o poder constituinte difuso não é expressamente autorizado, Ferraz explica que ele não teria o condão de alterar a letra e o conteúdo expresso da Constituição, limitando-se a “precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem, todavia, vulnerar a letra constitucional”. As mutações, pois, seriam resultado da atuação desse poder, alterando o sentido da Constituição sem lhe ofender a letra ou o espírito.¹⁷⁹

É importante ressaltar que a tese de que as mutações constitucionais decorrem de um poder constituinte difuso não é unanimemente aceita pela doutrina brasileira, embora seja possível afirmar que é pela doutrina majoritária. A título de exemplificação das divergências existentes quanto a esse ponto do debate, Ajouz ressalta que embora as mutações constitucionais se caracterizem como fenômeno difuso, não se amoldam ao padrão teórico do poder constituinte. Conforme o autor, trata-se de um “fenômeno jurídico conceitualmente autônomo” e que não se equipara ao poder constituinte, demandando parâmetros de identificação e sedimentação.¹⁸⁰

Ferraz indica dois tipos de mutações constitucionais¹⁸¹: aquelas operadas através da interpretação constitucional e aquelas oriundas dos usos e costumes constitucionais¹⁸².

¹⁷⁷FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, introdução à reedição.

¹⁷⁸*Ibidem*, p. 10.

¹⁷⁹*Ibidem*, p. 11.

¹⁸⁰AJOUZ, Igor. **Mutação constitucional**: parâmetros de diagnose. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019, p. 261.

¹⁸¹A classificação das mutações apresentada por Ferraz decorre da adoção, pela autora, dos ensinamentos do jurista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia.

¹⁸²FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Op. cit.*, p. 13.

No que concerne à primeira forma de mutação constitucional apontada pela jurista, é importante destacar que Ferraz atribui a interpretação constitucional não apenas ao Poder Judiciário, mas ressalta a sua realização por outros atores responsáveis pela aplicação da Constituição, bem como por intérpretes alheios a esse processo, à exemplo da interpretação desenvolvida pela doutrina jurídica. Reconhece, todavia, o destaque da atividade interpretativa realizada por aqueles que, por atribuição da própria Constituição, possuem a competência para aplicá-la - a chamada interpretação orgânica.¹⁸³

A autora explica que atividade interpretativa da Constituição se consubstancia em mutação sempre que esse processo altere o seu significado, sentido ou alcance sem a correlata modificação do respectivo texto constitucional. Esse processo, afirma, é influenciado por determinados aspectos dos textos das Constituições, quais sejam: o caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais, a linguagem utilizada, as inevitáveis lacunas e obscuridades presentes, as categorias de normas constitucionais, os métodos interpretativos e a natureza política da Constituição.¹⁸⁴

Em relação à mutação oriunda dos costumes constitucionais, Ferraz inicialmente descreve o costume jurídico, apontando-o, a partir do conceito de Carlos Maximiliano, como a norma jurídica que resulta de uma prática diuturna e uniforme, e que por esse motivo possui força de lei. Também ressalta as funções do costume jurídico indicadas pela doutrina, quais sejam a de preenchimento de lacunas e de elemento de interpretação.¹⁸⁵

Especificamente em relação ao costume constitucional, destaca que, embora parte da doutrina questione a possibilidade de sua existência em ordenamentos jurídicos em que vigente uma Constituição escrita rígida, a argumentação não procede. Ressalta que o fundamento da existência do costume constitucional, nesses casos, encontra-se na inesgotabilidade e permanência do próprio poder constituinte, o qual também se manifesta de forma difusa diante da necessidade de preenchimento de lacunas e de interpretar disposições constitucionais. Através dos órgãos constitucionais responsáveis pela aplicação da Constituição, esse poder atuaria diante das obscuridades e da necessidade interpretativa para aplicação da Constituição, assim como diante de “espaços vazios” que somente normas constitucionais poderiam preencher.¹⁸⁶ O costume constitucional, explica Ferraz, consubstancia-se em mutação

¹⁸³FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 53-54.

¹⁸⁴*Ibidem*, p. 57 e 60-62.

¹⁸⁵*Ibidem*, p. 177 e 181.

¹⁸⁶*Ibidem*, p. 183 e 184.

constitucional quando ocasiona mudança no sentido, significado e/ou alcance das disposições da Constituições, sem lhe alterar a sua letra e o seu espírito.¹⁸⁷

Em contraposição às mutações constitucionais, a jurista também se dedica a expor as mutações inconstitucionais. Esse tipo de mutação é representado pelos processos manifestamente inconstitucionais e pelos processos anômalos. Os primeiros seriam aqueles cujos resultados implicam na alteração da Constituição em contrariedade à sua letra e espírito. Os segundos, por sua vez, são aqueles que representam mudanças constitucionais que se encontram em uma zona de indeterminação, não sendo fácil determinar se violam, e em que grau, o espírito da Constituição. Nesse segundo grupo, estariam a inércia dos Poderes da República em seu atuar constitucional, o desuso constitucional e a mutação tácita de normas constitucionais.¹⁸⁸

As observações realizadas por Anna Cândida da Cunha Ferraz acerca das mutações inconstitucionais acendem o importante alerta de que nem toda mutação constitucional que se pretenda será constitucional. Ao contrário, podem ir de encontro à Constituição, e, nesse caso, é preciso que existam balizas no ordenamento aptas a impedir a sua consolidação. Acatar como válida uma mutação inconstitucional implica, inevitavelmente, o enfraquecimento da ordem constitucional, da imperatividade e superioridade do texto constitucional e, conseqüentemente, do próprio Estado Democrático de Direito.

Raul Machado Horta, na obra “Mudança na Constituição e reforma constitucional”, expôs o entendimento de que as mutações constitucionais não se amoldariam ao sistema das Constituições rígidas, tendo maior compatibilidade “com a plasticidade da Constituição e aos períodos iniciais de funcionamento do regime político”¹⁸⁹. A afirmação do jurista se contrapõe diretamente ao cenário jurídico brasileiro da atualidade, em que, diante de uma Constituição rígida, são suscitadas cada vez mais as mutações constitucionais.

Cármem Lúcia Antunes Rocha, em trabalho publicado em 1993, contribuiu para o estudo das mutações constitucionais no Brasil. Afirma que a Constituição é um direito em construção, e que teria a função de não apenas consolidar garantias aos indivíduos, mas também de libertar,

¹⁸⁷FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 200.

¹⁸⁸*Ibidem*, p. 213.

¹⁸⁹HORTA, Raul Machado. Mudança na Constituição e reforma constitucional. In: **Revista do CAAP – Centro Acadêmico Afonso Pena**, n.1, pp. 17-29, 1996, p. 22.

por ser uma obra aberta. Atribuir um significado fechado e acabado à Constituição implicaria no aprisionamento de ideias e mudanças aos limites das suas normas.¹⁹⁰

Rocha destaca que a possibilidade de mudança da Constituição deriva justamente dessa necessidade de acompanhar a evolução social, e que eventual imutabilidade corroboraria para o desuso e o descaminho legal, uma vez que a sociedade não rompe o seu fluxo histórico, realizando-o ainda que contrariamente às leis ou às suas margens. Não obstante, para a autora, essas modificações devem ser realizadas de forma serena, racional, parcimoniosa e de maneira refletida, para que não se comprometa “toda a construção constitucional” ou a estabilidade do Estado. A previsão pelo poder constituinte originário da forma e dos limites de reforma da Constituição visaria, justamente, a coibir mudanças ousadas e mal refletidas.¹⁹¹

Rocha destaca, então, as mutações constitucionais como mudanças alheias ao exercício da competência constitucional de reforma prevista pelo legislador constituinte. As mutações ocasionariam alterações na Constituição através de costumes constitucionais, da interpretação constitucional judicial, legislativa e administrativa e estariam relacionadas à manifestação do poder constituinte titularizado pelo povo.¹⁹²

Bulos, em sua obra, destaca a impossibilidade de se expurgar as mutações constitucionais da realidade constitucional dos Estados. Ao reconhecer que uma Constituição sofre modificações decorrentes de outros meios além da reforma constitucional, destaca o caráter dinâmico da ordem jurídica como fator de ocorrência das mudanças informais da Constituição. Ao contrário da reforma constitucional, essas mudanças não tiveram estabelecidos pelo poder constituinte “moldes, limites expressos ou requisitos específicos”.¹⁹³

Bulos aponta as mutações constitucionais como “o fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas”, destacando a sua identificação pela doutrina alemã. Ao identificar as Constituições como organismos vivos, destaca que estas acompanham as evoluções sociais, políticas e econômicas das sociedades, sem que seu texto se altere. As mutações, dessa forma, são explicitadas como o processo informal de alteração da Constituição, através do qual se atribui novos significados e conteúdos, por meio da interpretação constitucional, da construção, e dos usos e costumes constitucionais.¹⁹⁴

¹⁹⁰ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. In: **Revista de informação legislativa**, v. 30, n. 120, pp. 159-186, out./dez. 1993, p. 159-161.

¹⁹¹*Ibidem*, p. 164.

¹⁹²*Ibidem*, p. 164-165.

¹⁹³BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53 e 54.

¹⁹⁴*Ibidem*, p. 54 e 57.

Para Bulos não seria possível a estipulação de limites objetivos para as mutações constitucionais. Essa impossibilidade decorreria do fato de serem essencialmente “o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação”.¹⁹⁵

Desse modo, somente poderia haver em relação às mutações constitucionais limites de ordem subjetiva ou mesmo psicológica. Em virtude de suas características, as mutações constitucionais teriam como único limite possível a consciência do intérprete da Constituição de não extrapolar “a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior”¹⁹⁶. Ou seja: a consciência do intérprete em não violar os parâmetros jurídicos traçados pela Constituição.

Também merece destaque artigo publicado por José Afonso da Silva em 1999¹⁹⁷, no qual ele indica as mutações constitucionais como as modificações não formais da Constituição que ocorrem ao longo de sua história, sem que atinjam o texto constitucional.

José Afonso da Silva ressalta que a doutrina tradicional das mutações lhes emprestou uma concepção muito ampla e que enseja uma verdadeira flexibilização das Constituições rígidas, de forma inaceitável, destacando as contribuições de Laband, Jellinek, Heller e Hsü Dau-Lin. Defende que as mutações somente serão válidas quando não contrariem a Constituição, acolhendo o entendimento de Konrad Hesse sobre o estabelecimento de um conceito restrito, atrelando a ocorrência das mutações constitucionais às mudanças da Constituição sem modificação do seu texto.

Também ressalta que, por se inserirem na esfera do Direito Constitucional, o argumento das mutações constitucionais somente pode ser jurídico-constitucional. Isso implica em reconhecer a sua ocorrência conforme exposto por Hesse: através de fatos da realidade que atuam de fora em relação à Constituição, e não como mera decorrência da realidade fática ou da necessidade política. José Afonso da Silva destaca, nesse ponto, que através do princípio da vinculação constitucional todos devem observar suas normas, de forma que não se admite que ocorram situações fáticas ou realidades políticas alheias às regras impostas pela Constituição.

¹⁹⁵BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.

¹⁹⁶BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. In: **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 129, pp. 25-43, jan./mar. 1996, p. 41-43.

¹⁹⁷SILVA, José Afonso da. Mutaciones Constitucionales. In: **Cuestiones Constitucionales**, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, [S.l.], jan. 1999, n.p.

Silva acolhe a defesa de Ferraz de que as mutações constitucionais possuem como fundamento o poder constituinte difuso. Todavia, rechaça a sua ocorrência a partir do costume, do preenchimento de lacunas e do desuso constitucionais.

Para o jurista, não há o que se falar em costume constitucional quando se está diante de uma Constituição rígida, caso em que somente se considera constitucional o que consta de forma explícita ou implícita em seu texto. As lacunas constitucionais, conforme o autor, não existem, pois “não há omissões constitucionais, simplesmente porque o que não consta na Constituição decorre da escolha do constituinte em não transformar em regra constitucional”¹⁹⁸. O desuso, por sua vez, não enseja mutação constitucional pois as competências outorgadas pela Constituição, em regra, são faculdades, e a sua não utilização não implica na sua desclassificação, podendo ser utilizadas a qualquer momento.

Considera válidas as mutações ocorridas por meio dos atos de complementação constitucional, da interpretação e construção constitucional e das práticas político-sociais convertidas em convenções constitucionais, apontando, todavia, a necessidade do estabelecimento de limites às mutações para que se preserve a Constituição.

Posteriormente, ao revisitar o tema, José Afonso da Silva também ressalta que em ordenamentos jurídicos constitucionais que são constantemente sujeitos a reformas, as mutações perdem o seu sentido, tal como ocorre no Brasil.¹⁹⁹ Considerando que a Constituição brasileira atual está vigente há apenas trinta e três anos e já conta com mais de cem emendas, essa observação se mostra bastante pertinente e as mutações certamente devem ser vistas com cautela.

Para além dos trabalhos iniciais sobre as mutações constitucionais, não são poucas as contribuições doutrinárias que se sucederam no Direito brasileiro. Adriano Sant’Ana Pedra, Luis Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes e Caio Blanco de Moraes trouxeram grandes contribuições, além de tantos outros que se propõem a se debruçar sobre o assunto. Trata-se de um tema em constante discussão, sendo motivo de permanentes debates e críticas na doutrina brasileira.

Para Kubliskas, o amplo desenvolvimento e ampliação das discussões e da aplicação das mutações constitucionais se justificam devido a dois fatores. O primeiro diz respeito à inserção do texto constitucional na seara do neoconstitucionalismo e o seu caráter fortemente principiológico e de valorização dos direitos fundamentais, possuindo, dentre outras consequências, a projeção da Constituição sobre vários ramos do Direito, a pretensão clara de

¹⁹⁸Tradução da autora.

¹⁹⁹SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 293.

normatividade e a ampla abertura de seu texto. O segundo fator destacado consiste no fortalecimento do papel do STF de intérprete e guardião da Constituição, conforme será abordado em item posterior deste estudo.²⁰⁰

Embora a ocorrência das mutações constitucionais não seja limitada aos palcos do Poder Judiciário, é nessa esfera que as mutações constitucionais têm se destacado, tendo em vista fatores como a inafastabilidade da jurisdição, o controle de constitucionalidade e as atribuições do STF²⁰¹.

4. MUTAÇÕES POR INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL JUDICIAL E SUAS LIMITAÇÕES

4.1 Mutações constitucionais por interpretação constitucional

As mutações constitucionais inicialmente foram identificadas como resultado da influência do fático sobre o jurídico, e a inexistência de uma plena consolidação dos mecanismos de controle de constitucionalidade na Europa Continental dificultava a garantia da supremacia e da normatividade da Constituição²⁰². Atualmente, porém, tem sido adotado um conceito mais restrito, e a sua ocorrência é comumente relacionada à interpretação constitucional e à evolução dos métodos interpretativos das normas constitucionais.

Como consequência, as mutações constitucionais passam a figurar em debates jurídicos de grande relevância e repercussão social, os quais ocorrem, principalmente, no âmbito do Poder Judiciário. Para além, tal mudança de perspectiva confere maior legitimidade as mutações constitucionais, uma vez que a sua ocorrência passa a observar os marcos normativos da Constituição²⁰³, sob pena de que se incorra em inconstitucionalidade.

Como visto, as Constituições são dotadas de múltiplas características que exigem do intérprete uma atuação mais profunda e complexa. Conforme aponta Luis Roberto Barroso, a Constituição possui uma série de peculiaridades que influem na sua interpretação, como o

²⁰⁰KUBLISCKAS, Welington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 220 e 232.

²⁰¹AJOUZ, Igor. **Mutação constitucional: parâmetros de diagnose**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019, p. 163.

²⁰²KUBLISCKAS, Welington Márcio. *Op. cit.*, p. 76.

²⁰³PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 134.

caráter político, o conteúdo veiculado, a superioridade hierárquica e a natureza da linguagem utilizada em sua elaboração.²⁰⁴ Dentre esses traços, os dois últimos se sobressaem.

No que concerne à superioridade da Constituição, ela influi diretamente e de forma essencial no processo interpretativo, na medida em que todos os demais atos normativos do ordenamento jurídico devem observar as disposições constitucionais, não podendo subsistir validamente quando as contrariem.²⁰⁵

A linguagem do texto constitucional é outro fator determinante. Trata-se de texto com maior abertura, grau de abstração e menor densidade jurídica. Tais características relacionam-se à “veiculação de normas principiológicas e esquemáticas” e à conferência de maior discricionariedade ao intérprete²⁰⁶.

Isso implica dizer que o intérprete constitucional, em sua atividade, tem o papel de densificar, precisar e/ou complementar as normas constitucionais, assumindo, assim, uma função criadora. Essa função, contudo, não acarreta a produção a partir do nada de uma norma, mas sim a tomada de decisões inovadoras pelo intérprete, com base em suas convicções, dentro dos limites de sua discricionariedade.²⁰⁷

As peculiaridades inerentes à Constituição e à sua interpretação, dentre as quais as supramencionadas, possibilitam que, apesar da rigidez constitucional, seja possível que se atualize o sentido e o alcance de tais normas por meio da atividade interpretativa. Nesse processo, novos sentidos e alcances podem ser atribuídos ao texto da Constituição. Não obstante, é preciso que haja um equilíbrio entre essa possibilitada maleabilidade da Constituição e a sua estabilidade, para que não se perca o seu caráter normativo.

A partir da combinação das peculiaridades da linguagem constitucional, “polissêmica e indeterminada”, com aspectos de ordem econômica, social e cultural que, ao mesmo tempo, são disciplinados pela Constituição e com ela dialogam, decorrem mutações constitucionais, permitindo a renovação das “mensagens” estabelecidas pelo constituinte.²⁰⁸

²⁰⁴BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111.

²⁰⁵*Ibidem*, p. 111.

²⁰⁶*Ibidem*, p. 111.

²⁰⁷KUBLISCKAS, Welington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 117 e 118.

²⁰⁸COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Edição do *Kindle*, p. 163.

A mutação constitucional decorrente da atividade interpretativa pode ser vislumbrada por meio da concretização e aplicação das normas constitucionais a um caso concreto. Esse elemento passou a ser incorporado à concepção moderna da interpretação, conforme a qual o fato e a norma não são “elementos distintos e estanques, mas, sobretudo, complementares (reciprocamente condicionantes e condicionados), na formação do fenômeno constitucional”. Dessa maneira, a norma constitucional, produto da interpretação, somente se torna conhecida por meio da interpretação do texto normativo, de sua densificação e aplicação a um caso concreto. Através de uma atividade criadora, ao se deparar com norma constitucional de textura aberta, no caso concreto o intérprete poderá apontar caminhos até então não elegidos e ocasionar mutações na Constituição.²⁰⁹

Embora existam aqueles que defendam que mutação constitucional pode ser sinônimo de interpretação constitucional²¹⁰, a afirmação não é de todo acertada. Conforme esclarece José Afonso da Silva, não é a interpretação constitucional que, por si só, possui o condão de ocasionar a mutação constitucional. Através dela mostra-se que ocorreu uma modificação do objeto interpretado, seja pela evolução da realidade social que disciplina, conforme o texto possua elasticidade suficiente para acomodar a mudança, ou através de alterações semânticas das palavras e expressões normativas do texto constitucional²¹¹.

Ferraz também aponta o momento em que a interpretação se consubstancia em mutação constitucional. Quando a atividade interpretativa confere à Constituição novo sentido, concede um caráter mais amplo, mais abrangente, e com isso faz com que a norma constitucional passe a contemplar situações, comportamentos ou fatos que não foram previstos anteriormente, ou ainda quando lhe imputa novo conteúdo, tem-se a mutação constitucional²¹². A autora especifica as seguintes situações em que a mutação constitucional pela via interpretativa é perceptível:

- a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando

²⁰⁹KUBLISCKAS, Welington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 100 e 120.

²¹⁰CARDOSO, Guilherme Moraes. A mutação constitucional e sua utilização como forma de interpretação: análise crítica frente aos tradicionais mecanismos de adequação do texto com a realidade constitucional. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**. 9. ed, 2016.

²¹¹SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 303.

²¹²FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 57.

há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.²¹³

Já para Barroso nem toda interpretação constitucional criativa corresponde a uma mutação constitucional, a qual se distingue das interpretações construtivas e evolutivas. A interpretação constitucional construtiva ocorre a partir da ampliação do sentido ou da extensão do alcance da Constituição, de modo a criar hipótese de incidência da norma que não foi prevista. Por sua vez, a interpretação evolutiva decorre da aplicação da Constituição a situações e hipóteses que não poderiam ter sido previstas à época da concepção do texto constitucional, mas que são compatíveis com as possibilidades semânticas do texto e com o espírito da Constituição. Já a mutação constitucional decorrente da interpretação da Constituição depende que haja uma modificação de entendimento: é preciso que exista uma divergência entre a interpretação previamente conferida e a que se propõe.²¹⁴

Como se observa, a mutação constitucional que acontece através da via interpretativa é um fenômeno “necessário e inerente à realidade constitucional”, mas não é imune a riscos. Conforme destaca Ferraz, quanto maior o grau de elasticidade da interpretação desenvolvida pelo intérprete constitucional, maiores são os riscos de frustração ou de desvirtuamento do texto constitucional, bem como de princípios que lhe apoiem, acarretando a quebra e a decomposição da juridicidade da Constituição.²¹⁵

Canotilho também aborda o tema de forma cautelosa. Ele exclui a possibilidade de mutações constitucionais operadas por via interpretativa considerando a “rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional”. Destaca que admitir alterações da norma que podem ser abrangidas pelo seu programa normativo é diferente de legitimar alterações que configurem uma “realidade constitucional inconstitucional”. Para o autor, a necessidade de adequação entre o programa normativo e o âmbito normativo justifica a aceitação das modificações que traduzem “a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional” quando não contrariem os princípios estruturais da Constituição, sendo “um acto legítimo de interpretação constitucional”.²¹⁶

²¹³FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 59.

²¹⁴BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, versão do *kindle*, posição 2632 a 2640.

²¹⁵FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Op. cit.*, p. 62.

²¹⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed., 11 reimp. Coimbra: Almedina, p. 1228.

A atividade de interpretação da Constituição, portanto, precisa ser realizada com esmero, sem que se esqueça o papel e a posição ocupada pelo texto constitucional. Esse dever de cuidado é ainda maior quando realizado pelos poderes constituídos, no exercício das competências que lhes foram outorgadas constitucionalmente, haja vista que, nesses casos, a atividade interpretativa se reveste de características e proporciona resultados que impactam de forma especializada o Estado e a sociedade brasileira. Tal dever de cuidado é ainda maior quando se discute a possibilidade de ocorrência de uma mutação da Constituição.

4.1.1 Mutação por interpretação constitucional orgânica

Em um Estado Democrático de Direito, não seria plausível atribuir a interpretação da Constituição apenas aos órgãos do Estado ou aos intérpretes oficiais do Direito. Peter Habërle já destacava a necessidade de garantir que a teoria da interpretação constitucional se desenvolva a partir da influência das lições democráticas, defendendo a ideia de que todos os que vivem em um contexto regulado pela norma constitucional são, de forma direta ou indireta, intérpretes dessa norma, ainda que não se olvide, nesse contexto, da imprescindível importância da jurisdição constitucional, responsável por fornecer a palavra final da interpretação da Constituição²¹⁷.

Admite-se, então, que o exercício interpretativo da Constituição seja desempenhado por outros sujeitos não oficiais, mesmo que se considere a concomitância entre interpretação e aplicação do Direito. Isso se dá pois qualquer pessoa pode criar alguma hipótese de aplicação da norma constitucional, não se limitando esta à aplicação pelos intérpretes formais. Essa interpretação pode ocorrer de várias maneiras, seja por meio da abertura das instituições à participação social em seus processos, fomentando-se o debate de temas constitucionais no seio da sociedade, ou através dos doutrinadores da ciência jurídica, sendo importante destacar que muitas vezes a atividade interpretativa dos cientistas, da sociedade e dos grupos de pressão impulsionam e fundamentam as mutações constitucionais²¹⁸.

Não há como negar a relevância da interpretação constitucional dita não oficial ou inorgânica.

²¹⁷HABÈRLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimp. 2002, p. 13 e 14.

²¹⁸PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 145.

Todavia, para os fins pretendidos neste estudo, é preciso que se ponha em destaque, como objeto de atenção, a interpretação constitucional orgânica ou oficial, que consiste naquela realizada pelos órgãos estatais oficiais dos três Poderes, no exercício de suas competências.

A interpretação constitucional orgânica detém especial importância na identificação das mutações constitucionais. Isso ocorre, pois, a atividade hermenêutica desenvolvida pelos poderes do Estado é qualificada pela soberania estatal, além de deter maior visibilidade, caráter decisório e imperatividade²¹⁹.

Dentre os tipos de interpretação orgânica da Constituição, está a interpretação constitucional legislativa. Essa atividade ocorre pois os textos das Constituições não são aptos a extenuar toda a sua capacidade normativa, ainda que se trate de um texto analítico²²⁰. A interpretação constitucional legislativa, cuja realização se dá por meio dos órgãos legislativos ou pelo chefe do poder executivo, nos limites da competência que lhe é conferida pela Constituição, busca “o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional para o fim de, fixando-lhe o conteúdo concreto, completá-la e, conseqüentemente, dar-lhe aplicação”²²¹.

A interpretação constitucional legislativa terá maior ou menor relevância de acordo com a estrutura e o nível de detalhamento da Constituição de um Estado, seja ela analítica ou sintética. Porém nenhum documento constitucional possui o condão de esgotar completamente a matéria que veicula, de modo que haverá sempre margem para a atuação do intérprete.²²²

Nessa atuação, existe a possibilidade de que o ato legislativo editado, ao fixar o conteúdo concreto do texto constitucional, altere o seu alcance ou o seu significado, ainda que seja mantido o texto original. Em tal situação, estaria caracterizada uma mutação constitucional. A possibilidade de ocorrência de uma mutação constitucional em tais situações, todavia, é mais provável em casos relativos a normas de eficácia contida e limitada, declaratórias de princípios institutivos, organizativos e programáticos²²³.

Kubliskas aponta, no entanto, para uma redução da importância da mutação constitucional por interpretação legislativa a partir da segunda metade do século XX, haja vista o fortalecimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Essa modalidade

²¹⁹AJOUZ, Igor. **Mutação constitucional: parâmetros de diagnose**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019, p. 146.

²²⁰*Ibidem*, p. 148.

²²¹FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 65.

²²²KUBLISCKAS, Welington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 121.

²²³ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 35, abr./jun. 2001.

de mutação, então, teria ocupado a posição de um mecanismo residual de mutação constitucional.²²⁴

É de se rememorar, nesse ponto, os estudos iniciais de Laband sobre as mutações constitucionais. À época, as leis possuíam papel de destaque nas alterações informais da Constituição, mitigando, em determinados momentos, a sua superioridade hierárquica, principalmente ao se considerar a possibilidade de modificação de elementos do Império Alemão por meio de leis contrárias ao seu documento constitucional. A consolidação dos mecanismos de controle de constitucionalidade e a rigidez constitucional torna impensável, atualmente, admitir a possibilidade de que a Constituição sofra um processo de modificação informal por meio da influência da legislação infraconstitucional quando essa interpretação lhe contrariar e mitigar a sua superioridade hierárquica.

Paralelamente à interpretação constitucional legislativa, tem-se a administrativa, que consiste na interpretação da Constituição realizada especialmente pelo Poder Executivo, e, ainda, pelos demais poderes ao realizarem “atribuições de natureza administrativa”²²⁵. Trata-se de modalidade de interpretação constitucional exercida através da elaboração de atos, resoluções ou disposições que visem o cumprimento da Constituição e que não se enquadrem como atos legislativos ou judiciais²²⁶. Nesse cenário, há a ocorrência de mutação constitucional quando ocorra a ampliação ou a restrição do sentido da disposição constitucional por meio da interpretação administrativa²²⁷.

Essa modalidade de interpretação pode ser considerada a mais restritiva dentre as modalidades de interpretação orgânica da Constituição, estando limitada tanto pelo controle de sua constitucionalidade quanto de sua legalidade.²²⁸

Não obstante, tem grande relevância, pois toda atividade interpretativa administrativa objetiva a aplicação da Constituição, seja de forma mediata ou imediata, além de abranger, inclusive, os atos de finalidade política. Ademais, também aponta que o papel do intérprete

²²⁴KUBLISCKAS, Welington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 123.

²²⁵PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 155.

²²⁶ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 35, abr./jun. 2001.

²²⁷PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Op. cit.*, p. 156.

²²⁸KUBLISCKAS, Welington Márcio. *Op. cit.*, p. 124.

administrativo se revela até mesmo em sua omissão quando deve integrar de forma direta ou indireta a eficácia de uma norma da Constituição.²²⁹

Dentre as três possibilidades de interpretação constitucional orgânica, no entanto, se destaca a interpretação constitucional judicial, bem como, conseqüentemente, a mutação constitucional forjada por interpretação constitucional judicial. Ante a repercussão das decisões judiciais e das características que lhe são inerentes, essa forma de mutação tem sido considerada pela doutrina de enorme relevância²³⁰, manifestando-se a partir da atribuição de um sentido diferente de outro que tenha sido anteriormente aplicado a determinado enunciado constitucional, “seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito”²³¹.

Não há como minimizar ou negar a importância do reconhecimento judicial das mutações. Quando uma decisão judicial *lato sensu* indica a ocorrência de uma mutação constitucional, ocorre a ampliação de sua visibilidade e da segurança jurídica a ela relacionada, além da redução da sua informalidade²³².

São fatores contributivos da importância da interpretação constitucional judicial a grande repercussão que as decisões judiciais possuem e as suas características de obrigatoriedade, posto que o Poder Judiciário não pode se eximir de julgar os casos que lhe são postos, de ser uma atividade provocada e realizada no âmbito de um processo judicial, e ainda a sua definitividade, tendo em vista que, em regra, as Cortes Constitucionais possuem a palavra final sobre o significado das disposições constitucionais.²³³

Apesar de a interpretação constitucional judicial poder ser desenvolvida pelos múltiplos órgãos e tribunais que compõem o Poder Judiciário, o STF acumula competências que permitem que a sua atuação tenha um destaque muito maior nas discussões sobre mutações constitucionais. Conforme explica Vieira, a preocupação com a preservação da Constituição contra ataques políticos fez com que o legislador constituinte, ao delimitar os poderes do STF

²²⁹PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 157.

²³⁰FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 102. a

²³¹BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, versão digital, p. 94.

²³²AJOUZ, Igor. **Mutação constitucional**: parâmetros de diagnose. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019, p. 264.

²³³BULOS, Uadi Lâmega. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 133.

no art. 102 da CF, lhe atribuisse amplos poderes de guardião da Constituição, com a designação de funções que usualmente são repartidas entre instituições distintas em outros países²³⁴.

Essa decisão, no entanto, não trouxe apenas consequências positivas. O amplo rol de poderes e funções conferido ao STF faz com que o tribunal tenha uma postura cada vez mais ativa em relação a questões políticas e de estrutura do Estado. Se, por um lado, isso possibilita a correção de eventuais mazelas do sistema brasileiro, por outro, implica em uma influência muito grande sobre os rumos do Estado, ensejando, de certa maneira, um desequilíbrio em face dos demais Poderes. A linha entre o exercício das suas funções constitucionais e a extrapolação de seus limites se torna cada vez mais tênue.

Também é necessário destacar que a convergência no STF de variados assuntos de interesse do Estado e da sociedade faz com que, em várias ocasiões, as alterações informais sejam apresentadas como um argumento para justificar alterações do sentido da Constituição. O fomento de argumentos sob o manto de ocorrência de mutação constitucional para justificar alterações da Lei Maior é temerário e precisa ser observado com atenção e combatido.

Virgílio Afonso da Silva aborda e critica fortemente o uso da mutação como recurso argumentativo para justificar uma interpretação da Constituição meramente conveniente:

Como já foi mencionado, a interpretação constitucional não é um processo de descoberta, mas de atribuição de sentido a dispositivos constitucionais. Como também já foi dito, essa atribuição de sentido não é livre, mas constrangida por elementos linguísticos, metodológicos e institucionais. Decidir controvérsias com argumentos baseados em uma suposta mutação constitucional pode então servir como uma espécie de salvo-conduto para se esquivar desses constrangimentos. Em outras palavras, quando a interpretação que se pretende dar a um determinado dispositivo constitucional simplesmente não se sustenta – ou por ser claramente incompatível com seu texto, ou por não decorrer de um processo metodológico robusto, ou por ignorar decisões anteriores sem que tenha havido mudança social que o justifique –, o recurso a um conceito obscuro como o de mutação constitucional pode ser extremamente útil.²³⁵

Nesse contexto, destaca-se, como exemplo paradigmático, a tese de mutação do art. 52, X da CF, que atribui competência privativa ao Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do [STF]”. A teoria de ocorrência de mutação constitucional do dispositivo foi suscitada inicialmente na Rcl 4.335, e posteriormente no julgamento das ADI’s 3.406 e 3.470. Por meio dessa hipótese, defende-se a atribuição de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em

²³⁴VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo 4(2), p. 441-464, Jul-Dez 2008, p. 447.

²³⁵SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 60.

sede de controle difuso de constitucionalidade, argumentando-se que o art. 52, X da CF teria sofrido mutação constitucional, competindo ao Senado Federal apenas conferir publicidade às mencionadas decisões.

Até que ponto, no entanto, é possível defender essa mutação constitucional, levando em consideração que o STF estaria se imiscuindo nas atribuições constitucionais conferidas a outro Poder em ampliação de sua própria atuação? Para além, não se pode perder de vista que o inciso III do §4º do art. 60 da CF veda expressamente a deliberação de propostas de emendas que tendam a abolir a separação dos Poderes, vedação esta que se estende a retrocessos relativos ao tema.

Em caso mais recente, também se vislumbra o mesmo problema. Trata-se das recentes discussões ocorridas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.524 sobre a possível mutação constitucional do art. 57, § 4º e a possibilidade de reeleição de parlamentares para ocupar o mesmo cargo nas Mesas do Congresso Nacional em eleições subsequentes.

No entanto, é preciso considerar que, se por um lado existe a problemática relativa ao uso que se tem dado ocasionalmente às mutações constitucionais, por outro, ao longo do tempo, ocorreram importantes debates acerca de mutações constitucionais envolvendo e possibilitando a garantia de direitos fundamentais, à exemplo das uniões estáveis homoafetivas. Não é, portanto, uma questão simples: “se a mutação é remédio ou veneno, é algo que dependerá da dose”²³⁶.

Impõe-se, assim, às mutações constitucionais, sobretudo às derivadas da interpretação constitucional judicial, o dever de equilíbrio. Esse equilíbrio, por sua vez, demanda analisar o papel da jurisdição constitucional e a sua influência nos debates das alterações informais da Constituição.

²³⁶ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). **Mutações Constitucionais**. Editora Saraiva, 2016, edição Kindle, posição 367.

4.2 A Constituição de 1988 e o fortalecimento do STF e da jurisdição constitucional

A expansão e o fortalecimento da jurisdição e das Cortes constitucionais, assim como a sua influência no exercício do poder político, não é um fenômeno exclusivamente brasileiro e tem sido objeto de debate em diversos países²³⁷.

A maior parte dos países democráticos atribui parcela do poder político ao Poder Judiciário, e, desde a Segunda Guerra Mundial adotam o modelo de supremacia da Constituição, “tal com interpretada por uma suprema corte ou por um tribunal constitucional”, cabendo-lhes, precipuamente, a proteção das regras democráticas e dos direitos das populações contra eventuais abusos de poder pelas maiorias e a resolução de impasses entre os Poderes.²³⁸

O apreço à normatividade constitucional contribui para o deslocamento de poderes ao âmbito dos tribunais, domésticos ou supranacionais²³⁹. Nesse cenário, também em parte pela entrada em vigor de textos constitucionais que veiculam, além de normas de competências e repartição do Poder, normas que definem objetivos do Estado e direitos fundamentais, a jurisdição constitucional precisou aprender a atuar de forma diferente, com base em novos parâmetros interpretativos que tornam o raciocínio judicial mais complexo²⁴⁰.

Na América-Latina, por exemplo, essa mudança no processo hermenêutico tem colocado em destaque a atuação das Cortes locais na prolação de decisões paradigmáticas sobretudo quanto a direitos sociais, considerando a complexa realidade socioeconômica dos países latinos²⁴¹.

A promulgação de novos textos constitucionais, a centralidade da Constituição dos ordenamentos ao invés das leis e o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, lastreados pela mudança institucional e a criação de tribunais constitucionais, implicaram na

²³⁷BARCELLOS, Ana Paula. STF como fomentador, no ambiente majoritário, do voto com razões. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, edição Kindle, p. 259.

²³⁸BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. In: **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, jun. 2022, p. 4.

²³⁹FIGUEIREDO, Marcelo. As relações entre as cortes ou tribunais constitucionais e os demais poderes do Estado – Perspectivas brasileira e latino-americana. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, edição Kindle, p. 445.

²⁴⁰CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Colombia: Editora Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 162.

²⁴¹FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; ARAÚJO, Sílvia Gabriela Duarte de. O protagonismo das cortes constitucionais na América Latina: a construção de uma nova visão hermenêutica para efetivação de direitos. In: **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 20, n. 110, pp. 113-135, jul./ago. 2018, p. 115.

passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional de Direito²⁴². Nesse contexto, muito tem se questionado acerca da legitimidade das Cortes e Tribunais Constitucionais no mundo inteiro e de sua atuação na jurisdição constitucional.

A atuação desses órgãos se dá por meio dos papéis contramajoritário e representativo. O primeiro, amplamente debatido e comumente aceito, diz respeito ao poder das cortes e tribunais constitucionais de invalidar atos dos demais poderes, os quais são compostos por representantes eleitos democraticamente, de modo que a interpretação da Constituição realizada por poucos ministros não eleitos se sobrepõe à realizada por agentes políticos investidos em mandato representativo. A legitimidade do papel contramajoritário tem sido aceita com base no fundamento da proteção aos direitos fundamentais, às regras democráticas e garantias de participação política.²⁴³

O papel representativo, por sua vez, deflui da crise de representação política vivenciada pelas sociedades democráticas, relacionando-se ao conceito de democracia deliberativa e à legitimação do discurso jurídico. Os diversos problemas e disfunções da política acabam por ensejar nas comunidades um sentimento de desprezo e indiferença em relação aos seus representantes políticos. Nesse cenário, há transferência de parte do poder e da representatividade ao Poder Judiciário, os quais passam a ser legitimados não apenas por votos, mas também se traduzem nas decisões, por meio da argumentação.²⁴⁴ Através do papel representativo das cortes e tribunais constitucionais capta-se a vontade popular majoritária que fora negligenciada pela representação política, traduzindo-a de forma argumentativa²⁴⁵. O discurso produzido e os argumentos aplicados pelos Tribunais e Cortes Constitucionais consistem em um aspecto crucial da legitimação da sua atuação, pois veiculam as razões dessa atividade e de seu resultado decisório, submetendo-se constantemente à análise na comunidade democrática, de modo a permitir avaliar o quanto de democracia existe no exercício da jurisdição constitucional²⁴⁶.

²⁴²BARROSO, Luis Roberto. 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 Editora, 2017, edição Kindle, p. 31.

²⁴³BARROSO, Luis Roberto. 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 Editora, 2017, edição Kindle, p. 47-49.

²⁴⁴*Ibidem*, p. 52 - 54.

²⁴⁵BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, edição Kindle, p. 241.

²⁴⁶VALE, André Rufino do. Argumentação jurídica e legitimidade democrática da jurisdição constitucional. In: **Revista de Interés Público (REDIP)**, a. 1, n. 1, pp. 38-38, 2017, p. 51.

Fala-se ainda no exercício de um papel iluminista pelas Cortes, cabendo-lhes, ocasionalmente e cautelosamente, “empurrar a história”, impulsionando o progresso. Alguns exemplos dessa atuação seria a declaração da ilegitimidade de segregação racial em escolas públicas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Brown v. Board of Education*, a abolição de pena de morte pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, e a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas no Brasil.²⁴⁷

No Brasil, esses papéis são exercidos pelo STF. O seu destacamento se deu, sobretudo, com a superveniência da atual carta constitucional, momento em que passou a acumular determinadas competências e funções que possibilitam e intensificam a confluência de variadas discussões sobre mutações constitucionais nos palcos do tribunal.

Não haveria como ser diferente, pois o art. 102 da CF prevê que compete ao STF a guarda da Constituição. Ao atribuir ao STF esse papel, o legislador constituinte, em outras palavras, o consagrou como maior intérprete da Constituição e como centro da jurisdição constitucional²⁴⁸.

O fortalecimento da jurisdição constitucional exercida pelo STF é uma das características do neoconstitucionalismo que corroboram para o aumento da ocorrência das mutações constitucionais no Brasil, posicionando o tribunal de cúpula do Poder Judiciário como o “principal ator na consolidação e desenvolvimento da Constituição Federal de 1988”.²⁴⁹

Sua criação remonta à origem da própria República Brasileira e à influência do constitucionalismo norte-americano sob o Direito Constitucional brasileiro²⁵⁰. Mas, seu real fortalecimento tem início com a instauração de uma nova ordem constitucional em 1946, com a retomada dos moldes da jurisdição constitucional estabelecidos pela carta de 1934, e, posteriormente, com a emenda constitucional nº 16/65, através da qual foi estabelecida a “representação por inconstitucionalidade”, primeira manifestação concreta de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, com legitimação ativa exclusiva do Procurador-Geral da República²⁵¹.

²⁴⁷BARROSO, Luis Roberto. 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 Editora, 2017, edição Kindle, p. 59-60.

²⁴⁸SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 550.

²⁴⁹KUBLISCKAS, Welington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 241.

²⁵⁰CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, versão digital, p. 319.

²⁵¹KUBLISCKAS, Welington Márcio. *Op. cit.*, p. 243-244.

Todavia, a representação por inconstitucionalidade ainda não ampliou a participação do STF nos “processos político-decisórios”, o qual ainda carecia de força institucional, haja vista a ausência de eficácia vinculante das suas decisões de inconstitucionalidade e a restrição para propositura da representação²⁵².

É a partir da redemocratização e da superveniência da Constituição de 1988 que o STF se estabelece como força e instituição capaz de influenciar os rumos do país. Embora não tenha sido previsto nos moldes de uma verdadeira Corte Constitucional, tendo em vista que detém outras competências além da interpretação e aplicação da Constituição e que não é o único órgão do Poder Judiciário com competência para exercício da jurisdição constitucional²⁵³, como já destacado, o STF foi alçado ao posto de guardião da Constituição, além de acumular um amplo rol de poderes e competências, previstas pelo art. 102 do texto constitucional e, posteriormente, estendidas pela EC 45/04.

Ampliou-se, dessa maneira, a possibilidade de o STF influenciar e até mesmo impulsionar a conjuntura política, social e econômica do país. Esse potencial da Corte é, ainda, acentuado pelo fato de que, no Brasil, inúmeras são as matérias de natureza constitucional, seja formal ou material, e, também, pela ausência de entraves para que o STF aprecie atos dos poderes representativos, incluindo do próprio poder constituinte reformador, fatores que conjuntamente acarretam o controle pelo tribunal tanto da política ordinária quanto da política constitucional.²⁵⁴

O atual texto constitucional, portanto, ampliou sobremaneira o rol de hipóteses de atuação do tribunal. As competências outorgadas ao STF pelo legislador constituinte, para além da interpretação e aplicação da Constituição, possibilitam que o tribunal atue em demandas relativas aos demais poderes do Estado, em discussões de cunho político, econômico e, também, social.

Somada à jurisdição constitucional, o STF exerce, nos moldes da Constituição de 1988, a jurisdição ordinária, a qual se refere aos casos em que o tribunal atua como qualquer outro órgão do Poder Judiciário, aplicando o Direito infraconstitucional a casos concretos cujos

²⁵²CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, versão digital, p. 327.

²⁵³SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 545.

²⁵⁴VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 165.

processamento e julgamento sejam de sua competência²⁵⁵. Foi conferida ao STF competência para atuar de forma originária como tribunal de primeira e última instância em relação a demandas que envolvam determinadas autoridades do Estado, bem como para analisar originalmente “atos secundários do Congresso ou do Executivo, muitas vezes ligados à governança interna desses dois poderes”. Acumulou, também a função de tribunal recursal, cabendo-lhe a análise de inúmeros recursos em último grau de jurisdição²⁵⁶.

Essas atribuições, destaca José Afonso da Silva, dificultam o exercício do papel que lhe foi precipuamente conferido. Não é simples a conciliação da função típica de defesa da Constituição com o julgamento de recursos ou de demandas que detenha a competência originárias. Ao julgar casos concretos, o tribunal, conforme o jurista, ao analisar a história, é impelido a priorizar a decisão da lide, e não os valores da Constituição.²⁵⁷

Quanto às modificações implementadas pela Carta de 1988, manteve-se o sistema misto de controle de constitucionalidade, possibilitando a análise da constitucionalidade das leis e atos normativos de forma difusa ou concentrada. Essa última modalidade, no entanto, foi fortalecida, com a previsão de quatro modalidades de ações objetivas de controle de constitucionalidade, além da ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, da CF/88): a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade (introduzida pela EC 3/93), a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

As ações do controle concentrado de constitucionalidade acima mencionadas possuem regulamentação em lei federal. Nesse ponto, os artigos 27 e 28 da Lei nº 9.868/99, que disciplina a ADI e a ADC, contribuem para o fortalecimento do STF, uma vez que possibilitam ao tribunal, respectivamente, a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como a aplicação das técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto²⁵⁸.

Também merece destaque a previsão no texto constitucional de um amplo rol de legitimados para a propositura das ações do controle concentrado (art. 103), outrora

²⁵⁵BARROSO, Luis Roberto. 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 Editora, 2017, edição Kindle, p. 46.

²⁵⁶VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 167-168.

²⁵⁷SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 545.

²⁵⁸KUBLISCKAS, Welington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 246.

prerrogativa exclusiva do Procurador-Geral da República. Embora a jurisprudência do STF nos anos posteriores tenha sido tendente a restringir o acesso à jurisdição constitucional pelas vias do controle concentrado, criando restrições e distinções entre os legitimados que não foram previstas pelo legislador constituinte²⁵⁹, não se pode negar que, ainda assim, houve avanço nesse ponto e, conseqüentemente, fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade e aumento da importância do STF.

A abertura da proposição das ações constitucionais a atores políticos relevantes tem como consequência a politização do STF, que se torna, em muitas ocasiões, uma “espécie de câmara de revisão de decisões majoritárias a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa”²⁶⁰.

A superveniência da EC 45/04 também corroborou para o fortalecimento do STF e da jurisdição constitucional. Dentre as mudanças realizadas, merece destaque a criação das súmulas vinculantes, que conferiu ao STF a possibilidade de, por meio da decisão de dois terços dos membros da Corte, aprovar súmula com efeito vinculante para a Administração Pública e para os demais órgãos do Judiciário sobre matéria a respeito da qual tenha havido decisões reiteradas.

Também é imprescindível salientar o fato de que a Constituição de 1988 privilegiou a proteção aos direitos fundamentais, reafirmando e ampliando as ações de tutela constitucional desses direitos, à exemplo da previsão do direito de petição, de certidão, o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular, além de ter introduzido o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*. Esse fator possibilitou ao STF atuar de forma decisiva, pela via originária ou recursal, para o desenvolvimento e concretização dos direitos fundamentais.²⁶¹

O fortalecimento da jurisdição constitucional e das competências do STF promovidos pela Constituição de 1988, ao lado da renovação da composição da Corte, possibilitam que,

²⁵⁹O art. 103 da Constituição de 1988 estabeleceu, sem distinções, a legitimação ativa para inauguração das ações do controle de constitucionalidade ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Governador de Estado ou do Distrito Federal, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. No entanto, há de se destacar, nesse ponto, a construção jurisprudencial acerca da existência de legitimados universais e especiais, as interpretações restritivas conferidas às confederações sindicais e, ainda, a restrição atribuída ao conceito de “entidades de classe” (vide

²⁶⁰VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 170.

²⁶¹KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009, p. 248.

atualmente, esta Corte, ao interpretar o texto constitucional, promova releituras e atribua novos significados e alcances às normas constitucionais, principalmente àquelas de caráter aberto referentes aos direitos fundamentais, aos princípios constitucionais e à relação entre os Poderes do Estado. O STF foi elevado, por todos esses aspectos, ao posto de principal agente das mutações constitucionais, as quais, por sua vez, passaram a se destacar no Direito Constitucional brasileiro.²⁶²

4.3 O uso retórico das mutações pelo STF

Conforme amplamente exposto, ao longo dos anos, o STF, paulatinamente, passou a se destacar nas discussões relativas às mutações constitucionais. Seu papel na interpretação da Constituição consiste em um fator decisivo para que as teses de modificação informal da Constituição cheguem à Corte.

Um dos casos de maior destaque e de grande relevância no atual contexto social e político é o reconhecimento pelo STF das uniões estáveis homoafetivas. No julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132 foi conferida interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do CC/02, excluindo-se a possibilidade de qualquer interpretação discriminatória e que obste o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar.

No caso, o STF destacou que o *caput* do art. 226 da CF buscou conferir à família a especial proteção do Estado, e que a Constituição não a restringiu a casais heteroafetivos, devendo ser observada a isonomia entre casais homoafetivos e heteroafetivos e vedada qualquer interpretação reducionista do conceito. Em que pese o art. 226, §3º preconize 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”, o STF entendeu que a Constituição não exclui a possibilidade de que a união estável seja formada por pessoas do mesmo sexo, que a expressão entidade familiar” é aplicada como sinônimo da expressão “família” e que o destaque presente no referido dispositivo a casais formados por um homem e uma mulher decorreria do intuito de “não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas”. O resultado alcançado, cumpre destacar, também não esvazia o significado literal, pois as uniões estáveis heteroafetivas não são prejudicadas de qualquer forma.

²⁶²KUBLISCKAS, Welington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 250.

O reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como família decorreu da interpretação conjunta da proteção já conferida pela Constituição às uniões heteroafetivas com os postulados constitucionais da igualdade e da vedação de discriminação em razão do sexo, tendo, portanto, como fundamento, outras normas do ordenamento. A literalidade do texto funcionou como ponto de partida, sobrevivendo apontamentos sobre a conjuntura social e argumento sistemáticos, de modo a interpretar a norma em questão com as demais que compõem a Constituição.²⁶³

Como resultado, houve a mutação da Constituição, irrompendo nova norma para reconhecer como entidade familiar as uniões estáveis homoafetivas e a elas conferir igual proteção do Estado. O reconhecimento dessa norma pelo STF, por sua vez, traz maior segurança jurídica e previsibilidade para essas famílias.

Não obstante, paralelamente às possibilidades que a atuação do STF pode proporcionar em termos de efetiva realização da Constituição, o que se percebe é que as mutações constitucionais também são suscitadas e cogitadas como um mero argumento retórico, como método de persuasão para obter concordância²⁶⁴ e justificar determinadas alterações jurisprudenciais pretendidas. Nesses casos, a possibilidade de ocorrência de uma mutação constitucional é suscitada como fundamento²⁶⁵ para amparar determinados posicionamentos, os quais por vezes contrariam os limites e o espírito da Constituição.

A retórica e o uso de elementos persuasivos pelos juristas, por si só, não são um problema, pois o direito é immanentemente retórico quanto ao seu vocábulo, discurso e a sua produção de conhecimento²⁶⁶.

Tem-se três dimensões da retórica jurídica, as quais se destacam no processo interpretativo. Primeiramente, distingue-se a retórica material, referente à linguagem empregada pelos juristas nos documentos dotados de autoridade e que decorre da especialização da linguagem comum. Palavras comuns como justiça e liberdade, por exemplo, formam um

²⁶³ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, edição Kindle, posição 382 e 403.

²⁶⁴KRELL, Andreas Joaquim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, vol. 09, nº 01, Rio de Janeiro, 2016, pp. 244-271, p. 245

²⁶⁵JÚNIOR, Clóvis Humberto Lourenço. **Mutações constitucionais e o protagonismo do STF: mudança pela via judicial na era do ativismo**. Dissertação de Mestrado – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2018, p. 158.

²⁶⁶PARINI, Pedro. A análise retórica na teoria do Direito. In: **Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – UFRGS**, Porto Alegre, v. XII, n. 1, pp. 115-135, 2017, p. 116.

“vocabulário essencial” e desempenham funções específicas no âmbito jurídico, podendo coincidir ou não com o seu uso no vocábulo comum.²⁶⁷

A retórica prática da linguagem, consistente no segundo sentido empregado, se relaciona às “estratégias de sistematização, interpretação e manipulação da linguagem material dos textos normativos”, voltada à realização dos discursos persuasivos. Nesse âmbito se inserem as técnicas para manipulação, sem sentido pejorativo, da retórica material como a argumentação e interpretação. A manipulação da vagueza e ambiguidade do vocabulário jurídico é essencial na construção do discurso e para que se aceitem como certas/verdadeiras as afirmações dos juristas.²⁶⁸

Já a retórica em sua dimensão analítica objetiva à análise não dogmática da estrutura e dos fundamentos dos âmbitos material e prático²⁶⁹.

As retóricas material e prática são indissociáveis ao pensar em mutação constitucional. A atribuição de significado aos vocábulos, a argumentação jurídica e o emprego dos métodos de interpretação são necessários para que se obtenha o sentido da Constituição, o qual irá variar conforme o discurso construído.

A utilização instrumental das mutações, todavia, é sem dúvidas inapropriada, e tem como consequência a diminuição do ônus argumentativo dos julgadores e da demonstração de que as suas decisões são adequadas ao Direito, além de muitas vezes desconsiderar os precedentes anteriores do tribunal²⁷⁰.

A mutação se revela como resultado de um processo interpretativo, através da norma constitucional alcançada, e não como o meio para que se alcance um significado pré-concebido. A mutação é resultado do discurso construído através da retórica material e prática, e não um de seus meios.

A utilização instrumental pelo STF das mutações da Constituição se demonstra como um artifício que possibilita ao tribunal “colocar-se alheio a ela, controlá-la, suspendê-la e

²⁶⁷PARINI, Pedro. A análise retórica na teoria do Direito. In: **Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – UFRGS**, Porto Alegre, v. XII, n. 1, pp. 115-135, 2017, p. 118.

²⁶⁸*Ibidem*, p. 117.

²⁶⁹*Ibidem*, p. 121.

²⁷⁰JÚNIOR, Clóvis Humberto Lourenço. **Mutações constitucionais e o protagonismo do STF**: mudança pela via judicial na era do ativismo. Dissertação de Mestrado – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2018, p. 159.

determinar formas e limites de sua aplicação”, havendo, nesse caso, evidente incongruência entre as teorias das mutações constitucionais e a aplicação prática realizada.²⁷¹

A situação, sem dúvidas, merece atenção, haja vista a ampla atuação do STF em relação às mutações constitucionais.

Foram escolhidos, para os fins a que se pretendem este trabalho, dois casos em que se vislumbra o uso indevido das mutações constitucionais pelo STF: a tese de mutação constitucional do art. 52, X, no âmbito da Reclamação 4335, e a tese de mutação constitucional do art. 53, § 4º, desenvolvida da ADI 6524.

A escolha foi feita considerando a ampla repercussão social dos julgamentos e a possibilidade de, através desses casos, identificar limites a serem respeitados em prol da adequada aplicação das mutações constitucionais. A Rcl 4335 tem também a importância de ter sido o primeiro caso que levou ao plenário do STF a discussão sobre a mutação constitucional²⁷².

Ademais, entende-se que não seria viável uma análise pormenorizada de todas as situações de alteração informal da Constituição eventualmente suscitadas e discutidas pelo STF – quantitativamente, utilizando o mecanismo de busca de jurisprudência do site eletrônico do STF, o termo “mutação constitucional” e o operador entre aspas, em setembro de 2022, são encontrados 50 acórdãos e 84 decisões monocráticas.

4.3.1 O caso da mutação do art. 52, X, da CF – o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade

A possibilidade de ocorrência de uma mudança informal do art. 52, inciso X, da Constituição de 1988 é, sem dúvidas, um dos casos mais emblemáticos do país sobre as mutações constitucionais. A matéria tem sido suscitada ao longo dos anos em julgamentos pelo STF, atraindo, também, a atenção da doutrina e dos estudiosos do Direito Constitucional.

O referido dispositivo constitucional versa sobre o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, conferindo-lhe competência privativa para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF”.

²⁷¹SILVA, João Paulo Soares e; PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional: história e crítica do conceito**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, edição Kindle, posição 4005.

²⁷²SANTOS, Carlos Victos Nascimento dos. **STF e mutação constitucional: a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 90.

José Afonso da Silva esclarece que a possibilidade de suspensão da lei declarada inconstitucional consiste em uma competência exclusiva do Senado Federal, ou seja: à exclusão dos demais Poderes e de forma indelegável. Ademais, o exercício dessa competência não é compulsório e sujeita-se a juízo de conveniência e oportunidade do Senado, por se tratar de ato político.²⁷³

A dicção do texto constitucional exige de qualquer dúvida a intenção do constituinte: diferentemente do que ocorre na modalidade concentrada, a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, em regra não possui efeito *erga omnes* e vinculantes e depende da edição de resolução do Senado Federal para que tenha seus efeitos ampliados para além do caso concreto em que haja sido ventilada, ressalvados, obviamente, os mecanismos trazidos à baila pela Constituição de 1988 que possuem tais efeitos, à exemplo das súmulas vinculantes e das decisões proferidas sob a sistemática de repercussão geral.

Exsurgiu, no entanto, a possibilidade de reconhecimento da ocorrência de mutação do texto constitucional. Conforme essa tese, em síntese, o art. 52, X da Constituição de 1988 passaria a veicular unicamente previsão de comunicação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Senado Federal, como forma de dar-lhe maior publicidade, tendo como fundamentos a evolução do ordenamento constitucional e do papel do Judiciário, atribuindo-se automaticamente efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Essa tese foi proposta inicialmente no âmbito do STF pelo Min. Gilmar Mendes quando do julgamento da Reclamação Constitucional 4335²⁷⁴, de sua relatoria, e cujo julgamento se deu no ano de 2014. Houve, na oportunidade, amplo debate entre os ministros componentes da Corte sobre a teoria das mutações constitucionais.

A referida reclamação teve como objeto o descumprimento de decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade (HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio), a qual reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, referente à progressão de regime em casos de crimes hediondos. Na Rcl 4335, alegava-se o

²⁷³SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 419 e 421.

²⁷⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RCL 4335**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/03/2014, DJe 21-10-2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>. Acesso em: 25/04/2022.

descumprimento da decisão de inconstitucionalidade por Juiz de Direito que denegou o pedido de progressão de regime prisional a outros condenados por crimes hediondos.

O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, defendeu a procedência da Reclamação. Em suas razões, suscitou a ocorrência de mutação constitucional do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, defendendo a ideia de que a manutenção do instituto sob a égide da Constituição de 1988 e após o alargamento do controle abstrato de normas e da possibilidade de suspensão liminar da eficácia de normas teria índole unicamente histórica.

O Ministro também destacou as limitações da previsão constitucional. Apontou que a previsão constitucional seria inadequada para os casos em que não há declaração de inconstitucionalidade, mas que fixam orientação de interpretação constitucionalmente adequada/correta ou que realiza interpretação conforme a Constituição, viabilizando controvérsias em virtude da impossibilidade de ampliação da eficácia da decisão pelo Senado. Ainda, destacou sua inaplicabilidade aos casos de declaração de não-recepção de lei pré-constitucional e de afastamento da tese de inconstitucionalidade.

A previsão da reserva de plenário (art. 97, da CF) e a repercussão em outros tribunais das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF foram suscitadas como fundamento da ocorrência de uma evolução no funcionamento do controle difuso de constitucionalidade. Para Gilmar Mendes, a dispensa da reserva de plenário quando preexistente decisão de inconstitucionalidade do STF sobre a matéria anteciparia o efeito vinculante dos julgados da Corte.

O jurista defendeu então, em seu voto, que todas as mudanças ocorridas na jurisdição constitucional e a ampliação sobremaneira do controle abstrato em detrimento do controle difuso e o amplo rol de decisões imbuídas de eficácia geral confluiriam na mutação constitucional do papel do Senado no controle difuso.

Outro argumento suscitado para justificar a ocorrência de mutação constitucional foi o de que a interpretação preponderante sobre o tema, conferida pela doutrina e jurisprudência brasileiras, iria de encontro à teoria da nulidade da lei inconstitucional. A consagração do instituto, para o jurista, iria de encontro à ideia de que a lei inconstitucional é *ipso jure* nula.

Conclusivamente, Gilmar Mendes dispôs sobre a necessidade de reinterpretar o art. 52, X da CF, apontando que as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em controle difuso haveriam de ser dotadas de eficácia geral. Sob seus argumentos, caberia ao

Senado unicamente a publicação da decisão no Diário do Congresso para efeitos de publicidade, já que a própria decisão possuiria a força normativa necessária à ampliação da eficácia.

Em voto-vista, o Min. Eros Grau apontou que a interpretação do relator evidenciara a oposição entre a maleabilidade e a rigidez constitucional, cabendo analisar se a mutação pretendida não ultrapassaria a moldura do texto constitucional em privilégio de interpretação própria e alheia à Constituição.

O Min. Eros Grau destacou a necessidade de apurar, no caso, se, ao ultrapassar o limite textual do art. 52, X, a sua tradição seria mantida e o texto resultante compatível com o todo, com a unidade constitucional. Para o Ministro, a resposta é positiva, destacando a obsolescência da afirmação de competência privativa do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade. Concordou, em seu voto, com a mutação do dispositivo para que se estabelecesse a competência de dar publicidade à decisão do STF.

O entendimento, todavia, não se mostrou unânime. O Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, atentou para a temeridade de declarar uma mutação constitucional em ampliação dos próprios poderes do Tribunal declarante. Destacou que as sucessivas Constituições brasileiras optaram por manter o sistema misto de controle de constitucionalidade e por conferir a um dos órgãos do Poder Legislativo a aptidão de dar, ou não, efeitos gerais à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Apontou, oportunamente, que, embora obsoleto, o mecanismo não carece de combate, uma vez que a reforma constitucional promovida pela Emenda 45/2004, através das súmulas vinculantes, conferiu ao STF uma forma de conferir eficácia geral às declarações incidentais de inconstitucionalidade.

O Min. Joaquim Barbosa também deixou de acompanhar o relator, ressaltando que a suspensão da execução pelo Senado não consiste em obstáculo para que o STF confira ampla efetividade às suas decisões, além de ressaltar a literalidade do texto constitucional e a inexistência de disposições contrárias ou conflitantes. Rechaçou a tese da proposta de mutação constitucional já que haveria apenas a alteração no sentido da norma constitucional pela via interpretativa, e que, mesmo assim, ainda seriam necessários um maior transcurso de tempo para a sua verificação e a dessuetude do dispositivo.

O Min. Ricardo Lewandowski, em voto vista, ressaltou que se trata de competência efetivamente exercida pelo Senado Federal, e que acatar a mutação sugerida implicaria em

verdadeira redução do papel que lhe foi constitucionalmente outorgado, limitando-o a mero divulgador de decisões do STF. Para o Ministro, isso acarretaria verdadeira violação ao sistema de separação de poderes, tendo destacado que o fortalecimento do STF não se deu em detrimento das competências dos demais poderes e que, ainda, a Constituição elencou a separação de poderes como cláusula pétrea do texto constitucional, sequer admitindo proposta de emenda constitucional.

Ressaltou, precisamente, que mesmo os estudiosos das mutações constitucionais reconhecem a sua submissão a limites, e que o texto do art. 52, X, da CF não possibilitaria grandes alterações interpretativas, sendo norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sem conteúdo principiológico.

O Min. Luís Roberto Barroso, por sua vez, destacou que a ocorrência de mutação constitucional tem como um de seus limites a textualidade do dispositivo constitucional, e que a tese proposta não seria compatível com a redação do art. 52, X. Para o jurista, não seria possível interpretar o texto constitucional em contrariedade à sua literalidade. O entendimento de que a literalidade do texto é um obstáculo à ocorrência das mutações constitucionais foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber em seu voto.

Ao final do julgamento em 2014, a tese da mutação constitucional do art. 52, X da Constituição restou vencida. Todavia, as ideias expostas repercutiram grandemente nas discussões brasileiras sobre o tema e a tese de mutação do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade foi novamente trazida à baila no julgamento conjunto das ADI's 3406 e 3470.

Ao menos dois grandes problemas exsurtem da pretendida mutação constitucional do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade e põem em risco a superioridade hierárquica e a normatividade da Constituição de 1988.

O primeiro deles é que a alteração que se pretende fulmina completamente o texto constitucional. Embora a superação da literalidade do texto constitucional não seja por si só um óbice à ocorrência de uma mutação constitucional, a modificação pretendida não pode esvaziá-lo.

É importante destacar que, nesse caso, não se está diante de uma norma principiológica, dotada de abertura e vagueza ou que necessite de complementação. Trata-se de uma norma que veicula regra de organização do Estado, atribuindo competência a um dos três poderes constituídos. É regra constitucional que não viabiliza maiores digressões.

O segundo ponto é que, por meio da mutação pretendida, o STF estaria modificando a Constituição de modo a suprimir uma competência conferida originariamente a órgão do Poder Legislativo, em ampliação de seus próprios poderes. Admitir tal modificação certamente violaria a separação dos poderes, elegida à categoria de princípio fundamental do Estado brasileiro pela Constituição de 1988.

Humberto Ávila destaca precisamente que cada um dos três poderes estabelecidos pela Constituição são por ela legitimados e, também, limitados. Seus órgãos não podem, dessa maneira, atuar além das competências que lhe foram atribuídas e dos limites estabelecidos.²⁷⁵

Ressalte-se ainda que, não obstante os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau tenham defendido a mutação do papel do Senado Federal considerando a aproximação entre os sistemas concentrado e difuso de controle de constitucionalidade, é preciso considerar que, ainda assim, o ordenamento jurídico optou por manter ambas as possibilidades. Embora a manutenção da competência atribuída ao Senado Federal pareça contraditória em um ordenamento que possibilita a edição de súmulas vinculantes e a prolação de decisões com caráter vinculante na via incidental, essa foi a opção do legislador constituinte e foi mantida mesmo após as reformas na organização do Poder Judiciário.

4.3.2 A mutação do art. 57, § 4º da CF e a reeleição para Mesas do Congresso Nacional

Para os fins a que se pretendem este trabalho, também cumpre destacar as discussões que se desenvolveram no âmbito da ADI 6524, proposta pelo Diretório Nacional do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Nesse caso, foi suscitada a inconstitucionalidade do art. 59 do Regimento Interno do Senado Federal e do art. 5º e §1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados²⁷⁶. Buscou-se, por meio da ação do controle concentrado, dar a esses dispositivos interpretação conforme a Constituição para obstar interpretações que violassem o art. 57, § 4º, da CF, o qual, por sua vez, trata da eleição dos membros das Mesas do Congresso Nacional e dispõe ser “vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente”.

Em relação ao Senado Federal, o PTB, ao propor a ADI, defendeu que a interpretação aplicada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal sobre o §4º do art. 57 e veiculada através do Parecer nº 555/1998 não seria compatível com o texto da Constituição.

²⁷⁵ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 22.

²⁷⁶As informações relativas a ADI e aos votos dos ministros foram extraídas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal pelo seguinte endereço: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5972250>. Acesso em: 10 de janeiro de 2021.

Conforme o referido parecer, a recondução ao mesmo cargo da Mesa não seria vedada pela Constituição de 1988 em caso de legislaturas distintas.

Na esfera da Câmara dos Deputados, questionou-se o §1º do art. 5º do Regimento Interno daquela Casa, que desconsidera recondução a eleição para o mesmo caso da Mesa em legislaturas diferentes, ainda que subsequentes. Ou seja: ao desconsiderar como recondução, o órgão superaria a vedação constitucional quando as eleições subsequentes fossem de legislaturas distintas.

Na inicial da ação do controle concentrado, foi exposto que o legislador constituinte não fez qualquer distinção, vedando a reeleição em eleições subsequentes independentemente de se tratar de uma nova legislatura ou não, ressaltando a intenção do constituinte, a defesa do princípio republicano e da alternância de poder, além da importância das Mesas e da sua participação no processo democrático.

Sob esse prisma, as tentativas das casas do Congresso Nacional de ampliar o alcance do texto constitucional seriam inconstitucionais, devendo ser obstadas. Assim, foi requerida a procedência da demanda para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 5º, §1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e ao art. 59 do Regimento Interno do Senado Federal, e vedar as interpretações que ampliem o sentido do art. 57, §4º, da CF, por serem inconstitucionais, estabelecendo, então, que a vedação constitucional à reeleição subsequente nas Mesas do Congresso Nacional se aplica independentemente de ter havido mudança de legislatura.

A tese de mutação constitucional foi suscitada pelo Senado Federal, quando instado a apresentar informações. Sem prejuízo de outros argumentos apresentados, o órgão do Poder Legislativo defendeu que a interpretação do dispositivo constitucional teria originado um costume constitucional parlamentar que foi consolidado, havendo a mutação constitucional do art. 57, §4º. Apresentou o entendimento de que a “força normativa dos fatos” não deve ser menosprezada, e que, ao longo dos anos, sem que houvesse modificação formal do texto do referido dispositivo da Constituição, houve diversas reeleições em eleições subsequentes. Nesse ponto, as práticas do parlamento teriam alterado o significado do texto do art. 57, §4º e ocasionado a mutação constitucional defendida.

O Senado destacou que os órgãos legislativos também ocupam o papel de intérpretes da Constituição, e que a fixação do significado e do alcance do texto constitucional não ocorre apenas através dos meios formais ou do processo legislativo. A interpretação também se daria

através dos costumes parlamentares, os quais teriam a capacidade de conferir novas aplicações à Constituição e ensejar mutações.

Destaca-se, também, na referida prestação de informações, a explanação do Senado Federal sobre os limites das mutações constitucionais. O órgão apontou o entendimento doutrinário de Luís Roberto Barroso, conforme o qual as mutações constitucionais estariam sujeitas a dois limites: as possibilidades semânticas do relato da norma e a preservação dos princípios fundamentais que lhe conferem identidade. Prontamente, indicou que os limites textuais, óbices às mutações, já foram relativizados pelo STF, trazendo à baila a ADI 4.277 em que foi conferida interpretação conforme ao art. 1.723, do CC/02 para reconhecer como entidade familiar as uniões estáveis homoafetivas. Em relação à proteção dos princípios fundamentais, defende sua manutenção em face da redação conferida ao art. 14, §5º pela EC 16/97, que permitiu a reeleição aos cargos do Poder Executivo.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes, relator, entendeu ser possível uma reeleição e que o referido entendimento teria efeitos prospectivos, o que resultaria na possibilidade de reeleição dos atuais presidentes das mesas do Congresso Nacional. A conclusão do relator, ao final, restou vencida, no entanto, a argumentação suscitada merece atenção.

O relator afastou, primeiramente, a tese de violação ao princípio republicano, com base no direito comparado e na história brasileira. Indicou que diversos Estados vinculados ao constitucionalismo moderno admitem a prática de reeleição em suas casas legislativas, sem qualquer limitação. Com base na análise dos regimes da Espanha, Estados Unidos e Inglaterra, o relator afirmou que não mereceria guarida a identificação de um regime político como autoritário ou republicano conforme permita ou proíba a reeleição de ocupantes de cargos diretivos no Parlamento. Para o magistrado, trata-se de prerrogativa própria de organização interna, de um poder instrumental para consecução do objetivo constitucional: a autonomia do Poder Legislativo, “traço elementar do constitucionalismo”.

Além de trazer ao seu voto o Direito comparado, o relator destacou a história institucional quanto à vedação da reeleição no Poder Legislativo no Brasil. O Min. Gilmar Mendes indicou que a proibição de reeleição de membro da Mesa das Casas do Parlamento foi veiculada inicialmente pelo Ato Institucional nº 16/169 e pela EC nº 1/1969 e que, para além de promoção à rotatividade, a medida tinha como escopo embargar o fortalecimento político dos parlamentares e enfraquecer o Congresso Nacional, atribuindo ao dispositivo um caráter de autoritarismo.

O voto ressaltou, então, a autonomia organizacional do Poder Legislativo e a necessidade de lhe garantir um espaço de conformação funcional em virtude das dificuldades e complexidades impostas pela dinâmica política, bem como o reconhecimento pelo Tribunal do “valor da interpretação constitucional levada a feito pelas Casas do Poder Legislativo”. Sobre esse segundo ponto, Gilmar Mendes apontou o MS 34.602/DF²⁷⁷ como exemplo do reconhecimento da legitimidade do parlamento para interpretar e conferir sentido às normas constitucionais que versam sobre sua conformação organizacional.

Foi destacado, ainda, que o art. 57, §4º, possui natureza de norma regimental e que não veicula princípio fundamental do Estado, não sendo, inclusive, norma de reprodução obrigatória pelas Constituições Estaduais. Assim, uma interpretação conforme a Constituição desse texto constitucional pressuporia a sua “harmonização sistemática com o princípio da autonomia organizacional das Casas do Congresso Nacional”, e o sucesso da Constituição demandaria a conjugação entre estabilidade e mudança.

O relator ressaltou ainda que, a partir da EC 16/97 foi autorizada a reeleição de chefes do Poder Executivo, de modo que o sistema constitucional brasileiro não mais seria avesso à reeleição. Tal modificação teria ocasionado um redimensionamento do princípio republicano que possibilitaria realizar uma reeleição sucessiva para o mesmo cargo da Mesa. Essa nova interpretação, por motivo de segurança jurídica, teria aplicação a partir da próxima legislatura.

Nos termos do voto do relator, a interpretação realizada, na prática, teria o condão de modificar a norma que se extrai do art. 57, §4º. Mantendo-se o texto original, este passaria a carregar novo significado, autorizando a reeleição de parlamentares em eleições subsequentes uma vez, independentemente da legislatura.

O voto do relator foi acompanhado pelos ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski. O Min. Nunes Marques também acompanhou o relator, discorrendo que já haveria muitos casos de reeleições nas casas do Congresso Nacional sob distintos fundamentos, e que já teria ocorrido a mutação constitucional do art. 57, §4º, tendo como justificativa para descumprimento do texto a independência do Poder Legislativo e a competência para auto-organização, e como ponto de partida de alteração de contexto o advento da EC 16/97. No entanto, Nunes Marques fez uma ressalva quanto ao voto de Gilmar Mendes no que concerne aos efeitos da mudança de interpretação do dispositivo constitucional,

²⁷⁷Caso que discutiu a possibilidade de reeleição quando o candidato tenha sido eleito para complementar mandato (mandato-tampão).

concluindo ser possível nova eleição subsequente para o mesmo cargo na Mesa Diretora, independentemente de ser na mesma legislatura ou não, mas, destacando não ser possível a aplicação do entendimento para quem já esteja na situação de ter sido reeleito sucessivamente.

Os demais ministros divergiram do voto do relator. A primeira divergência foi feita pelo Min. Marco Aurélio, indicando que a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto pressupõem que o ato normativo seja dotado de ambiguidade que possibilite distintas interpretações, e que não seria o caso do art. 57, §4º, da CF, por ser dispositivo categórico. Ressaltou que o texto constitucional não faz qualquer distinção entre legislaturas para a recondução ao mesmo cargo na eleição imediata, não cabendo ao intérprete imiscuir-se nessa função. Sob esses fundamentos, votou pela procedência parcial do pedido, de modo a declarar inconstitucional o §1º, do art. 5º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

A Min. Carmen Lucia, no que importa a este trabalho, destacou, em seu voto divergente, que a vedação de reeleição em eleições subsequentes foi acolhida pela Constituição de 1988, e que o art. 57 já foi objeto de emenda constitucional (EC 50/2006), tendo sido mantida a vedação, e que isto obstaría o acolhimento da interpretação veiculada no Parecer 555/1998. A Ministra destacou que a norma constitucional é clara ao vedar a reeleição independentemente de mudança de legislatura, e que não cabe às Casas Legislativas estabelecer previsões regimentais contrárias a uma disposição constitucional expressa, nem mesmo sob a alegação de se tratar de matéria *interna corporis*. Ademais, em seu voto, ressaltou entendimento doutrinário conforme o qual o intérprete não está autorizado a concluir de forma contrária aos termos expressos na Constituição e de forma incompatível com seus princípios, e, ao final, votou pela procedência da ação.

A Min. Rosa Weber, dentre outros argumentos, afirmou se tratar de uma regra de proibição, resultante da discricionariedade conferida pela soberania popular ao legislador constituinte, não havendo, no caso, situação anômala ao ordenamento constitucional que justifique a sua inobservância. Merece destaque a reflexão da ministra sobre a missão institucional do STF de garantir a intangibilidade da Constituição: Weber apontou não ser cabível a legitimação de comportamentos transgressores da integridade do ordenamento e o rompimento dos limites semânticos que orientam os processos hermenêuticos, visualizando uma cláusula autorizadora em dispositivo de vedação. A ministra afirmou não ser possível endossar práticas que adulterem o real sentido da Constituição ou de exegeses que “estiquem o

sentido semântico das palavras até que expressem qualquer coisa, e a Constituição já mais nada signifique”.

Em relação ao voto do Min. Luís Roberto Barroso, que entendeu ser possível a reeleição em eleição subsequente apenas no caso de nova legislatura, destacam-se dois argumentos. Primeiramente, o de que o art. 57, §4º, já teria sido objeto de interpretação criativa pelo Poder Legislativo outras vezes, e admitir a possibilidade de reeleição para a mesma legislatura esvaziaria o conteúdo do ato normativo constitucional. Ademais, também não seria possível reconhecer a mutação constitucional do artigo, em virtude de a vedação ter sido mantida na reforma por emenda constitucional do art. 57, e em virtude dos limites semânticos do texto.

O Min. Edson Fachin entendeu em seu voto que seria possível a reeleição desde que em legislaturas diferentes, apontando que ambas as Casas do Congresso Nacional, de forma legítima, restringiram o alcance do dispositivo constitucional às eleições ocorridas dentro da mesma legislatura. Também se apoiou no entendimento de que cada início de legislatura equivale a um novo ciclo para os parlamentares, que depende da obtenção de um novo mandato, e que o adjetivo “subsequente” remete à primeira parte do dispositivo, tendo como marcos temporais “sessões preparatórias”, “a partir de 1º de fevereiro” e “no primeiro ano da legislatura”, restringindo o âmbito de aplicação da vedação. Em relação à reeleição na mesma legislatura, todavia, haveria no texto um “limite intransponível para a Jurisdição Constitucional”, mas este limite poderia ser superado através da modificação do dispositivo pelo processo de emenda constitucional.

Por fim, o Min. Luiz Fux também divergiu do relator. Ressaltou que, quando instado a se manifestar, o STF deve preservar a higidez da Constituição, e que o objetivo primordial da jurisdição constitucional é “transformar os valores cristalizados no texto da Constituição em norma concretamente obedecida no mundo real, fortalecendo em cada cidadão do país o senso de lealdade à ordem jurídica”. Para o Ministro, em conclusão semelhante à exposta pelo Min. Edson Fachin, da leitura do dispositivo constitucional se extrai o impedimento para recondução para o mesmo cargo da Mesa na eleição imediatamente subsequente àquela do primeiro ano da legislatura. Não seria possível aceitar a interpretação pela possibilidade de reeleição quando as eleições ocorram na mesma legislatura sem negar o texto do dispositivo constitucional.

Ao final, a ADI foi julgada parcialmente procedente, e, conferindo interpretação conforme à Constituição aos dispositivos objetos da demanda, concluiu-se, por maioria, que a vedação do §4º, art. 57, da Constituição se aplicaria apenas às eleições subsequentes para o mesmo cargo da Mesa na mesma legislatura.

O que chama atenção na ação em questão, é que, assim como no caso da mutação do art. 52, X, o dispositivo constitucional em questão, o art. 57, §4º, é bastante claro e direto. Não se trata, nesse caso, de debater interpretações distintas, mas sim de ignorar o que o texto da Constituição afirma.²⁷⁸

O voto exarado pelo Min. Gilmar Mendes, na prática, acarretaria o reconhecimento da mutação do dispositivo constitucional, já que seu significado restaria modificado sem que se alterasse o seu texto. A norma extraída daquele ato normativo deixaria de ser de vedação a reeleições subsequentes e passaria a ser a de permissão a uma eleição subsequente. A conclusão proposta ultrapassa todos os limites semânticos do texto constitucional em questão.

No voto do relator, são suscitados vários argumentos para sustentar a tese de mutação proposta. O Ministro destaca que a proibição do art. 57, §4º não é um desdobramento do princípio republicano e que não envolve qualquer princípio fundamental do Estado Brasileiro; também se presta a discorrer sobre a não obrigatoriedade de reprodução do dispositivo pelos Estados-membros e sobre a capacidade de auto-organização do Poder Legislativo. Embora os argumentos suscitados sejam verdadeiros, não são aptos a autorizar que se ignore um dispositivo constitucional originário²⁷⁹.

Os fundamentos expostos não são determinantes para a conclusão que o relator pretendia obter. No entanto, estão corretos no que diz respeito à possibilidade de modificação da regra constitucional. Nada impede que se possibilite a recondução dos parlamentares para o mesmo cargo da Mesa, desde que o art. 57, §4º seja submetido ao processo formal de emenda da Constituição. Admitir a alteração de um dispositivo constitucional através de atos normativos infraconstitucionais, ainda que concernentes à auto-organização do Poder Legislativo, iria totalmente de encontro à supremacia e à rigidez da Constituição.

²⁷⁸ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. **O STF e a reeleição as Mesas do Congresso Nacional: um poder desconstituente?** In: Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-stf-e-a-reeleicao-das-mesas-do-congresso-nacional-um-poder-desconstituente-15122020?amp>. Acesso em: 23/01/2021.

²⁷⁹ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. **O Supremo e a reeleição das mesas no Congresso: entre sofismas e passes de mágica.** In: Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-e-a-reeleicao-das-mesas-no-congresso-entre-sofismas-e-passes-de-magica-10122020?amp>. Acesso em: 23/01/2021.

4.4 A necessidade de limitação das mutações constitucionais no atual Estado Democrático de Direito

As mutações constitucionais são inextirpáveis da vida constitucional dos Estados²⁸⁰. Não obstante e, inclusive, por esse motivo, é preciso que sejam consolidadas as balizas que direcionem a sua aceitação pelo ordenamento jurídico. Admitir a ocorrência de mutações constitucionais sem qualquer parâmetro de validade certamente contrariaria a segurança jurídica dos indivíduos, indispensável em um Estado Democrático de Direito.

É imperioso, portanto, que o ordenamento jurídico e, principalmente, os atores sociais e os intérpretes da Constituição, atuem de modo a garantir que as mutações constitucionais se desenvolvam dentro dos limites traçados pela Constituição. A mudança de perspectiva em relação às mutações e a sua relação com a atividade interpretativa, conforme destacado, permitem que estas se desenvolvam com maior legitimidade e balizamento, sem que violem os marcos normativos da Constituição.

Apesar disso, conforme se verifica através dos casos escolhidos para ilustrar o tratamento que tem sido dado às mutações constitucionais, a realidade muitas vezes diverge da teoria. As mutações têm sido utilizadas pelo STF de forma instrumental na construção de discursos, como um elemento da retórica prática, buscando convencer os demais sobre seus posicionamentos e pretensões de mudanças jurisprudenciais.

O aprofundamento das discussões sobre as balizas que devem direcionar o intérprete da Constituição em relação às mutações constitucionais é urgente. Não é tarefa simples, tratando-se de tema complexo e que enseja acalorados debates. Ainda assim, a doutrina tem se debruçado sobre o assunto e, aos poucos, traçado direcionamentos que orientem os intérpretes da Constituição.

O estabelecimento dessas balizas decorre da supremacia e da força normativa da Constituição, e, considerando a ocorrência das mutações constitucionais como “alterações havidas no âmbito normativo e comportadas pelo processo de concretização”, esses limites estão relacionados ao programa normativo, ao âmbito normativo e à norma de decisão.²⁸¹

Não é pretensão desse trabalho abordar os limites das mutações constitucionais de forma exauriente, mas, apesar da ausência de uma catalogação precisa desses limites, alguns deles se

²⁸⁰BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, prefácio.

²⁸¹PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2020, p. 197 e 202.

destacam e são de grande valia no estudo das mutações constitucionais propagadas pelo Poder Judiciário.

4.4.1 Direitos fundamentais

Ao considerar o atual cenário brasileiro e o protagonismo das mutações constitucionais por meio da atividade interpretativa, não é desarrazoado afirmar que a primeira limitação a ser observada diz respeito aos direitos fundamentais - a ampla proteção à dignidade da pessoa humana é uma marca incontestável do constitucionalismo moderno.

Sem que se adentre nas discussões entre a diferença entre direitos humanos e fundamentais, estes últimos direitos são aqueles “relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado”²⁸². Sob uma perspectiva de definição meramente formal, são “aqueles que a Constituição de 1988 definiu como fundamentais”²⁸³.

A Constituição de 1988 trouxe um grande elenco de direitos fundamentais no seu título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Trata-se, contudo, de um rol não taxativo, pois existem outros direitos fundamentais previstos implicitamente ou dispersos no texto constitucional e em tratados internacionais de que o Brasil participe (art. 5º, §2º, da CF).

Os textos normativos que veiculam os direitos fundamentais, assim como grande parte dos demais dispositivos constitucionais, possuem características que lhe conferem uma maleabilidade mais acentuada. No caso dos direitos fundamentais, essa maleabilidade decorre da linguagem utilizada no texto, da sua abertura a conceitos extrajurídicos, e, também, pela veiculação de princípios.²⁸⁴ Tais características demandam atuação mais ampla e criativa do intérprete do texto constitucional. Seu alcance e sentido é em parte construído retoricamente, podendo ser conduzido em diversas direções²⁸⁵.

As normas constitucionais não podem ser compreendidas separadamente dos desígnios do constituinte, o qual buscou uma estruturação do Estado a partir do respeito e da promoção

²⁸²BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 125.

²⁸³SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 100.

²⁸⁴MEINBERG, Marcio Ortiz. **Direitos fundamentais e mutação constitucional**. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 97.

²⁸⁵BARCELLOS, Ana Paula. STF como fomentador, no ambiente majoritário, do voto com razões. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, edição do *Kindle*, p. 260.

dos direitos fundamentais. Assim, esses direitos não são meras limitações aos poderes constituídos do Estado, os quais devem, ainda, atuar em conformidade com os direitos fundamentais positivados no texto da Constituição.²⁸⁶ Trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Para além de estabelecer direitos subjetivos individuais, os direitos fundamentais também são considerados “elementos objetivos fundamentais da comunidade”²⁸⁷.

Isso implica dizer que, ao interpretar o texto constitucional, bem como o ordenamento infraconstitucional, não se pode perder de vista os direitos fundamentais e a sua proteção. Desse modo, ao interpretar a Constituição e analisar possíveis mutações constitucionais, o intérprete deve estar atento à necessária influência desses direitos sobre todo o ordenamento jurídico, optando pela interpretação que melhor preserve os direitos fundamentais que eventualmente possam ser atingidos.²⁸⁸

Quando a possível mutação constitucional envolve diretamente um direito fundamental, trata-se de um “caminho de via única”, devendo ser sempre observada a progressividade e a impossibilidade de retrocesso em relação a esses direitos.²⁸⁹ Havendo colisão entre direitos fundamentais e os interesses do Estado, portanto, não há como se admitir qualquer mutação da Constituição que implique em retrocesso.

Situação distinta se apresenta quando há colisão entre mais de um direito fundamental, caso em que caberá ao intérprete constitucional adotar o caminho que melhor os compatibilize, através das técnicas interpretativas. Deverá optar pela solução que menos onere os direitos fundamentais envolvidos, e de modo que sejam preservados a sua essência e núcleo essencial²⁹⁰.

Os direitos fundamentais são verdadeiros limites à ocorrência da mutação constitucional, o que se evidencia diante da inclusão da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República.

²⁸⁶BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 104 e 126.

²⁸⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 147.

²⁸⁸MEINBERG, Marcio Ortiz. **Direitos fundamentais e mutação constitucional**. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 101.

²⁸⁹PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 232.

²⁹⁰BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 183.

4.4.2 As cláusulas pétreas

O legislador constituinte, ao editar o texto da Constituição do 1988, preocupou-se em estabelecer um quadro de dispositivos da Constituição que não seriam passíveis de modificação mediante reforma. Trata-se das limitações materiais, que, além de compreender as matérias expressamente excluídas da possibilidade de reforma, também engloba um conteúdo implícito ou inerente²⁹¹.

Comumente chamadas de cláusulas pétreas, revelam obstáculos à reforma constitucional, somente podendo ser superadas por meio da ruptura da ordem constitucional e da superveniência de nova Constituição. Destinam-se a garantir a estabilidade da Constituição e a proteção do seu núcleo essencial, de sua permanência e identidade.²⁹²

No texto constitucional de 1988, o §4º do art. 60 estabeleceu que não podem ser objeto de deliberação as emendas que tendam a abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Ainda, a expressão “tendente a abolir” utilizada pelo legislador constituinte engloba, além das propostas de emenda que violam diretamente as cláusulas pétreas, aquelas que indiretamente as prejudiquem, mas, por outro lado, seriam permitidas as propostas de emendas que se proponham a ampliá-las²⁹³.

Embora as cláusulas pétreas tenham sido estipuladas visando à limitação da reforma formal da Constituição, não se mostra plausível crer que não seriam aplicáveis às mutações constitucionais. Esse raciocínio se impõe, posto que a intenção do constituinte foi a de impedir modificações fundamentais do texto constitucional e preservar a sua integridade²⁹⁴.

No entanto, trata-se de situação complexa: se, por um lado, as cláusulas pétreas constituem um dos limites à ocorrência das mutações constitucionais, por outro, assim como as demais normas constitucionais, são passíveis de protagonizar uma mutação constitucional, haja vista a sua abertura semântica²⁹⁵. Conforme Pedra, a elasticidade e a abertura semântica própria

²⁹¹ SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 273 e 274.

²⁹²PEDRA, Adriano Sant’Ana. Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas. **Derechos y Libertades [online]**, v. 2, n. 22, p. 241-260, 2010, p. 242 e 245.

²⁹³*Ibidem*, p. 247.

²⁹⁴PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 224.

²⁹⁵SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, edição do *Kindle*, posição 12634.

das expressões do art. 60, §4º, da CF possibilitam a evolução do seu conteúdo conforme ocorram mudanças no contexto social²⁹⁶.

4.4.3 Os limites do texto constitucional

Konrad Hesse, diante da insuficiência das teorias sobre as mutações constitucionais da doutrina clássica, foi quem efetivamente impulsionou os estudos acerca dos seus parâmetros e limites. Para o autor, conforme já destacado no capítulo anterior, somente os fatos integrantes do programa normativo do texto da norma poderiam ocasionar mudanças na norma constitucional que dele é extraída, e essa delimitação, por si só, seria apta a reduzir a discricionariedade relativa à invocação das mutações da Constituição ²⁹⁷. A partir desse raciocínio, o autor explica a relação entre a fixação do programa normativo e a limitação das alterações ao texto:

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso também as possibilidades de uma mutação constitucional.²⁹⁸

Para Hesse, considerar os limites semânticos do texto como freio às mutações constitucionais não limitaria a capacidade de adaptação da Constituição, obstando-a de assimilar as modificações históricas e a sua continuidade. Ao mesmo tempo, intensificaria a sua força normativa.²⁹⁹

Anna Cândida da Cunha Ferraz também ressalta a importância do texto da Constituição como óbice a ocorrência de uma alteração informal. Para a autora, as mutações constitucionais “não alteram a letra nem o espírito da Constituição, mas adaptam-na à realidade, atribuindo-lhe

²⁹⁶PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Op. cit.*, 2020, p. 232.

²⁹⁷HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (Org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 168.

²⁹⁸*Ibidem*, p. 168.

²⁹⁹*Ibidem*, p. 170.

novo sentido, renovado significado e ampliando-lhe ou restringindo-lhe o alcance”. Desse modo, a mutação teria como limites a letra e o espírito da Constituição.³⁰⁰

Luis Roberto Barroso, por sua vez, destaca que a capacidade de adaptação da Constituição não pode ocorrer de modo a desvirtuar o seu espírito, e, por isso, seria necessária a observância de dois limites: as possibilidades semânticas do texto da norma e a preservação dos princípios fundamentais responsáveis pela identidade da Constituição. Violados esses limites, para Barroso, haveria uma mutação inconstitucional, que deve ser rejeitada pela sociedade e pelos poderes competentes, pois sua permanência no ordenamento resultaria na ausência de normatividade do texto constitucional.³⁰¹

Percebe-se que as possibilidades semânticas do texto na atividade interpretativa constituem um ponto crucial na teoria dos limites das mutações constitucionais, embora não haja um consenso na doutrina sobre essa limitação.

Acerca do papel dos limites semânticos do texto na atividade interpretativa, Lênio Streck adota uma posição que, se por um lado confere maior segurança jurídica e assegura a superioridade e a normatividade da Constituição, por outro, diminui as possibilidades de contemplação a direitos fundamentais. O autor destaca que a observância aos limites semânticos do texto assegura o combate à discricionariedade, ao ativismo e ao positivismo fático, e, que a livre disposição sobre os sentidos jurídicos de um texto constitui um problema democrático. Nas palavras do autor, “se existe uma liberdade para colar significações nas palavras da lei a ponto de subvertê-las, temos uma afronta à democracia, pois nessa presume-se que o Direito seja resultado de uma construção coletiva, intersubjetiva, e não o produto da consciência individual ou de um colegiado”. Com base nesse raciocínio, por exemplo, Streck afirma que não seria possível o reconhecimento das uniões homoafetivas e que este seria o ônus da democracia.³⁰²

Em outra diapasão, Ajouz entende que a barreira literal do texto da Constituição para a deflagração das mutações constitucionais seria incompatível com a própria viabilidade jurídica

³⁰⁰FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, versão digital, p. 243.

³⁰¹BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, versão digital E-pub, p. 92.

³⁰²STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**. v. 41, n. 135, set./2014, pp. 173-187, p. 174-176 e 183..

das mutações constitucionais, que se propõem justamente a contrariar o texto constitucional em seu sentido hermenêutico literal.³⁰³

Ajouz destaca que se as mutações são mecanismos capazes de informalmente alterar a ordem constitucional e o seu quadro normativo, conseqüentemente elas podem ocasionar modificações que, gramaticalmente, apresentem discrepâncias com o texto constitucional originário. Assim, defende que a barreira literal não pode ser o único e nem o melhor limite para as mutações³⁰⁴, propondo os seguintes parâmetros ao seu reconhecimento: a) que tenha ocorrido forte mobilização argumentativa; b) que a mutação não seja o resultado de um mero esforço discursivo, mas sim de um reconhecimento firme; c) que não decorra de uma “criação hermenêutica unilateral”; d) que não infirme direitos fundamentais, especialmente de minorias divergentes; e) que seja compatível com o ordenamento jurídico sistematicamente considerado; e f) que seja politicamente aceitável considerando a cultura constitucional da sociedade³⁰⁵.

Adriano Sant’Ana Pedra, por sua vez, adota um caminho moderado. Destaca que a imposição de limites às mutações constitucionais é imprescindível, pois, ao mesmo tempo que o texto Constitucional deve exercer uma certa conformidade com a realidade, é preciso que se assegure a sua supremacia normativa. Ao impor o texto constitucional como limite às mutações, não é a letra que funciona como limitação, mas sim a elasticidade que ela permite.³⁰⁶ O limite seria, assim, a elasticidade de interpretação que o texto possui, não se podendo extrair aquilo que ele não suscite na mente do intérprete. Nesses casos, para que se ultrapasse as restrições do texto, impõe-se o uso da reforma constitucional.³⁰⁷ Para o autor, ademais, a elasticidade do texto constitucional a ser considerada como limite para as mutações constitucionais é o texto constitucional como um todo, considerado em sua unidade, e não enunciados isoladamente analisados³⁰⁸.

Os esforços argumentativos empregados pelos juristas para fundamentar a ocorrência de uma mutação constitucional, mormente quando essa confronte o teor literal que inicialmente se extrai do texto, devem ter como balizas os métodos e limites da interpretação constitucional. Seja a partir do emprego dos elementos clássicos, histórico, teleológico, sistemático e

³⁰³AJOUZ, Igor. **Mutação constitucional**: parâmetros de diagnose. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019, p. 246-247.

³⁰⁴*Ibidem*, p. 246-247.

³⁰⁵AJOUZ, Igor. **Mutação constitucional**: parâmetros de diagnose. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019, p. 254.

³⁰⁶PEDRA, Adriano Sant’Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, pp. 7-36, jul./dez. 2010, p. 8-9.

³⁰⁷*Ibidem*, p. 14-17.

³⁰⁸*Ibidem*, p. 20.

gramatical, seja a partir do emprego de técnicas interpretativas próprias do âmbito constitucional, a norma resultante da mutação da Constituição precisa ser construída racionalmente e dentro das possibilidades interpretativas da Lei Maior, considerando os ditames da hermenêutica constitucional.

É importante, todavia, esclarecer que em determinados casos, a elasticidade do texto da Constituição permite que se extraia uma norma que se distancia do texto, e isso não implica, necessariamente, o seu rompimento. Exemplos dessa possibilidade, seriam o conceito de família, ampliado pelo RE 60.657/GO, e o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas (ADPF 132/RJ).³⁰⁹

Diferentemente dos exemplos acima mencionados, no caso da Rcl 4335 e da ADI 6.524, os limites do texto se impõem. Ainda que superada a literalidade do texto, não há possibilidade interpretativa deste que as viabilizem. Ao contrário, os entendimentos pretendidos esvaziam o conteúdo dos dispositivos normativos. O reconhecimento das alegadas mutações da Constituição pelo STF implicaria na supressão da normatividade e da superioridade hierárquica da Constituição, em prol de um entendimento inconstitucional.

Sobre os limites das mutações constitucionais e a superioridade das Constituições, Vega destaca que, historicamente, as Constituições se comportam como um sistema de garantia dos direitos dos cidadãos, obrigando igualmente governantes e governados posto o seu caráter de lei suprema. Por óbvio, a Constituição não poderia prever todos os aspectos da vida no Estado, e por esse motivo haveria as mutações constitucionais. Não obstante, não se pode pôr em xeque seu caráter de lei superior. Enquanto as tensões entre o fático e o normativo não forem incompatíveis, as mutações constitucionais podem subsistir. No entanto, quando essa tensão se torna um perigo que coloca em risco a supremacia constitucional, somente restam as opções de reforma da Constituição ou de negação do valor jurídico da mutação em questão.³¹⁰

A literalidade do texto não deve ser óbice à consagração de direitos fundamentais quando a Constituição, considerando as possibilidades decorrentes dos métodos e limites da interpretação constitucional, possibilite esse entendimento. É o que aconteceu no caso da ADI 4.277 e da ADPF 132. No entanto, interpretações que não possam ser extraídas do texto constitucional, que esvaziem o conteúdo do dispositivo em análise e suprimam a sua

³⁰⁹PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, pp. 7-36, jul./dez. 2010, p. 17-19.

³¹⁰VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madri: Tecnos, [1999-2000?], p. 214-215.

normatividade, como no caso da mutação do art. 52, X e do art. 57, §4º da CF, devem ser rejeitadas, optando-se pela via formal de modificação da Constituição quando presente tais incompatibilidades entre a Constituição e a realidade.

A defesa pelo STF e por parte da doutrina de ocorrências de mutações inconstitucionais remete, inevitavelmente, às lições de Hesse sobre a realização da Constituição. Conforme o autor, a realização da Constituição decorre da sua força normativa, da capacidade de incidir sobre a realidade de forma “determinante e reguladora”, e depende concomitantemente da possibilidade de realização de seus conteúdos e da vontade de Constituição pelos implicados no processo constitucional, da disposição para considerar vinculantes e observar as suas disposições³¹¹. Em outras palavras, é preciso que se deseje realizar a Constituição.

Trata-se de um fator decisivo na prática constitucional, porém, conforme destacado pelo autor há anos, e, ainda sendo pertinente e aplicável à realidade do ordenamento jurídico brasileiro, nem sempre tem predominado o sacrifício de interesses pessoais em prol de um postulado constitucional³¹².

³¹¹HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96-97.

³¹²HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou analisar os processos informais de alteração da Constituição decorrentes da interpretação constitucional judicial, em especial a desenvolvida pelo STF, haja vista a percepção de que em diversas oportunidades as mutações constitucionais foram suscitadas por aquela Corte como argumento retórico para justificar alterações jurisprudenciais, impondo-se o estabelecimento de limites.

Para tanto, foram analisadas nuances da interpretação constitucional e a doutrina clássica das mutações, em contraponto com a sua recepção no cenário jurídico constitucional brasileiro, além das lições doutrinárias sobre a mutação constitucional decorrente da interpretação da Constituição e o papel de destaque desempenhado pelo STF nessa ceara no âmbito da Constituição de 1988. Foi proposta a análise da Rcl 4335 e da ADI 6524 com o escopo de identificar balizas que orientem os intérpretes da Constituição quando da cogitação e reconhecimento de uma mutação constitucional e aprofundar as discussões doutrinárias sobre o tema.

Inicialmente, constatou-se que, para além das indeterminações semânticas naturais da linguagem, o texto constitucional possui características que demandam uma atuação mais dedicada dos seus intérpretes. O alto grau de abstração de suas normas e o uso de termos cujos significados demandam complementação tornam a tarefa de interpretação e aplicação das normas constitucionais mais complexa.

Em virtude dessas características, bem como de fatores como a superioridade hierárquica do texto constitucional, seu caráter político e o seu conteúdo, a atividade interpretativa é mais intensa e não fica imune às pré-compreensões dos intérpretes, de modo que ao longo dos anos foram apontados métodos que buscaram racionalizar a atividade interpretativa. Apesar da remanescente importância do método e dos elementos clássicos de interpretação constitucional, os quais atuam como fio condutor do raciocínio jurídico, foram desenvolvidos também métodos modernos que ampliaram as possibilidades de entendimento na interpretação da Constituição.

Com a evolução das teorias da interpretação constitucional, vem à lume a doutrina da concretização constitucional, que compreende que a interpretação da Constituição somente se realiza diante da análise de casos concretos, não sendo possível desvencilhar-se dos problemas reais que o texto normativo pretende disciplinar.

Nesse ponto, foi dada ênfase à teoria estruturante e ao método de interpretação constitucional apresentado por Friedrich Müller, tendo em vista a sua importância ao estudo das mutações constitucionais. Foi visto que as mudanças que ocorrem na parcela da realidade que compõe o âmbito normativo de uma disposição constitucional influem diretamente na sua significação, pois são elementos integrantes da sua estrutura: a mutação constitucional tem início no âmbito normativo e, no processo de concretização, atinge o programa normativo, produzindo a norma. Uma vez que a parcela da realidade destacada pelo programa normativo compõe a própria estrutura normativa, evita-se a ideia da sobreposição dos fatos em detrimento da normatividade da Constituição, além de o programa normativo estabelecer o campo de atuação possível pelo intérprete.

Posteriormente, foram abordados os estudos inaugurais desenvolvidos pela doutrina clássica alemã sobre as mutações constitucionais, demonstrando que, inicialmente, em virtude da influência do positivismo jurídico e das limitações da jurisdição constitucional, as mutações constitucionais se destacavam e eram relacionadas à prevalência do fático sobre o plano jurídico constitucional. Havia dificuldade em estabelecer parâmetros ou identificar limites à ocorrência das mutações. Somente houve um estudo mais preciso posteriormente, pelo chinês Hsü Dau-Lin, que sistematizou as mutações constitucionais, e por Konrad Hesse que, buscando estabelecer limites à sua ocorrência e com lastro na concretização da Constituição, apresentou a ideia de que somente os fatos componentes do âmbito normativo teriam condão de ensejar as alterações informais da Constituição, estando elas ainda limitadas às possibilidades textuais.

A recepção da teoria das mutações constitucionais pela doutrina brasileira ganhou destaque com os estudos elaborados por Anna Cândida da Cunha Ferraz, que identificou as mutações constitucionais como os processos de alterações constitucionais não decorrentes do poder constituinte derivado, ou seja, aqueles alheios às reformas constitucionais formais. Seu trabalho é de grande importância por suscitar questionamentos sobre os limites da interpretação da Constituição em face da sua superioridade, bem como por apresentar preocupação com as mutações inconstitucionais. Após seus estudos inaugurais, inúmeros foram os juristas brasileiros que se debruçaram sobre o tema, estando ele em constante discussão pela doutrina e pela jurisprudência.

Buscou-se, assim, apresentar a concepção teórica inicial e a evolução da compreensão pelos juristas sobre as mutações constitucionais, possibilitando a comparação com a sua aplicação na atualidade pelos Tribunais e Cortes Constitucionais, especificamente pelo STF, no

atual estágio do constitucionalismo, onde há um deslocamento das atenções, com a preponderância das Constituições dos Estados.

Verificou-se que no atual momento constitucional, as mutações estão relacionadas à interpretação da Constituição, mais precisamente à concretização da Constituição, perspectiva que lhes confere maior legitimidade, tendo em vista que seu desenvolvimento passa a se dar dentro dos marcos normativos da Constituição.

Foram destacadas as possibilidades de ocorrência de mutação constitucional no âmbito da interpretação legislativa e administrativa, mas, principalmente, judicial, constatando-se que as mutações pela via interpretativa têm grande potencial para efetivar as disposições constitucionais, sobretudo em relação a direitos fundamentais, mas ao mesmo tempo demandam equilíbrio para que não ensejem insegurança jurídica e quebra da Constituição.

Foi demonstrado que na vigência da Constituição de 1988 e com a ampliação da jurisdição constitucional, o STF acumulou poderes e competências que lhe permitem atuar em discussões que envolvem os demais Poderes do Estados, bem como matérias de cunho político, econômico e social. Esses fatores o colocaram no centro dos debates sobre possíveis mutações constitucionais.

A ampliação da atuação do STF, não só em relação às mutações constitucionais, se insere em um contexto global de deslocamento de parte do poder político para os Tribunais e Cortes Constitucionais, onde há o protagonismo da normatividade das Constituições e a pretensão de que esses tribunais atuem de modo a proteger os direitos fundamentais dos povos e a coibir violações aos processos democráticos e de participação política. Embora muito se questione sobre a legitimidade da atuação das Cortes e Tribunais Constitucionais, viu-se que essa se reflete em parte através da produção de decisões racionalmente fundamentadas.

No entanto, a partir da análise da Reclamação 4335 e da ADI 6524, observou-se que as mutações constitucionais, em algumas oportunidades, têm sido suscitadas pelo STF como um instrumento retórico na construção dos seus discursos, como fundamento para justificar alterações interpretativas da Constituição que transbordam o seu texto.

Vislumbraram-se duas situações distintas.

A primeira, delas diz respeito a casos que, em julgamento, na busca pela solução do problema apresentado, por meio da atividade interpretativa e através da utilização dos métodos de interpretação constitucional, em um discurso devidamente fundamentado, ocorre a modificação do significado da Constituição. Foi a hipótese do reconhecimento das uniões

estáveis homoafetivas: nesse caso, embora a norma constitucional obtida ultrapasse o sentido literal do texto constitucional, não o viola ou esvazia, pois, as uniões estáveis heteroafetivas se mantêm preservadas, além de assegurar os direitos dos casais homoafetivos, em atenção a comandos constitucionais de igualdade e dignidade.

A segunda situação corresponde ao emprego das mutações de forma instrumental pelos intérpretes para defender um posicionamento, como ocorrido na Rcl 4335 e na ADI 6524. As teses de mutação constitucional do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade e da possibilidade de reeleição para as Mesas do Congresso Nacional. Em ambas as situações, buscava-se superar a literalidade do texto constitucional. No entanto, os resultados pretendidos a partir da argumentação empregada esvaziariam o conteúdo literal dos dispositivos envolvidos, não havendo possibilidade interpretativa que os viabilizasse. A Constituição estaria violada.

Defendeu-se, então, a necessidade de que sejam cada vez mais precisas as balizas que orientam o intérprete constitucional no reconhecimento das mutações constitucionais. A sua sujeição a limites é necessária para que não se afronte a superioridade hierárquica do texto constitucional e a sua normatividade. Dentre esses limites, se destacam os direitos fundamentais, que devem servir de parâmetros para a interpretação e a mutação constitucional, não se admitindo retrocessos, as cláusulas pétreas, para que se preserve a integridade da Constituição, e, por fim as possibilidades e a elasticidade do texto constitucional, sendo ilegítimas as mutações que ultrapassem as suas possibilidades interpretativas.

Demanda-se, assim, que sejam cada vez mais aprofundadas as pesquisas e as discussões sobre as mutações constitucionais e a forma como elas tem sido utilizadas para que a Constituição não reste enfraquecida. O caminho percorrido até a plena normatividade constitucional foi árduo, não sendo possível admitir retrocessos. Muito se tem questionado sobre a legitimidade das Cortes e Tribunais Constitucionais, e o uso retórico das mutações indubitavelmente contribui que esse tipo de dúvida seja levantada.

Não se pode perder de vistas, todavia, o importante papel das mutações na efetivação de garantias e de direitos fundamentais. Justamente por isso é urgente que esses lapsos sejam corrigidos, evitando-se que os riscos da sua aceitação se sobreponham aos ganhos proporcionados.

REFERÊNCIAS

- AJOUZ, Igor. **Mutação constitucional: parâmetros de diagnose**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019.
- ALCALÁ, J. Alberto del Real. Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado. In: SALGADO, David Cienfuegos; LOZANO, Luis Gerardo Rodriguez (coord.). **Estado, Derecho y Democracia em el momento actual**. Contexto y crisis de las instituciones contemporâneas. Monterrey: Editorial FEJ, 2008, pp. 333-358.
- ALVES, Pedro de Oliveira. **Mutações constitucionais nos discursos jurídicos: o problema da evolução do direito na teoria da decisão a partir do racionalismo crítico**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.
- ANDRADE, José Maria Arruda de. Hermenêutica constitucional e a teoria estruturante do Direito. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, a. 15, n. 7, n.p., jul./ set. 2008.
- ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. **O STF e a reeleição as Mesas do Congresso Nacional: um poder desconstituinte?** In: Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-stf-e-a-reeleicao-das-mesas-do-congresso-nacional-um-poder-desconstituente-15122020?amp>. Acesso em: 23/01/2021.
- ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. **O Supremo e a reeleição das mesas no Congresso: entre sofismas e passes de mágica**. In: Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-supremo-e-a-reeleicao-das-mesas-no-congresso-entre-sofismas-e-passes-de-magica-10122020?amp>. Acesso em: 23/01/2021
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco (organizadores). **Mutações Constitucionais**. Editora Saraiva. Edição do Kindle, 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BAINI, Gustavo M. **Teoria da mutação constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Dialética, 2021, edição do *Kindle*.
- BARCELLOS, Ana Paula. STF como fomentador, no ambiente majoritário, do voto com razões. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, edição Kindle.
- BARRETO, Lara Gomes Macedo. **Contribuições aos limites da mutação constitucional sob a perspectiva da teoria estruturante de Friedrich Müller**. Dissertação. Universidade Federal do Espírito Santo, 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. 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 Editora, 2017, edição Kindle.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, versão do *Kindle*.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, versão digital E-pub.

- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo, Saraiva, 2009
- BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. In: **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, jun. 2022.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 107-108.
- BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, edição Kindle.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2000.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **RCL 4335**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ. 21-10-2014.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADI 6523**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ. 05-04-2021.
- BULOS, Uadi Lâmega. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. In: **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 129, pp. 25-43, jan./mar. 1996.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, versão digital.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 11 reimp. Coimbra, Almedina, 2012.
- CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Colombia: Editora Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CARDOSO, Guilherme Moraes. A mutação constitucional e sua utilização como forma de interpretação: análise crítica frente aos tradicionais mecanismos de adequação do texto com a realidade constitucional. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**. 9. ed, 2016.
- CARRÍO, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 6. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. Edição do *Kindle*.
- DAU-LIN, HSÜ. **Mutación de la constitución**. Trad. de Lucas Verdú. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.
- FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; ARAÚJO, Sílvia Gabriela Duarte de. O protagonismo das cortes constitucionais na América Latina: a construção de uma nova visão hermenêutica para efetivação de direitos. In: **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 20, n. 110, pp. 113-135, jul./ago. 2018.
- FIGUEIREDO, Marcelo. As relações entre as cortes ou tribunais constitucionais e os demais poderes do Estado – Perspectivas brasileira e latino-americana. In: VIEIRA, Oscar Vilhena;

GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, edição Kindle.

GUASTINI, Riccardo. **La interpretación de los documentos normativos**. Tradução de César E. Moreno More. 1. ed. Naucalpan de Juárez, Estado de México: CIIJUS, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales: Derecho Global Editores, 2018.

GUIMARÃES, Ulysses. Estatuto do homem, da liberdade e da democracia. In: GUTEMBERG, Luiz (Org.). **Ulysses Guimarães**, 2. ed., p. 448-455. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

HABÈRLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimp. 2002.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205- 240.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2010, Edição do *Kindle*.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. P. 73-100. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional (Selección)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 39

HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. Mudança na Constituição e reforma constitucional. In: **Revista do CAAP – Centro Acadêmico Afonso Pena**, n.1, pp. 17-29, 1996.

JÚNIOR, Clóvis Humberto Lourenço. **Mutações constitucionais e o protagonismo do STF: mudança pela via judicial na era do ativismo**. Dissertação de Mestrado – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2018.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.10, n.1, pp. 295-320, jan./jun. 2014.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36 n. 144 out./dez. 1999.

- KRELL, Andreas Joaquim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, vol. 9, nº 01, Rio de Janeiro, 2016, pp. 244-271.
- KUBLISCKAS, Welington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009
- LARRAÍN, Patricio Zapata. La interpretacion de la constitucion. **Revista chilena de derecho**. Vol. 17, 1990, pp. 161-177.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, edição do *Kindle*.
- MEINBERG, Marcio Ortiz. Direitos fundamentais e mutação constitucional. **Dissertação**. Pontificia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.
- MELLO, Claudio Ari. Bases Teóricas da interpretação constitucional. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.**, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 251-285, out./dez. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, versão digital.
- MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- PARINI, Pedro. A análise retórica na teoria do Direito. In: **Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – UFRGS**, Porto Alegre, v. XII, n. 1, pp. 115-135, 2017.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, pp. 7-36, jul./dez. 2010.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas. **Derechos y Libertades [online]**, v. 2, n. 22, p. 241-260, 2010,
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PEDRON, Flávio Quinaud. A mutação constitucional no direito público do Império Alemão: contribuições de Laband e Jellinek. **Quaestio Iuris**. Vol. 12, nº 3, Rio de Janeiro, 2019, pp. 190-211.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. In: **Revista de informação legislativa**, v. 30, n. 120, pp. 159-186, out./dez. 1993,
- SANTOS, Carlos Victos Nascimento dos. **STF e mutação constitucional**: a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões. Curitiba: Juruá, 2015.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SERAFIM, Matheus Casimiro. A Constituição de Weimar e as mutações constitucionais: contribuições para a compreensão das modificações informais da Constituição. **Revista Diálogo Jurídico**, Fortaleza, vol. 18, n. 1, p. 39/50, jan./jul, 2019.
- SILVA, João Paulo Soares e; PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional**: história e crítica do conceito. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, edição do *Kindle*.
- SILVA, José Afonso da. Mutaciones Constitucionales. In: **Cuestiones Constitucionales**, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, [S.l.], jan. 1999, n.p.
- SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 15.
- SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 768
- SILVA, Kelly Susane Alfen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, edição do *Kindle*.
- STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha**: uma introdução à sua história do século XVI ao XXI. Coordenação Ricardo Campos. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, edição do *Kindle*.
- STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**. v. 41, n. 135, set./2014, pp. 173-187.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, versão digital.
- URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa De La Constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20. n. 58. jan./abr. 2000, 105-135.
- VALE, André Rufino do. Argumentação jurídica e legitimidade democrática da jurisdição constitucional. In: **Revista de Interés Público (REDIP)**, a. 1, n. 1, pp. 38-38, 2017.
- VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madri: Tecnos, [1999-2000?].
- VERCCHI, Cristiano Brandão. **A mutação constitucional**: uma abordagem alemã. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo 4(2), p. 441-464, Jul-Dez 2008.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 35, abr./jun. 2001.