

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ADAPTAÇÃO INTERPRETATIVA E A  
REALIDADE FÁTICA**  
Rogério Nascimento de Moraes

Presidente Prudente/SP

2023

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ADAPTAÇÃO INTERPRETATIVA E A  
REALIDADE FÁTICA**

Rogério Nascimento de Moraes

Monografia apresentada como  
requisito parcial de conclusão do  
curso e obtenção do grau de Bacharel  
em Direito, sob a orientação do Prof.  
João Pedro Gindro Braz.

Presidente Prudente/SP

2023

# MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ADAPTAÇÃO INTERPRETATIVA E A REALIDADE FÁTICA

Trabalho de Monografia apresentado  
como requisito parcial para obtenção  
do grau de Bacharel em Direito.

---

João Pedro Gindro Braz

---

Lucas Pires Maciel

---

Jurandir José dos Santos

Nada é permanente exceto a mudança!  
(Heráclito)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus sempre, sem Ele nada seria possível.

O desenvolvimento deste trabalho contou com o apoio de muitas pessoas as quais agradeço:

Ao meu orientador que me acompanhou durante meses dando-me todo auxílio necessário, sempre dedicado e paciente, contribuiu para que eu tivesse um caminho mais fácil durante a elaboração deste trabalho.

Aos professores que sempre estiveram dispostos a ensinar com amor e dedicação permitindo que eu chegasse até aqui

A todos que colaboraram com as pesquisas, pela disposição e muita ajuda na obtenção dos dados que enriqueceram o trabalho.

Aos meus colegas de classe que me incentivaram a cada momento difícil não permitindo que eu desanimasse.

À minha família que sempre me apoiou a estudar, me auxiliando todas as vezes que precisei.

Aos meus amigos por compreenderem minha ausência e afastamento temporário.

Ao meu filho que brincou sozinho por vários finais de semana, quanta falta sentiu, mas quando crescer compreenderá.

## RESUMO

**RESUMO:** O presente trabalho tem o intuito de esclarecer sobre o conceito da Mutação Constitucional e sua origem histórica, o panorama da teoria no Direito Brasileiro quanto à sua aplicação, quais os limites principiológicos e semióticos quanto à compreensão constitucional que pressupõe a aplicação deste instituto, e, seus reflexos quanto ao impacto gerado pela não observância desses limites. Análises dos aspectos interpretativos nas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema e sua interferência na prática jurídica, bem como propor uma reflexão constante sobre as implicações motivadas por narrativas equivocadas e exacerbadas do texto constitucional sem ausência de método não colaborando com uma justiça equilibrada, e, a ponderação entre a segurança jurídica com o paradigma de eficiência da Jurisdição Constitucional.

**Palavras-chave:** Mutação Constitucional. Limites Interpretativos. (I) Legitimidade do STF. Realidade Fática (Social). Segurança Jurídica.

## **ABSTRACT**

**ABSTRACT:** The present work aims to clarify the concept of Constitutional Change and its historical origin, the overview of the theory in Brazilian Law regarding its application, what are the principled and semiotic limits regarding the constitutional understanding that presupposes the application of this institute, and, its consequences regarding the impact generated by non-observance of these limits. Analyzes of the interpretative aspects in the decisions of the Federal Supreme Court on the subject and their interference in legal practice, as well as proposing a constant reflection on the implications motivated by mistaken and exacerbated narratives of the constitutional text without the absence of a method, not collaborating with balanced justice, and, the balance between legal certainty and the efficiency paradigm of Constitutional Jurisdiction.

**KEYWORDS:** Constitutional Mutation. Interpretive Limits: (IL) Legitimacy of the Federal Supreme Court: Factual (Social) Reality. Legal Security.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, QUAL A ORIGEM HISTÓRICA DO FENÔMENO</b> .....	11
2.1 Classificação e Tipos de Interpretação da Teoria .....	14
2.2 Panoramas da Mutação Constitucional no Direito Brasileiro .....	17
2.3 Mutações Constitucionais e Ativismo Judicial .....	20
<b>3 RECONSTRUINDO O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	24
3.1 Interpretações Constitucionais, Quais os Limites? .....	26
3.2 Mutações (In)constitucionais e Segurança Jurídica .....	29
3.3 Interpretações Manipulativas, Mutações Informais. ....	33
<b>4 REALIDADE FÁTICA, SUBSTITUIÇÃO DO PODER CONSTITUINTE</b> .....	36
4.1 Abordagem Sociocognitiva, a Pseudoconstituição da Suprema Corte .....	39
4.2 Ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal para Proferir Decisões Mutacionais .....	42
4.3 Reflexos do Uso da Mutação Constitucional .....	44
<b>CONCLUSÃO</b> .....	47
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	50

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema “Mutações Constitucionais”, tese que pressupõe uma mudança, uma progressividade da realidade social, traçando uma comparação entre passado e presente analisando o significado que uma norma ganhou no momento de sua criação e o sentido que a mesma norma traduz diante da nova realidade social, assim para compreendê-la é fundamental uma análise do contexto social e político em que estava inserida quando foi concebida, e à realidade social atual em que se encontra, pois os valores sociais variam de acordo com os impulsos de cada época, impondo às Constituições transformações que acompanhem o processo de modificação da realidade social.

Debateremos o significado interno, elementar da teoria, pois Mutações Constitucionais não pode ser “somente” um rótulo de justificação para uma decisão judicial ou ainda o estabelecimento de uma conversa entre doutrina e jurisprudência, portanto, surgem enormes dúvidas acerca de seu real significado e se os diversos sentidos de uma mesma expressão não poderiam esvaziar o seu conceito, ou inversamente alargá-lo. O Direito Brasileiro carece de um estudo sistemático que permite a proposição de uma análise conceitual finalística, porém não pode ser renegado pelos riscos que lhe são inerentes, devendo o estudo das interpretações constitucionais ir além daquele compreendido pelos interpretes que têm o monopólio para fazê-lo, compreendendo estes, os poderes, Legislativo, Judiciário e Executivo e neste caso incluir os estudos provenientes de doutrinadores e cientistas do Direito.

Desta forma para entender a arqueologia conceitual do significado, devemos voltar à sua origem histórica, o conceito e classificação alcançados pela doutrina clássica organizando-o em uma sequência cronológica, atribuindo sentido e linearidade ao debate acerca do tema, pois a Constituição, maior patrimônio de um Estado para seu povo deve manter-se em uma relação de interação simbiótica com este, mantendo viva a letra da lei, portanto é fundamental que sua interpretação reflita a proteção que sociedade espera e para qual foi concebida.

Em síntese este método de interpretação de texto legal fez ser possível uma silenciosa e considerável modificação de sentido das normas constitucionais, sem substituí-las ou ainda alterá-las pelas vias formais reformadoras, assim, este estudo trará uma reflexão se nas decisões em que foi empregada a teoria da Mutações Constitucionais, realmente houve um acontecimento no seio da sociedade

que justificasse seu uso ou foi somente citado seu emprego para justificar um posicionamento pessoal e assim rotular como legítima uma decisão vazia de sentido e contrária a literalidade da carta constitucional.

O método utilizado foi indutivo e a abordagem qualitativa com técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial documental, com análise textual interpretativa, buscando informar com raciocínios lógicos o tema debatido.

## 2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, QUAL A ORIGEM HISTÓRICA DO FENÔMENO

As Constituições podem sofrer alterações para que se adaptem às novas necessidades sociais e ao progresso das nações, pois como normas fundantes devem permanecer sempre atuais, já que:

Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude de interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um novo espírito, a uma imprevista *ratio juris*, que atribui nova direção aos enunciados jurídicos (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p.188).

Nos ensinamentos do mestre do Largo São Francisco, José Afonso da Silva, o conceito de Mutação Constitucional:

Consiste num processo não formal de mudanças das Constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado (SILVA, 2019, p.61-62).

Desse modo, a Mutação Constitucional é tida como um mecanismo informal de alteração da Constituição, pois as mudanças ocorrem em face da evolução dos hábitos e costumes de uma sociedade e sucedem lentamente com a inovação tecnológica, a dinâmica da economia e as práticas políticas, assim o fenômeno em questão não se insere numa reforma literal, onde muda-se o texto escrito na Carta através de uma emenda constitucional, mas sim, confere um novo sentido, um outro significado e alcance às normas, são alterações semânticas apontadas por Canotilho (1993), de transição constitucional ou revisão informal da Constituição, que acomodam o direito constitucional à realidade presente, já para Loewenstein (1979) Mutações Constitucionais são as transformações na realidade da estrutura social ou do equilíbrio de interesses sem que tal transformação se realize no texto da Constituição e acontece em todas as Constituições escritas e com mais frequências que as reformas formais.

A rigidez da Constituição Imperial Alemã de 1871 e seu entendimento como sendo um instrumento normativo foram as balizas demarcatórias para o surgimento dos primeiros trabalhos que identificaram o fenômeno da Mutação Constitucional que se distingue num contraste entre a normatividade jurídica escrita

e a situação jurídica real, assim a doutrina alemã conceitua a Constituição como sendo um processo complexo e neste procura encaixar a mudança informal, pois sendo dinâmica e em constante transformação deve interagir continuamente com a realidade política e social

A primeira constatação deste fenômeno se deu tardiamente com a Doutrina Alemã ao averiguar que o Reich alterou todo funcionamento das instituições através de práticas legislativas, administrativas e judiciais sem reformar a Constituição, assim Paul Laband, jurista alemão, foi o pioneiro a apontar e estudar este fenômeno criando o conceito de “Mutação Constitucional”, identificando 3 (três) caminhos distintos de alteração informal da dos textos constitucionais: 1) Leis que modificam elementos centrais do Estado em contradição com o cont do da Constituição; 2) Usos e costumes dos poderes públicos que modificam elementos centrais do Estado; e 3) Leis que regulam elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de maneira colateral pela Constituição.

Em face disso Laband atribuía   Constituição forçá normativa, mas não superioridade hierárquica sobre as leis do Parlamento Alemão, portanto impossível exercer controle jurídico sobre os processos informais de alteração da Constituição:

A regra segundo a qual as leis ordinárias devem estar sempre em harmonia com a Constituição e não devem ser incompatíveis com ela, constitui um postulado de política legislativa, mas não um axioma jurídico. (LABAND, 1901, p. 314, tradução nossa).

Diante destas observações Laband constata que as alterações feitas naquela Constituição eram mutações enumeradas pelo Império Alemão, pois possuíam significado e alcance político que as instituições do Reich “exigiam”.

Outro autor que foi expoente no estudo do conceito deste fenômeno foi Georg Jellinek, juiz alemão e também filósofo do direito, que deu mais complexidade aos estudos de Laband constatando que mesmo sendo uma Constituição rígida não assegurava que fosse estável e todo ato que a modificar por ação voluntária e intencional   uma “Reforma Constitucional” e representa um risco gravíssimo, pois poderá ao invés de complementar a função formal do texto constitucional, estar sujeita às necessidades e opiniões de quem a interpreta, assim ele buscou em seus estudos a obtenção de um meio de proteção da Constituição enquanto lei maior contra abusos e interpretações ilegítimas, descrevendo:

De uma forma muito assistemática, algumas disposições sobre processos parlamentares foram incluídas em muitas Constituições. Além disso, muitos Estados têm regras especiais sobre o regulamento. Agora, as lacunas da Constituição e da lei foram preenchidas por preceitos parlamentares (Jellinek, 1905, p. 19, tradução nossa).

Jellinek considerou que entre a Mutação Constitucional e a reforma constitucional existe um fator diferencial que é a “intencionalidade” e o usou em sua obra como critério de identificação, ao discursar na Academia Jurídica de Viena em 1906, sendo assim um “Ato de Vontade”, se este ato de vontade for caracterizado pela falta de consciência do efeito da mudança estamos diante da Mutação Constitucional genuína, pois ela não se assenta numa vontade dirigida como numa reforma constitucional legislativa, conforme menciona BULOS (1997), JELLINEK declara:

Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas. E por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa inerte o seu texto, sem muda-lo formalmente, produzida por fatos que não têm que se acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mudança. (JELLINEK apud BULOS, 1997, p. 55).

Assim como Laband, Jellinek traçou três maneiras de realizar a mudança informal do texto constitucional: 1) podem ser ab-rogados, ou seja, a Carta Magna é integralmente revogada; 2) podem ser complementados por outro texto, alterando parte do texto original; e 3) podem substituir-se por leis posteriores, onde as novas leis constitucionais ab-roga parte do texto incompatível ou acrescenta, como no caso das emendas constitucionais.

Diante das diversidades de modificações que Jellinek constatou, sugeriu uma maneira de coibir tais práticas arbitrárias e propôs o controle de constitucionalidade estadunidense como meio de solução, apesar de que, ao se debruçar sobre a forma como era feita concluiu que os limites ficavam ao arbítrio dos tribunais e que os juízes e tribunais se equiparavam, na prática, ao legislador constitucional e a uma terceira câmara legislativa respectivamente, mas ainda sim era melhor ter um controle do que não ter nenhum e as mutações ficarem mediante a chancela do próprio governo ou Estado.

## 2.1 Classificação e Tipos de interpretação da Teoria

A Escola Alemã de Direito Público foi a criadora entre o fim do século XIX e início de século XX da Teoria da Mutação Constitucional, numa época de separação entre direito e política e independentemente das normas positivadas, o direito passa a possuir força autônoma, portanto sob o conceito formalista de desvalorização do conceito positivista das normas escritas, Bonavides discorre:

O jurista sufocava ou reprimia o sentido criador e modificador contido no chamado “Espírito da Constituição” de natureza dinâmica e flexível para unicamente realçar o aspecto estático e rígido e só admitir a introdução de preceitos constitucionais materiais por via formal. Como não importa a espécie de conteúdo que vai ser posto na Constituição, tudo é admissível, desde que se não viole a forma elaborativa estabelecida, essência de toda juridicidade. As Constituições formais, vistas tão somente pelo ângulo avalorativo do positivismo e de sua metodologia, caíram debaixo da crítica impiedosa dos antiformalistas” (BONAVIDES, 2006, p.173).

Ao revisitarmos os primeiros idealizadores da teoria da Mutação Constitucional, (Paul Laband e Georg Jellinek), constata-se que a Constituição analisada e estudada pelos mesmos foi a do Império Alemão, conhecida na historiografia como Constituição de Bismarck (em alemão: Bismarcksche Reichsverfassung), contudo surge outro expoente no estudo sobre o tema, o chinês Hsü Dau-Lin, tido pela doutrina como um estudo mais completo e sistematizado sobre a teoria, publicada em 1932, sua obra analisou a teoria sob o contexto constitucional da República de Weimar, cujo Código Constitucional de 1919 adquiriu um valor histórico no estudo do direito, servindo como alusão e inaugurando uma nova dimensão de direitos, pois ao lado dos direitos individuais inaugura os direitos coletivos surgindo a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, e seu artigo primeiro é praticamente copiado por todas as constituições democráticas do mundo todo onde esculpe a ideia principal de uma democracia, “todo poder emana do povo”, porém esta Constituição deu amplos poderes e abriu caminho para a ditadura de Hitler especificamente através do polêmico artigo 48 da Constituição de Weimar:

Art. 48. Caso a segurança e a ordem públicas sejam seriamente (erheblich) perturbadas ou feridas no Reich alemão, o presidente do Reich deve tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, com ajuda se necessário das Forças Armadas.

O uso desse artigo fez com que Hitler ascendesse ao poder e permitiu entre os anos 1919 e 1933 poderes amplos culminando facilmente no maior golpe legalizado de Estado até hoje jamais visto, declarando por várias vezes, Estado de Exceção e promulgando mais de 200 decretos de urgência.

Dau-Lin, afirma que muitas Constituições revelam a incongruência existente entre as normas constitucionais de um lado e a realidade constitucional de outro, ou seja, é a tensão entre a Constituição escrita e a Constituição real, O jurista chinês se preocupou em estudar especificamente as mutações e não somente mostrar sua existência como Laband e Jellinek e partindo de sua observação entre a norma e a realidade ele divide em tipos diferentes de mutações: 1º Mutação Constitucional por prática estatal que não viola a Constitui o, (Trata-se de rela es jurídicas que não encontram regula o constitucional, as Lacunas); 2º Muta o Constitucional mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuidos constitucionalmente, (Ocorre por desuso ou inaplica o da norma constitucional); 3º Muta o Constitucional mediante uma prática estatal contraditória com a Constitui o, (Reforma material da Constitui o, indireta, por lei com vota o de maioria qualificada “materialmente” – problema detectado nas constitui es alemãs); 4º Muta o Constitucional mediante sua interpreta o, (Interpreta o próxima da realidade, verificada na constitui o norte-americana, devido   dificuldade de reforma por ser uma constitui o histórica).

Dau-Lin ao identificar e sintetizar os tipos de muta o e suas formas de ocorrência explicou de maneira convincente a natureza desse fenômeno, ele dirimiu as contradi es ao comentar vários exemplos históricos para cada tipo de muta o que identificou, alargando o conceito deste fenômeno, pois entre a Constitui o Guilhermina e a Republicana de Weimar muito se foram escrito, todavia com superficialidade, assim para que se configure o fenômeno da Muta o Constitucional Dau-Lin assevera que deve haver uma incongruência entre a norma e a realidade.

Não obstante as constata es feitas por Dau-Lin, que sistematizou com eficiência os estudos sobre o tema, evoluindo no estudo sobre a teoria,   concebida no Brasil outra classifica o sobre a teoria, sendo hoje a mais usada por pesquisadores e doutrinadores do direito interno, portanto, a que mais nos interessa, proposta pelo jurista Luís Roberto Barroso, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, que sistematizou 3 modalidades de Muta o Constitucional: 1º Por

Interpretação: Atribuição de um novo significado a uma norma constitucional, sem alterar seu texto. Ex: O Supremo Tribunal Federal reconhece união estável homoafetiva como entidade familiar; 2º Via Legislativa: O legislador infraconstitucional (que elabora leis ordinárias) regula uma matéria constitucional de forma diferente da prevista originalmente na Constituição sem contrariá-la. Ex: Lei 9868/99 estabeleceu quórum de 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, alterando o sentido do art. 97 da CF, que previa apenas maioria absoluta; 3º Consuetudinária: Os costumes ou as práticas sociais modificam o sentido de uma norma constitucional, sem que haja uma intervenção legislativa ou judicial. Ex: A Constituição prevê que o Presidente da República pode vetar total ou parcialmente um projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, porém na prática, o veto parcial só pode recair sobre um artigo inteiro, e não sobre parte dele, conforme o costume político.

Após a análise das abordagens sobre os primeiros estudos sobre mutação constata-se que a observação das diferentes concepções produzidas na época de Weimar e o clima de instabilidade daquela época contribuíram como antecedente expresso que pudessem caracterizar os elementos que identificassem o fenômeno da Mutação Constitucional onde a dinâmica política e a Constituição escrita se relacionam dando-lhe sistematicidade e culminando numa teoria de Constituição dinâmica, e assim neste sentido contrapõe com a filosofia Kelseniana superando o rígido contraste entre o ser e o dever ser de um Estado Material e Estático, surgindo assim um Estado dinâmico que se renova a medida que a sociedade cria novos hábitos de convívio social.

Smed, um dos principais críticos do formalismo, enuncia que o Estado é uma realidade espiritual e o indivíduo “eu” faz parte desta realidade social em uma relação dinâmica de refluxo mútuo:

O espírito não é apenas o ser humano, mas uma ideia dinâmica dele em constante interação com o seu ambiente. Daí a noção de que Smed deriva de TH. Litt assume que a única forma de compreender a pessoa “... é integrá-la ao mundo concreto, ou seja, analisá-la em relação ao conjunto de ações e reações que se estabelecem entre ela e seu úbere histórico-cultural no qual ele define (...) Mundo e pessoa são feitos e construídos na medicina que, através de um processo histórico em evolução, se integra. (SMED, 1985, p.47 tradução nossa).

O Estado nesta ótica é uma realização cultural e não um fenômeno natural estando assim em constante mudança, renovando-se continuamente, Smed afirma que o Estado não se define somente como expedidor de leis, mas sua existência é idealizada como um processo dinâmico denominado pelo autor como “integração”, sendo esta o alicerce da realidade estatal e a posição inicial da teoria filosófica bem como da teoria jurídica do Estado, portanto a Constituição não é apenas uma norma, mas uma ordem integradora e não foi concebida para ser uma estrutura permanente e imutável, logo, como representante de um grupo social, além de dar fundamento deve acompanhar sua contínua renovação e neste sentido a mudança constitucional fora dos processos explícitos e técnicos é admissível e tem cabimento na teoria da Mutação Constitucional, pois esta estaria somente integrando a norma constitucional a nova realidade social surgida, pois é inequívoco que o Estado não se encerra exclusivamente na realidade contemplada na gênese da criação de sua Constituição, tampouco esta pudesse abranger todas as funções que o Estado compete regular devido ao enorme conjunto de causas sociais da dinâmica política e social, caso contrário haveria uma incongruência entre a norma constitucional e a realidade constitucional.

## **2.2 Panoramas da Mutação Constitucional no Direito Brasileiro**

No Direito Brasileiro o cenário é propício para realização de Mutações Constitucionais, pois é cheio de componentes que aproximam o Direito da Moral, abarrotado de princípios implícitos e explícitos que são interpretados por meio de técnicas interpretativas que levam em conta ponderações, razoabilidade e proporcionalidade, colocando o Judiciário como figura central, assim Botelho discorre:

A constitucionalização do direito, ou seja, a colocação da Constituição como peça elementar, fundamento de todo o ordenamento jurídico que rege a sociedade traz o judiciário para uma posição de destaque há um “processo de ascensão institucional do Poder Judiciário e o incremento da jurisdição constitucional” (BOTELHO, 2011, p. 58).

Vários foram os autores brasileiros apontados como precursores no estudo da Mutação Constitucional, destacando como pioneiro o Catedrático em Direito Constitucional, integrante da comissão Afonso Arinos composta pelos

cinquenta maiores juristas brasileiros para elaborar o anteprojeto da Constituição e também conhecido como o “pai” da Constituição do Estado de Pernambuco, Luiz Pinto Ferreira que chamava o fenômeno de “mudança material”, conceituando-a como as alterações trazidas no texto constitucional provenientes de usos, costumes e interpretações judiciais (FERREIRA, 1962, P.108).

Mas foi em 1986 que Anna Cândida da Cunha Ferraz que em sua tese de doutorado se aprofunda no tema, fazendo uma abordagem consistente e trazendo a possibilidade de sua ocorrência por atos provenientes dos 3 poderes da República, onde defende em sua dissertação a possibilidade de a mutação alterar o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar lhe a letra e o espírito. Ferraz identificou um problema quanto ao limite imposto pelo texto constitucional, que, a Mutação Constitucional aceitável somente ocorrerá quando a distância do texto legal e a realidade social são bem claras, assim a pesquisadora identificou que algumas normas no momento de sua criação tenham sido criadas de modo a permitir uma maior discricionariedade por parte do executor da norma, portanto, diante desta observação Ferraz argumenta que a mutação autêntica seria a concretização de uma ideia abstrata criada intencionalmente pelo legislador.

Ferraz, que detém sobre este tema uma autoridade ímpar, afirma que toda Constituição é uma obra humana inacabada contendo princípios e disposições muitas vezes vagos, deixando à incumbência daqueles que irão interpreta-la, assim, depende do interprete o compromisso de compreender as forças coletivas e a pluralidade dos grupos sociais para então trazer à prática, e por esta razão, a Mutação Constitucional é uma forma de dar longevidade à mesma, adequando-a ao tempo em que se vive, alcançando para tanto as exiguidades que antes não eram pretendidas ou mesmo sequer existiam, assim Anna Candido conclui que por não determinar todas as regras e todos os fatos possíveis de acontecer, para que o texto constitucional avance com a evolução das relações humanas a Mutação Constitucional seria *conditio sine qua non* para mantê-la viva em consenso com a realidade.

Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, afim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável à época e circunstâncias diversas, destinado como é, à longevidade excepcional (FERRAZ, 1996, p.23).

Após extensa abordagem sobre o tema feita por Ferraz, o que despertou interesse sobre a teoria, outros pesquisadores como o jurista Uadi Lammêgo Bulos demonstra em seu artigo “Da Reforma a Mutação Constitucional” que não somente são feitas mutações por interpretações judiciais, mas também por usos e costumes, defendendo um limite   aplicação deste instituto, alicerçando a ideia de uma impossibilidade de fazê-lo em decorrência da representação de um poder difuso, defendendo a corrente de que não   necessariamente uma consequência própria das constituições rígidas, mas das flexíveis também, porque deve se relacionar a plasticidade do texto constitucional.

Noutra  tica ao examinar a teoria em suas várias modalidades não   salutar enumerar um rol de prognósticos em que os dispositivos de uma Constituição são passíveis de sofrer mutações, pois englobam no exame, compromissos antag nicos de variada gama, sendo impossível prever todas as combinações de casos corriqueiros dos fatos sociais, Milton Campos, todavia arriscou em enumerar algumas hipóteses: complementação legislativa, construção judiciária e consenso costumeiro, demonstrando:

(...) outra via, pela qual frequentemente se modificam indiretamente as constituições rígidas, falseando-se mesmo o sentido de seus dispositivos, restringindo-lhes ou ampliando-lhes o alcance, alterando-se o seu significado,   a lei ordinária complementar. Como se sabe nem todos os dispositivos da Constituição são auto-executáveis, isto  , aplicáveis por si mesmos, desde logo, mas ao contrário, grande numero deles necessita de complementação de lei ordinária para sua aplicação. Daí reportar-se a Constituição, frequentemente, a lei ordinária, que deverá integrá-la, afim de que tenha plena vigência” (...) “a lei ordinária poderá modificar o sentido original e autêntico das cláusulas constitucionais, alterando-o por vezes substancialmente. (CAMPOS,1960, p.19)

Por fim no que tange ao tema, ainda no Direito Brasileiro, outra contribuição importante   a do ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em que escreve uma análise histórica da competência conferida ao Senado Federal para expedir resoluções com eficácia *erga omnes*  s normas declaradas inconstitucionais por aquela Corte no controle difuso, Gilmar defende que uma simples declaração de constitucionalidade proferida pelo plenário da Corte já teria efeito *erga omnes* por proferir a última palavra sobre a Constituição, portanto a competência do Senado Federal se exara em mera publicidade às decisões daquela Corte, devendo ser reinterpretada de modo a não ser mais fundamental ao processo

constitucional sendo, portanto considerada por Gilmar “autêntica Mutação Constitucional”.

Neste sentido Gilmar Mendes entende que a Mutação Constitucional compreende também uma altera o do texto constitucional, pois para interpretar de forma a mudar o sentido formal tem-se que mudar o texto literal, e se confunde com a reforma constitucional, já que outorga ao Poder Judiciário a altera o do texto por sua interpreta o, conforme demonstra na fundamenta o de seu voto na Reclama o 4335-5/AC define:

Daí que a muta o constitucional n  se d  simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida para um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpreta o, uma prudência. Na muta o constitucional há mais. Nela não apenas a norma   outra, mas o próprio enunciado normativo   alterado.

Logo percebemos que a Muta o Constitucional   um conceito importante no Direito Constitucional Brasileiro e refere-se   altera o do significado da Constitui o sem a necessidade de uma emenda formal ou revisão do texto constitucional. Ela ocorre quando a interpreta o da Constitui o muda ao longo do tempo, adaptando-se às novas realidades sociais, políticas e econ micas.

### **2.3 Muta es Constitucionais e Ativismo Judicial**

A expressão Ativismo Judicial foi cunhada em 1947 nos Estados Unidos pelo professor Arthur Schlesinger Jr. onde analisou o perfil de nove juízes da Suprema Corte e separou-os em juízes “conservadores” e juízes “ativistas”, mas antes do termo ser forjado a história aponta que as bases foram construídas muitos anos antes com o famoso caso “Marbury versus Madison” presidido pelo juiz John Marshall sendo também a referência do controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Judiciário, neste caso permitiu a possibilidade do Poder Judiciário rever os atos do Congresso atentatórios a Constitui o, todavia as chamadas decisões ativistas que de início concretizou direitos sociais e políticos dos cidadãos, vistas como positivas, passou a ocupar discussões de plataformas políticas, onde candidatos usavam com o slogan de suas campanhas que nomeariam juízes que interpretavam as leis e não as faziam.

Pelo exposto o juiz pode, e a depender do caso, deve ser ativista, desde que assim o faça com o fim de concretizar direitos fundamentais e com o objetivo de assegurar a credibilidade do próprio Poder Judiciário, estando autorizado a exercer tais atribuições se houver uma expressa previsão legal, como ocorre nas suas funções atípicas, sem usurpar poderes, vinculando seu atos a legislação, ciente da proibição da aplicação alternativa do direito ou de critérios pessoais em detrimento da lei, enxergando nos autos aquilo que eles não revelam para não ser coautor de ilegalidades e injustiças decidindo se tem ou não o direito de aplicar determinada lei segundo seu desejo.

O Ativismo Judicial não pode ser rotulado ou caracterizado como uma Mutação Constitucional, pois este existe unicamente em razão de uma atua o deficitária dos outros poderes, pois não se pode evitar que pela inércia dos outros poderes Judiciário atue de forma a garantir a concretiza o de inúmeros direitos fundamentais, ocupando espaços deixados em branco pelo Legislativo sendo um exercício legítimo de poder e neste sentido na obra "Ativismo Judicial, parâmetros dogmáticos" o professor Elival da Silva Ramos esclarece:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da fun o jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de fei es subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Esta ultrapassagem das linhas demarcatórias da fun o jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da fun o legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legifera o (ou de outras fun es não jurisdicionais) e sim a descaracteriza o da fun o típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de fun es constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 34).

Tal qual a Muta o Constitucional o fenômeno não pode violar a fun o legislativa, pois decisões judiciais que trazem convic es pessoais em detrimento   lei representa abuso de poder, todavia quando vem ao socorro da concretiza o de direitos fundamentais   possível sua aplica o preenchendo as lacunas deixadas pelo ordenamento, a qual deve ser interpretada e aplicada de acordo com suas finalidades sociais, desde que não implique em qualquer ofensa   separa o dos poderes, considerando que a própria Constitui o legitimou o Judiciário a rever a competência dos atos do Legislativo através do controle de constitucionalidade, fun o esta at pica, assumindo um papel político e social, afastando inclusive a validade de atos dos outros poderes, porém atualmente além deste controle de

constitucionalidade das leis os juízes e o próprio Supremo Tribunal Federal passaram a exercer o controle de razoabilidade das leis, portanto ao opinar se certa lei é razoável ou não prevalece a preferência pessoal de cada julgador rompendo o princípio principal do Estado Democrático de Direito.

Desta feita nota-se que frequentemente não existe coerência entre os próprios membros do Judiciário como aspiramos que tenham e assim são aceitas decisões baseadas na vontade, ideologia e senso de justiça de cada magistrado, logo, o êxito ou fracasso fica pautado mais num método lotérico do que jurídico havendo em nossos tribunais a existência de posicionamentos conflitantes para matérias equivalentes num total descompromisso com a segurança jurídica.

O Judiciário ao interpretar a norma esbarra na técnica de resignificação, onde retira da mesma o sentido e significado para adequá-la à exigência demandada pela sociedade, assim, a própria Constituição prevê mecanismos para aplicação dos direitos nela previstos como as normas programáticas e as normas de eficácia diferida em que se deu previsibilidade de socorrer-se ao Poder Judiciário, pela falta ou inércia do Poder Legislativo, a exemplos o mandado de injunção coletivo ou individual (art.5º LXXI) e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art.103, par. 2º), desse modo, sempre que for provocado tem o dever de julgar e dar efetividade às normas constitucionais para concretização dos direitos fundamentais nela esculpido, não obstante, esta postura arrojada não pode afrontar o princípio da separação dos poderes e nem extrapolar os limites de sua competência, todavia, contudo nos últimos tempos o Brasil tem visto julgamentos de grande repercussão na mídia, (demarcação de terras indígenas, união estável homoafetiva, pesquisa de células tronco, prisão do fiel depositário, entre outros).

Por fim, ao tecermos as linhas teóricas sobre o conceito de Ativismo Judicial e seu significado, é notório que se verifica um deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção ao Poder Judiciário e em como este compreende, interpreta e realiza a concretização da Constituição, numa relação íntima entre racionalidade e legitimidade de atuação, neste sentido, Adeodato afirma:

O debate sobre a função do Judiciário também está por trás de toda a discussão hermenêutica, a questão fundamental sobre como os paradigmas de racionalidade podem construir a válvula de escape e calibração da legitimidade ou verem-se inutilizados pelo casuísmo trazido por uma exacerbação da discricionariedade dos julgadores e da importância dos participantes na lide concreta. (ADEODATO, 2009, p. 164-165).

Da querela, conclui-se que o Judiciário não é só um aplicador mecânico da lei, assumindo também um papel fundamental na concretização do extenso rol de direitos trazidos na Constituição de 1988 e possui antes de qualquer perquirição uma judicialização responsável que não pode ser confundida com descontrole do sistema jurídico em favor de preferências ou opções políticas, ou morais do julgador, devendo nortear-se pela reflexão dos referenciais em seu entorno como a doutrina e a jurisprudência.

### 3 RECONSTRUINDO O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição não é somente um mero “pedaço de papel” ela é, e continuará sendo, a fonte de regulação social de um país e assim jamais deverá perder essa força vinculante, portanto, este caráter normativo ao sofrer a influência dos fatores reais de poder de uma sociedade deve estar atenta para se adaptar às mudanças dessas circunstâncias fáticas, incorporando princípios contingentes e admitindo elementos de estruturas contrárias, sacrificando interesses, ainda que legítimos, em nome da segurança constitucional, pois se o Direito tem sua efetividade instruído nas relações sociais, a Constituição deve ter uma interpretação evolutiva, assim, segundo Hesse (1997, p. 40) deve ficar a Constituição:

[...] imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial, as condições de vida reguladas pela Constituição. [...] Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente “*aberto para dentro do tempo*” [...] (1997, p. 40).

Portanto quando nos debruçamos sobre a conceituação da Mutação Constitucional, sua origem e classificação e ainda sua relação com o Direito Brasileiro devemos extrair a essência da teoria para reconstruí-la e entender como é pensada, estudada e classificada pelos pesquisadores e doutrinadores, sendo certo que acontece de forma natural e imprevisível, acompanhando as necessidades fáticas de cada período, explica Adriano Pedra:

O fenômeno da mutação constitucional é uma constante na vida dos Estados e ocorre porque o significado da Constituição não é dado de antemão, mas depende do contexto no qual é concretizado. O sentimento constitucional presente em cada momento vivido passa a permear a realização da Constituição, e a natureza dinâmica da Constituição, como organismo vivo que é, permite que ela possa acompanhar a evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas. (PEDRA, 2010, p.10).

Para maioria dos autores que estudam e escrevem sobre a Mutação Constitucional o fenômeno é considerado como um método de interpretação, isso como vimos é o que foi considerado desde sua origem, porém ao nos aprofundarmos no estudo da teoria podemos extrair da pesquisa que a interpretação

é somente uma subcategoria da hermenêutica, que abrange a integração e a aplicação do Direito, assim, enquanto subcategoria da hermenêutica, que é uma das categorias da Filosofia do Direito, é possível ligar o fenômeno a um contexto de debate do “Dever Ser”, e deste modo alterando o sentido de um texto para readequá-lo a uma visão prospectiva devido à impossibilidade de seu alcance pelo distanciamento com a realidade social, portanto sendo hoje considerada uma Teoria de Estado, tamanha a importância alcançada pelas consequências de sua aplicação.

Desta feita, enquanto Teoria de Estado, todo o processo normativo deve refletir a vontade do povo, pois a vontade do povo é soberana e o disposto na Constituição pode não refleti-la e por este entendimento a preponderância do fato sobre a norma associa-se às discussões desenvolvidas, estabelecendo um diálogo entre Direito e Ciência Política.

Friedrich Müller, afirma que o texto escrito é o ponto de partida fundamental a compreensão da norma e uma ausência de fundamentação pormenorizada dificulta sua compreensão, assim propõe um método para diferenciar o texto expresso da norma do âmbito da norma, que relaciona o ambiente normativo à realidade social em que esta, a norma, esta inserida, Segundo Müller deve haver limites:

A 'mutação constitucional' será assim imposta por uma modificação produzida no 'âmbito normativo' (normbereich) da norma constitucional, mas será o 'programa normativo' (normprogramm), basicamente contido no texto da norma, quem determinará quais fatos da realidade estão incluídos no 'âmbito normativo', sendo assim suscetíveis de provocar uma 'mutação constitucional'. (Friedrich Müller *in* Hesse, 1992, p, tradução nossa)

É possível perceber que com o passar do tempo a teoria da Mutação Constitucional ganha novos contornos tendo seu estudo aprofundado, especialmente quanto a hermenêutica constitucional que atribui novos sentidos a realidade circundante levando em conta o pluralismo existente na sociedade, e assim, a norma constitucional não deve se restringir somente aos intérpretes jurídicos mas também envolver todos os órgãos estatais públicos e privados, participando neste processo das decisões, entretanto é preciso relativizar a interpretação jurídica: “Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralistas for a sociedade” (Häberle, 1997, p.13).

Portanto ao analisarmos os fundamentos da teoria para reconstruirmos o conceito de Mutação Constitucional não é possível definir um método para se interpretar uma mudança de sentido de uma norma constitucional e isso poderá causar graves violações ao significado do texto, permitindo que os aplicadores do direito conduzam a dinâmica decisória por suas próprias convicções, assim deturpando a verdadeira função deste instituto, já que a função do interprete deveria ser de compreensão de uma modificação que aconteceu numa realidade e num contexto social de um povo, caso contrário a mutação não passará de um rótulo para sintetizar o processo de justificação de uma decisão judicial que não sem enquadra no conceito.

### **3.1 Interpretações Constitucionais, Quais Os Limites?**

Ao interpretarmos a Constituição devemos considerar que em algumas normas nela gravadas poderá haver um descompasso entre o texto escrito e a realidade, e este se dá pelo contexto histórico, Carvalho Netto afirma que neste contexto histórico, portanto, era compreendida como:

Um mero instrumento normativo, onde ignorava-se os processos de continuidade e descontinuidade ao longo dos diferentes contextos históricos de maneira que a transposição dessa construção teórica para os dias atuais evidencia um anacronismo e prevalência de uma prática constitucional típica de uma ordem autocrática, desconsiderando o processo de evolução do direito e do Estado ao longo dos eventos históricos e ferindo a aura da supremacia que se deve revestir a Constituição para que seja capaz de legitimar e de articular o Estado que nela se assenta (CARVALHO NETTO, 2003 p. 81).

As Mutações Constitucionais como vêm são mudanças de sentido e de alcance das normas constitucionais que decorrem da realidade fática, social, política, econômica e em todas as áreas da vivência humana enquanto sociedade, pois, ainda que não haja concordância do que se pode ou não ser passível de aplicação da teoria, pela sua imprevisibilidade, surge o dilema: “A limitação de sua aplicação”.

Interpretações Constitucionais a priori não se encontram dispositivos que permitem uma limitação jurídica, cabe ao intérprete, na aplicação do Direito, não extrapolar os limites do bom senso, inclusive surge uma questão polêmica, se as cláusulas pétreas estão sujeitas ao processo de evolução e por isso virem a ser modificadas pelo processo informal da Mutação Constitucional, parece perfeitamente

possível ainda que em maior lapso temporal, a um processo de evolução lento, pois o espírito das mutações se baseia em fatores de evolução e transformação social, que também encontram limites e não meramente na consciência do intérprete, pois não pode esta discordar da realidade.

Ainda que não sejam possíveis de se prever antecipadamente as alterações no seio da sociedade, portanto de antemão inconcebível traçar um limite as mutações, é de consenso de todos os estudiosos e doutrinadores que discursam sobre o tema que se deve respeitar o espírito da Constituição, para não haver imposição constitucional contra ela e nem arbitrariedade alterando o sentido da Carta Magna neste processo.

Passados mais de 100 anos sobre o surgimento do conceito “Mutação Constitucional” não há na doutrina um estudo sistemático no tocante às limitações dos processos indiretos de mudança da Constituição. O jurista alemão Konrad Hesse chama atenção ao intrigante problema constatando de não ser possível determinar os limites da Mutação Constitucional porque este fenômeno é em essência o resultado de uma atuação de forças elementares não previamente previstas, pois estas variam conforme os acontecimentos derivados de fatos sociais advindos da vida em sociedade e da evolução desta que se encontra em constante transformação, onde situações novas surgem a cada dia, e, portanto imprevisíveis de se supor antecipadamente já que as mutações não são produzidas através de meios convencionais em razão de um direito constitucional estático, assim é inevitável a necessidade de revisão ao texto normativo e um esforço coordenativo, segundo Hesse, entre a rigidez e a flexibilidade:

[...] porque somente elas possibilitam satisfazer a transformação histórica e a diferenciabilidade das condições de vida [...] porque elas, em seu efeito estabilizador, criam aquela constância relativa, que somente é capaz de preservar a vida da coletividade de uma dissolução em mudanças permanentes, imensas e que não mais podem ser vencidas (HESSE. 1998, p.45).

Portanto se olharmos pra outros pesquisadores que transitaram sobre as vias deste fenômeno também não se encontrou quem respondesse de forma satisfatória a questão dos limites da Mutação Constitucional, Hermann Heller, jurista contemporâneo da Constituição de Weimar igualmente afirmou que a Mutação Constitucional encontra limitações na própria normatividade da Constituição,

entende Heller que uma mudança de significado na Constituição se encontra adstrita à normalidade dos fatos, a qual não pode renegar por completo à normatividade, pois ambos estão coordenados entre si, ou seja, o dinâmico e o estático não se podem considerar separados assim como a normatividade e a normalidade, o ser e o dever ser no conceito constitucional, logo, o raciocínio aparenta ser genérico e sem pontos de apoio, sendo impossível estipular critérios exatos para se delinear os limites da Mutação Constitucional porque a Constituição é um organismo vivo, cujo alicerce é a autoconsciência de um povo com lugar territorial definido e um governo soberano, numa determinada época histórica, por consequência a Mutação Constitucional é involuntária e intencional.

Kubliskas, neste sentido afirma que a reforma formal (normatividade) deve incorporar a realidade atual e fática (normalidade), por consequência, a Constituição não pode ser contraditada por norma não escrita, explica:

A interpretação constitucional deve ser limitada pela própria Carta Maior, a mutação deve acontecer em âmbito interno da própria norma mutante. Desta forma, deve estar vinculada a norma posta, podendo se expandir até os limites possíveis de compreensão daquela norma. Quando este limite é atingido e passa-se a contrariar a Constituição, surgem duas opções, ou deve ser iniciado processo de reforma formal da Constituição, ou deve ser rejeitada a mutação pelo operador do direito (KUBLISCKAS, 2009, p. 150).

Nestas considerações, merece especial atenção a pesquisa de Nadja Botelho, que escreveu sobre o tema destacando em seus estudos que a Mutação Constitucional pode inclusive ser aplicada às cláusulas pétreas, contudo, não podendo atingir a essência dessas cláusulas, mas podendo a mutação ampliar seu alcance e enriquecer seu conteúdo, Botelho elenca:

(...) limites que devem ser respeitados pela alteração:  
I). Deve a mutação ser limitada aos sentidos possíveis do texto constitucional;  
II). Deve decorrer de legítima transformação social, e;  
III). Não deve avançar no campo que é próprio da reforma constitucional.  
(BOTELHO, 2011, p.34).

Desta forma não é passível a mudança da Carta Constitucional de maneira deliberada pelo intérprete, sua conduta deve ser fundamentada e compreensível, devendo agir somente quando o texto literal do ordenamento jurídico onde inserido já não abarcar o sentido exigido dele no momento atual, pela

transformação ocorrida no seio social, que deve ser legítima, obedecida a ordem temporal, já que este fenômeno não pode acontecer de maneira previamente demonstrada, pois assim seria intencional, e, apesar do texto ser aberto, polissêmico e por vezes até indeterminado não permite interpretação restritiva, sob pena de inconstitucionalidade, é também o que entende Nery: “mutação é processo natural e não intencional de interpretação constitucional”. “A modificação forçada não se caracteriza como mutação constitucional, mas sim como ruptura do sistema” (2009, p.95).

Desta feita, ainda que não se possam delinear com clareza os limites da Mutação Constitucional, merece reflexão se a teoria pode ser aplicada em matéria penal, considerando a natureza inadmissível à mudança de sentido com a própria ordem constitucional, sendo a dignidade da pessoa humana o limite intransponível das mutações a partir da constitucionalização dos direitos humanos sob o axioma da Declaração dos Direitos Humanos que em seu exórdio grava “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são portadores de razão e de consciência e devem tratar uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Conclui-se, portanto que as mudanças informais da Constituição, quais sejam, as Mutações Constitucionais não encontram limites em seu exercício, a saber, uma única possível, que é de natureza subjetiva: a consciência do intérprete de não extrapolar e deformar os princípios fundamentais que embasam a norma constitucional e, portanto, passível de aplicação em todas as matérias do direito que são reguladas pela Carta Constitucional.

### **3.2 Mutações (In)constitucionais e Segurança Jurídica**

A ligação direta entre o Estado e o indivíduo é a Constituição, na medida em que determina e direciona o Estado vinculando todos os poderes com força coercitiva, nas palavras do constitucionalista português Jorge Miranda, “a moderna ideia de Estado tem seu expoente na ideia de soberania”, portanto quando o elo da soberania é forçado evidencia-se um Estado de Exceção que subverte a ordem democrática, neste contexto o Supremo Tribunal Federal sob o argumento de fazer Mutação Constitucional oculta a postura decisionista assumida ao usurpar funções do Poder Legislativo.

Ao reconhecermos que não há como tecer limites, sob a perspectiva objetiva no desenvolvimento do conceito de mutação e sua compreensão, o intérprete pode traduzir e dissolver de forma oculta a inconstitucionalidade em constitucionalidade e neste novo contexto uma aparência supostamente constitucional, assim cabe aos juristas, doutrinadores e estudiosos do Direito a identificação do momento em que foi impedido de se extrair da norma sua proposição determinada, o momento que o seu espírito foi violado, com o escopo de expurgá-la do ordenamento jurídico visando alcançar uma estabilidade constitucional em função do contraste entre os diferentes campos elencados no diploma constitucional, deve-se levar em conta não apenas os limites semânticos estabelecidos por sua literalidade e dogmática jurídico-constitucional, pois na prática a Corte poderia estar fazendo emendas à Constituição por meio de seus acórdãos.

Em termos objetivos, as razões fundantes da Constituição devem ser invulneradas, priorizando assim os fins constitucionais com o objetivo de proteger a integridade normativa, assim se forem encontrados obstáculos na esfera interpretativa, estes devem ser elucidados sob balizas livres de práticas judiciárias arbitrárias, é o que discorrem Araújo e Sampaio:

Frise-se, porém, que o intérprete, por estar autorizado a criar através da extração do significado das normas, poderá ultrapassar ou até mesmo ferir o espírito constitucional. O intérprete, poderá atuar de forma criativa sobre a norma constitucional. É nesse contexto de interpretação como método criativo do direito que esta assume a figura de método no processo de mutação constitucional. O intérprete, dentro de certos limites estabelecidos pela ordem constitucional, atua, de forma criativa, sobre o significado, alcance e sentido das normas constitucionais. (ARAÚJO; SAMPAIO, 2012, p. 274-275).

Quando a normatividade e a supremacia constitucional não são consideradas não devem ser permitidas mutações, pois além de colocar em risco a soberania da Carta Magna lesam o escopo da norma fundamental causando instabilidade, e esta facticidade torna-se Mutação Inconstitucional.

Jellinek escreveu sobre essas observações na obra “Reforma e Mutação Constitucional”, o teórico alemão argumenta que uma situação de inconstitucionalidade converte-se em uma mudança constitucional na esfera informal, assim tal fenômeno tem a ver com os limites atinentes a Mutação Constitucional, ou seja, os mesmos limites que não há como impor, pois se encontram adstritos, como já explorados, às normalidades dos fatos, assim, deste

pensamento se extrai que as diversas práticas opostas à teleologia constitucional pela via interpretativa deveriam depender de mudanças na realidade.

Bonavides em seus estudos sobre o tema aponta com clareza que o texto constitucional pode ser alterado por dois aspectos: no âmago da legalidade e da ilegalidade, e quando legalmente por vez ocorre, é por meio da elaboração de um novo texto, pela revisão do texto já existente ou através de recursos que chama de revolucionários, como a Mutação Constitucional, porém quando esta interpretação desconsidera o texto original apresentando uma nova redação sob o viés de Mutação Constitucional estamos diante de um atentado à democracia, pois pela via interpretativa este fenômeno não pode atingir a letra da lei e seu conteúdo positivado na norma, ou seja, estende somente seu significado, sentido e alcance das disposições constitucionais, pois a Carta Constitucional tem sua supremacia assegurada pelo controle de constitucionalidade e qualquer processo que extravase desbordando o texto literal é por gênese inconstitucional.

Outro entendimento atinente a Mutação Inconstitucional seria o resultado da violação das restrições apresentadas pela Constituição, ou seja, o sistema constitucional é desrespeitado, Adriano Sant'ana Pedra inclusive escreveu em seu doutorado o termo "Quebrantamento da Constituição" onde esclarece que isso acontece quando há uma ofensa à literalidade do texto constitucional devido às práticas estatais transformando-se em um verdadeiro poder constituinte originário indo além do campo interpretativo.

A pesquisadora Anna Cândida da Cunha Ferraz relata que a Mutação Inconstitucional é percebida quando viola o âmago da Constituição, além da violar a letra elas violam o espírito da carta de direitos e não existe uma medida típica para impedi-la quando concretizada por decisão judicial do próprio Supremo Tribunal Federal, isso ocorre quando há uma afronta ao programa normativo, não por uma mudança de sentido e de aplicação, mas sim por um "rompimento" da norma, pois há um descompasso entre a realidade, um conflito entre o que se deseja como Constituição e o que ela realmente é.

Ferraz classifica as Mutações Constitucionais em duas categorias: I- processos anômalos; e II- processos manifestamente inconstitucionais, sendo que nos processos anômalos não há mudança no texto constitucional, e tece como exemplo o desuso da norma, pela inobservância reiterada ao longo do tempo, já nos

processos manifestamente inconstitucionais é flagrante a violação, pois o texto é violado em seu espírito variando em grau e profundidade.

A pesquisadora elenca algumas hipóteses de Mutações Inconstitucionais: a inércia legislativa; o desuso da norma constitucional; a mutação implícita; e a alteração informal que viola a letra da Constituição (FERRAZ, 2015, p 243-249)

Ainda sobre o arrazoado, é competente para dar a última palavra sobre qualquer decisão em que o tema Mutação Inconstitucional é trazido, sempre será do Supremo Tribunal Federal, pois com amparo da soberania estatal, sendo a Constituição documento de direito interno, fica a seu ministério o controle judicial de atos relativos à Carta Magna, exercendo o controle de constitucionalidade como mecanismo de proteção e garantia da mesma, porém, e quando esta decisão face às Mutações Inconstitucionais é proferida pelo próprio Tribunal Constitucional à quem recorrer-se?. Meinberg entende ainda ser possível esse controle, ainda que alternativamente:

Não existe, porém, uma medida típica para impedir a mutação inconstitucional quando concretizada por decisão judicial do próprio Supremo Tribunal Federal. Neste caso, a atuação do Poder Legislativo poderia ser uma alternativa, promulgando uma nova lei que buscasse regulamentar a situação da qual decorra a mutação inconstitucional (o que nem sempre será possível, uma vez que algumas disposições constitucionais não são passíveis de regulamentação) (MEINBERG, 2014, p. 81).

Quando da ocasião do julgamento do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, em que na época presidia o Supremo Tribunal Federal o ministro Ricardo Lewandowski o partido dos trabalhadores (PT) formulou pedido para que o Senado julgasse em separado a acusação por crimes de responsabilidade e a inelegibilidade o que foi aceito pelo ministro contrariando a literalidade do artigo 52 parágrafo único, inciso I e II da Constituição Federal o que é visto pela doutrina como uma Mutação Inconstitucional, pois com essa decisão Dilma foi destituída do cargo de presidente, permanecendo, contudo, com seus direitos políticos preservados.

Pelo exposto há uma consonância entre a Segurança Jurídica e a Mutação Inconstitucional, pois sua essência é a continuidade e o equilíbrio das situações jurídicas e as relações sociais, já que a sociedade necessita de

estabilidade e esta deve ser justamente a motivação básica do Direito com leis claras e precisas e sem caráter “vago” e alterações repentinas que dificultam o conhecimento das normas e com isso um “acostumar-se” a um quadro de incerteza.

Desta forma o aspecto dinâmico da Mutação Constitucional deve ter relação com os princípios que guiam o Estado Democrático de Direito para que haja estabilização e segurança e por consequência uma sensação de confiança em suas decisões minimizando o risco de decisões antagônicas acerca de uma questão específica, numa relação de complementaridade, excluindo os vazios normativos e os excessos de uma sucessão temporal.

A Democracia não morre somente com ditaduras e revoluções, o seu óbito pode começar pelos próprios Tribunais que têm o dever de protegê-la, com práticas interpretativas contrárias ao que o Legislador Constituinte estabeleceu, mutilando garantias e incorporando ou suprimindo direitos, sem alterar o texto constitucional, assim defender a Constituição é defender a Democracia.

### **3.3 Interpretações Manipulativas, Mutações Informais.**

Quando falamos em mutações informais não devemos confundir o processo de interpretação da norma fundamental através de Mutação Constitucional, que é um processo informal de mudança, com o termo mutação informal que é o processo de mutação que não obedece às regras naturais de longevidade deste processo, nestas há uma intenção consubstanciada em mudar o sentido do texto com vontade prévia, valendo-se da teoria para validá-la.

As mutações informais são aquelas que violentam a própria alma, o sentido e o significado que se espera nas interpretações do texto constitucional confrontando-a pois numa última análise, ainda que compatível com o sistema constitucional, como as interpretações do Judiciário, não significa porém ser inconstitucional, não há inconstitucionalidade nelas, mas elaboradas com o intuito de favorecer o pensamento do intérprete sem que este pensamento ainda esteja aceito como normal e já ratificado em toda sociedade anteriormente, é na verdade um processo obliquo informal que inova a norma sem estar anteriormente prevista como a Mutação Constitucional autêntica.

Se analisarmos o transconstitucionalismo europeu, onde as normas de direito comunitário devem ser aceitas pelos países que pretendem fazer parte da união europeia, tais normas podem indiretamente denegar outras normas internas

do país que aspira entrar nesta comunidade, sem entretanto poderem ser consideradas mutações inconstitucionais, mas sim verdadeiras mutações informais ou impuras como nomeiam alguns autores, tomando o cuidado de tais distinções, pela complexidade de suas consequências sobre a ordem constitucional não se entrecruzarem

Conforme apontado, a segurança jurídica deve ser um limite à mutação e um dever a ser observado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, assim é possível o prelúdio de interpretações diferentes em tão pouco tempo?

Partindo de uma análise entre mutação e segurança jurídica e os limites a serem observados encontra-se um que não pode ser ultrapassado: os fins constitucionais, desta maneira, a vedação ao retrocesso conferiu maior proteção ao princípio da presunção de inocência, logo ao pegamos como exemplo o entendimento sobre o momento da prisão em processo penal notamos que em um espaço raso de tempo houve mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, pois antes de 2009 a corte permitia a execução antecipada da pena privativa de liberdade, e a partir de 2009 modificou este entendimento sendo possível somente a execução da pena com trânsito em julgado, priorizando uma interpretação literal do princípio da não culpabilidade, e em 2016, a jurisprudência original da corte foi retomada e com esteio, assim se não se perpetrou o trânsito em julgado o réu não poderá ser considerado culpado, portanto não refuta cabimento o cumprimento antecipado da pena pelo acusado.

Nesta seara alguns ministros por meio de uma interpretação sistemática e não literal, entendem ser perfeitamente possível uma análise mais ampla e como os direitos constitucionais não são absolutos, destarte, neste lapso temporal de 2009 a 2016 no que se refere ao limite do campo textual constatou-se uma violação a norma literal, mas a decisão de 2016 violou o núcleo essencial da cláusula pétrea de direitos e garantias individuais, restringindo a abrangência deste princípio restando a análise de ser uma mutação informal, pois não houve neste período (2009 a 2016) qualquer alteração fática na esfera da sociedade comprovável que modificasse a realidade.

Portanto em resumo, foi a mudança de composição da corte e a alteração de posicionamento de um ministro os fatores principais para a alteração de entendimento, extraíndo-se a conclusão desta mudança de entendimento, que não houve simplesmente violação ao texto e a alma da Constituição, mas uma

verdadeira interpretação manipulativa concernente muito mais a questões pragmáticas do que propriamente a alterações percebidas na realidade.

Feita tal observação, nota-se que é indiscutível o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão máximo de poder na esfera do Judiciário como protagonista no processo de mutações constitucionais, se transformando numa espécie de poder constituinte permanente como aponta Daniel Sarmento:

(...) como intérprete final da Constituição, o STF poderia ser concebido como uma espécie de poder constituinte. Trata-se de equívoco similar ao perpetrado pelo juiz da Suprema Corte norte-americana Charles Evan Hughes quando afirmou que “a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz o que ela é”. Se por absurdo, o STF afirmasse em algum momento que a ordem constitucional brasileira permite escravidão ou adota o regime monárquico, isso não seria mutação constitucional, mas um grave erro da Corte. A visão excessivamente judicialista da mutação constitucional, conquanto frequente no Brasil, é equivocada, seja pelo ângulo descritivo, seja pelo prescritivo. Em outras palavras, ela não descreve corretamente como o fenômeno da mutação opera no mundo real, nem tampouco fixa uma orientação adequada sobre a forma como ele deveria funcionar (SARMENTO, 2006, p 88).

Nesta seara a Mutação Constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal que não observa a temporalidade na mudana da realidade social que enseja as premissas de legitimaao do uso da teoria, mas de uma interpretaao judicial somente tem sido chamada por alguns doutrinadores de poder constituinte evolutivo (BRITTO, 2003, p. 77) restrito a aplicabilidade e uso da Suprema Corte Brasileira, tornando-se um terceiro poder constituinte ao lado do poder constituinte originário e do poder constituinte reformador.

#### 4 REALIDADE FÁTICA, SUBSTITUIÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

Os tribunais ao realizarem decisões mutacionais têm a obrigação de não cometer decisionismos e arbitrariedades, pois ao realizar a adaptação interpretativa entre o texto constitucional e a realidade fática não podem violar o poder constituinte. Assim cabe ao Supremo Tribunal Federal o cumprimento da letra expressa da Constituição em sua tarefa e interpretar, nos limites dos poderes e funções impostos pela própria Carta Magna, portanto não deve o intérprete modificar o texto escrito como se legislador fosse, o qual só pelo Congresso Nacional deverá ser feito, todavia se um tribunal decide contra texto expresso da Constituição estaria emendando-a e afrontando a divisão dos poderes da República.

Pelo exposto qualquer mudança textual é um golpe contra a ordem jurídica, seria descaracterizar a Constituição e uma fraude antidemocrática gerando alteração explícita à norma, pois o poder derivado é condicionado e limitado não podendo quebrar o nexos entre a escritura formante e a função sistêmica da Constituição, neste sentido quando o Judiciário “inventa” a Mutação Constitucional sobre um tema que não efetivamente ocorreu no seio da sociedade, modificando a norma constitucional, como se legislador fosse, tornando-se um verdadeiro Poder Constituinte de Reforma, a este sintoma a cientista política alemã Ingeborg Maus diz se tornado o Judiciário uma espécie de superego da sociedade traçando a jurisprudência de valores como o “princípio da proporcionalidade” e decidindo casos a partir de “razões do Direito”, e assim define:

(...) transforma-se no superego de uma sociedade  rf  carente de tutela que, com base em uma racionalidade solipsista, determina os padrões de comportamento desejáveis. (...) a partir de então a independência do Judiciário passou a significar muito mais que a independência funcional frente aos demais poderes, uma desvinculação   autoridade dais leis e da Constituição (MAUS, 2000, p.58)

O Supremo Tribunal Federal ao interpretar e aplicar a Constituição limita-se na própria Constituição, pois a um só tempo que   o precípuo guardião dela, subordina-se a ela também, e vem atuando recentemente em julgamentos midiáticos, decidindo pr  ativamente, extrapolando os limites de sua competência incorrendo no que se chama de obliquidade judicial e que não guarda qualquer

ligação com o fenômeno da Mutação Constitucional, como já explanado, pois a própria Constituição atribuiu ao Poder Judiciário, a competência para rever atos do Poder Legislativo através do controle de constitucionalidade e ante a inércia e omissão do Executivo e Legislativo que ignora por várias vezes os direitos e garantias fundamentais elencados na carta constitucional, assim. O Judiciário assume o papel político invalidando atos dos outros poderes.

Neste raciocínio, por vezes, o Poder Judiciário tendo a última palavra ao interpretar a Constituição e valendo-se do controle de constitucionalidade concentrado feito pelo Supremo Tribunal Federal, utiliza seu poder máximo para alterar as estruturas deste instituto, pois a Constituição grava em seu Art.52 inc. X que cabe ao Senado Federal suspender a execução no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal fixa a ordem em seu Art. 178 que para toda decisão de inconstitucionalidade de lei far-se-á logo após a decisão comunicação ao Senado Federal, assim há uma afronta a separação dos poderes a inobservância desta “regra dever” quando não cumprida.

Desta feita, dos mais de 90 mil recursos extraordinários recebidos e providos pelo Supremo Tribunal Federal, somente 136 foram comunicados ao Senado Federal, (Fonte: Banco de Dados da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal – 2010 sendo o ano de análise desta base de dados) o que compreende neste universo 0,1%, pois não comunicadas, o Senado Federal fica sem sua competência constitucional, numa clara violação da separação de poderes.

O Ministro Gilmar Mendes, em relação ao fato, invoca a teoria da Mutação Constitucional, para justificar que ao Senado Federal caberia apenas e tão somente a publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal, pois este não teria mais poder para suspender uma decisão de eficácia de lei ou ato normativo declarados inconstitucionais por aquela Corte, logo o Art.52 inc. X perdera o sentido, porém, para que a tese de Gilmar preenchesse os elementos necessários à uma Mutação Constitucional deveríamos ter os dados ao reverso do pesquisados, ou seja, quase 100% das decisões dor recursos tivessem sido levadas ao conhecimento do Senado Federal e nelas todas, sem exceção, o Senado não as teria suspenso a decisão total ou parcialmente emanadas pela corte , fazendo uso nulo de sua atribuição fixada constitucionalmente no Art. 52 inc. X da Constituição e apenas publicando-as, pois ainda, se algumas dessas decisões o Senado Federal

tivesse agido desta forma contrária a tese de Gilmar já não suportava também a premissa do instituto, pois não existe Mutação Constitucional de forma intuitiva e nem por meio de argumenta o doutrinária ou conceitual como a feita por Gilmar.

Resta desta análise a conclusão de que o Art. 52 Inc. X   importantíssimo, por materializar o polo de tensão do solipsismo das decisões judiciais, pois se trata de questão pragmática haja vista que   primordial a participa o da sociedade no processo decisório da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo que foi produzida pela vontade do povo já que o direito não está imune ao ideal de compreensão intersubjetivo de mundo.

Eros Grau, ex-ministro da Suprema Corte Brasileira critica em sua obra “O Direito Posto e o Direito Pressuposto” que os juízes e o próprio Pretório Excelso fazem não são o controle de constitucionalidade das leis, mas também os controles de razoabilidade, e assim, decidindo pela razoabilidade, prevalecem a preferência pessoal de cada julgador rompendo a regra essencial do Estado Democrático de Direito com um Judiciário legislando, e com decisões judiciais permeadas de convic es pessoais em detrimento   lei e a Constitui o, em um verdadeiro abuso de poder colocando o procedimento judicial   disposi o da ideia de justiça do julgador, Candido Dinamarco chama a isto de “instrumentaliza o do processo”, diminuindo as garantias constitucionais das garantias processuais do devido processo legal, transformando o direito em uma racionalidade instrumental, assim, manipulando o instrumento podemos manipular os resultados e ao final como resultado obter-se-  aquilo que a vontade dos que estão no poder querem, chegando ao pináculo do problema que   transforma o do Direito em Política, e deste resultado obteremos a não-democracia, pois se o direito deve controlar a política ele não pode ser a própria política:

Com tudo isso, chegou o terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo polo de irradia o de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e solu es. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter solu es adequadas sabe que agora os conceitos inerentes   sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investiga es conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na demonstra o da autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstra o da divisibilidade do átomo. (DINAMARCO, 1987, p.19)

Pelo exposto não se pode extrair do Direito sua autonomia e independência a desvinculá-lo da Constituição, assim o intérprete satisfeito ou não com a lei somente poderá afastá-la por meio de uma análise e declaração fundamentada da inconstitucionalidade desta lei, independentemente de sua vontade e de sua concepção pessoal de justiça.

#### **4.1 Abordagem Sociocognitiva, a Pseudoconstituição da Suprema Corte**

Todos os textos são representações mentais e refletem a forma como o mundo é percebido por aquele que o produziu, assim é um processo de escolha linguístico-argumentativo, como explica Koch (2002, p.193):

Os textos, como formas de cognição social, permitem ao homem organizar cognitivamente o mundo. E é em razão dessa capacidade que também são excelentes meios de intercomunicação, bem como de produção, preservação e transmissão do saber. Determinados aspectos de nossa realidade social só são criados por meio da representação dessa realidade e só assim adquirem validade e relevância social, de tal modo que os textos não apenas tornam o conhecimento visível, mas, na realidade, sociocognitivamente existente. A revolução e evolução do conhecimento necessita e exige, permanentemente, formas de representação notoriamente novas e eficientes. (2002, p.193).

Já quanto aos textos jurídicos Kelsen (1985, p.366) diz ser uma “moldura” responsável pelas várias possibilidades semânticas da norma legal, e assim, o aplicador opta por uma interpretação e cria sua decisão por um ato de vontade e não apenas por um ato de conhecimento, portanto para o autor o método de interpretação é irrelevante, haja vista, que a escolha de sentido adotado pelo interprete é subjetiva dentre várias respostas legítimas possíveis e admissíveis, logo, a moldura da norma que delimita o limite interpretativo, e conseqüentemente o seu próprio poder de decisão, pois as decisões que se situarem fora da moldura da norma deverão ser rejeitadas. Desta análise ao apego a letra da lei pelo jurista de Viena o realismo jurídico permite construções elásticas, porém não pode ser um ato de vontade sem controle para não haver excessos e falta de direção onde o horizonte cognitivo é delineado pelo intérprete e não pela “moldura” Kelseniana.

Em uma abordagem onde o elemento de influência considera o meio social determinante para apreensão do conhecimento e tem na linguagem a forma de representação retirando a força da lei, a jurisdição constitucional pode sim

restringir a democracia, pois a relação de direitos e garantias é feita mediante leis parlamentares e cabe ao Tribunal Constitucional garantir a aplicação das mesmas de forma plural, assim se das interpretações da Corte houver redução de direitos de forma a privilegiar as castas tradicionais não haverá autenticidade, pois o núcleo essencial das cláusulas pétreas deve ser considerado, visto que são os direitos das minorias, e fundamental para a dignidade humana e nelas esta situado o espírito da Constituição, tão mencionado pelos teóricos, e que jamais deve ser violado pois nelas residem os anseios que o constituinte originário idealizou.

Estabelecidos os pressupostos teóricos, sob o argumento de força normativa dos fatos, o Supremo Tribunal Federal coloca todo o ordenamento jurídico a sua disposição, com poderes de instaurar a exceção, decidindo sobre a aplicação ou não das normas constitucionais sobrepondo-se a qualquer vinculação à norma constitucional substituindo-a por outra, criada pelo próprio tribunal sob o argumento de estar operando Mutação Constitucional, passando a Constituição ser o que o Supremo Tribunal Federal diz o que ela é, neste sentido há uma violação pelo órgão oficial que deveria defender os princípios democráticos, encontrando assim um artifício para controlá-la determinando os limites de sua aplicação.

Subjugando os outros poderes da República sem submissão ou fiscalização, o Supremo Tribunal Federal utiliza Mutação constitucional como um termo genérico e esvaziado de sentido, usurpando o poder e colocando-se, paralelamente, dentro e fora do ordenamento jurídico, erguendo-se sob um status de Superpoder alterando a norma por meio de sua decisão e não por meio de um processo formal que é delegado ao Legislativo, assim, um rompimento da Constituição se verifica pela vontade do intérprete quando o seu entendimento privado se desprende do texto literal, se desvincula do espírito da lei, apartando do parâmetro razoável esperado, afrontado a normatividade e que não pode ser chamada de mutação, mas arbitrariedade que se revela num descompasso entre a realidade e a norma escrita, neste sentido, destaca Moraes:

O recurso à mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem demonstrado cinco características: papel contra majoritário, modelo de bricolagem, intensificação do uso, igualdade de reconhecimento e limite semântico.

Papel contra majoritário, porque a Corte tem decidido sobre questões políticas ou moralmente relevantes que muito dificilmente seriam objeto de proposições submetidas à cognição dos Poderes Legislativo e Executivo, legitimados democraticamente pelo voto popular. Modelo de bricolagem,

porque o Tribunal tem recorrido à mutação constitucional de forma mais ou menos aleatória. Nesse enfoque, os magistrados desenvolvem um trabalho de oferecer razões como um bricoleur, (faz tudo). Intensificação do uso, porque a Corte tem aumentado significativamente a utilização da mutação constitucional no último biênio, durante o qual podem ser identificadas 57,33% das decisões que abordam o processo informal de mudança constitucional. Igualdade de reconhecimento, porque o Tribunal tem recorrido à mutação constitucional em questões que giram em torno de minorias, sua identidade e diferenças, inclusive raciais. Nesse sentido, os magistrados desenvolvem um trabalho de concretizar os direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Limite semântico, porque a Corte tem deliberado, em algumas hipóteses, sobre o sentido, alcance e conteúdo de normas introduzidas no texto constitucional sem, no entanto, apego às possibilidades semânticas do relato da norma constitucional (MORAES, 2018, p. 11).

Na construção de sentidos a Suprema Corte negligencia o processo interpretativo, o qual é construído e se materializa pela interação entre indivíduos na percepção da realidade, e para justificar a sua interpretação por etiquetagem, como se o sentido estivesse apenas na norma engendra termos como “extrair o sentido da norma” e “percepção clara e exata da norma” distorcendo referenciais teóricos para camuflar práticas judiciais decisionistas, influenciadas por fatores políticos e ideológicos, e como consequência, em detrimento de avanços no conteúdo das normas constitucionais, representam na verdade um alargamento dos poderes decisórios daquela corte em prejuízo ao Estado Democrático, divergindo ao que se espera deste Tribunal, a exata correlação social que a lei expressa.

Por consequência, ao “extrair um sentido” de uma norma, um ministro defende sua interpretação pessoal, exteriorizando a acepção de como ele a percebeu e a construiu dentro de um determinado contexto, englobando suas experiências pessoais, contrariando a obrigação de alinhar sua perspectiva com a realidade social a qual seria a de enquadrar o seu pensar cognitivo com o pensar da sociedade.

Conclui-se, portanto, que existe uma práxis do Supremo Tribunal Federal por meio de uma instrumentalização estratégica para justificar decisões que extrapolam a norma inventando sentido que sobeja o núcleo indentitário da Constituição usurpando atribuições próprias do Poder Constituinte e se consolidam criando uma nova carta de leis, a “Constituição Jurídica” intitulada de Pseudoconstituição.

## **4.2 Ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal para Proferir Decisões Mutacionais**

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o instituto da Mutação Constitucional é amplamente utilizado, porém surge a questão: Todas as decisões aplicaram a teoria promovendo realmente uma alteração informal na Constituição?

Pelo que foi tratado acerca do conceito percebe-se facilmente que há uma distorção (intencional ou involuntária) entre o fenômeno da Mutação Constitucional e outros institutos, entre eles as mudanças de orientações do Supremo Tribunal Federal, a revisão de posições anteriormente defendidas e as interpretações distintas dadas pelos ministros, neste sentido, verifica-se uma inócua utilização do instituto sem surtir efeito ou influenciar na decisão, utilizado apenas como um mero reforço argumentativo ou como argumento de persuasão, não guardando qualquer relação com uma tese genuína à aplicação da teoria que confere a alteração da norma constitucional, portanto há uma ausência de rigor científico-dogmático que permita determinar sua ocorrência, restando a análise do raciocínio hermenêutico feito pelo magistrado.

O professor português Jorge Reis Novais chamou a esta ausência de rigor científico-dogmático de “jurisprudência da crise”, pois coloca o Judiciário numa constante tensão com a democracia, visto que, as regras constitucionais vêm limitando a democracia já que na tripartição do poder coube ao Judiciário o poder contra majoritário e este poder deve ser usado como reforço e implementação dos ideais e valores que uma democracia infere, portanto, os ministros do Supremo Tribunal Federal enquanto detentores desse poder não podem falsear a vontade do povo e legitimar a própria outorga da Constituição legislando em causa própria.

Desta feita, sob a alegação de interpretar uma norma implícita e de atualizar as normas a novas exigências, o Pretório Excelso acaba por prolar atos-normas, num claro desvirtuamento de função que é de aferir a congruência de suas decisões com os direitos fundamentais, pois numa sociedade permeada por um avançado processo de globalização e internacionalização com visões de mundo plurais, todos devem ser vistos como iguais em direitos e deveres no plano jurídico, pois o Direito é a ferramenta para esta integração social e assim fazer com que os destinatários dessas normas sintam-se inseridos como partes das mesmas.

Com efeito, a busca de um estado de confiabilidade e de segurança jurídica tem o objetivo de solucionar a lacuna conceitual e esclarecer as bases do instituto da Mutação Constitucional que se define como um resultado jurídico que decorre de um ressignificado de fatos e comportamentos por quais passam a sociedade, pautados em razão de influências políticas, históricas, econômicas ou sociais garantindo estabilidade. Neste raciocínio, portanto, a sociedade é quem constrói a realidade fática e a norma constitucional só a adapta, e neste processo de adaptar deve vir precedido de uma constatação de uma nova realidade social ou de uma nova percepção do direito e não por uma declaração de um ato decisório em um acórdão, pois este por si só não soluciona a incongruência entre a realidade e a norma.

Há uma diferença entre diagnosticar a Mutação Constitucional e em declará-la pelo Judiciário como vem sendo feito, aquém do ambiente de debate original que seria do Congresso Nacional, pois este exerce o Poder Reformador e desta constatação, a aplicação do fenômeno da mutação pelo Supremo Tribunal Federal em decisões inéditas, alegando a aplicação do instituto não passa de um encobrimento de uma postura decisionista para legitimar suas ações, ocultando uma atitude ativista e de poder constituinte permanente legislando sobre a Constituição, postura esta, contrária ao Estado Democrático de Direito, e certificada pelo professor emérito do Largo São Francisco, Fábio Konder Comparato:

Não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor. É pura perda de tempo discutir se a conjunção “e” significa “ou”, se o caput de um artigo dita o sentido do parágrafo ou se o inciso tem procedência sobre a alínea. A Constituição é hoje o que a presidência quer (se referindo ao governo de Fernando Henrique Cardoso 1995-2002) que seja ela, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo judiciário. (...) Ela continua a existir materialmente, seus exemplares podem ser adquiridos nas livrarias (na seção de obras de ficção, naturalmente), suas disposições são invocadas pelos profissionais do Direito no característico estilo ‘boca de foro’ Mas é corpo sem alma. Hitler, afinal não precisou revogar a Constituição de Weimar para instaurar na civilizada Alemanha a barbárie nazista: simplesmente relegou às traças aquele “pedaço de papel”. A única razão de ser de uma Constituição é proteger a pessoa humana contra o abuso de poder dos governantes. Se ela é incapaz disso, porque o governo dita a interpretação de suas normas ou as revoga sem maiores formalidades, seria mais decente mudar a denominação. O Presidente da República, ouvido o Congresso Nacional e consultado o Supremo Federal, resolve: A Constituição da República Federativa do Brasil passa a denominar-se regimento interno do governo. (COMPARATO, 1998, p.3).

Lima Oliveira e Streck (2007, p 61) afirmam que o Supremo Tribunal tem aplicado a teoria da Mutação Constitucional a pretexto de satisfazer o desejo de mudar a Constituição: “Um Tribunal não pode mudar a Constituição; um Tribunal não pode “inventar” o Direito: este não é o seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”. Desta ocorrência constata-se que o Poder Judiciário está subordinado ao político e as leis subordinada à economia, logo, os danos advindos da interpretação dessas leis na Corte faz-se conforme o jogo de interesses, privilegiando somente um seleto grupo de sujeitos.

Portanto a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em proferir decisões mutacionais sob o argumento de sua prerrogativa de guardião da Constituição é legítima enquanto mutação autêntica, adaptando a norma a uma realidade já consolidada pela sociedade para que a Constituição não sofra uma desatualização, e não como forma de corrigir a Constituição, pois isto faz com que seja um poder constituinte permanente, logo, a Constituição não pode ser o que o Judiciário diz o que ela é, como já comentado, usando o instituto da Mutação Constitucional de forma indiscriminada, não colaborando com uma justiça equilibrada e eficiente.

### **4.3 Reflexos do uso da Mutação Constitucional**

A Constituição nas palavras de David Strauss (2010, p 03) é uma “norma viva”, assim manipulável, e se não é um documento inerte e muda de tempos em tempos, alguém está fazendo tais alterações. E esse “alguém”, no Brasil, é um grupo de juízes, e que, promove tais mudanças de acordo com suas visões sobre o que é esta Constituição, em consequência, a Constituição não passa de uma coleção de ideias desses juízes, que por estarem ocupando cargos de poder num determinado momento institui o que a doutrina chama de juristocracia, logo, surge a indagação:

Cabe ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo. Afinal, quais seriam os critérios de correção, uma suposta “ordem concreta de valores”, um “Direito Natural” no estilo de Radbruch?... Agregue-se a essa relevante questão hermenêutica a seguinte preocupação: decisões do Supremo Tribunal Federal, podem incorrer no equívoco de confundir as tarefas constituídas daquelas constituintes, o que traduziria, portanto, uma

séria inversão dos pressupostos da teoria da democracia moderna a que se filia a Constituição da República. (STRECK, 2007, P.65).

A atividade hermenêutica é necessária onde cada vez mais há uma judicialização da política e uma politização da justiça, ficando perceptíveis as mudanças de paradigma que repercute na natureza da atividade jurisdicional onde os debates sugerem tanto a superação do positivismo quanto a defesa literal dos diplomas legais, pois nesse pensamento a o que está escrito é visto como “letra fria da lei” sendo assim um modelo de interpretação, pela rigidez, ultrapassado, portanto pela ausência de um método de atividade interpretativa da Constituição a discricionariedade judicial pode conduzir a graves deturpações de ordem fundamental prejudicando a sociedade que espera respostas adequadas aos acontecimentos sociais que modificam a forma de convivência entre as pessoas, logo, é preciso analisar a lei para cada caso concreto e diante da morosidade do processo legislativo cabe ao judiciário compreender todos os acontecimentos sociais mantendo constância entre os anseios dos indivíduos e a norma constitucional.

Toda interpretação constitucional deve ser feita a partir do texto e não contra ele, logo, a inobservância de limites principiológicos e semióticos impacta diretamente sobre o espírito da lei sendo fundamental que o papel do judiciário seja o de estreitar a distância entre a norma e o caso concreto sem oscilar, neste aspecto é imprescindível o conhecimento para além da mera aplicabilidade da lei, devendo estar vigilante às interferências políticas e sociais, pois a Constituição deve se renovar e manter-se atual, caminhando junto com as transformações sociais, assim a custódia da Constituição é feita por todos, dos magistrados até os Tribunais Superiores.

No nosso sistema, onde a incumbência de proteger os valores tutelados pelo Estado é do Poder Judiciário, e, portanto, a consolidação da democracia advém dos seus juízes constitucionais, não eleitos, que por vezes privilegiam o procedimento ao resultado limitando decisões de representantes populares eleitos pelo voto majoritário da democracia representativa sob o viés de equalizar as relações sem apreciar os valores substantivos, caracterizando um quarto poder, transgredindo o próprio postulado democrático ao se tornar-se o juiz constitucional um legislador positivo.

Nesta direção quando a corte suprema interpreta uma norma de forma a criar outra, ao invés de aplicá-la, ocorre um desequilíbrio na balança dos poderes,

o que é incompatível com a ordem jurídico-política delineada pela Constituição, surgindo o uso de várias formas de atuação do poder judiciário mascarado de Mutação Constitucional, pois diante de textos abertos e indeterminados há a possibilidade de intervenção para concretização de um ideal de justiça e que muitas vezes   soçobrado pelo intérprete, pois a realidade psicológica deste pode não estar alinhada com a realidade que se deseja alcançar pela realidade imposta por todos gerando um estado de incongruência. Ronald Dworkin, porém, defende não ser antidemocrático e menos ainda ilegítimo este papel do Supremo Tribunal Federal, pois as decisões proferidas pela Corte em que ensejam esses debates geralmente são pol micas, como nos casos de autorização de aborto, embora aceite a possibilidade de anulação desses julgamentos, pois para o filósofo o direito não   mera questão de fato:

O direito   uma prática social, que, no decorrer do tempo, vai tendo variados sentidos, os quais devem ser interpretados de acordo com sua melhor justificativa, e não de acordo com alguma teoria semântica que tente fixar o seu significado. (...) isto   possível porque o direito   uma prática institucional sobre os quais as pessoas dividem algumas ideias. (DWORKIN, 1991, p.101)

Desta feita o Supremo Tribunal Federal como último intérprete da Constituição ao analisar determinada norma deve preceder a legibilidade no âmbito normativo dos fatos, valores, práticas sociais e costumes, assim não   qualquer oscilação ou alteração informal que se caracteriza uma Mutação Constitucional, não extrapolar a interpretação   imprescindível para não gerar entendimentos danosos e seus reflexos prejudicar os alicerces da Constituição e assim transformar a Supremacia da Constituição em Supremacia Judicial.

## CONCLUSÃO

Por todo exposto, pode-se depreender que o fenômeno da Mutação Constitucional denota uma mudança na realidade social, tal qual, que o texto escrito na Carta Constitucional perde o sentido e a eficácia perante a transformação por qual transcorre a sociedade, assim deve a Constituição ser um “organismo vivo” que apesar de sua rigidez como característica formal obriga-se a acompanhar todas as mudanças na estrutura da sociedade e consequentes transformações sociais, sendo essencial para adequar a realidade normativa à realidade fática, pois nenhuma Constituição se exaure no momento de sua promulgação, sendo sua correção ou complementação essencial para adaptar-se aos fatos surgidos após sua elaboração.

A teoria da Mutação Constitucional foi identificada pela primeira vez pela Doutrina Alemã, e nesta, quando o *Reich*, império de Hitler, alterou o funcionamento da Constituição alemã sem reformá-la. Teve como precursor no estudo deste fenômeno o jurista *Paul Laband*, quem identificou a existência deste fenômeno pela primeira vez, porém *Hsü Dau-Lin*, um jurista chinês foi quem estudou as suas ocorrências e especificações dividindo-as em vários tipos, porém nos dias atuais a classificação mais manejada por pesquisadores do direito brasileiro é a elaborada por Luís Roberto Barroso, ministro da Suprema Corte Brasileira, que sistematizou 3 modalidades de mutação: por via interpretativa, por via legislativa e por via consuetudinária.

Uma análise importante é que a Mutação Constitucional não pode ser confundida com ativismo judicial, pois na mutação a distância do texto legal e a realidade social são bem claras tornando a norma obsoleta ou sem uso em relação a maneira de pensar e agir da sociedade, já ativismo judicial só existe por uma atuação deficitária de outros poderes, sendo exercício legítimo do Judiciário ocupando espaços deixados pelo Legislativo, através do controle de constitucionalidade, por tal importância, dentro da hermenêutica da filosofia do Direito o seu estudo é integrado a Teoria de Estado.

Prosseguindo neste discurso, ergue-se o questionamento sobre um estudo sistemático que defina os limites a serem observados para os processos indiretos de mudança da Constituição, surgindo então a constatação de não ser possível determinar limites para o tradutor da norma se ater, pois este fenômeno não encontra dispositivos que permitem uma limitação jurídica, cabendo unicamente ao

intérprete, que deve observar os acontecimentos sociais , uma vez que a sociedade está em constante transformação e assim impossíveis de prevê-las com antecipação.

Outro ponto importante quando falamos em Mutação Constitucional   a segurança jurídica, pois não há como impor de antemão limites   teoria, logo, o tradutor da norma deve sempre ater-se a mudança da realidade social para assim não violar as restri es apresentadas pelo próprio texto constitucional, visto que estaríamos diante de uma Muta o Inconstitucional, uma vez que haveria uma viola o a essência da Constitui o criando um descompasso com o regulamento escrito e a interpreta o que se esperava, rompendo a estabilidade jurídica e criando um quadro de incertezas, ferindo assim o princípio básico do Direito que   a clareza das leis.

Ainda, os fins constitucionais   um fundamento que não pode ser esquecido, pois a Constitui o existe para organizar o Estado tecendo regras sólidas e permanentes no tempo, não há como mudar o seu entendimento em um espaço curto de tempo com o preceito de estar fazendo Muta o Constitucional visto que a realidade das transforma es sociais s    percebida em longo prazo e acontecendo tal fato estaríamos diante de uma manipula o interpretativa para atender interesses pessoais, concernentes a questões pragmáticas e não altera es percebidas na realidade. Decisionismos e arbitrariedades violam os limites na tarefa de interpretar a norma, pois a decisão de um Tribunal contra texto expresso da Constitui o usurpa as atribui es do Legislativo, desta feita, decisões com convic es pessoais não   controle de constitucionalidade, mas mero controle de razoabilidade.

Por consequência com o discurso de guardião da Constitui o o Supremo Tribunal Federal coloca o ordenamento jurídico brasileiro a sua disposi o, decidindo sob sua aplica o ou não, sob o argumento de estar adequando a norma a realidade com o rótulo de Muta o Constitucional, passando assim a Constitui o ser o que o que o Supremo diz que  , subjugando os outros poderes da República e erguendo-se como um status de Superpoder, ao qual profere sempre a última palavra, e essa práxis da corte usurpa as atribui es próprias do poder constituinte se consolidando numa nova Constitui o, a "Constitui o Jurídica".

Conclui-se, portanto que quando o Supremo Tribunal Federal interpreta a lei não pode fazê-la contra a própria lei, mas sim a partir dela, pois o seu papel   estreitar a distância entre a norma e a realidade social respeitando o espírito nelas

contido mantendo-a viva e atualizada, logo, qualquer que seja a forma de atuação do Poder Judiciário que não seja esta, é uma incongruência e fere os princípios constitucionais, e, neste aspecto, uma alternativa seria regulamentar através de iniciativa legislativa a criação de lei que delimite situações da qual decorra uma Mutação Constitucional ou ao menos situações que não enseja tal fenômeno, como propósito de impedir ou ao menos conter as intervenções no texto constitucional a pretexto de estar adequando-o a uma nova realidade sob o rótulo de estar fazendo Mutação Constitucional.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Adeus a separação dos poderes? In **A retórica constitucional, sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, p.164-165, 2009.
- ARAÚJO, Anarda Pinheiro; SAMPAIO, Jéssyca, Figueiredo. **O fenômeno da modificação informal da Constituição: a mutação por interpretação constitucional**. Revista Controle, v. 10, n. 2, p. 261-281, 2012.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. Saraiva, Rio de Janeiro, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 13. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed 18. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação Constitucional: A Constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, São Paulo: Saraiva, 1996.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAMPOS, Milton. **Constituição e realidade**. Revista Forense, v.187, n. 679/680, p 19, jan. 1960.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Ed. 6ª. Coimbra: Almedina, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Uma morte espiritual**. Folha de S. Paulo, caderno 1, p. 3, 14 mai.1998.
- DAU-LIN, Hsü **Mutación de la Constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdú. Bilbao, IVAP, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, Editora Jus Podivm, Ed.16ª, 1987.

DWORKIN, Ronald. GUEST, Stephen. Stanford University Press, 1991

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 100 apud.

DIAS, Michelle Souza. Supremo Tribunal Federal e seletividade decisória: prática política e (re) desenho institucional? Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2013, p. 26

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. Editora Max Limonad Ltda. São Paulo, 1986

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 4ª ed. Saraiva, São Paulo 1962.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton University Press, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Ed. 8ª, Malheiros, 2011, São Paulo.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio fabris Editora, 1991.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Tradução: Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. 2012. Desvendando os segredos do texto. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

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

LABAND, Paul. **Das Staatsrechts des deutschen Reiches**, vol. II. Se ha consultado la versión francesa: Le Droit Public de l'Empire Allemand, vol. 2, Giard & Brière, París, 1901, pág. 314. Apud URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución... op. cit., p.110.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andaradi Cattoni de; STRECK, Lenio Luiz. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista Argumenta, nº7, p. 45-68, 2007. Disponível em:

<<http://ser.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em 16 de maio de 2023.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. 3ª. ed. Barcelona: Ariel, 1979.  
MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedadeórfã’**. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000;

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

MENDES, Gilmar Ferreira. 2008. **O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. *Revista de Informação Legislativa*, 45(179):149-168.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 23.

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

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

MÜLLER, F. 2000. **Métodos de trabalho de Direito Constitucional**. São Paulo, Max Limonad, 121 p.

NETTO, Menelick de Carvalho. **A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, v. 6, jul./dez. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998, p. 25.

NETTO, Menelick de Carvalho. **Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia**. *Revista brasileira de estudos políticos*. Belo Horizonte. n. 88. Dezembro, 2003. p. 81-108.

NERY JUNIOR, Nelson. Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungstaat. In **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo Legislativo: **Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis do processo legislativo**. 3ª Edição, Rev. Ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. **As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino-americana**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 7-36, julho/dezembro, 2010.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização**. 2009. 328 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, parâmetros dogmáticos**, 1ª Edição, 2010, Ed. Saraiva, São Paulo.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed.Atual. São Paulo. Malheiros, 2019, p.61-62.

SMED, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**.; traduccion de José M Beneyto Perez, imprensa Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRAUSS, David A. **The living constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto**. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 58, Enero/Abril. 2000.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista DIREITO GV, São Paulo, n. 8, 2009.