

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FENÔMENO SOCIAL VS. APLICAÇÃO DO FENÔMENO PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA CRÍTICA À ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

CONSTITUTIONAL MUTATION AS A SOCIAL
PHENOMENON VS. ITS APPLICATION BY BRAZILIAN
SUPREME COURT: A CRITIQUE TO THE DEFENSE OF EXPANDING
GENERAL BINDING EFFECTS TO CONCRETE JUDICIAL REVIEW

INGRID THAYNÁ DE FREITAS ACÁCIO¹
EDUARDO ROCHA DIAS²

RESUMO

As discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do fenômeno da mutação constitucional estão cada vez mais em evidência no cenário jurídico brasileiro. Não obstante, considerando, por meio de uma revisão literária, o contexto do surgimento da categoria, percebe-se que o tema vem sendo incorporado pela jurisprudência brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal, de forma equivocada, a fim de que haja expansão das competências dos ministros do Supremo, que vêm se tornando verdadeiros atores políticos, com interesse em proferir decisões que obedecem a conveniências político-sociais. O anseio dos ministros da Suprema Corte em ver suas competências expandidas ao invocar o fenômeno da mutação constitucional pode ser verificada por meio da suposta mutação ocorrida no art. 52, inciso X, da Constituição Federal. O presente artigo realiza uma crítica acerca de como o fenômeno da mutação constitucional foi incorporada

1 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza UNIFOR. Pós-graduanda em Direito Corporativo pelo Centro Universitário Unichristus. Advogada. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1172-9660>.

2 Possui graduação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (1992), mestrado em Direito - Ordem Jurídica e Constitucional - pela Universidade Federal do Ceará (1997) e Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Atualmente é Procurador Federal - categoria especial - da Advocacia-Geral da União e Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Integra o Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social - NEDTS, na Universidade de Fortaleza, e também o Grupo Internacional de Pesquisa Desenvolvimento Humano e Segurança Social na América Latina. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/9095931754606099>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

ACÁCIO, Ingrid Thayná de Freitas; DIAS, Eduardo Rocha. A mutação constitucional como fenômeno social vs. aplicação do fenômeno pela jurisdição constitucional brasileira: uma crítica à abstrativização do controle difuso. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 30, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8499>.

pelo Direito brasileiro, além de trazer alertas quanto à alteração do sentido das normas constitucionais por um Poder que sequer é constituinte derivado, podendo acarretar sérias violações a preceitos constitucionais originários. Os processos de alteração informal do texto constitucional devem ser utilizados de forma excepcional e complementar, além de conviver – embora não se confundam – com os processos formais de revisão constitucional, haja vista que apenas o processo de revisão não é suficiente para manter a força normativa da Constituição e adequá-la à realidade social regida. Assim, sugere-se que seja adotada uma postura hermenêutica em que a atualização do texto constitucional se dê sem abandono dos ditames que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Supremo Tribunal Federal. Realidade social.

ABSTRACT

Discussions concerning the phenomenon of constitutional mutation are increasingly in evidence in the Brazilian legal scenario. Nevertheless, considering, through a literary review, the context of the emergence of the category, it is perceived that the theme has been incorporated by Brazilian Courts decisions, especially by the Supreme Federal Court, in a mistaken way, so that there is an expansion of the powers of the Justices of the Court, which have become true political actors with an interest in making decisions that observe social-political conveniences. The inclination of Justices of the Court to expand their powers through the phenomenon of constitutional mutation can be verified through the supposed mutation that occurred in art. 52, item X, of the Federal Constitution. This paper criticizes how the phenomenon of constitutional mutation was incorporated by Brazilian law, in addition to bringing warnings about the changing of the meaning of constitutional norms by a Power that is not even a derived constituent and may lead to serious violations of constitutional precepts. The processes of informal amendment of the constitutional text should be used in an exceptional and complementary way, in addition to living together – although not mistaken by – with the formal processes of constitutional revision, given that only the review process is not sufficient to maintain the normative force of the Constitution and adapt it to social reality. Thus, it is suggested that a hermeneutic stance be adopted in which the updating of the constitutional should not abandon the principles that underlie Democratic Rule of Law.

Keywords: Constitutional mutation. Supreme Court. Social reality.

1. INTRODUÇÃO

O tema da mutação constitucional vem ganhando força e relevo na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira. Não é raro observar os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) invocando o fenômeno como forma de justificar o processo interpretativo que culmina em suas decisões, especialmente quando são de grande repercussão social.

Contudo, há de se verificar que a mutação constitucional é uma categoria política importada de uma realidade político-social distinta, que possui lastro doutrinário secularmente construído. O fenômeno pressupõe uma progressividade da realidade social que possibilita a alteração informal do texto constitucional, mesmo sem que haja mudança na norma escrita.

Ocorre que, no cenário jurisdicional brasileiro, o STF, mesmo sem integrar o poder constituinte derivado, vem utilizando a mutação constitucional para alargar seus poderes e sua esfera de atuação – que, cada vez mais, ganha conotações políticas, sobretudo diante da crise de representação democrática vivida no País –, passando a Corte a alterar o sentido das normas constitucionais, sem obedecer ao devido rito processual legislativo.

Na presente pesquisa, por meio de um intencional corte epistemológico, optou-se pelo estudo das mutações constitucionais ocorridas por meio da interpretação judicial, de forma que, apresentado o conceito do fenômeno encampado pela doutrina clássica, seja possível adentrar nas circunstâncias fáticas brasileiras e realizar uma crítica sobre como o tema foi importado pelo debate constitucional no Brasil. Para atingir o objetivo proposto, o presente artigo está dividido em três partes.

Na primeira, retomam-se os conceitos secularmente construídos pela doutrina acerca do fenômeno da mutação constitucional, em que é possível notar a necessidade de uma prévia mudança social, consolidada no tempo, para que haja uma legítima mutação.

Na segunda, passa-se a analisar a ampliação dos poderes do Poder Judiciário, mormente do STF, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e, a partir de então, como a Suprema Corte vem utilizando do fenômeno mutações constitucionais como forma de ampliar as competências de seus ministros, de forma que possam realizar alterações na Constituição sem que seja respeitado o rito trazido pelo texto constitucional, em afronta ao processo democrático e à separação de poderes.

Por fim, a título de exemplo da equivocada invocação pelo Supremo do fenômeno estudado, realiza-se uma análise acerca da, segundo os ministros do STF, mutação constitucional ocorrida no art. 52, inciso X, da CF/88, por meio da teoria da abstrativização do controle difuso, a qual possibilita que, seja em controle difuso ou concentrado, as decisões proferidas pela Colenda Corte possuam eficácia *erga omnes* e vinculante. Ou seja, a abstrativização examinada implica estender os mesmos efeitos do controle abstrato ao controle difuso-concreto exercido pelo STF, sem alteração do texto da Constituição, com nítida ampliação dos poderes exercidos pela Corte.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, para melhor compreensão da matéria abordada, este trabalho utilizou de pesquisa bibliográfica, com o uso de referências teóricas, como livros e artigos científicos, que abordam, direta ou indiretamente, a questão tratada. Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa foi pura, à medida que tem como fim a aplicação dos conhecimentos sobre a temática. No tocante aos fins, classificou-se como exploratória, por buscar o aprimoramento de ideias, e descritiva, tendo em vista que descreveu características do fenômeno analisado, classificando e interpretando os fatos. Quanto à abordagem, foi qualitativa, enfatizando a compreensão e interpretação do tema, atribuindo significado aos dados coletados.

2. BREVE PANORAMA HISTÓRICO DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Diante do distanciamento entre a Constituição Imperial Alemã de 1871 e a realidade do povo por ela regido, a Escola Alemã de Direito Público, por meio, principalmente, de Paul Laband e Georg Jellinek, iniciou estudos que propiciaram uma maior aproximação entre o texto legal e a realidade vigente. Nesse contexto, Laband, na análise da sociedade alemã, passa a identificar que o autoritarismo imposto pela Constituição Alemã permitia que autori-

dades interpretassem o texto constitucional de forma a aproximá-la de anseios pessoais e de transformações sociais (SANTOS, 2015).

Além disso, Paul Laband percebe que o Estado é capaz de realizar modificações na Constituição, sem atender a procedimentos formais específicos. Contudo, o renomado jurista alemão não se preocupou em aprofundar os estudos acerca da legitimidade do instituto ou das hipóteses de cabimento da mutação constitucional, concentrando-se, precipuamente, na identificação do fenômeno.

Carlos Victor Nascimento dos Santos elucida:

Apesar das controvérsias existentes acerca do surgimento e primeira formulação da ideia de mutação da Constituição, a doutrina tradicional aponta Paul Laband como precursor da ideia, alegando ter ele criado o conceito de *Verfassungswandlung* – mutação constitucional, que se contrapunha a *Verfassungsänderung* – reforma constitucional. **A ideia de mutação constitucional é de modificação informal do texto constitucional, hipótese em que se altera o seu sentido e alcance, embora o texto permaneça intacto.** (SANTOS, 2015, p. 82, grifo nosso)

O amadurecimento do conceito do fenômeno viria, posteriormente, com Jellinek (1991), no final do século XIX, ao afirmar que a mutação constitucional demonstra uma situação já consolidada no tempo e é fundamentada na teoria do fato consumado. Nesse caso, havendo uma mudança consolidada na realidade regida pela Constituição, poderia haver a alteração do sentido da norma constitucional, tendo em vista que o seu sentido literal não mais seria capaz de atender as demandas sociais. Para Jellinek, “[...] o marco distintivo e caracterizador de uma autêntica mutação constitucional é a inexistência de uma consciência acerca da efetiva mudança” (SANTOS, 2015, p. 83).

Nesse diapasão, Georg Jellinek, a partir de critério inovador, fez uma clássica diferenciação entre reforma e mutação constitucional, de forma que:

[...] a reforma constitucional seria aquele processo de alteração da Constituição realizado com a modificação do seu texto por meio de atos voluntários e intencionais realizados pelos legitimados, enquanto a mutação constitucional estaria relacionada a mudanças ocorridas e promovidas devido à força normativa dos fatos, que ocorreriam sem uma consciência intencional das alterações manejadas (SACCHETTO, 2015).

Ressalvadas as diversas contribuições trazidas pelos autores alemães durante o período de Weimar, considera-se que o jurista chinês Hsü Dau-Lin foi o primeiro a sistematizar a teoria das mutações constitucionais. Para o jurista do oriente (1998), a mutação constitucional releva o distanciamento entre as normas constitucionais e a realidade social, de forma a revelar uma nova ordem política.

Nesse viés, a mutação constitucional seria um fenômeno moderno e associado a uma Constituição formal e rígida, isso porque, não sendo a Constituição escrita, a dissonância entre a realidade e o texto normativo seria dificilmente evidenciada (SACCHETTO, 2015).

Já para Lassale (2001), para uma Constituição não ser caracterizada como mera “folha de papel”, a mutação aproxima o texto constitucional da realidade fática, transformando-lhe em uma Constituição real e efetiva. No pensamento desenvolvido pelo autor, o fenômeno reconhece a preponderância da realidade fática sobre o texto constitucional escrito.

Hermann Heller, em sua obra póstuma, *Teoria do Estado*, publicada em 1930:

[...] entendia a mutação constitucional como parte do conceito dinâmico de Constituição, apontando para a existência de elementos não jurídicos que atuariam na modificação do texto constitucional sem o procedimento próprio utilizado para a reforma de seu texto, como as Emendas Constitucionais (SANTOS, 2015, p. 84).

Em que pese a realização de diversos estudos, ao longo dos anos, ainda não havia tratamento adequando quanto aos limites que deveriam ser observados no tocante ao fenômeno da mutação constitucional. Nesse contexto, Konrad Hesse (1991) é um dos primeiros doutrinadores a discutir tal questão, ao alertar sobre a impossibilidade de o fato preponderar sobre a norma, sob o risco de perda da força normativa da Constituição.

Assim, Hesse (1991) afirma que o texto da norma limitaria a realização de mutação constitucional. “O autor, em verdade, defendia o equilíbrio entre a estrutura normativa e a realidade constitucional, alegando a impossibilidade de a norma constitucional estar desprovida de conteúdo e dissonante da realidade social” (SANTOS, 2015, p. 84).

Há, ainda, de pontuar as importantes contribuições de Friedrich Müller, que notou a ausência de uma detalhada fundamentação no processo de interpretação normativa. Müller (2008), por meio de sua teoria estruturante³, visa diferenciar o programa normativo e o âmbito da norma, aspectos necessários à concretização da norma e alcance da decisão judicial adequada ao caso concreto.

A doutrina de Canotilho (1998) foi amplamente disseminada sob a influência do trabalho de Friedrich Müller e definiu o programa normativo como o resultado de um processo parcial, baseado na interpretação linguística do texto normativo. Assim, segundo a teoria estruturante, a análise do teor literal da norma é considerada o ponto de partida para o processo de concretização.

Por sua vez, o âmbito da norma é o resultado de um segundo processo de concretização parcial, baseado principalmente na análise de elementos reais e concretos do caso a ser resolvido, que pode conter componentes tanto de origem jurídica como não-jurídica. Dessa forma, a norma jurídica é um modelo para a concretização material, composto por uma medida expressa em declarações de linguagem, assim como por um plano de dados reais (CANOTILHO, 1998, p. 1141-1142).

Seguindo a teoria proposta por Müller (2008), o fenômeno da mutação constitucional deve ser entendido como o resultado de mudanças que ocorrem dentro do âmbito da norma e, portanto, considerado como um processo que ocorre na estrutura da própria norma jurídica, possuindo a norma tanto como ponto de partida como limite para eventuais alterações.

Se a norma é integrada com dados reais que constituem o chamado âmbito da norma, as mudanças ocorridas nesse escopo e definidas pelo programa normativo levarão a alterações no conteúdo da própria norma, de modo que a essência da mutação está em uma transformação real, no contexto social vivido, que resulta em uma mudança no significado tradicionalmente atribuído à norma através da interpretação.

3 Müller (2008) desenvolve sua teoria partindo da premissa de que o texto normativo não coincide com a norma, uma vez que são apenas enunciados de normas, ou seja, elementos iniciais da norma que serão produzidos no processo de tomada de decisão.

Realizado um breve resumo sobre os principais pontos doutrinários clássicos em torno das mutações constitucionais, é possível perceber que os contornos do fenômeno, de maneira progressiva, foram ganhando novos elementos. Verifica-se, por conseguinte, que o fenômeno da mutação constitucional, em linhas gerais, é compreendido como o resultado de um processo hermenêutico de atualização dos significados das normas, o qual decorre da progressividade das mudanças valorativas sociais e respeita os limites impostos pelo constituinte originário.

O fenômeno da mutação constitucional vem despertando grande interesse acadêmico, especialmente por ter sido o fenômeno incorporado ao Direito brasileiro sem o devido rigor científico-dogmático. Em uma breve análise dos julgados do STF que utilizam do instituto para fundamentar suas decisões, constata-se que a mutação constitucional vem sendo utilizada pela Corte de maneira arbitrária, como forma de alargar os poderes do Tribunal, desconsiderando a natureza do instituto, conforme será tratado no tópico adiante.

3. A APLICAÇÃO DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na cultura jurídica tradicional, separa-se Direito e Política. Nesse tocante, interessante se faz trazer as análises sociológicas traçadas por Niklas Luhmann.

Luhmann, utilizando-se de conceitos oriundos de outras áreas⁴, a exemplo da biologia e as tecnologias inovadoras (como a cibernética e a neurofisiologia), preocupado com a complexidade do mundo, propôs uma teoria geral dos sistemas sociais que busca a redução de tal complexidade ao tentar explicar a forma de nascer ordem do caos. A grande contribuição de Luhmann para a compreensão do Direito na modernidade é fruto de suas reflexões acerca da complexificação social e da contingência do agir, elencadas pelo autor como as principais características da sociedade moderna.

Na perspectiva do sociólogo alemão, as sociedades contemporâneas são marcadas pelo alto grau de complexidade, capaz de apresentar ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências, ações e comunicações, todavia, contrapostas à limitada capacidade de se efetivar todas as alternativas, de forma que “[...] sempre existem mais possibilidades que se pode realizar” (LUHMANN, 1983, p. 45). Logo, há uma grande quantidade de ações, comportamentos e possibilidades humanas que estão sempre dispostas a serem efetivadas.

Tal complexidade se liga à ideia de contingência, que, de acordo com Luhmann (1983, p. 45), significa dizer que as “[...] possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”. Abre-se um leque de possibilidades (complexidade) que faz necessária a escolha e a decisão; mas, diante das diversas opções, uma decisão pode ser diferente do que efetivamente é. Isso se dá porque cada movimento e evento da sociedade sempre poderia ter ocorrido de outra forma, havendo, por conseguinte, um constante “perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos” (LUHMANN, 1983, p. 46).

4 Para Luhmann, os tradicionais conceitos de sociologia foram imprescindíveis ao Iluminismo, mas não foram capazes de solucionar os problemas da sociedade contemporânea (KUNZLER, 2004).

Ao refletir os elementos da complexidade e da contingência, a sociedade moderna pode ser caracterizada pelo abandono progressivo das cosmovisões unificadas do mundo – existentes nas sociedades pré-modernas. O que antes poderia ser considerado como seguro é, hoje, marcado por indeterminação e risco. Não há mais nenhum sentido determinado aprioristicamente, em razão de uma sociedade que se redescobre dentro de um novo tempo, em que passa a depender, unicamente, do resultado de suas próprias decisões, sem recorrer a fundamentações morais últimas e normas superiores externas.

A evolução social possibilita uma complexidade incontrolável de ações, valores e interesses quanto a uma pluralidade de esferas autônomas de comunicação – como o Direito, a Política e a Economia – que passam a operar dentro de uma lógica própria. Cada um dos subsistemas sociais realiza uma função específica a ser desempenhada a partir de uma linguagem particular (LUHMANN, 1983).

Nesse sentido, para a compreensão da diferenciação entre os subsistemas, a noção de autopoiese, inspirada na biologia dos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, ganha importância. Um sistema é dito como autopoietico quando capaz de autorreproduzir, de acordo com mecanismos e operações próprios, importando na autonomia sistêmica (TRINDADE, 2008).

Para que as dependências do meio passem a integrar um dado sistema, é preciso que, a partir do código binário do respectivo sistema, haja uma “leitura” do ambiente. Por exemplo, para que determinada informação encontrada no sistema do Direito seja integrada ao sistema econômico, é necessário passar pelos critérios de “leitura” do sistema econômico, de acordo com o código de licitude/ilicitude daquele (TEIXEIRA, 2009). Nesse cenário, percebe-se que os subsistemas sociais são, simultaneamente, abertos e fechados, visto que os subsistemas autopoieticos são operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos – apenas essa dupla condição torna os subsistemas abertos à troca de relação com o meio-ambiente.

Diante do contexto explanado é que Luhmann (2005) aduz que, partindo do ponto de vista da teoria dos sistemas, o sistema jurídico (autopoietico e operativamente fechado) pressupõe um código binário próprio, além de mecanismos e operações autônomos, que lhe distingue dos demais sistemas de funções da sociedade.

Luhmann (2005) é categórico ao afirmar que Direito e Política não compõem um único sistema, mas dois sistemas diversos. O sociólogo alemão afirma ser compreensível historicamente a unidade anteriormente concebida entre Direito e Política, contudo, no mundo ocidental, a imposição do positivismo da lei e o aumento frenético da promulgação de novas leis tornaram visível a separação entre Direito e Política.

Na sociedade moderna, o Direito não pode mais ser entendido apenas como instrumento para realização de programas políticos, assim como a Política não deve ser entendida como um vetor de racionalidade na interpretação das normas jurídicas. Ambos os sistemas, ao se reproduzirem, decidem sobre seus próprios limites, com a ajuda de um código próprio e específico: no sistema político, isso ocorre por meio da distinção entre poder e seus subordinados (governantes/governados) ou no código do poder (governo/oposição); já no sistema jurídico, a codificação se dá na diferença entre o que é Direito e o que não é Direito.

Realizada uma breve síntese acerca da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, retomase o exame da realidade jurisdicional brasileira.

No tocante à diferenciação entre Direito e Política, Luís Roberto Barroso (2018) aduz que o Direito seria alicerçado pelas normas e pelos direitos fundamentais, enquanto a Política pela soberania popular e pelo princípio majoritário. Nessa perspectiva, para evitar a utilização imprópria da justiça pela Política são utilizados como instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos políticos do Estado e a vinculação dos juristas à Constituição e as leis.

A promulgação da Constituição da República de 1988, como proposta para o processo de redemocratização do País, conferiu ao poder judiciário expansão, fortalecimento e autonomia, esboçados, principalmente, através do Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 1988). A situação ocasionou o redirecionamento para o Judiciário do poder final de decisão acerca de questões Política, social e moralmente relevantes.

Nesse viés, a competência constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário e, mormente, ao Supremo Tribunal Federal, de dar a palavra final acerca do alcance e do sentido das normas, fazendo-lhe ocupar uma posição de autoridade em detrimento dos demais poderes, põe em evidência a linha tênue que separa Direito e Política. A superioridade esboçada pelo STF, sobretudo quando sua atuação envolve a análise da validade e da legitimação de atos de poderes representativos, demonstra um exercício político e põe em xeque a legitimidade democrática (BARROSO, 2018).

Ao (res)significar uma norma, os ministros não se baseiam apenas no programa normativo conferido pelo constituinte, visto que, inevitavelmente, existem influências externas que também delimitam o resultado da decisão, tais como: preferências políticas, opiniões morais e religiosas, opinião pública, além da – e talvez o ponto mais importante – vontade de preservação e expansão de seu poder.

Ademais, no campo institucional, podem influenciar decisivamente o resultado do julgamento de um órgão colegiado: a troca de apoio entre ministros⁵, o relator sorteado para a apreciação da demanda, a ordem na agenda de julgamento e, até mesmo, um pedido de vista (BARROSO, 2018).

Ademais, os debates que, anteriormente, davam-se unicamente pela via processual, em virtude do anseio de preservação e de conservação do poder, passaram a assumir uma agenda midiática e pública (ALBUQUERQUE, 2018), na qual a relação entre Supremo e cidadãos brasileiros, além de jurídica e política, passou a ser comunicativa. Difíceis são os dias em que o STF não aparece nas manchetes de jornais brasileiros, especialmente no caderno de Política. A repercussão das decisões da Corte ultrapassa as barreiras dos intérpretes formais, notadamente em assuntos socialmente polêmicos: o homem médio conhece e acompanha a atuação do Tribunal, de forma a demonstrar o poder de provocar e influenciar que o órgão jurídico possui diante da população.

É, nesse contexto, que, com uma breve análise da utilização do conceito das mutações constitucionais pelos ministros do Supremo, em julgados nos quais o Tribunal tem identificado a ocorrência do fenômeno, denota-se que este vem sendo utilizado pela Corte brasileira sem a existência de parâmetro científico-dogmático que permita a identificação dos traços individuais do fenômeno, em desconsideração das proposições da doutrina clássica, de forma, unicamente, a alargar os poderes da Corte (SACCHETTO, 2015).

5 Ocasão em que Luís Roberto Barroso (2018, p. 277) caracterizou como “[...] típica apropriação da linguagem político-partidária”.

Nos últimos anos, a doutrina tem constatado que o fenômeno da mutação constitucional vem sendo empregado pelo Supremo com três principais conotações:

- 1) demonstrar uma simples mudança interpretativa ocorrida sobre o significado de determinado dispositivo legal, 2) de fazer referência a uma alteração formal da Constituição realizada por meio de emenda constitucional e; 3) abordar um método hermenêutico de atualização do significado da norma a partir de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos (SACCHETTO, 2015, p. 126).

Conforme se verifica das conceituações trazidas ao presente estudo no tópico anterior, apenas as referências utilizadas pelo STF enquadradas no terceiro grupo podem ser efetivamente enquadradas na tipologia clássica das mutações constitucionais.

Embora se saiba que a via ordinária para modificação do texto constitucional exige o movimento e exercício do poder constituinte derivado⁶, não há impedimento que haja harmonia entre os instrumentos informais de alteração constitucional – contanto que obedientes aos ditames científicos-dogmáticos relativos ao fenômeno – e os instrumentos formais. Não obstante, as mutações não podem ser utilizadas como forma de evitar o uso excessivo de reformas constitucionais formais, como vem fazendo o STF, tendo como resultado modificações, tantas vezes, sem substância e desnecessárias à Constituição (SACCHETTO, 2015).

Merece ressaltar que a mutação constitucional apenas deverá ser utilizada pelos julgadores em hipóteses nas quais há um claro distanciamento entre o texto constitucional e a realidade social, quando o texto permitir mudança em seu sentido; ou seja, quando diante de signos linguísticos que possuam uma textura mais “aberta”, que possivelmente foram postos pelo legislador originário com a intenção de aproximar as disposições constitucionais da realidade social.

Assim, em tais disposições, em que se permite uma maior discricionariedade por parte dos intérpretes legais, pode-se discutir a ocorrência, ou não, de autêntica mutação constitucional, mas sempre de forma a aliar uma realidade social consolidada com o texto constitucional vigente. No entanto, como já repisado, verifica-se que o exercício da jurisdição constitucional brasileira no tocante à mutação vem, repetidamente, confundindo seu papel interpretativo com legislativo, ferindo aos princípios da soberania popular, democrático e da separação de poderes.

Nesse sentido, “[...] percebe-se que a mutação constitucional brasileira, diferente das versões alemãs, não é diagnosticada – declarada – pelo Judiciário, mas sim criada/construída por ele!” (PEDRON; BAHIA, 2017, *online*).

O contexto político-social brasileiro torna de fácil aferição a crise de representação⁷ sofrida pelo País nas últimas décadas, que ocasiona o distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, sendo cada vez maior o sentimento de descrença popular nos agentes políticos. Diante do cenário de desilusão política e descrença nos membros dos poderes Legislativo e Executivo, a assunção pelo Judiciário de questões tradicionalmente designadas

6 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (BRASIL, 1988).

7 A crise de representação pode ser percebida pelos episódios ocorridos no Brasil em 2013, popularmente conhecidos como “a primavera brasileira”. Tais episódios foram resultados de uma eclosão de sentimentos de insatisfação com a corrupção cometida pela classe política, gestão indevida de verbas e descaso das autoridades políticas com os anseios populares (SACCHETTO, 2015).

à Política vem sendo de relevante importância para a legitimação argumentativa das decisões políticas, de forma a atuar paralela – e, por vezes, contraposta – à legitimação da maioria (BARROSO, 2018).

O abandono da autocontenção judicial rumo à participação ativa e pessoal dos magistrados em decisões que causam interferência na competência dos demais poderes ensejou o fenômeno denominado pela doutrina de “ativismo judicial”, que, embora semelhante, não se confunde com a judicialização. Esta distingue-se do ativismo por ser uma circunstância adotada pelo modelo constitucional – que não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte – na qual questões de larga repercussão política ou social são traduzidas em ações judiciais ao invés de serem tratadas por instâncias políticas tradicionais.

Acerca da diferença entre os institutos, afirma Barroso:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 25)

Nessa conjuntura, diante da inércia do Legislativo para editar leis e regular a realidade por meio do poder constituinte derivado, o Judiciário assume uma posição ativista, utilizando-se, indevidamente, da mutação constitucional como instrumento para “[...] fazer valer uma realidade não captada pelo legislador” (SACCHETTO, 2015, p. 136).

Ocorre que são iminentes os riscos da extensão de atribuições ao Judiciário, especialmente na figura do STF, que pode significar uma verdadeira violação de preceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito. São claras as constatações de Sacchetto ao afirmar que:

Ao suscitar a ocorrência de uma mutação, baseada na constatação de uma mudança ocorrida na realidade e captada em seu labor hermenêutico, pode ocorrer que o magistrado intente atualizar a norma com base em uma realidade que sequer é desejada pelo constituinte ou pelo povo soberano, contrariando assim a dicção legal do texto constitucional e os fundamentos do princípio da legalidade. (SACCHETTO, 2015, p. 136)

A titularidade do povo enquanto poder soberano é estabelecida na Constituição da República de 1988 já em seu primeiro artigo, inciso I, apresentando consigo os fundamentos do Estado brasileiro. É exatamente do princípio da soberania popular que se extrai o princípio democrático, segundo o qual cabe ao povo, enquanto titular do poder, governar, seja por si ou por seus representantes eleitos (BRASIL, 1988).

Da interpretação dos referidos princípios, bem como pelo regime político estabelecido no Brasil, extrai-se que a criação de normas jurídicas deve ser realizada pelo povo, o qual atribuiu tal competência aos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, a atuação judicial, inclusive no exercício interpretativo do qual decorrem as mutações constitucionais, deve possuir como

freio a obediência aos preceitos constitucionais, os quais devem ser chave para qualquer processo hermenêutico que se pretenda extrair da Constituição, sob risco de desrespeito à separação de poderes.

Dessa forma, em decorrência de o Poder Judiciário não possuir típica investidura política, a atividade interpretativa jurisdicional deve ser sempre iniciada com base nos princípios da soberania popular e democrático, sendo a atividade exercida de maneira a capacitar um processo igualitário, libertário e plural.

Sem negar a possibilidade de mutações constitucionais autênticas, pautadas nas concepções doutrinárias trazidas pelos autores clássicos – em que é imprescindível a aferição pelos intérpretes de uma progressividade das mudanças valorativas sociais –, entende-se que o fenômeno deve ser utilizado como meio excepcional de modificação da Constituição, de forma que haja controle nos argumentos postos nos acórdãos que suscitam a existência do fenômeno (SACCHETTO, 2015).

O uso irrestrito da mutação constitucional pode, à vista disso, ter como consequência reformas constitucionais silenciosas, realizadas por ministros do STF, que ocasionam mudanças no arranjo institucional firmado pela Constituição e, assim, comprometem a estabilidade das normas brasileiras.

É exatamente por essa razão que o controle dos argumentos jurídicos utilizados para fundamentar a ocorrência das mutações constitucionais se faz necessário, mormente ao se verificar, por meio de análise jurisprudencial, as tendências do STF em se utilizar do instituto de maneira arbitrária, com a finalidade única de expansão de seus poderes, como ocorre quando os ministros do Supremo suscitam a ocorrência de mutação constitucional no art. 52, inciso X, da Constituição da República, que será analisado no tópico seguinte (BRASIL, 1988).

4. ANÁLISE ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DADA PELO STF AO ART. 52, INCISO X, DA CF/88: CRÍTICA À TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Com a finalidade de demonstrar os excessos cometidos pelo STF ao justificar decisões por meio do fenômeno da mutação constitucional, passa-se, inicialmente, a uma breve explanação acerca da adoção do controle de constitucionalidade pelo constituinte brasileiro, assim como da previsão expressa no art. 52, inciso X, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

O texto constitucional brasileiro adota o controle jurisdicional misto de constitucionalidade, o qual é exercido, quanto ao órgão e aos efeitos, pelo controle difuso-concreto e pelo concentrado-abstrato.

O concentrado-abstrato, como o nome explicita, é o controle que se concentra nas mãos de apenas um órgão, o qual aprecia a (in)constitucionalidade da lei em tese, através de instrumentos processuais específicos. No Brasil, tal controle é realizado pelo STF e pelos Tribunais de Justiça estaduais, estes com base nas constituições estaduais, e suas decisões possuem efeitos, em regra, *ex tunc*, *erga omnes* e vinculantes – exceto para o próprio STF e para o Poder Legislativo.

O controle difuso-concreto, por seu turno, pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, em qualquer grau de jurisdição, ao analisar processos judiciais em que as soluções dos litígios envolvam direitos subjetivos (situações concretas). A discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma apresenta-se como causa de pedir da lide, sendo suscitada de modo incidental e arguida apenas a título de fundamentação. Nessa espécie de controle, os efeitos da decisão judicial são *ex tunc*, *inter partes* e não vinculantes, ou seja, não são capazes de subordinar decisões de outros órgãos do Poder Judiciário e somente se estendem àqueles que integram a demanda (BULOS, 2011).

Acerca do controle de constitucionalidade misto adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que o art. 52, inciso X, do texto constitucional prevê a possibilidade de o Senado Federal, por meio de resolução, suspender a execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais por decisões do STF em controle difuso (BRASIL, 1988). De acordo com a maioria doutrinária, como Uadi Lammêgo Bulos (2011), a resolução elaborada pelo Senado é condição indispensável para atribuir efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculantes (inerentes ao controle concentrado de constitucionalidade) às decisões do Supremo que, *a priori*, apenas teriam efeitos *ex tunc*, *inter partes* e não vinculantes.

Não obstante, embora seja o entendimento majoritário, existe divergência entre os juristas quanto ao caráter (in)dispensável da elaboração de resolução pelo Senado Federal para que as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso possuam os mesmos efeitos das decisões proferidas em controle concentrado.

No julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 82.959/SP, impetrado perante o STF em favor de Oséas de Campos, condenado a 12 anos e 3 meses de reclusão por molestar três crianças entre 6 e 8 anos de idade, analisou-se o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que vedava a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. No julgamento, o Supremo Tribunal, por 6 votos a 5, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo de modo a afastar a proibição da progressão de regime aos réus condenados pela prática de crimes hediondos. A decisão determinou que a possibilidade de progressão de regime, nessas situações, seja analisada pelos juízes da execução penal, considerando o comportamento individual dos apenados, não se podendo, aprioristicamente, afastar a possibilidade de progressão de regime (STF, HC 82.959-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 01-9-2006).

Por ter a decisão se dado em sede de controle difuso, houve considerável aumento das demandas judiciais que possuíam como pedido a progressão de regime em crime hediondo. Todavia, os juízos *a quo*, discordantes, na maioria das vezes, do posicionamento adotado pelo STF, acabavam por não conceder a progressão. Nesse diapasão, em resposta à decisão de um juiz do Estado do Acre que não acatou o entendimento adotado pelo Supremo, a Defensoria Pública ingressou com a Reclamação Constitucional nº 4.335/AC.

Ao julgar a Reclamação, os Ministros do Supremo discutiram se o art. 52, inciso X, da Constituição deveria ser aplicado de forma literal ou se, sendo proferidas em sede de controle difuso ou concentrado, todas as decisões dadas pelo STF possuíam efeitos *erga omnes* e vinculantes, independentemente de resolução do Senado Federal conferindo esses efeitos.

Na oportunidade, o Ministro Relator Gilmar Mendes, com o objetivo de aproximar as espécies de controle de constitucionalidade, defendeu a necessidade de adequar o dispositivo constitucional à realidade social, através de, nas palavras do Relator, "autêntica mutação

constitucional”, acarretando a ressignificação do art. 52, inciso X, da CF/88 no sentido de a resolução do Senado apenas atribuir publicidade às decisões proferidas pelo STF em controle difuso, não sendo necessária, portanto, a edição de resolução para que houvesse a suspensão da execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional, uma vez que as decisões proferidas pelo Tribunal, de logo, produziram o citado efeito. Afirmou o Ministro:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. [...] Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa* (STF, RLC 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 21-10-2014). (grifo original).

Salienta-se que a divergência acerca da progressão de regime e a repercussão jurídico-social a ela inerente culminaram na criação da Súmula Vinculante nº 26, em que é vedada a proibição à progressão de regime em crimes hediondos ou em crimes a eles equiparados. Assim sendo, quatro dos Ministros (Teori Zavascki, Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello) votaram a favor da Reclamação, mas não pelo fato de o juiz do Acre ter afrontado a decisão do Tribunal no HC 82.859/SP, mas por violação expressa à citada Súmula, o que também enseja o ajuizamento de reclamação (art. 103-A, § 3º, da CF/88).

Inobstante a Ação tenha sido conhecida e julgada procedente, a maioria do Supremo acatou o entendimento de que as decisões da Corte que declaram a inconstitucionalidade das normas em sede de controle difuso apenas teriam efeitos para todos (*erga omnes*) quando o Senado Federal editasse resolução nesse sentido, caso contrário, as decisões produziram efeitos apenas entre as partes (*inter partes*).

Malgrado o entendimento firmado na Resolução, em 29 de novembro de 2017, o STF, no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, ambas de relatoria da Ministra Rosa Weber, analisando, de forma incidental, a constitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95, que versa sobre a autorização de uso da crisotila (substância considerada cancerígena), passou a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso, atribuindo a seguinte interpretação ao art. 52, inciso X, da CF: quando o STF declara a inconstitucionalidade de uma norma, mesmo em controle difuso, a decisão terá efeito *erga omnes* e vinculante, cabendo ao Senado Federal apenas a comunicação acerca da mesma para que dê publicidade ao que foi decidido.

Diante das ADIs, o Ministro Gilmar Mendes reiterou, em seu voto, a proximidade entre o controle difuso e o concentrado, sobretudo com as disposições do Código de Processo Civil acerca dos institutos da repercussão geral, do incidente de assunção de competência e de

resolução de demandas repetitivas, que, segundo o Ministro, fazem com que a atuação do Senado no controle difuso perca sua efetividade.

Ao revés, em voto minoritário, o Ministro Marco Aurélio acentuou que o art. 52, inciso X, da CF/88 atende ao princípio da separação dos poderes, sendo, portanto, constitutivo e não simplesmente declaratório ao se referir à suspensão da execução da lei em todo o território nacional, acrescentando, ainda, que uma norma constitucional não deve ser interpretada de acordo com o Código de Processo Civil, diploma hierarquicamente inferior (RAMOS, 2018).

Embora as razões para a ressignificação do art. 52, inciso X, da CF/88 se demonstrem sedutoras ao disporem sobre aspectos inerentes à economia, efetividade e celeridade processual, é necessário, analisar os impactos jurídicos trazidos pela abstrativização do controle difuso no âmbito da Suprema Corte brasileira.

Do rol de legitimados para propor ações do controle de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF), previsto no art. 103, incisos I a IX da Carta Magna, observa-se que o constituinte originário também objetivou envolver a sociedade civil organizada na guarda do texto constitucional, encontrando-se, nesse rol, representantes tanto do Estado como da sociedade. Em sede de controle difuso, do mesmo modo, há (ou havia), de forma indireta, a participação popular diante da possibilidade de o Senado Federal, órgão representativo, suspender a execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo no julgamento de casos concretos (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007).

Nesse contexto, não se pode olvidar que a dispensa da atuação do Senado retira do povo, na figura de seus representantes eleitos, qualquer possibilidade de chancela no que diz respeito às questões discutidas em controle difuso. Além disso, atenta contra o sistema de direitos e garantias fundamentais, ferindo os princípios da soberania popular, democrático, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, pois os efeitos da decisão atingem aqueles que não tiveram garantido o direito constitucional de participação nos processos em que proferido pronunciamento que os afetará. Streck, Oliveira e Lima aduzem:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.* (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 78-79) (grifo original)

A abstrativização do controle difuso pode, também, representar supressão de competência do Senado pelo STF, violando o princípio da separação de poderes – que é, inclusive, cláusula pétrea – e, por derradeiro, o sistema de freios e contrapesos que rege e equilibra as relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ressalta-se, ainda, a séria mudança que a ressignificação do art. 52, X, da CF/88 causa nos efeitos das decisões judiciais. Explica-se: Em regra, conforme já aludido, o controle concentrado possui efeitos *ex tunc, erga omnes* e vinculantes, enquanto o difuso, efeitos *ex tunc, inter partes* e não vinculantes. Proferindo o STF, por exemplo, uma decisão em recurso extraordinário (controle difuso) em que é declarada a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão deverá ser remetida ao Senado Federal, o qual irá decidir pela suspensão, ou não, da execução

da citada norma. Havendo a suspensão, a decisão que outrora possuía efeitos *ex tunc* e *inter partes*, passa a possuir efeitos *ex nunc* e *erga omnes*.

Dessarte, enquanto o controle concentrado retira a eficácia da lei ou do ato normativo inconstitucional, tornando-o nulo, a suspensão apenas realiza a revogação da norma, mantendo-a ainda existente no campo da eficácia. É aqui, portanto, que reside a diferença entre os efeitos das decisões realizadas em sede de controle difuso e concentrado. Streck (2004, p. 480-481) ainda refere que:

[...] há que se fazer uma diferença entre o que seja retirada da eficácia da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. *Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei*. Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso. Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei fica nula; sendo nula a lei, é como se nunca estivesse existido. Não se olvide a diferença nos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional da Áustria (agora adotada no Brasil), de onde deflui a diferença entre os efeitos *ex tunc* (nulidade) e *ex nunc* (revogação). Dito de outro modo, *quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se nulifica, é esta írrita, nenhuma*. Não fosse assim, bastaria que o Supremo Tribunal mandasse a lei declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, ao Senado, para que os efeitos fossem equiparados aos da ação direta de constitucionalidade (que historicamente, seguindo o modelo norte-americano, sempre foram *ex tunc*). Se até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, *a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado*. Repetindo: a valer a tese de que os efeitos da decisão do Senado retroagem, portanto, são *ex tunc*, qual a real modificação que houve com a implantação do controle concentrado, em 1965? (STRECK, 2004, p. 480-481) (grifo original).

Nesse diapasão, fica claro que o art. 52, X, da CF não pode ser tratado de forma inútil. Se o legislador constituinte fez preciosa distinção entre os controles difuso e concentrado, não se pode supor que os efeitos atribuídos a um seja extensivo ao outro de forma automática, sob pena de ser concedida interpretação inconstitucional à Constituição, o que, por consequência, contribui para o enfraquecimento de sua força normativa. Dessa forma, se o STF pretende atribuir efeitos *erga omnes* e vinculantes às suas decisões, deve seguir os passos expressamente previstos no texto constitucional ou, havendo controversa jurídico-social, editar súmula vinculante.

As questões suscitadas demonstram que a aproximação do controle difuso ao concentrado pode motivar a mudança radical do controle de constitucionalidade das normas, o qual, salienta-se, é a forma mais importante de exercício do Poder Judiciário para coibir os excessos dos demais poderes. Além disso, atenta contra a lei e o espírito da Constituição ao confrontar princípios constitucionais e cláusulas pétreas, fato que compromete a estabilidade e a segurança jurídica do Texto Maior e demonstra o ultrapasse aos limites inerentes às possibilidades de reinterpretação do texto constitucional pela via informal.

Pode-se constatar, pelo exemplo narrado, que a suposta mutação constitucional defendida pelo STF por meio da teoria da abstrativização do controle difuso, não possui base em qualquer mudança social consolidada que justifique a alteração interpretativa do dispositivo constitucional, sendo, de certa forma, um meio utilizado pela Colenda Corte para expandir seus poderes de atuação.

Fato é que, na crise política, principalmente evidenciada pela Operação Lava Jato, o Supremo não exerce apenas papel decisório quanto às questões políticas, mas foi transformado em um verdadeiro ator político, com interesse em proferir decisões que obedecem a conveniências políticas-sociais. Ao assumir uma posição enquanto ator político, o STF torna-se previsível e se distancia, cada vez mais, do ideal de justiça instado pela sociedade.

Nesse contexto, a prática da mutação constitucional – que deveria ser exceção – acabou por se transformar em regra, o que tornou possível a ocorrência de mudanças legislativas informais que violam preceitos constitucionais.

Tal situação se torna ainda mais preocupante ao se ter em mente que o STF é o órgão judicial que define limites e possibilidades no âmbito de sua própria esfera de competência, seja para restringir ou para ampliá-la, já que possui a palavra final acerca dos conflitos inerentes à correta (ao menos na teoria) aplicação dos dispositivos constitucionais. Todavia, a partir dessa análise, percebe-se que o Supremo Tribunal utiliza dos meios que lhe são legítimos, principalmente da interpretação e da argumentação constitucional, para expandir seus poderes e suas formas de atuação.

5. CONCLUSÃO

A partir da revisão da literatura clássica realizada e do exame jurisprudencial da aplicação do fenômeno da mutação constitucional pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), denota-se que a Suprema Corte, mesmo incorporando o conceito de um sistema jurídico diverso, destoa das compreensões realizadas pela doutrina clássica, utilizando-se do fenômeno sem quaisquer critérios dogmáticos capazes de justificá-lo.

Ao invocar a ocorrência de uma mutação constitucional, os ministros do STF utilizam do fenômeno para expandir suas competências, como ocorre ao defenderem que a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas em sede de controle difuso não dependeriam mais de edição de resolução por parte do Senado Federal, já possuindo tais efeitos desde a sua origem.

A modificação do sentido das normas constitucionais pela Suprema Corte, carentes dos critérios clássicos que envolvem as mutações constitucionais, fere os princípios da soberania popular, da democracia e da separação dos poderes, o que impele ao aprimoramento da prática jurisdicional brasileira, de forma que haja rigor científico para utilização do fenômeno da mutação constitucional. Para tanto, deve haver avaliação crítica por parte dos juristas, que, caso a caso, devem observar as futuras denotações conferidas pelos ministros do STF.

A partir da análise doutrinária clássica, verifica-se que a tipologia correta a ser utilizada pelo Supremo é a de que as mutações constitucionais são resultado de processos hermenêuticos de atualização do significado da norma, a partir da ocorrência, consolidada, na alteração dos fatos a ela relacionados, de forma que haja respeito às intenções do constituinte originário no processo de criação da norma constitucional.

Os processos de alteração informal do texto constitucional devem ser utilizados de forma excepcional e complementar que convivem – e não se confundem – com os processos formais de revisão constitucional, haja vista que apenas o processo de revisão não é suficiente para manter a força normativa da Constituição e adequá-la à realidade social que rege. Assim, sugere-se que seja adotada uma postura hermenêutica em que a atualização do texto constitucional se dê sem abandono dos ditames que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

A conciliação entre o exercício democrático e Constituição é um dos maiores desafios contemporâneos. Para que isso aconteça, é imprescindível que a questão seja reconhecida como de importância não apenas para a academia e para magistrados, mas para a população como um todo, de forma que o tema possa ser enfrentado e fomentado, constituindo reflexões acerca das mutações constitucionais e dos limites de atuação do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Grazielle. O preço de se tornar um ator político: A Justiça no centro da crise política. **Le monde diplomatique Brasil**, 2 mar. 2018. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/justica-no-centro-da-crise-politica/>. Acesso em 31. mar. 2021.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flavio Quinaud. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, 16 dez. 2017. Diário de Classe. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em: 4 de dez. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Data da Publicação: 26/7/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 26 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ, Relatora: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, Julgamento: 29/11/2017, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Data da Publicação: 01/02/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3406&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 30 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ, Relatora: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, Julgamento: 29/11/2017, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Data da Publicação: 01/02/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2287108>. Acesso em: 10 nov. 2020.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.959-7/SP, Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento: 23/02/2006, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Data da Publicação: 01/09/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 01 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgamento: 20/03/2014, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Data da Publicação: 21/10/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 01 dez. 2020.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro, 1991.
- KUNZLER, Caroline. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Estudos Sociológicos**, Araranquara, v. 16, p. 123-136, 2004.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Tradução por Javier Torres Nafarrate; et al. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1983.
- MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Dordrecht: Springer, 2011, p. 3-29.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RAMOS, Fernanda Rocha. A evolução do entendimento do STF a respeito do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade (art. 52, inciso X, da Constituição Federal): análise crítica. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 05 mar. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590401&seo=1>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- SACCHETTO, Thiago. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. **Revista Eletrônica de Direito Público**, Lisboa, v. 2, n. 1, p. 124-140, jan. 2015. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2015000100007. Acesso em: 4 de dez. 2020.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos Santos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Rio Grande do Sul, v. 7 n. 1, p. 80-91, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, Fortaleza, v. 15, n. 15, p. 71-102, 2007.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e Política na Teoria dos Sistemas. In: Silva, Artur Stanford; Santos, Gustavo Ferreira. (Org). **Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.
- TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 03/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 06/05/2021
- Avaliação 1: 09/09/2021
- Avaliação 2: 01/04/2022
- Decisão editorial preliminar: 02/04/2022
- Retorno rodada de correções: 14/04/2022
- Decisão editorial/aprovado: 14/04/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2