

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-917-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Argumentação e realismo jurídico. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

O Conpedi - Conselho Nacional das Pós-Graduações em Direito, consolidando sua atuação proativa em favor do avanço da pesquisa na área jurídica, assim como em outras tantas que lhe são correlatas, tais como a filosofia do direito, a sociologia do direito, a antropologia, a economia, a criminologia, hospedou e coordenou, por intermédio do VII Encontro Virtual do Conpedi, entre os dias 24 a 28 de junho de 2024, mais uma histórica e produtiva rodada de apresentação de trabalhos científicos e dos consequentes debates acadêmicos, com vistas à construção coletiva do conhecimento jurídico. Espaçados ao longo dos cinco dias, mais de mil trabalhos, entre artigos científicos e painéis, que se viram distribuídos segundo sua pertinência temática, em cerca de quase uma centena de grupos de trabalho (GTs) com vasta diversidade temática, muito justamente com o evento intitulado: “A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE”. Contextualizado em momento de intensa carga de trabalho pedagógico pelo iminente encerramento do semestre de trabalho, com generalizada carência de tempo e recursos para viagens, a iniciativa do Conpedi veio garantir efetividade à pesquisa acadêmica, pela adoção do modelo virtual, o qual viabilizou o encontro de qualidade com o necessário contraste de ideias, sem a necessária logística de um evento presencial. Nem por isso, a estrutura mobilizada e disponibilizada se fez simples; ao contrário, o ferramental disponibilizado pelo Conpedi permitiu com que todos se reunissem com absoluta eficiência e produtividade. Ao Professor-doutor Juraci Mourão Lopes Filho, do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e ao Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), foi atribuída a honrosa tarefa de conduzir os trabalhos do GT 59 - TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO I, cujos trabalhos se dividiram em dois blocos, segundo a matriz teórica adotada ou pelo núcleo do objeto de pesquisa. O primeiro bloco contou com os seguintes trabalhos: 01. A distinção entre normas primárias e secundárias de Herbert Hart, de autoria de Talissa Maciel Melo; 02. A perspectiva moral nos fenômenos sociais: uma análise da agressão moral na violência à luz da teoria de John Rawls, de autoria de Ana Luiza Crispino Mácola, José Claudio Monteiro de Brito Filho e Homero Lamarão Neto; 03. O direito humano à felicidade: uma análise do livro “Desigualdade reexaminada”, de Amartya Sen, de autoria de Helíssia Coimbra de Souza e José Claudio Monteiro de Brito Filho; 04. O direito natural como base metafísica em contraponto ao realismo jurídico, de autoria de Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé e Wilson Franck Junior; 05. Globalização e pluralismo constitucional: uma análise dos âmbitos

sociais parciais e os sujeitos constitucionais, de autoria de Érico Antonio Pereira Santos, Leonel Severo Rocha e Bianca Neves de Oliveira; 06. O ODs nº 5 da ONU, raça, gênero e reparação histórica: da possibilidade de implementação de ações afirmativas no corpo docente da Universidade de São Paulo, de autoria de Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Neide Aparecida de Souza Lehfeld; 07. Promoção de direitos e garantias fundamentais através das dimensões do poder e da participação popular, de autoria de Leonardo Jose Diehl e Adriana Fasolo Pilati. O segundo bloco constou de trabalhos com concentração nas temáticas da prestação da jurisdição em si, seus limites e variações, como a judicialização, o ativismo judicial e a desjudicialização, o interpretativismo e as mutações, a partir dos seguintes trabalhos: 08. Pluralismo jurídico e justiça comunitária: a busca pela solução dos conflitos e o fomento estatal, de autoria de Lucas Manito Kafer e Renata Almeida da Costa; 09. Os limites da mutação constitucional: a delicada questão entre os limites estabelecidos ao STF na sua missão de julgar e o papel reservado ao legislador, de autoria de Eid Badr, Sarah Clarimar Ribeiro de Miranda e Natalia Marques Forte Badr; 10. O princípio da responsabilidade judicativa como chave de leitura para as teorias da decisão judicial, de autoria de Aline de Almeida Silva Sousa; 11. Teoria da Integridade de Ronald Dworkin e o ativismo judicial brasileiro: uma análise do recurso especial nº 1874222 do Superior Tribunal de Justiça, de autoria de João Augusto Pires Mendes e Alberto de Moraes Papaléo Paes; 12. Judicialização da política e diálogo institucional: a legitimação do poder judiciário enquanto detentor da última palavra na garantia dos direitos fundamentais sob a ótica da teoria do diálogo institucional, de autoria de Sara Barros Pereira de Miranda, José Elias Gabriel Neto e Igor Barros Santos; 13. Judicialização e desjudicialização: compreensão da simbiose dos fenômenos na busca pela efetividade do acesso à justiça frente à insuficiência do judiciário e legislativo, de autoria de Erika Araújo de Castro, Clarindo Ferreira Araújo Filho e Danilo Rinaldi dos Santos Júnior; 14. Revisitando a jurisdição: análise da disfuncionalidade do ativismo judicial na perspectiva da unidade do direito como sistema social, de Cassius Guimaraes Chai, Tuane Santanatto Nascimento Santos e Isadora Silva Sousa. Na oportunidade da condução dos trabalhos, pode-se testemunhar a dedicação dos autores, desde a meticulosidade da preparação das pesquisas ao rigor na liturgia analítica e à criatividade das integrações cognitivas. Seguro de cumprir o papel articulador de iniciativas de fomento à pesquisa jurídica, o Conpedi nos autoriza a oferecer ao prezado leitor o compartilhamento dos ricos conteúdos versados. Desejamos uma excelente leitura!

Professor-doutor JURACI MOURÃO LOPES FILHO, do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Coordenador do Mestrado Acadêmico em Direito da Unichristus. Doutor em Direito Constitucional (UNIFOR), Mestre em Direito e Desenvolvimento (Universidade

Federal do Ceará - UFCE), pós-graduado em Direito Processual Civil (Universidade Federal do Ceará - UFCE), graduado em Direito (Universidade Federal do Ceará - UFCE), Procurador do Município de Fortaleza-CE e advogado OAB-CE.

<http://lattes.cnpq.br/0257488574733726>

Professor-doutor ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós-doutor em Direito e Ciência Política (Université de Paris X - França), Doutor em Direito Público e Evolução Social (UNESA), doutorando em Filosofia do Direito (Universität zu Kiel – Alemanha), Mestre em Direito e Economia (UNIG), posgraduação em Jurisdição Constitucional (Universidad Castilla-La Mancha – Espanha) pós-graduado em Educação (UFRJ), graduado em Direito (UERJ), advogado OAB-RJ.
<http://lattes.cnpq.br/1275400369932551>

LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: A DELICADA QUESTÃO ENTRE OS LIMITES ESTABELECIDOS AO STF NA SUA MISSÃO DE JULGAR E O PAPEL RESERVADO AO LEGISLADOR

LIMITS OF CONSTITUTIONAL MUTATION: THE DELICIOUS ISSUE BETWEEN THE LIMITS ESTABLISHED FOR THE STF IN ITS MISSION OF JUDGING AND THE ROLE RESERVED TO THE LEGISLATOR

Eid Badr ¹
Sarah Clarimar Ribeiro de Miranda ²
Natalia Marques Forte Badr ³

Resumo

O presente artigo tem como objetivo examinar os limites à mutação constitucional relacionados à missão de julgar do Supremo Tribunal Federal e o papel reservado pelo constituinte originário ao legislador. De início, parte-se do exame acerca das considerações sobre a interpretação e da hermenêutica constitucional para se extrair o real sentido da norma jurídica. Na sequência aborda-se sobre a importância da Força Normativa da Constituição, teoria de Konrad Hesse. Em seguida, ressalta-se o conceito da técnica de mutação com destaque para alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e, ao final, examina-se os limites à mutação constitucional que o Supremo Tribunal Federal deve observar ao julgar e o papel reservado ao legislador pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A metodologia aplicada foi o método dedutivo, utilizando-se os meios descritivo, bibliográfico, doutrinário e jurisprudencial. No tocante aos fins, a pesquisa será qualitativa. Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal ao aplicar a mutação constitucional deve observar os limites da hermenêutica, ou seja, observar a possibilidade semântica da interpretação e, observar ainda aos limites fixados no próprio texto da constituição, garantindo assim o respeito às funções legislativa, a ordem constitucional e o equilíbrio do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional, Mutação constitucional, Limites, Supremo tribunal federal, Poder legislativo

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to examine the limits to constitutional change related to the Federal

¹ Pós-Doutor em Direito pela URI/RS, Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor Associado da UEA, integrante da Coordenação do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Ambiental da UEA

² Mestranda em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), integrante do Grupo de Pesquisa Direito Educacional Ambiental – UEA/CNPq. Servidora Pública.

³ Pós-graduada em Direito pela Anhanguera, integrante do Grupo de Pesquisa Direito Educacional Ambiental – UEA/CNPQ. Advogada.

Supreme Court's mission of judging and the role reserved by the original constituent for the legislator. To begin with, we begin by examining considerations regarding interpretation and constitutional hermeneutics to extract the real meaning of the legal norm. Next, we discuss the importance of the Normative Force of the Constitution, theory by Konrad Hesse. Next, the concept of the mutation technique is highlighted, highlighting some judgments of the Federal Supreme Court and, finally, the limits to constitutional mutation that the Federal Supreme Court must observe when judging and the role reserved to the legislator by the Federal Supreme Court are examined. Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The methodology applied was the deductive method, using descriptive, bibliographic, doctrinal and jurisprudential means. Regarding the purposes, the research will be qualitative. It is concluded that the Federal Supreme Court, when applying constitutional mutation, must observe the limits of hermeneutics, that is, observe the semantic possibility of interpretation and also observe the limits set in the text of the constitution itself, thus guaranteeing respect for legislative functions, the constitutional order and the balance of the Democratic Rule of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional hermeneutics, Constitutional change, Limits, Federal court of justice, Legislative power

INTRODUÇÃO

Dentre as transformações sociais, após a Segunda Guerra Mundial, surge o movimento jurídico que alguns denominam de neoconstitucionalismo pelo qual houve uma valorização dos direitos fundamentais e o fortalecimento das normas constitucionais no ordenamento jurídico, com a ênfase dada ao *princípio da força normativa da Constituição*, do jurista alemão Konrad Hesse, o que acabou por levar a um protagonismo das cortes constitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) contemplando direitos fundamentais e garantias é um exemplo desse fenômeno, especialmente pela atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) a partir da década de 1990.

Neste cenário, o STF, no exercício da jurisdição, é considerado o intérprete das normas constitucionais, competindo-lhe “a guarda da constituição” nos termos do que estabelece o artigo 102, *caput*, da CRFB/88, assumindo nas últimas décadas um papel mais ativo na implementação dos direitos e valores fundamentais e sociais constitucionalmente previstos, porém não efetivados pelos demais poderes constitucionais, utilizando-se em suas decisões de técnicas como a mutação constitucional.

Todavia, não se pode olvidar do papel reservado ao legislador pelo constituinte originário para que o equilíbrio democrático, a independência e separação dos poderes sejam respeitados.

Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo analisar, obviamente sem o intuito de esgotar o tema, e contribuir para a reflexão sobre o fenômeno jurídico da mutação constitucional e seus limites, principalmente quanto à observância desses limites pelo STF na sua missão de julgar e o papel reservado pelo constituinte originário ao legislador.

Justifica-se a relevância do tema do presente ensaio, em razão do atual cenário das aspirações sociais quanto à efetivação dos direitos e valores previstos constitucionalmente. Porém, diante da omissão legislativa acionam o Poder Judiciário, que em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, utiliza-se da técnica de mutação constitucional e, profere decisões as quais, em certos casos, acabam por gerar obrigações aos demais poderes, quando da interpretação do texto constitucional.

Questiona-se sobre a possibilidade de atribuir limites à mutação constitucional ao STF. Quais seriam esses limites que devem ser observados pela Suprema Corte quando da interpretação da Constituição?

A metodologia aplicada foi o método dialético e dedutivo, por meio descritivo da pesquisa doutrinária, bibliográfica incluindo a análise de artigos científicos relacionados a

temática, bem como consulta à Constituição da República Federativa do Brasil, ao site eletrônico do planalto e ao site do STF, este último para consulta de jurisprudência que envolva a aplicação da técnica de mutação constitucional.

No tocante aos fins, a pesquisa será qualitativa. Parte-se da análise do entendimento sobre hermenêutica e interpretação constitucional, abordando-se sobre a força normativa da Constituição. Na sequência, é feita a análise conceitual do termo mutação constitucional, destacando-se alguns julgados do STF que reconheceram a incidência de mutação em determinados textos da Constituição. Em seguida, adentra-se na temática sobre os limites à mutação, destacando que o STF ao julgar deve observar tanto os limites da hermenêutica e a possibilidade semântica da interpretação, considerando a vontade e do espírito da Constituição, como os limites estabelecidos no próprio texto constitucional.

Destarte, o artigo salienta a importância da observância dos limites à mutação constitucional, ressaltando que deve haver conexão entre o texto normativo e a interpretação escolhida, para evitar a subversão do comando da norma previsto na Constituição, respeitando o papel reservado ao legislador pelo constituinte originário evitando-se o enfraquecimento da força normativa da Constituição trazendo assim segurança jurídica e equilíbrio ao Estado Democrático de Direito.

1 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Inicialmente, destaca-se a existência de diferença entre a expressão hermenêutica e interpretação, uma vez que a hermenêutica seria a ciência filosófica que “fornece a técnica e os princípios basilares segundo os quais o operador do Direito poderá apreender o verdadeiro sentido (jurídico-político). Interpretação consiste unicamente em desvendar o real significado do regramento normativo [...]” (Friede, 2020, p. 14).

Na concepção de Gadamer (1999, p. 578) “Toda interpretação está obrigada a entrar nos eixos da situação hermenêutica a que pertence”. E, resalta Gadamer (1999, p. 25; 688):

[...] Foi por isso que eu mantive o conceito "hermenêutica", que o jovem Heidegger empregou, porém não no sentido de uma doutrina de método, mas como uma teoria da experiência real, que é o pensamento. [...]
Nesse sentido, a hermenêutica é, como vimos, um aspecto universal de filosofia e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito.

Em outras palavras, na concepção de Gadamer, a hermenêutica seria uma visão geral, universal da filosofia e não baseada em métodos, sendo que interpretar leis seria atribuir um sentido.

De outro giro, no que concerne à hermenêutica constitucional, Nunes Júnior (2018, p. 83) explica que uma das várias consequências do neoconstitucionalismo, movimento que surgiu após a segunda guerra mundial, é o surgimento de “[...] uma nova hermenêutica jurídica: o surgimento de uma hermenêutica constitucional. Chegou-se à conclusão de que interpretar a Constituição é diferente de interpretar as outras leis”.

Neste viés, em razão da hierarquia e em face das demais normas do ordenamento jurídico, existe uma hermenêutica própria para a Constituição, denominada de hermenêutica constitucional, a qual, segundo Friede (2020, p. 14), “cinge-se ao estudo e à sistematização dos processos aplicáveis no âmbito da Constituição para determinar, sobretudo, o sentido e o alcance das normas constitucionais de conteúdo político-jurídico”.

Para Mendes *et al.* (2010, p. 155) a interpretação constitucional seria: “a atividade que consiste em fixar sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas regras ou princípios-, tendo em vista resolver problemas práticos [...]”.

Com o objetivo de proteger os princípios fundamentais do Estado democrático de Direito, explica Gomes (2008, 321) que a hermenêutica constitucional é:

[...] capaz de desenvolver em todos os intérpretes – e na democracia todos têm o direito e o dever de interpretar a Constituição, visando a sua compreensão – a consciência de que a Constituição deve ser entendida como algo muito superior a uma simples ‘folha de papel’ (lembrando da expressão de Lassalle). Tal compreensão há de estar presente na consciência de todos e deve ser exteriorizada de modo exemplar pelo comportamento de quem exerce o poder público e, sobretudo, daqueles a quem compete, institucionalmente, a defesa substancial e processual da Constituição, como é o caso dos que exercem a advocacia, integram o Ministério Público ou são órgãos do Poder Judiciário (GOMES, 2008, p. 321).

O intérprete tem como objetivo extrair o sentido e o alcance da norma expressa no texto legal visando o resultado prático da lei e os princípios constitucionais sendo necessário como pontua Friede (2023, p. 115) “que seja reconstituído o pensamento legislativo de forma objetiva, desapaixonada e equilibrada, cabendo ao intérprete manter-se sempre fiel à essência da lei”.

Ademais, ao aplicar as técnicas, métodos e princípios quando da interpretação, o intérprete deve atentar-se para a clareza de sentido e também para a “[...] vontade de Constituição” (Hesse, 1991, p. 19), evitando-se assim riscos à força normativa da constituição. E, destaca Hesse (1991, p. 22) “[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição.

Contudo, tem-se que interpretação constitucional seria extrair um sentido de um texto normativo expresso da constituição. Por sua vez, a hermenêutica constitucional seria a ciência

que estuda as técnicas, métodos e princípios em que um texto constitucional pode ser interpretado, e, dessa forma, a interpretação é de salutar importância para assegurar a força normativa da Constituição.

2 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição para Hesse (1991, p. 15) não seria “[...] apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser, ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas”.

Isto é, na concepção de Hesse, a Constituição, desenvolve uma relação de coordenação entre realidade político e social, aos fatores reais de poder e a constituição jurídica.

De igual modo, Nunes Júnior (2018, p. 187) explica que “[...] a eficácia plena de uma Constituição jurídica (que Lassale chamava de folha de papel) depende de sua relação com a realidade social.”

Segundo, Hesse (1991, p. 18) “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e sua orientação objetiva”.

Extraí-se ainda que Hesse assinala que a Constituição ao atribuir e impor tarefas “[...] a Constituição converter-se-á fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional-, não só a vontade de poder mas também a vontade de Constituição” (Hesse, 1991, p. 19).

Destarte, uma Constituição que se encontra separada da realidade social e dos atuais valores existentes na sociedade moderna, não terá eficácia e nem produzirá os efeitos almejados pela sociedade.

Faz-nos lembrar ainda Badr (2011, p. 15) que “[...] não há como se falar em Estado sem Constituição, pois toda sociedade organizada politicamente apresenta uma base estrutural, por mais precária que seja [...]”.

Dessa forma, uma vez que não existe Estado sem Constituição, deve-se fortalecer o respeito à Constituição e à sua estabilidade, como condição de eficácia sem deixar de atender aos anseios sociais, evitando-se no então, constantes revisões da Constituição como enfatiza Hesse (1991, p. 22) “[...] perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política [...] estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição”.

Em outras palavras, a força normativa da constituição consiste no elemento normativo, que ordena a realidade social e política, possuindo assim, uma relação de coordenação entre a constituição real (fatores reais de poder) e jurídica, atuando e sendo efetiva perante a realidade social.

Ademais, ao considerar que a interpretação é crucial para a preservação e consolidação da força normativa da Constituição Hesse (1991, p. 22-23), destaca que “[...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

Isto é, em razão das mudanças nas relações sociais, Hesse admite a alteração informal da Constituição – mutação – para garantir e preservar a sua força normativa.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL – MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A mutação constitucional, nas palavras de Marin (2022, p. 35), teve seu surgimento no debate da Escola Alemã de Direito Público “[...] fundada por Gerber e Gierke, aos fins do século XIX e início do século XX, entre os principais nomes vinculados ao fenômeno [...] é do alemão Paul Laband”. E, Marin, afirma ainda que:

Laband observou que a Constituição era alterada informalmente pelas autoridades jurisdicionais, tornando-a mais condizente com a realidade social. A constatação de Laband foi de que o Estado pode alterar a Constituição sem procedimentos formais por meio da mutação constitucional, em detrimento da reforma constitucional por vias legislativas. A centralidade da mutação constitucional é de que é possível alterar o sentido e o alcance da Constituição sem que se altere seu texto. [...] Contudo, a despeito de Laband e Jellinek, o aprofundamento do estudo sobre mutação constitucional foi dado pelo jurista chinês HsüDau-Lin, em 1932 na obra A mutação constitucional (*Die Verfassungswandlung*) (Marin, 2022, p. 35).

Neste contexto, a mutação constitucional, decorrente do poder constituinte difuso, é um método de interpretação no qual altera informalmente o significado sem, no entanto, alterar o texto da Constituição, nas palavras de Marin (2022, p. 35) “[...] é uma técnica de interpretação constitucional que visa alargar seu sentido em razão da rigidez da Constituição e de seu distanciamento em relação à realidade social”.

Explica Nunes Júnior (2018, p. 425) que a mutação constitucional seria o “poder de alterar o sentido, a interpretação da Constituição, sem alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto”. Na concepção de Badr (2011, p. 107) “[...] a mutação constitucional revitaliza o Direito através da energia emanada da realidade social, garantindo assim sua evolução e sobrevivência.”

Vista como uma alternativa para a rigidez da Constituição diante da realidade social, a mutação é um meio informal de alterar através da interpretação o significado sem alterar o seu texto (Bulos, 1997, p. 54).

Neste contexto, tem-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), pode ser alterada tanto de modo formal (por meio de revisão e de reforma pela emenda constitucional, art. 60 da CRFB/88) como informal – por meio da mutação constitucional.

Em outras palavras, diante das constantes transformações oriundas da realidade social, nosso ordenamento jurídico admite a técnica informal de alteração do sentido da norma denominado de mutação constitucional, no qual é preservado, no entanto, o texto escrito. Nesse sentido, destaca Hesse (1991, p. 23):

Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade.

Ao considerar o processo formal de alteração como mais demorado, a alteração informal é considerada como uma alternativa mais eficaz, nesse sentido pontua Araújo (2016, p. 27): “[...] A fim de se evitar a demora existente em um procedimento de alteração formal [...] a Mutação Constitucional surge como uma excelente alternativa de se manter as leis pátrias de Estado em consonância com os anseios sociais”.

De outro giro, Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 60) preconizam que “[...] a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social [...]”.

Por conseguinte, Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 60) dizem que na verdade o conceito de mutação constitucional “[...] mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre do Reich* alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática”. Situação esta que Streck, Lima e Oliveira enfatizam não ter similitude no Brasil.

É imperioso ressaltar ainda, que a mutação constitucional pode ser realizada por qualquer intérprete e não apenas pelo Poder Judiciário, como pontua Nunes Júnior (2018, p. 426) “[...] qualquer dos intérpretes poderá realizar essa mutação constitucional, e não apenas

os órgãos do Poder Judiciário (ou apenas o STF). [...] a mutação não é exclusividade do Poder Judiciário ou do STF”.

No entanto, tem-se bastante repercussão quando o STF aplica entende pela mutação constitucional em seus julgados, uma vez que essas decisões geram efeitos perante a sociedade e em alguns casos chegam a interferir nas atribuições dos demais poderes.

4 ALGUNS JULGADOS DO STF RECONHECENDO A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O STF em determinados julgados tem entendido pela aplicação da técnica de interpretação da alteração informal da mutação constitucional.

Como exemplo temos o julgamento em 20/10/2020 do Habeas Corpus (HC) n. 168.052 – São Paulo, Segunda Turma, relator Ministro Gilmar Mendes, no qual, questionava se o acesso as informações e dados contidos nos celulares (no caso concreto, dos dados existentes nas conversas do aplicativo *WhatsApp*) se encontrava ou não expressamente abrangido pela garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo das comunicações (XII, art. 5º, CRFB/88). No caso, o paciente após ser abordado por policiais, teve seu aparelho celular apreendido, ocasião em que os policiais fizeram a análise das conversas registradas no aplicativo *WhatsApp*, e verificaram que haveria traficância, ingressando na residência do paciente, onde apreenderam drogas e arma.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do recurso de apelação do paciente entendeu que a mera consulta aos apontamentos dos dados constantes no celular não se confundiria com a quebra de sigilo das comunicações de dados, destacando que a autoridade policial apenas consultou o teor das mensagens registradas no aplicativo, cuja posse lhe era legítima, porém sem autorização judicial.

Em seu voto, o relator do HC, Ministro Gilmar Mendes, salientou que o avanço normativo quanto ao tema relacionado à proteção do direito à intimidade e à vida privada deveria ser considerado na interpretação do alcance das normas do artigo 5º, X e XII da CRFB/88, destacando expressamente em seu voto ser hipótese de mutação constitucional.

Ao final, o relator, concluiu pela ilicitude das provas que deram origem à apuração e de todo o processo penal, com base no art. 5º, X, XII e LVI, da CRFB/88, e pela concessão da ordem declarando a nulidade das provas oriundas do acesso indevido do aplicativo *WhatsApp* e à residência do paciente “[...] constatada a derivação de todas as demais provas, declaro nulo o processo, determinando o trancamento da ação e a absolvição do paciente” (HC n. 168052-

SP, p. 15). A Segunda Turma do STF, por maioria, vencida a divergência levantada pela Ministra Cármen Lúcia, concedeu a ordem declarando a nulidade das provas obtidas mediante o acesso ao aplicativo e à residência do paciente, nos termos do voto do relator, ou seja, o STF posicionou-se no sentido de que o acesso aos dados constantes do aplicativo *WhatsApp* seja condicionado à prévia decisão judicial, aplicando-se a técnica de interpretação da mutação constitucional.

Outro exemplo em que houve mutação constitucional, é o caso Recurso Extraordinário (RE) nº 778889/PE – Pernambuco, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado em 10/03/2016, (Tema 782 da repercussão geral), ao interpretar o disposto no artigo 7º, XVIII, da CRFB/88, o relator enfatizou que o sentido e alcance a ser dado pelo referido dispositivo constitucional seria de que o filho adotivo deve ser beneficiado, ao menos, com uma licença maternidade com prazo idêntico ao da licença a que faz jus o filho biológico, inexistindo tratamento desigual entre filhos biológicos e adotivos pela CRFB/88. Neste viés, reconheceu-se o fenômeno da mutação constitucional do artigo 7º, XVIII, e mesmo não havendo alteração do texto do referido artigo, entendeu que o significado que lhe é atribuído foi alterado, e disse o relator “[...] Trata-se de caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito” (RE nº 778889-PE, p. 33).

Com efeito, por maioria, vencido o voto divergente do Ministro Marco Aurélio, foi dado provimento ao RE nº 778889-PE, estendendo-se à mãe adotante o direito ao gozo de licença-maternidade de 120 dias, com prorrogação por mais 60 dias, em atenção ao princípio constitucional da isonomia.

Destaca-se, ainda, a mais recente interpretação dada pelo STF ao papel privativo do Senado Federal à luz do que dispõe o art. 52, X, da Constituição Federal, em relação ao qual a jurisprudência da suprema Corte e a doutrina pátria entendiam que era prerrogativa constitucional do Senado Federal suspender ou não a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF em controle concreto de constitucionalidade, cujo efeito da decisão seria apenas *inter partes*, mas que poderia por decisão do Senado indiretamente alcançar efeito *erga omnes*.

No julgamento da Reclamação nº 4335/AC e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e 3470/RJ, ajuizada pela Defensoria Pública do Acre, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada em 20/03/2014, sob o argumento de que a decisão do juízo da Vara de Execução Penal, ao aplicar o artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/199 e determinar a aplicação da

pena do crime hediondo seria cumprida integralmente em regime fechado, negando o pedido de extensão do benefício quanto ao direito a progressão de regime aos seus assistidos, violou declaração de inconstitucionalidade fixada pelo STF no HC nº 82.959-7/SP, na qual declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990.

O relator em seu voto cogitou de mutação constitucional do artigo 52, X, da CRFB/1988, ressaltando que “[...] o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988”, e, ressaltou ainda que a adoção da súmula vinculante teria “[...] reforçado a ideia de superação do referido art. 52, X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal [...]” (Rcl. nº 4335/AC, p. 53; 56).

Em outras palavras, o Relator entendeu que ao Senado Federal competiria privativamente somente dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do STF, tendo a própria decisão do STF força normativa para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. No entanto, tal tese foi derrotada, na medida que a maioria dos membros do STF não concordaram com a proposta de ocorrência de mutação constitucional do mencionado dispositivo, reconhecendo que a resolução do Senado tinha a aptidão para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF.

É o que se constata dos votos proferidos pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, este último, destacou em seu voto que “[...] suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos [...]” (Rcl. nº 4335/AC, p. 121). E, pontuou ainda que à mutação possui limites:

[...] Não há, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de mutação constitucional na espécie, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece quanto ao tema, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a separação dos poderes à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional. [...] Mas o que se propõe aqui é algo inteiramente diferente. Almeja-se, na verdade, deslocar uma competência atribuída pelos constituintes a determinado Poder para outro. Não me parece, contudo, seja possível materializar-se tal desiderato, mesmo porque os próprios teóricos da mutação constitucional reconhecem que esse fenômeno possui limites. (Rcl. nº 4335/AC, p. 122, Min. Ricardo Lewandowski)

Ao final, a Reclamação nº 4335/AC foi conhecida e julgada procedente por maioria, porém, na ocasião, foi vencida a tese do relator de aplicação de mutação constitucional ao art. 52, X da CRFB/88.

Surpreendentemente, pouco mais de três anos depois, ao voltar ao tema do papel do Senado Federal na dicção da norma do art. 52, X, da CRFB/88, o STF mudou seu posicionamento, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3406/RJ e nº 3470/RJ, em 29/11/2017, ambos de relatoria da Ministra Rosa Weber, pelas quais se debateu a possibilidade de extração, produção, comercialização e a utilização de asbesto 9amianto). No julgamento, as ações diretas foram julgadas improcedentes e ainda se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995 com efeitos vinculantes e *erga omnes*. Portanto, ao imprimir estes efeitos à sua decisão em controle concreto de constitucionalidade, o STF realizou mutação constitucional em relação à norma do artigo 52, X da CRFB/88.

Carvalho e Viana (2022, p. 17), ressaltam ter ocorrido neste julgamento erro interpretativo e dizem que “[...] ao mesmo tempo em que restringiu em demasia a competência do Senado Federal nele definida, promoveu a ampliação dos poderes do próprio Supremo Tribunal Federal, em relação ao controle difuso de constitucionalidade [...]”.

A ocorrência de mutação constitucional está evidenciada no voto da Ministra Relatora da ADIs mencionadas, quando do julgamento dos Embargos de Declaração (ED), em 23.02.2023, que:

[...] Quando se afirma que o art. 52, X, da Constituição Federal sofreu uma mutação constitucional, descreve-se por meio de uma fórmula conceitual toda uma evolução ocorrida no controle de constitucionalidade. Evolução que, atualmente, findou por aproximar os efeitos da decisão proferida em controle difuso e em controle concentrado [...] (ED na ADI nº 3406/RJ, DJ 23.02.2023, Rel. Min. Rosa Weber).

Na prática, o STF por meio da mutação constitucional aplicada ao caso, aproximou os sistemas de controle de constitucionalidade em abstrato e concreto, ao igualar os efeitos das decisões proferidas em ambos sistemas e, ao mesmo tempo, esvaziou as atribuições constitucionais do Senado Federal que foi reduzido a mero órgão chancelador de suas decisões.

Sobre esse julgado, no tocante aos limites jurisdicionais extrapolados pelo STF e da própria divisão dos poderes bem como a defesa do Estado Democrático de Direito, enfatiza Marin (2022, p. 39) “[...] a alteração do texto constitucional é de competência do Poder Legislativo por meio de emendas e reformas a Constituição. Não cabe ao Poder Judiciário inovar no ordenamento jurídico, extrapolando seus limites jurisdicionais [...]”. E sobre a importância da função do Senado Federal estabelecida no artigo 52, X da CRFB/88, para o controle de constitucionalidade difuso, Marin (2022, p. 33) assinala:

[...] uma vez que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de uma lei, seja por meio de Recurso Extraordinário, por Mandado de Segurança, Recurso Ordinário, Reclamação Constitucional etc., cabe ao Senado suspender a eficácia da lei

ou ato declarado inconstitucional, atribuindo eficácia geral *erga omnes* ao que na decisão da Corte Constitucional tinha eficácia entre as partes.

[...] O controle de constitucionalidade, portanto, está intimamente vinculado às atribuições de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, não lhe sendo possível inovar no sistema jurídico, mas apenas afastar as leis ou atos normativos que julgue em desacordo com a Constituição. Cumpre ressaltar que no sistema misto de controle de constitucionalidade existem mecanismos que procuram envolver a sociedade civil no debate sobre a constitucionalidade de leis ou atos. A respeito do controle concentrado o rol de legitimados, conforme artigo 103 da Constituição Federal envolve representantes do Estado e da sociedade civil, desse modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal estará legitimada em virtude de ter sido proferida pela Corte Constitucional, mas também pela participação da sociedade civil na elaboração da decisão. Do mesmo modo no controle difuso existe mecanismo de participação da sociedade civil na decisão, embora indiretamente, é o caso da atribuição ao Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 52, X.

Neste diapasão, extrai-se que o artigo 52, X da CRFB/88, é considerado como um modelo de participação democrática no controle difuso, de forma indireta, ao Senado Federal, pelo constituinte como corroboram Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 50) os quais explicam ainda que ainda reduzir a competência do Senado Federal “[...] significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo [...]”. E, asseveram:

Deixar de aplicar o artigo 52, X, significa não só abrir precedente de não cumprimento de norma constitucional – enfraquecendo sobremodo a força normativa da Constituição – mas também suportar as consequências, uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição. (Streck, Lima e Oliveira, 2008, p. 54)

Destarte, o STF ao entender pela mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB/88, alterou informalmente a competência atribuída pelo legislador constituinte originário, reduzindo as atribuições estabelecidas no texto, sem que este fosse devidamente modificado. Surgindo-se o questionamento acerca da fixação de limites à mutação constitucional.

5 LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: A DELICADA QUESTÃO ENTRE OS LIMITES CONSTITUCIONALMENTE ESTABELECIDOS AO STF NA SUA MISSÃO DE JULGAR E O PAPEL RESERVADO AO LEGISLADOR

Ao narrar sobre as mudanças tecnológicas, sociais e outras mudanças, bem como ressaltando a exigência aos tribunais na busca de novas e distintas interpretações da Constituição, Sowell (2011, p. 254-255) salienta:

Em sua forma genérica, “mudança” é um dos fatos mais indiscutíveis da vida para todas as pessoas e seus respectivos alinhamentos ideológicos. Nem mesmo há qualquer questão sobre se as leis, incluindo-se por vezes a Constituição, precisam ser mudadas.

Na verdade, a própria Constituição reconheceu uma necessidade por tais mudanças, estabelecendo um mecanismo que permite a criação de novas emendas. Afinal de contas, temos corpos legislativos e uma instância executiva de governo, para não falar de toda uma galáxia de instituições privadas disponíveis, as quais também podem lidar com as mudanças.

A CRFB/88 estabelece como forma de alteração formal e solene decorrente do Poder Constituinte Derivado, a hipótese de revisão e de reforma à constituição, esta última prevista no artigo 60 da CRFB/88, visando a sua atualização e progresso.

Porém, considerando a demora e as dificuldades existentes no processo legislativo, o qual muitas vezes não consegue acompanhar as mudanças sociais assim como as demandas que são judicializadas perante o Poder Judiciário, possibilitando por meio da hermenêutica uma interpretação da Constituição e o fenômeno da mutação, como assinala Canotilho (1993, p. 232) “O reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas (‘stillen Verfassungswandlungen’) é ainda um ato legítimo de interpretação constitucional”.

Uma vez provocado o Poder Judiciário pode detectar a mudança de valores sociais e reconhecer a existência de mudança de sentido da norma constitucional. Neste cenário, Dahl (2015, p. 139) faz lembrar que isso possibilita o judiciário se tornar um órgão legislativo não eleito, ao explicar que:

A pretexto de interpretar a Constituição – ou, o que é ainda mais questionável, de adivinhar as intenções obscuras e amiúde incognoscíveis dos Autores-, o Supremo Tribunal promulga leis e políticas importantes que são propriamente da competência dos representantes eleitos. Mesmo no âmbito dos direitos democráticos fundamentais, as decisões do Supremo Tribunal provocam controvérsias.

Nesse panorama, é alvo de debates e discussões constantes a questão quanto aos limites constitucionais estabelecidos ao STF na missão de julgar e a observância do papel reservado ao legislador constituinte, uma vez que conforme definido no artigo 102, *caput*, da CRFB/88, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

Segundo explicam Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 49): “Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do Supremo Tribunal Federal como poder jurisdicional vinculado à Constituição”.

Em outras palavras, o STF, assim como os demais poderes, deve observar os limites estabelecidos pelo constituinte originário. Dessa forma, ao reconhecer o fenômeno da mutação constitucional, o STF deve observar limites estabelecidos quanto a possibilidade semântica como os princípios da própria CRFB/88, nesse sentido Barroso (2015, p. 162) diz que “[...] a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte, e

em última análise a soberania popular”. E, ressalta que os limites da mutação constitucional seriam:

- a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e
- b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário (Barroso, 2015, p. 163).

Ademais, caso não sejam observados ou até mesmo excedidos os limites semânticos do texto constitucional, a mutação seria inconstitucional, conforme destaca Barroso (2015, p. 163):

[...] mutações constitucionais que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário (Barroso, 2015, p. 163).

E, arremata ainda Barroso (2009, p. 126) que: “Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.”

Ao explicar sobre os limites à mutação, Marin (2022, p. 36) denota também que a interpretação realizada judicialmente deve observar os limites do texto constitucional sem ir de contra a este para que não viole direitos fundamentais e, denota ainda que a mutação realizada pela via judicial pode levar: “[...] a de uma interpretação contra a própria Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal.”

No mesmo sentido, pontuando sobre a atuação do intérprete Badr (2011, p. 108) diz que este não pode avançar no que: “[...] não foi estabelecido pelo legislador constitucional. Este é o limite da interpretação, sob pena de estar desnaturando o seu mister ou de, no mínimo, estar interpretando qualquer coisa, menos a Constituição”.

Por oportuno, considerando que a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição residiria na natureza das coisas e, dessa forma, a sua transformação em força ativa seria decorrente justamente dos seus limites, destaca Hesse (1991, p. 20-23) que os limites contribuem para que a Constituição desenvolva a sua força normativa e, explica que:

- [...] Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional. [...]
- a) Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.
- [...] constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo.

Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

[...] a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. [...].

b) [...] Práxis. [...] vontade da Constituição. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável a essência do Estado, mormente ao Estado Democrático.

Informando sobre a necessidade de serem observados limites à mutação para a preservação de sua força normativa, Hesse (1991, p. 23) denota que:

[...] uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade.

Logo, Hesse ao contribuir para o estudo dos limites à mutação, estabelece que o texto da própria Constituição é um limite objetivo, uma vez que o texto possui força normativa e deve ser respeitado.

Ademais, considerando ainda a existência de limites formais e materiais previstos na própria CRFB/88, o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, divergindo do relator da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277/DF, ressaltou:

[...] Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional. (ADI n. 4277/DF, p. 712)

Destarte, reconheceu como limites à mutação, os limites estabelecidos ao poder constituinte derivado, isto é, os limites da reforma constitucional estabelecidos na CRFB/88. Por oportuno, ao enfatizar que as normas constitucionais e seus princípios estruturantes devem ser observados Kubliskas (2009, p. 97) preconiza:

[...] as mutações constitucionais somente serão tidas como legítimas quando forem introduzidas de modo a desenvolver, atualizar ou complementar as normas constitucionais escritas, mas não poderão contrariá-las, sob pena de ser tidas como

mutações inconstitucionais. Em outras palavras, elas não podem afetar nem o texto e nem o espírito da Constituição.

No entanto, em sentido oposto, entendendo pela impossibilidade de se fixar limites à mutação constitucional, admitindo-se, no entanto, apenas o limite subjetivo da ponderação do próprio intérprete extrai-se a concepção de Bulos (1996, p. 42-43) o qual aduz que:

[...] é impossível se estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional. Isto porque uma Constituição é um organismo vivo, em cujo esteio encontramos a autoconsciência de um povo, assentado em uma base territorial definida, e submetido a um governo soberano, numa determinada época histórica, sujeita a fatores sociais cambiantes.

[...] Diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir - mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica, seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior.

Relevante enfatizar que o Poder Legislativo, não está vinculado às decisões proferidas pelo STF e, neste viés, poderá editar leis e normas que podem contrariar os julgados da Suprema Corte.

Quanto ao papel reservado ao legislador, extrai-se que o constituinte originário dispõe no artigo 44, da CRFB/88 que o Poder Legislativo, é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, organizando-se assim, como um poder bicameral e disciplina ainda as demais regras do processo legislativo nos artigos 45-69 da CRFB/88.

A respeito das funções do Poder Legislativo, explica Nunes Júnior (2018, p. 1434):

[...] tem duas funções típicas: além de legislar, fiscalizar (já que, nos termos do artigo 70 e seguintes da Constituição Federal, ele exerce o controle externo orçamentário, financeiro, contábil sobre os demais poderes). Além dessas funções típicas, exerce duas funções atípicas: administrar (contratando, demitindo funcionários, bem como verificando férias, licenças, contratos, etc.) e julgar (o Senado Federal, por exemplo, nos termos do artigo 52, I, da Constituição Federal, pode julgar o Presidente da República no crime de responsabilidade).

É digno de nota ainda que a CRFB/88, preconiza de forma expressa o princípio da separação dos poderes no artigo 2º, ao determinar que as funções do Estado serão exercidas de modo independente, harmônico e autônomo pelos Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, ambos se complementando e limitando-se conforme suas competências e prerrogativas previstas no texto constitucional, observando-se o sistema de freios e contrapesos (checks and balances system), ou seja, referido sistema garante o controle e equilíbrio recíproco entre os poderes (Moraes, 2001, p. 360).

Nas palavras de Leibholz (1971, p. 51), em tradução livre: “[...] Nos atuais regimes democráticos, o parlamento tem de cumprir uma dupla função; por um lado ele é chamado a legislar e, por outro, a controlar o governo.”

No entanto, depreende-se que em razão da omissão do Legislativo no sentido de legislar e de dar efetividade aos direitos fundamentais e sociais previstos no texto constitucional, a sociedade, cada vez mais tem acionado o Poder Judiciário na busca da satisfação, proteção e garantia dos exercícios desses direitos, o que gera uma atuação mais ativa do Poder Judiciário e, no caso da presente pesquisa do STF, nesse sentido, ressalta Leal e Vargas (2023, p. 224-225), ao enfatizarem que a omissão legislativa na apreciação dos projetos de leis pertinente aos direitos fundamentais para as minorias sexuais, propicia a judicialização:

A omissão ou procrastinação do Poder Legislativo na apreciação dos projetos de lei [...] incitam as minorias sexuais, de maneira cada vez mais intensa, a buscarem os demais Poderes e órgãos públicos para terem seus direitos assegurados. A situação constatada potencializa o fenômeno da judicialização.

Todavia, considerando a competência para legislar estabelecida pela CRFB/88 ao Poder legislativo, não compete ao STF intervir ou interferir em assuntos pertinentes a legislação, consoante diz Badr (2011, p. 109) “O Supremo Tribunal Federal não pode se imiscuir na função que cabe ao poder constituinte [...]”.

Então, seria o caso de hipótese de “auto-contenção judicial” como salienta Barroso (2009, p. 14-15):

[...] conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. [...] A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Isto é, a autocontenção seria uma conduta judicial na qual delimita a atuação judicial quando se deparar com a hipótese de revisão do texto constitucional ou até mesmo de legislar, atribuição esta conferida ao Poder Legislativo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mutação constitucional é um fenômeno jurídico que tem como objetivo atualizar a interpretação do texto e, evitar que a Constituição perca sua eficácia diante das constantes

transformações e evoluções sociais, equilibrando mudança e estabilidade, contribuindo para a preservação da segurança jurídica e da própria força normativa da Constituição, uma vez que o processo de alteração formal do texto constitucional por meio da reforma ordinária seria mais complexo e moroso.

No entanto, apesar de o ordenamento brasileiro não criar óbices para a mutação constitucional, este fenômeno muito utilizado pelo STF deve observar certos limites, como os sentidos hermenêuticos e interpretativos possíveis do texto constitucional, os princípios fundamentais que lhe conferem identidade, incluindo-se o critério da legitimidade democrática, valorando a vontade e a força normativa da CRFB/88.

Nesse sentido, Konrad Hesse faz relevantes ponderações e contribuições acerca da afirmação da força normativa da Constituição e para a análise dos limites à mutação constitucional, explicando ainda que a interpretação é um fator decisivo a consolidar e preservar a força normativa da Constituição, considerando-se os limites determinados na Constituição Jurídica, devendo o intérprete jamais contrariar a própria Constituição.

Assim, ao reconhecer o processo de mutação constitucional em suas decisões, o STF não pode fundamentar sua interpretação contrariando o texto constitucional interpretando de forma arbitrária e em total inobservância e desrespeito aos limites impostos no texto constitucional pelo constituinte originário e as atribuições fixadas ao legislador.

No mais, a mutação não confere carta branca ao STF quando da valoração do sentido da norma, sendo de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito que sejam observados os limites hermenêuticos e semânticos da força normativa constitucional, assim como os princípios fundamentais e a vontade da constituição, por exemplo, a separação dos poderes, não pode abolir cláusulas pétreas, nem abalar os princípios sensíveis previstos no art. 34, VII da CRFB/88 e outros, evitando-se, dessa forma, a arbitrariedade e a banalização ao interpretar o sentido do texto da constituição, considerando-se que deve existir entre o texto normativo da Constituição e a interpretação escolhida uma conexão visando à preservação da força normativa da Constituição, sua estabilidade, ordem constitucional, a segurança jurídica e o equilíbrio do Estado Democrático de Direito sem interferir ou violar as funções e atribuições do papel reservado ao legislador pelo constituinte originário.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Camila Jatahy. **Mutação Constitucional**. **BADR, Eid (org.). Hermenêutica constitucional – temas atuais (Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da**

UEA. Mestrado em Direito Ambiental / Organizado por Eid Badr. – Manaus: Editora Valer, 2018, p. 25-39. Disponível em: <https://pos.uea.edu.br/data/area/livrospub/download/4-3.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BADR, Eid. **O direito comunitário e o MERCOSUL à luz da Constituição Federal brasileira**. 1 ed. Curitiba, PR: CRV, 2011.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 04 março 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa. v. 33, n. 129, 1996, p. 25-43. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 de março de 2024.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 168.052 – São Paulo. Julgado em: 20/10/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437471/false>. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 778889/PE – Pernambuco. Rel. Ministro Roberto Barroso. Julgado em 10/03/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352981/false>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3470/RJ. Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em 29.11.2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2287108>. Acesso em: 27 fev. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ. Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em 29.11.2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225>. Acesso em: 27 fev. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em 05.05.2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>. Acesso em: 27 fev. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; VIANA, Pedro Nilson Moreira. **A mutação do art. 52, X, da Constituição Federal e os conflitos constitucionais sistêmicos dela decorrente**. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5989>. Acesso em: 04 março de 2024.

DAHL, Robert Alan. **A constituição norte-americana é democrática?**. Tradução: Vera Ribeiro; revisão técnica: Mario Brockmann Machado. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2015.

FRIEDE, Reis. **Hermenêutica Constitucional**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. v. 23, n. 47, nov.19/fev.20,p. 13-32. Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/329/214>. Acesso em: 13 fev. 2024.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis -RJ: Vozes, 3ª ed. 1999. Título original Wahrheit und Methode. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEMétodo.pdf. Acesso em: 04 março 2024.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional**. Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

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

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. Omissão legislativa e atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em relação às minorias sexuais. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p219.pdf. Acesso em: 02 mar. 2024.

LEIBHOLZ, Gerhard. **Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna.** Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

MARIN, Jeferson Dytz. **Para uma Nova Concepção do Controle de Constitucionalidade Difuso: O Supremo Tribunal como Legislador Negativo e os Limites da Jurisdição Constitucional.** Scientia Iuris, Londrina, v. 26, n. 1, p. 29-42, mar. 2022. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/39919/31695>. Acesso em: 28 fev. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de direito constitucional.** 2 ed. rev. Atual. E ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a Sociedade.** Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Argumenta: Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, n. 7 – Jacarezinho, 2007, p. 45-68. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/735/747>. Acesso em: 29 fev. 2024.