

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO DA PUCRS
CURSO DE DIREITO

THIAGO PERALTA DE SOUZA

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE: ALGUNS
APONTAMENTOS À LUZ DA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 – RJ
JULGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Porto Alegre
2022

GRADUAÇÃO



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE:
ALGUNS APONTAMENTOS À LUZ DA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL
937 – RJ JULGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Thiago Peralta de Souza*
Prof.^a Dra. Liane Tabarelli**

RESUMO

Não são raras as ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal se utiliza da técnica da mutação constitucional, cuja função é atribuir um sentido diverso à norma jurídica sem que, para tanto, seja necessário alterar o seu texto normativo. O fenômeno, a despeito de evitar a petrificação da evolução social e manter atualizada a norma jurídica ante às necessidades e aspirações da sociedade, tem despertado atenção da crítica especializada, em especial na confrontação com os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Tais princípios, insculpidos no artigo 5º, II e XXXVI, da Constituição da República, tutelam a legitimidade da atuação do poder estatal e a estabilidade e confiança nas relações jurídicas. Para resolver a presente problemática, deve o intérprete autêntico ponderar os referidos princípios com a técnica da mutação constitucional, relevando os seus proveitos, mas também utilizando aqueles como fonte de sua limitação. Não é outra a pertinência da análise dos critérios usados na interpretação conforme a Constituição. A escolha do tema justifica-se pelo seu constante manejo pelo órgão jurisdicional de cúpula e pela necessidade de amplo conhecimento e reflexão sobre quais são as fronteiras que devem ser observadas pelo intérprete e pelo jurisdicionado no exercício da fiscalização dos órgãos do Estado. O método utilizado para a confecção do presente trabalho foi o dialético e dedutivo, tendo como fontes a revisão bibliográfica e a análise da legislação nacional. Por fim, concluiu-se, à luz da Questão de Ordem na Ação Penal 937-RJ, que a aplicação da mutação não pode ser desvinculada de parâmetros de controle e inconsistente em seus próprios fundamentos, e sim ser submetida a um sopesamento de valores para a definição da solução mais adequada ao caso concreto.

Palavras-chaves: Mutação constitucional; Princípios da legalidade e da segurança jurídica; Ponderação; Análise da Questão de Ordem na Ação Penal 937-RJ; Métodos de pesquisa dialético e dedutivo.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição constitucional, considera-se o intérprete por excelência das normas constitucionais, mormente pela precípua guarda da Constituição da República, conforme o artigo 103, *caput*, da Carta Política. É nessa condição que faz uso de um fenômeno, na sua linha de precedentes, cada vez mais aplicado: a mutação constitucional.

A mutação constitucional é uma técnica hermenêutica que, sem a alteração do preceito linguístico, isto é, do texto normativo, atribui um novo sentido à norma jurídica contida em seu invólucro de significado. Em propedêutica, esse fenômeno semântico tem por finalidade a atualização de uma norma jurídica, compatibilizando-a com a realidade fática, que apresenta nova percepção do Direito ou inaugura aspirações sociais disruptivas com um estado de coisas pré-estabelecido, o que é salutar ante a rigidez de um sistema jurídico. Tal método, porém, não é isento de críticas e desperta discussões na ciência jurídica acerca da sua limitação e da legitimidade para que se opere.

* Acadêmico do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Email: thiago.peralta99@edu.pucrs.br.

** Orientadora: Prof.^a Dra. Liane Tabarelli. Professora adjunta do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: liane.tabarelli@pucrs.br.

Diante desse contexto, surgem, como modelos balizadores do seu manejo, o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica, disciplinados no artigo 5º, II e XXXVI da Constituição Federal. Em apertada síntese, aquele tem o condão de limitar o exercício estatal por meio da reserva legal, ao passo que esse se ocupa de tutelar a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Esses princípios, porém, também não são absolutos, visto que se sujeitam ao primado de outros preceitos jurídicos com a mesma força normativa, os quais emanam da efetiva aplicação da mutação constitucional.

O presente imbróglio, por esses motivos, apenas pode ser solucionado por meio do critério da ponderação. O critério da ponderação, por seu turno, representa o sopesamento a ser realizado pelo intérprete autêntico da norma jurídica, a fim de considerar o princípio que, na sua dimensão valorativa, mais bem representa a resolução da problemática concreta, sem que seja necessário, como o é na técnica da subsunção de regras, outra espécie de normas, a anulação do princípio preterido.

Sendo assim, busca-se através da presente pesquisa, a partir de uma abordagem dedutiva e dialética, analisar como o princípio da legalidade e da segurança jurídica reverberam em um cotejo com o fenômeno da mutação constitucional e, se essa projetar outros princípios, se têm o condão de afastar aqueles. Pretende-se, então, estudar as implicações da mutação constitucional em um ambiente em que foram suscitados os princípios da legalidade e da segurança jurídica, enquanto aclamadas limitações ao seu exercício.

Para isto, fez-se necessária a leitura acerca dos princípios previstos na Carta Magna, bem como dos artigos do Código Civil e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro atinentes à matéria. Também, realizou-se a leitura de renomadas doutrinas sobre os princípios da legalidade e segurança jurídica e sobre a técnica da mutação constitucional. A análise geral de precedentes, bem como a verificação mais acurada da Questão de Ordem na Ação Penal 937-RJ julgada pelo Supremo Tribunal Federal foram imprescindíveis para a elucidação do cenário proposto.

A presente pesquisa justifica-se por ser um tema de larga utilização pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula da função judiciária do Estado, e pela importância de ser conhecido o modo como devem se portar os intérpretes da norma jurídica ante a manipulação da mutação constitucional, com o intuito de que seja confrontada com os referidos princípios, evitando degenerações despiciendas. Igualmente, justifica-se pela necessidade de controle não só da crítica especializada, mas também da fiscalização política exercida pelos jurisdicionados sobre os Poderes da República. O presente estudo, funda-se na relevância de, através dos métodos dialético e dedutivo, reconhecer-se a importância, sim, da mutação constitucional, porquanto evita a petrificação social, mas não desvinculada de parâmetros de controle.

Diante dessas circunstâncias, inicia-se a pesquisa a partir da abordagem, no segundo item, sobre a natureza jurídica dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, as suas implicações fenomenológicas e os seus desdobramentos ontológicos. Já no terceiro item, por outro lado, abordam-se as formas de modificação constitucional, dentre as quais são espécies a mutação constitucional, como modo informal de modificação, e as emendas constitucionais e revisão, como meio formal de modificação das normas constitucionais. A importância dessa distinção se atrela ao estudo da legitimidade das modificações informais.

No item quarto, realiza-se a verificação de casos notáveis em que a Suprema Corte fez uso da mutação constitucional, bem como dos argumentos confrontados a esse manejo e a justificação de eventual prevalência de um em detrimento do outro. Dentre essas causas, o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, ambas sobre a possibilidade de antecipação do cumprimento da pena, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, as quais trataram sobre a extensão da união estável aos casais homoafetivos.

Adentrando-se no assunto dos possíveis limites à mutação constitucional, no item cinco se é tratado acerca da extensão dos critérios da interpretação conforme a Constituição, técnica hermenêutica aplicada às normas infraconstitucionais. Especifica-se o modo como tais critérios, em especial à observância aos direitos e garantias fundamentais e o espaço para a atuação do intérprete, também emoldurado pela interpretação mais condizente com o espírito constitucional.

No último item, faz-se uma consideração mais detida e pormenorizada a respeito da Questão de Ordem na Ação Penal 937-RJ, que tratava sobre a restrição interpretativa do foro por

prerrogativa de função, salientando-se a proposta de tese formulada pelo relator para o que se denominou de disfuncionalidade da Suprema Corte e as antíteses apresentadas pelos pares, em que se relevaram os princípios da legalidade e segurança jurídica no enfrentamento do tema. No caso em tela, a própria Corte Constitucional, ainda, assumiu realizar a mutação constitucional.

Finalmente, conclui-se que o fenômeno hermenêutico da mutação constitucional é uma técnica presente nos julgamentos do órgão jurisdicional de cúpula, sendo considerada um meio eficaz de evolução das normas constitucionais sem a modificação do seu texto. Nada obstante, tal fenômeno não pode ser desarrazoado e livre de parâmetros de controle, de modo que deve ser sopesado à luz do caso concreto.

2 COMENTÁRIOS SOBRE OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE

Assim como as regras, os princípios figuram como espécies de normas jurídicas¹, as quais definem preceitos comportamentais que regem as relações jurídicas, tutelando situações subjetivas de vantagem ou de vínculo. Tais situações, de um lado, reconhecem direitos subjetivos ou potestativos; de outro, obrigações ou sujeição. Ao tratar sobre a matéria, dispõe José Afonso da Silva:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] “núcleos de condenações” nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituído preceitos básicos da organização constitucional.²

O princípio da segurança jurídica, insculpido no artigo 5º, XXVI da Constituição Federal, é constituído por um conceito tríplice, qual seja, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.³ Não obstante tais acepções sejam objeto comum de construções doutrinárias, em seu artigo 6º, §§ 1º a 3º, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro assim as define:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.

§3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judícia de que já não caiba mais recurso.

A referida tutela dos institutos, no sistema jurídico pátrio, estende-se pelas cartas políticas desde o ano de 1934⁴, porquanto figura como pedra angular da estabilidade das relações jurídicas e da proteção da confiança. Dessarte, o postulado da segurança jurídica tem a sua face voltada para os acontecimentos futuros, e não aos já definidos pela norma jurídica no momento da realização do resultado fático pretendido. Afinal, conforme Celso Bastos, define-se

[...] num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel

¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 247-248.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 92.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 555.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 550.

exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra.⁵

No que concerne ao direito adquirido, trata-se de uma forma de limitar e condicionar as competências reformadoras, por meio da ingerência do artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal, e os poderes constituídos, preservando-se os interesses que já compõem o patrimônio jurídico de seu titular. Ainda assim, é necessário que o direito seja adquirido, e não mera expectativa de direito.⁶ Nas palavras de Celso de Mello, exige-se que o direito tenha satisfeito o seu ciclo de formação:

A questão pertinente a reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado direito. Isso significa que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno – vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado – constitui fator capaz de impedir que se complete, legitimamente, o próprio processo de aquisição do direito (RTJ 134/1112 – RTJ 153/82 – RTJ 155/621 – RTJ 162/442, v.g.), inviabilizando, desse modo, ante a existência de mera ‘spes juris’, a possibilidade de útil invocação da cláusula pertinente ao direito adquirido. (RE 322348 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/11/2002, DJ 06-12-2002 PP-00071 EMENT VOL-02094-03 PP-00558)

Nesse ínterim, o direito adquirido é aquele que se adquire com fulcro em norma jurídica existente, válida e eficaz ao tempo do fato, fazendo-o nascer em favor de seu legítimo titular, de modo que normas subsequentes não podem alterar o estado jurídico constituído. Para Savigny, todavia, nem todas as leis se submetem à autoridade do direito adquirido, como é o caso das leis relativas à existência de direito, as quais se opõem às leis concernentes à aquisição de direitos.⁷ Em cometários à distinção em tela, refere o jurista:

A primeira, concernente à aquisição de direitos, estava submetida ao princípio da irretroatividade, ou seja, à manutenção dos direitos adquiridos. A segunda classe de normas, que agora serão tratadas, relacionam-se à existência de direitos, onde o princípio da irretroatividade não se aplica. As normas sobre a existência de direitos são, primeiramente, aquelas relativas ao contraste entre a existência ou a não existência de um instituto de direito: assim, as leis que extinguem completamente uma instituição e, ainda, aquelas que, sem suprimir completamente um instituto, modificam essencialmente sua natureza, levam, desde então, no contraste, dois modos de existência diferentes. Dizemos que todas essas leis não poderiam estar submetidas ao princípio da manutenção dos direitos adquiridos (a irretroatividade); pois, se assim fosse, as leis mais importantes dessa espécie perderiam todo o sentido.⁸

Afora a norma jurídica incidente, não se pode olvidar, é imperiosa a incidência de um fato jurídico capaz de traduzir o seu comando normativo na experiência jurídica, de modo que aquela, ao aderir ao particular, atribua-lhe o condão do exercício do direito transmitido. É dizer que um fato da vida deve se subsumir à tutela reguladora de um direito, visto que, nas palavras de André Ramos Tavares, “os direitos adquiridos são aquelas situações subjetivas de vantagem surgidas a partir de um determinado fato jurídico.”⁹ Ainda nessa senda, Elival da Silva Ramos postula que os direitos adquiridos:

[...] passam a se vincular de modo tão próximo e intenso ao seu titular que o sistema

⁵ BASTOS, Celso. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43.

⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1.890

⁷ SAVIGNY, M. F. C. *Traité de droit romain*, Paris: [s. n.], 1860. v. 8. p. 503-575 e s.

⁸ *Ibid.* p. 503-504.

⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 807

jurídico lhes atribui um novo *status*, o de *direito adquirido*, para, com isso, torná-los imunes, *em seus aspectos nucleares ou essenciais*, aos efeitos da legislação posterior àquela sob a qual se constituíram.¹⁰

O ato jurídico perfeito, por seu turno, define-se como aquele que já fora, em toda a sua extensão, formado. Desta sorte, distingue-se do instituto anterior por se tratar de um ato jurídico, e não de um direito. Direito, em sua acepção subjetiva (*right*), consiste na faculdade incorporada à esfera jurídica de seu titular, que lhe pode exercer, denominando-se de *facultas agendi*; ato jurídico é, nos termos do artigo 81 do antigo Código Beviláqua, “todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos [...]”.¹¹

Para André Ramos Tavares, o instituto do ato jurídico perfeito compreende “aquela relação reconhecida pelo Direito que já se completou em sua inteireza, ainda que não tenham (*sic*) produzido todos os efeitos previstos no momento de sua finalização.”¹² Tais atos, assim, por já se encontrarem realizados ou aperfeiçoados durante a vigência de uma lei antiga, não podem, com a promulgação de um novo diploma, ser afetados.

Quanto à terminologia adotada pelo artigo 6º, §1º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, aponta Elival da Silva Ramos patente tautologia jurídica:

O termo ‘consumado’, em Direito Intertemporal, está consagrado como uma referência às situações jurídicas cujos efeitos se esgotaram, completamente, no passado, como, por exemplo, um contrato totalmente executado pelas partes, com quitação recíproca em relação às respectivas obrigações assumidas.¹³

Nessa toada, a inalterabilidade do ato jurídico perfeito alcança o plano da validade de uma situação jurídica, quer dizer, é perfeito o ato jurídico cuja validade se ultimou, mas não a sua eficácia, a qual apenas se encerra com a consumação ou o exaurimento do ato. Portanto, “a referência ao ato jurídico perfeito permite definir com maior clareza a lei aplicável a dadas situações jurídicas, que somente produzirão efeitos no futuro, eventualmente no regime de uma nova lei.”¹⁴ Nas lições de Celso Bastos, o ato jurídico perfeito:

É aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário minimizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova.¹⁵

Finalmente, a coisa julgada, mais vinculada ao direito processual do que ao direito material, recai sobre a imutabilidade das decisões judiciais, pois não cabe mais recurso para a sua impugnação. André Tavares Ramos pontifica que “a coisa julgada é o corolário do princípio da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais transportado para o campo judicial.”¹⁶

Outrossim, a coisa julgada pode ser de duas espécies, a saber: a coisa julgada formal e a coisa julgada material. Aquela representa a imutabilidade do *decisum* apenas no contexto do processo em que fora prolatado, ao passo que essa é a autoridade propriamente dita da decisão judicial, devido à resolução do mérito da causa. Nos comentários de Antonio Gidi:

A coisa julgada formal é uma preclusão comum, como outra qualquer (gerada pelo simples fato da preclusão dos recursos ou dos prazos de recurso, e [...] a coisa julgada

¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito brasileiro*. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 144-145.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

¹² TAVARES, op. cit. p. 807.

¹³ RAMOS, op. cit. p. 146.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 555.

¹⁵ BASTOS, Celso. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 808.

material ocorre sempre que a lide (o mérito, que, em geral, se reporta ao direito substancial ou material) seja julgada.¹⁷

Por outro lado, o princípio da legalidade, gravado no artigo 5º, II, da Constituição da República, prescreve um comando normativo ordinário em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Trata-se da legalidade em sua dimensão negativa, visto que tem como seu destinatário o particular, preservando-o do livre alvitre do Estado e lhe concedendo, nos limites da lei, o direito de agir da maneira que melhor lhe aprouver.

Em sua dimensão positiva¹⁸, em *contrario sensu*, o axioma da legalidade se volta à atuação do Estado, no sentido da *legalidade administrativa*¹⁹, que emoldura as condutas estatais, vinculando-as aos seus estritos preceitos. É dizer que, enquanto ao particular é dado o direito de fazer o que a lei não proíbe, ao administrador é permitido fazer apenas o que ela autoriza ou determina. Não é distinta a acepção de Pedro Lenza:

No âmbito das **relações particulares**, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da **autonomia da vontade** [...] Já no que tange à administração, esta só poderá fazer o que a lei permitir. Deve andar nos ‘trilhos da lei’, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*.²⁰ [grifos no original]

Para Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o princípio da legalidade administrativa representa traço da reserva legal, um de seus subprincípios, pois decorre da exigência de que a Administração Pública apenas intervenha em algum caso concreto, se estiver autorizada por lei. Por essa razão, o princípio da reserva legal

[...] *corresponde a particular (e especial) manifestação do princípio da legalidade (como expressão da supremacia da lei em relação aos atos da administração pública)*, embora com este não se confunda, dada a maior abrangência do último. Com efeito, ao passo que de acordo com o princípio da supremacia da lei um ato administrativo apenas é ilícito se afronta alguma disposição legal, *no caso da reserva de lei o ato administrativo já é ilícito quando inexistente disposição legal a amparar a ação administrativa*.²¹ [grifos no original]

Rodrigo Padilha desvela, além da legalidade genérica ou ordinária e da legalidade administrativa, mais dois carizes do princípio da legalidade, a legalidade penal e a legalidade tributária. Assevera, todavia, que apesar de receberem o nome de legalidade, assim como a legalidade administrativa, na verdade, são “*princípio da reserva legal (estrita legalidade)*, visto que não têm o fim de submeter *peessoas* às suas normas, e sim visam a **exigir lei para determinadas disposições materiais** (normas penais incriminadoras e normas que versem sobre instituição ou majoração de imposto).” [grifos no original]²²

O princípio da legalidade surge, portanto, como meio de oposição a toda e qualquer forma de poder autoritário, isto é, de poder capaz de concentrar, nos desígnios do soberano, o destino de um Estado. Assim, é considerado corolário de um Estado Democrático de Direito, uma vez que o

¹⁷ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 10.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Princípio da legalidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*: Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 22 set. 2022.

¹⁹ Prescreve o artigo 37, *caput* da Constituição Federal: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. de 2022.

²⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. Ed. Rev. Atual. E amp. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1.809.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 350.

²² PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 166

princípio da legalidade, quer em sua dimensão positiva quer em sua dimensão negativa, obriga um governo limitado à observância da supremacia das leis (*rule of law*). Ao comentar sobre o princípio da legalidade, Alexandre de Moraes pontifica:

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.²³

Não obstante se tenha assim definido, não é o princípio da legalidade restrito à noção de legislação em seu sentido formal, mas alberga “a exigência da legitimidade, segundo a qual as leis não de guardar correspondência com os anseios populares, consubstanciados no espírito constitucional.”²⁴ Em vista disso, adentra-se, assim, em uma acepção mais ampla, de princípio da constitucionalidade, o qual estabelece, como parâmetro de conduta, um bloco de legalidade. Em seus apontamentos sobre a matéria, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

É certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade estatal. Esses comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou de princípios. [...] Nesse bloco de legalidade estão incluídas igualmente as emendas constitucionais (art. 60), as leis complementares, as leis delegadas (art. 68) e as medidas provisórias (art. 62), estas como atos equiparados à lei em sentido formal. São os atos normativos igualmente dotados de *força de lei* (*Gesetzeskraft*), ou seja, do poder de inovar originariamente na ordem jurídica. Também os tratados internacionais ratificados pelo Brasil constituem atos equiparados à lei em sentido formal, igualmente dotados de força de lei, com especial relevância para os tratados sobre direitos humanos, os quais, com *status de supralegalidade*, situam-se na ordem jurídica num patamar entre a lei e a Constituição, tal como fixado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²⁵

Os princípios constitucionais expressos, em especial aqueles em comento, bem como as normas jurídicas em geral, porém, não são perenes ou estanques no tempo, e sim sujeitos a alterações que buscam compatibilizá-los com as novas realidades sociais. Essas mudanças se perfazem através da modificação constitucional.

3 FORMAS DE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL

As modificações constitucionais podem ser de duas espécies, a saber: a modificação constitucional formal e a modificação constitucional informal.

3.1 MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL FORMAL: EMENDA E REVISÃO.

A modificação constitucional formal é aquela que modifica as disposições do texto constitucional, alterando, suprimindo ou acrescentando artigos à redação original.²⁶ Encontra, com isso, o seu eixo na impossibilidade de manifestação contínua do Poder Constituinte Originário, que não precisa agir, de modo permanente, para engendrar mudanças meramente pontuais, a fim de reduzir os efeitos nefastos das rupturas com a ordem constitucional.²⁷ José Gomes Canotilho enfatiza que o Poder Constituinte Originário “é um poder *omnipotente, incondicionado*: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de

²³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. Ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 127.

²⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 663.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1.437-1.438.

²⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 243.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 171.

fundo.”²⁸ [grifos no original]

Nesse passo, a Constituição é alterada por outro Poder, também Constituinte, pois se debruça sobre normas constitucionais, mas não Originário, uma vez que não inaugura a ordem jurídica, tendo apenas a finalidade de mantê-la hígida em sua essência, de modo a eliminar normas jurídicas que não sejam mais condizentes com o contexto nacional.²⁹ É, logo, um Poder Derivado.

Ademais, essas modificações podem se operar mediante revisão ou emendas. Refere-se ao Poder Constituinte Derivado Revisor, disciplinado no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e investido da revisão do texto constitucional, e ao Poder Constituinte Derivado Reformador, regido no artigo 60 da parte permanente da Lei das Leis e incumbido da reforma do texto constitucional. Em qualquer caso, ao contrário do Poder Constituinte Originário, não é um poder de fato, político ou uma *força ou energia social*³⁰, mas jurídico.

No Brasil, reveste-se, das competências de reforma e de revisão, o Congresso Nacional, incumbindo-lhe a observância dos referidos procedimentos especiais, previstos pelo Poder Constituinte Originário na própria Constituição para o implemento dessas mudanças. Nas palavras de André Ramos Tavares:

O poder constituinte derivado, por sua vez, designa a parcela de competência atribuída ao próprio corpo legislativo encarregado de elaborar as leis em geral, por meio da qual se confere a faculdade de modificação da Lei Magna. Aqui devem ser observadas certas limitações. Trata-se, portanto, de poder limitado, previsto pela própria Constituição, e por ela regulado. Não é inicial, autônomo ou incondicionado. Não por outro motivo deve ser considerado como um poder constituído.³¹

Ao regular a manifestação do Poder Constituinte Derivado Revisor, o artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias refere: “a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.” Por tal razão, a revisão do texto constitucional foi geral em sua extensão e profundidade, marcando um momento histórico no cenário constitucional pátrio nos anos de 1993 e 1994.

Ao contrário das emendas constitucionais, a revisão constitucional foi marcada pela facilidade processual das alterações normativas, tendo em vista que estabeleceu um rito de aprovação formado pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.³² Sessão unicameral é aquela que reúne as duas casas do Congresso Nacional, em nada se confundindo com a sessão conjunta, pois “na primeira não há distinção entre os votos de deputados e senadores, enquanto na segunda há essa distinção.”³³ Ademais, de acordo com o artigo 13 da Resolução n. 1-RCF, responsável por regular o procedimento revisional, a votação das matérias deveria ocorrer em dois turnos. Com o seu encerramento, seis emendas constitucionais foram acrescentadas ao texto.³⁴

Após a manifestação do Poder Constituinte Derivado Revisor, na ocasião, a norma constitucional que a estipulava teve a sua eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada, uma vez que a sua atuação foi incidental, e não permanente. Insta-se salientar que, em razão de tratar de competência derivada, como referido alhures, a revisão não foi ilimitada, devendo observar as mesmas limitações materiais impostas às emendas constitucionais.³⁵ Nesse sentido, a decisão do Pretório Excelso:

[...]

Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 146.

³⁰ MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 2.

³¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 217.

³² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 326.

³³ MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 438.

³⁴ OLIVEIRA, Erival da Silva. *Prática jurídica constitucional*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 24.

³⁵ MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 439.

do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Está a “revisão” prevista no art. 3.º do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no §4.º e seus incisos do art. 60 da Constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1993 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o art. 3.º do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita “uma só vez”. As mudanças na Constituição, decorrentes da “revisão” do art. 3.º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das “cláusulas pétreas” consignadas no art. 60, §4.º e seus incisos, da Lei Magna de 1988. (ADI 981-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 17.03.1993, Plenário, DJ de 05.08.1994).

Quanto ao Poder Constituinte Derivado Reformador, insta-se salientar que o seu relevo se perfaz nas denominadas constituições rígidas, constituindo-se como tais aquelas que somente são alteradas por procedimentos especiais, distintos daqueles previstos para a função legiferante ordinária.³⁶ As constituições flexíveis, por seu turno, não demandam maiores solenidades para a sua alteração, valendo-se do mesmo rito de elaboração das leis comuns.

Ante o exposto, dispôs o texto constitucional, pelo exercício do Poder Constituinte Originário, sobre a elaboração de emendas constitucionais, observados os limites formais, materiais e circunstanciais da sua alteração. Em todo caso, decorrem da acepção de se considerar o Poder Constituinte Derivado como um poder jurídico condicionado ou contido³⁷.

Tratando-se daqueles, dois são os requisitos: um de iniciativa e o outro de trâmite. A iniciativa, prevista no artigo 60, I, II e III, da Constituição Federal, define quem pode apresentar proposta de emenda constitucional, e o trâmite, insculpido nos §§2º, 3º e 5º do referido dispositivo, dispõe sobre o procedimento para a sua aprovação. Assim, como se pode observar:

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 Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.³⁸

Sem a manifestação de quaisquer desses, por se tratar de questão de legitimidade para a proposta, não se instaura a deliberação. Por outro lado, cumprida a exigência para a iniciativa, é, nos dizeres de Gilmar Mendes e Gustavo Gonet Branco,

[...] preciso que a proposta de emenda reúna o voto favorável de 3/5 dos membros de cada casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação em cada uma. Ambas as Casas devem anuir ao texto da emenda, para que ela prospere; não basta, por isso, para que a proposta de emenda seja aprovada, que a Casa em que se iniciou o processo rejeite as alterações à sua proposta produzidas na outra Casa.³⁹

É, portanto, dizer que se exige um *quorum* qualificado para a aprovação de emendas constitucionais, mais amplo do que aquele previsto para a revisão constitucional. Alinhada aos limites formais de iniciativa e de deliberação, a doutrina identifica, ainda, outro filtro pelo qual devem ser submetidas as emendas: os limites materiais.

Os limites materiais, ao contrário dos limites formais ou processuais, recaem sobre o conteúdo que pode ser objeto de uma emenda constitucional. Tais limites são as denominadas cláusulas pétreas, também ditas como cláusulas de inamovibilidade e núcleos constitucionais intangíveis⁴⁰, como se pode extrair do artigo 60, §4º da Lei Suprema:

³⁶ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 108.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 98.

³⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal*. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. de 2022.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 174.

⁴⁰ OLIVEIRA, Erival da Silva. *Prática jurídica constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 26.

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

[...]

§4º Não será objeto de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.⁴¹

Nesse diapasão, torna-se cristalino deduzir, a *prima facie*, que a limitação de conteúdo disciplinada no dispositivo em tela determina a vedação à supressão de princípios sensíveis ao Estado Democrático de Direito, como o são aqueles envolvidos pelas matérias ali tuteladas, a exemplo dos princípios federativo e da tripartição das funções do Estado. Por essa leitura, para Rodrigo Padilha,

[...] uma pergunta parece inevitável: é possível **restringir** direitos considerados pétreos?

Para responder a esta questão, deve-se ter em mente que as cláusulas pétreas não têm por fim proteger a redação constitucional, e sim os princípios neles insculpidos. Nesse passo, é possível restrição de direitos desde que preservado o *núcleo essencial* dos bens constitucionais resguardados como cláusulas pétreas. [grifo no original]⁴²

As alterações, por conseguinte, de menor envergadura que não visem a erradicar, do texto constitucional, o cerne, a *anima*, dos princípios resguardados pelas cláusulas pétreas são admitidas no sistema jurídico nacional. Para Novelli, a Lei Suprema “repele, não toda emenda capaz de afetá-los, mas tão somente a que intente suprimi-los ou (o que dá no mesmo) alterá-los substancialmente, afetá-los no seu conteúdo essencial [...]”⁴³

É preciso, entretanto, salientar que a doutrina não se restringe à elucidação dos limites materiais expressos na *Lex Mater*, elencando, inclusive, limites materiais implícitos, de modo que “o que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da Constituição ideada pelo poder constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder de emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo.”⁴⁴ A doutrina destaca três eixos de cláusulas pétreas implícitas: a impossibilidade de revogação dos limites materiais explícitos, a impossibilidade de modificação dos titulares do Poder Constituinte Derivado e do procedimento de reforma e a impossibilidade de revogação ou supressão dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil presentes nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal.⁴⁵

De forma adversa, os limites circunstanciais não regulam matérias específicas que não podem ser objeto de supressão por emenda constitucional, como o fazem os limites materiais, e sim “referem a situações anormais durante as quais o poder de reforma constitucional não pode ser validamente exercido”.⁴⁶ Dessarte, como reza o artigo 60, §1º da Constituição da República, é defesa a emenda à Constituição na vigência de estado de defesa, de estado de sítio ou de intervenção federal.

As emendas constitucionais, portanto, diferentemente da revisão constitucional, não são pré-definidas no texto constitucional e se restringem a regras procedimentais mais solenes do que essa. Enfim, “a diferença entre a Revisão e a Emenda não é exatamente o conteúdo, mas a

⁴¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal*. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. de 2022.

⁴² PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 125.

⁴³ NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, p. 21-57, 1995. p. 47. DOI: 10.12660/rda.v199.1995.46486. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46486>. Acesso em: 15 out. 2022.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 191.

⁴⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: ed Jus Podivm, 2020. p. 149

⁴⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 222

forma.”⁴⁷

É imperioso trazer à baila que não só modificações formais podem ser realizadas no texto constitucional, como também modificações informais. Tais modificações se denominam mutações constitucionais.

3.2 MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL INFORMAL: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A origem do termo remonta ao ano de 1895, cunhado na obra de Paul Laband, de título *Mutações na Constituição do Reich Alemão*, para a análise das mudanças conferidas à Constituição do Reich alemão de 1871, devido à discrepância entre o texto constitucional e a realidade política do país.⁴⁸ A relevância da sua apreensão ganha relevo na medida em que se apresenta como um meio de alteração normativa. Para Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.⁴⁹

É dizer, as mutações constitucionais são alterações interpretativas das normas jurídicas constitucionais, de modo que, pela atuação do intérprete, atribui-se-lhes conteúdo semântico distinto daquele, em momento prévio, delimitado. A mutação constitucional, por essa razão, não é *apriorística*, mas depende de nova interpretação conferida ao mesmo suporte normativo e pela mesma instância definitiva.⁵⁰ O fenômeno ora em comento representa um processo informal de alteração das normas constitucionais pois não previsto dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional, como é o caso da revisão e das emendas.⁵¹

Já fora resguardado, no campo doutrinário, a concepção de que, porém, quando claro o texto legal, *in casu*, constitucional, desnecessária era a interpretação. Konrad Hesse afirmava que “onde não existem dúvidas, não se interpreta e, muitas vezes, também não é necessária a interpretação.”⁵² No entanto, a premissa não é isenta de críticas, pois definir quando um texto é ou não claro não é simples nem absoluto, já que a um pode ser evidente o seu sentido, mas a outro, não. Além disso, um texto não pode ser classificado como claro se não por meio da interpretação.

Ora, o próprio conceito de mutação constitucional exige interpretação. Para Cláudio Ari Mello, a mutação constitucional, apesar do termo provocar certa dubiedade, não deve ser confundida com a mera mudança ou modificação da constituição, cujos termos seriam mais genéricos do que o conceito ora tratado. Nesse sentido, enquanto os sentidos de mudança e modificação denotam a alteração de uma constituição por outra, por ato do Poder Constituinte Originário, ou da própria reforma formal de uma constituição; a ideia de mutação constitucional recai sobre a alteração de significado das normas e institutos constitucionais.⁵³

⁴⁷ MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 439.

⁴⁸ *Ibid.* p. 449.

⁴⁹ MENDES, op. cit. p. 193.

⁵⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 258-259.

⁵¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. Ed. Rev. Atual. E amp. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 243-244.

⁵² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 54.

⁵³ MELLO, Cláudio Ari Pinheiro de. Mutação constitucional: um estudo analítico. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, set./dez. 2016. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/105789/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx.pdf%201.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

Outrossim, por tratar também de um modo de modificação constitucional, a doutrina denomina a sua expressão na experiência jurídica como uma terceira⁵⁴ espécie de Poder Constituinte: o Difuso. O Poder Constituinte Difuso, assim, “é um poder de fato que se exterioriza pela **mutação constitucional** (também chamada de vicissitudes constitucionais, transições constitucionais, mudança constitucional ou processo de fato).” [grifo no original]⁵⁵ Diz-se, com isso, poder difuso “porque pode ser feito por qualquer intérprete da Constituição.”⁵⁶

Em geral, a competência difusa tem fundamento nos casos de hiato constitucional⁵⁷, isto é, quando há incompatibilidade entre o texto constitucional e a realidade social, e o dinamismo dessa exige uma adequação célere por parte daquele. Não é outro o entendimento de Ingo Sarlet:

A noção de mutação constitucional, assim como a de reforma constitucional, guarda relação com a concepção de que, em determinado sentido, uma constituição é um organismo vivo, submetido à dinâmica da realidade social, e que, portanto, não se esgota por meio de fórmulas fixas e predeterminadas. [...] Em sentido similar, na acepção cunhada por Karl Loewenstein, a mutação constitucional pode ser conceituada como uma transformação no âmbito da realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal atualização encontre previsão no texto constitucional, que permanece intocado.⁵⁸

Nesse prisma, dois eventos podem ser considerados como causas ínsitas ao fenômeno: nova percepção do Direito ou a mudança da realidade fática, dos usos e costumes. Assim, no primeiro caso, “o fato gerador é a própria interpretação, e no segundo caso é a prática de uma ação ou omissão determinada que força nova interpretação, ou seja, antes da nova interpretação existe um pressuposto, que é nova conduta praticada pela sociedade ou pelo Estado.”⁵⁹

Para Barroso, em todo caso, deve ser sempre regida por “uma releitura do que deve ser considerado ético e justo.”⁶⁰ Não pode, à vista disso, ainda que não previstos expressamente, a mutação constitucional ser dissociada de parâmetros balizadores ou restrições, incindindo de forma indiscriminada no sistema jurídico, sob pena de corromper a rigidez constitucional e de preterir o princípio da supremacia da Constituição em benefício do ativismo judicial. Esses parâmetros e restrições decorrem do próprio dispositivo constitucional projetado pelo Poder Constituinte Originário.⁶¹ Ora, trata-se de uma dedução lógica, uma vez que o Poder Judiciário, como poder constituído, não está autorizado a julgar contra disposição constitucional expressa, devendo respeitar as possibilidades interpretativas.⁶²

Ainda assim, quando inobservados tais limites, nascem as mutações inconstitucionais. Essas espécies de mutação implicam, com isso, violação à Constituição, cuja supremacia formal e material, reitere-se, deve ser assegurada. O fato é que, em certas ocasiões, contudo, elas podem persistir, seja pela ausência de controle, mormente no controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, seja pela razão de esse controle ser inviável em alguns casos, como ocorre nas hipóteses em que desponta o direito adquirido e a modulação de efeitos se apresenta necessária.

Afora as mutações inconstitucionais, a doutrina ainda apresenta diversas classificações para as mutações constitucionais. Dau-lin instituiu em sua obra quatro espécies de mutação, a saber: a mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição, a mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercer certos direitos

⁵⁴ O Poder Constituinte pode ser Originário, Derivado e Difuso, portanto.

⁵⁵ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 131.

⁵⁶ MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 449.

⁵⁷ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 63.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 182.

⁵⁹ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 132.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

⁶¹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Mutação constitucional. Interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 235 e ss.

⁶² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 353.

estatuídos constitucionalmente, a mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição e a mutação da Constituição mediante sua interpretação.⁶³ Já Barroso, apesar de não construir um sistema fechado de classificação, refere três possibilidades de mutação: a mutação da Constituição em interpretação, atuação do legislador e costumes.⁶⁴ Cláudio Ari Mello, por seu turno, identifica três formas de expressão do instituto: a mutação interpretativa em sentido estrito, a mutação constitucional integrativa e a mutação constitucional criativa.⁶⁵

De toda sorte, qualquer que seja a classificação adotada, percorre-se a interpretação da própria norma constitucional a ter o seu sentido alterado. Tal sentido, como dito em passagem pregressa, é atribuído pelos intérpretes. Em especial, convém trazer a lume as decisões em que, do fenômeno da mutação constitucional, fez uso o Supremo Tribunal Federal.

4 APLICABILIDADE DO FENÔMENO: SITUAÇÕES EM QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FEZ USO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao Supremo Tribunal Federal, consoante dispõe o artigo 102, *caput*, da Constituição da República, compete a guarda da Constituição, motivo pelo qual o Pretório Excelso é o seu intérprete por excelência. Nessa qualidade, durante a história constitucional, não raras vezes, utilizou-se da mutação constitucional em suas decisões, dentre as quais, destacam-se duas que se tornaram emblemáticas: a primeira quanto à antecipação da execução da pena e a segunda quanto à união homoafetiva, as quais se analisam nos subitens abaixo.

4.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À ANTECIPAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA

Em seu artigo 5º, LVII, a Constituição Federal dispõe, desde a sua promulgação, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”⁶⁶ Com reprodução no artgo 283 do Código de Processo Penal, o sentido da norma foi contestado no que diz respeito à possibilidade de início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da decisão.

Ainda que o seu sentido, em perfunctória leitura, possa parecer sem intransponíveis complicações, é de se notar que a sua interpretação gramatical não é capaz de, *per si*, fazer aclarar uma solução suficiente para a indagação proposta, mormente em decorrência de tratar o artigo da culpabilidade do réu, quer dizer, do juízo de reprovabilidade de sua conduta, e não do momento em que pode incidir a reprimenda. É preciso, antes, portanto, apreciá-la em seu contexto normativo e inclinar a investigação para a teleologia da *mens legis*, a vontade da lei ou o espírito da lei. Ao discorrer sobre o instituto, distinguindo-o da *mens legislatoris*, que seria a vontade do legislador, Luís Roberto Barroso:

[...] uma lei posta em vigor, a lei se desprende do complexo de pensamentos e tendências que animaram seus autores. Isso é tanto mais verdade quanto mais se distancie no tempo o início de vigência da lei. O intérprete, ensinou Ferrar, deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*. Não é, propriamente, que a vontade subjetiva do legislador de ocasião seja inteiramente indiferente.⁶⁷

⁶³ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 31.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130.

⁶⁵ MELLO, Cláudio Ari Pinheiro de. Mutação constitucional: um estudo analítico. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, set./dez. 2016. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/105789/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx.pdf%201.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

⁶⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal*. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. de 2022.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 117.

Foi nesse cenário, com filtro no viés neoconstitucionalista da Carta Política, cujos axiomas encontram respaldo no processo de redemocratização e na garantia dos direitos dos indivíduos contra os abusos que podem ser praticados pelo Estado; que decidiu o Supremo Tribunal Federal modificar o entendimento que predominava na Corte até 2009. Nessa senda, não deveria mais imperar a orientação de que poderia a pena ser executada antecipadamente, de forma que, com o julgamento do HC 84.078 – MG⁶⁸, de relatoria do ex-ministro Eros Roberto Grau, passou-se a adotar a posição de que não se poderia obstaculizar a liberdade pública enquanto vigorasse o benefício da dúvida em favor do acusado.

Assim, somente se autorizaria, antes do trânsito em julgado da condenação, a prisão em sede cautelar, quer por instituição de prisão temporária quer por determinação de prisão preventiva. Não haveria, por isso, de se cogitar a ideia de que um réu não poderia ser preso durante a tramitação do processo, o que se suscitava na época.

Em 2016, todavia, por meio do julgamento do HC 126.292 – SP⁶⁹, de relatoria do saudoso ministro Teori Zavascki, o entendimento do órgão jurisdicional de cúpula regressou à sua interpretação anterior ao ano de 2009. Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso instituiu três motivos, de ordem pragmática, que fundamentaram a necessidade de retorno ao posicionamento pregresso do Tribunal:

De fato, a execução da pena após a condenação em segundo grau:

- (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que proíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
- (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade; e
- (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.⁷⁰

Não se pode olvidar que, na ocasião, a decisão não foi unânime, tendo sido vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte. Em seu voto de divergência, o ex-ministro Celso de Mello, ao tratar da incompatibilidade entre os padrões ortodoxos do regime democrático e o que chamou de uma “posição nitidamente autocrática”⁷¹, salientou

[...] que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.⁷²

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Habeas Corpus n. 84078/MG* – Distrito Federal. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau, 05 fev. de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false> Acesso em: 22 out. de 2022.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Habeas Corpus n. 126292/SP* – Distrito Federal. Impetrante: Maria Claudia Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 fev. de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 22 out. de 2022.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Habeas Corpus n. 126292/SP* – Distrito Federal. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 fev. de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 22 out. de 2022. Voto do Min. Luís Roberto Barroso, p. 28.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Habeas Corpus n. 126292/SP* – Distrito Federal. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 fev. de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 22 out. de 2022. Voto do Min. Celso de Mello, p. 82-83.

⁷² *Ibid*, p. 84.

Recentemente, em 2019, a Suprema Corte foi provocada, outra vez, a se pronunciar. Agora em controle judicial concentrado de constitucionalidade, através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43⁷³ e 44, de relatoria do ex-ministro Marco Aurélio de Mello, unidas pela identidade de objeto e ajuizadas pelo outrora Partido Ecológico Nacional, hoje Partido Patriota, e pela Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente. *In casu*, a Suprema Corte redirecionou o seu entendimento à posição adotada de 2009 até 2016, para, além de declarar constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, considerar defesa a possibilidade de cumprimento antecipado da pena. Ao versar sobre a necessidade de certeza na esfera penal e julgar procedentes os pedidos das referidas ações, o relator, em seu voto:

Daí se extrai a importância do marco revelado pela preclusão maior do título condenatório, quando a materialidade delitiva e a autoria ficam estremes de dúvidas e devidamente certificadas pelo Estado-Juiz. Em cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando autorizada normativamente a prisão cautelar, não cabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a supressão da liberdade. Deve-se buscar a solução consagrada pelo legislador nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal, em consonância com a Constituição Federal e ante outra garantia maior – a do inciso LXVI do artigo 5º: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”⁷⁴

Vencido, juntamente com os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, o ministro Edson Fachin, em seu voto, sustentou dois fatores que ensejariam a permanência do posicionamento do Pretório Excelso: a falta, apesar do caráter polissêmico do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, de vedação ao cumprimento prévio da pena e o caráter excepcional do efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial. Nesse sentido, enunciava:

[...]. Inexiste, assim, uma literalidade, um sentido unívoco da palavra “culpado”. Sem embargo, em nenhuma dessas interpretações é necessária a conclusão a que chegam os requerentes de que o disposto nesse inciso está a indicar que “ninguém será preso até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Foi sobre a perspectiva de um princípio de presunção de inocência que este Tribunal, ao examinar nas primeiras vezes o alcance do art. 5º, LVII, da CRFB, entendia, como visto, ser possível a prisão do agente na pendência de recursos que não tinham efeito suspensivo.⁷⁵

Em todo caso, como se pode extrair das diversas e conspícuas interpretações, seja qual for a considerada mais bem sucedida, a norma, para ser aplicada, deve ser submetida a um filtro hermenêutico, podendo, de um mesmo texto, exsurgir inúmeros resultados interpretativos. Não foi diferente o julgado da Corte de Cúpula que decidiu sobre a união homoafetiva.

4.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À UNIÃO HOMOAFETIVA

Propostas, em 2011, na Suprema Corte, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277⁷⁶,

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43/DF* – Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello, 07 nov. de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 22 out. de 2022.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43/DF* – Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello, 07 nov. de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 22 out. de 2022. Voto do Relator, p. 8.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43/DF* – Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello, 07 nov. de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 22 out. de 2022. Voto do Min. Edson Fachin, p. 13.

⁷⁶ BRASIL Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF* – Distrito Federal. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 05 maio 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 25 out. de 2022.

de relatoria do ex-ministro Carlos Ayres Britto, pela Procuradoria-Geral da República, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, contestavam a redação do artigo 1.723 do Código Civil, onde, em sua redação, dispõe que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”⁷⁷

Mais uma vez, pela identidade de objeto, as ações foram apreciadas em conjunto pelo conspícuo tribunal. Em síntese, o pedido formulado nas ações foi para que fosse conferida interpretação conforme a Constituição, a fim de excluir qualquer significado do dispositivo que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Insta-se trazer à luz que mesmo o artigo 226, §3º, da Carta Magna, cuja redação espargue que “para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”⁷⁸, na ocasião, foi questionado.

Em singela digressão histórica, é forçoso reconhecer que, originariamente, o preceito linguístico que sustenta a norma constitucional supracitada, arraigado em uma sociedade onde a técnica jurídica ainda se encontrava absorta em comandos morais, era restritivo. Ao consultar os anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, não é outra a conclusão a qual se chega, já que, ao ser amplamente debatida pelos constituintes, a questão de gênero da união estável deveria se limitar, única e exclusivamente, aos casais heteroafetivos. Nesse aspecto, é o que se depreende:

O sr. Constituinte Gastone Righi:

- Finalmente a emenda do Constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (*sic*), §3º. Este parágrafo prevê: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Tem-se prestado a amplos comentários jocosos seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos **gays** através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no **show** do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no §3º dois artigos: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O sr. Constituinte Roberto Freire:

- Isso é coação moral irresistível.

O sr. Presidente (Ulysses Guimarães):

- Concedo a palavra ao relator.

O sr. Constituinte Gerson Peres:

- A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O sr. Relator (Bernardo Cabral):

- Sr. Presidente, estou de acordo.

O sr. Presidente (Ulysses Guimarães):

- Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada. (Palmas).⁷⁹ [grifos no original]

A norma disciplinada no artigo 226, §3º, da Constituição da República, como se pôde verificar do sentido extraído da *mens legislatoris* por meio de uma interpretação gramatical e

⁷⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 out. de 2022.

⁷⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal*. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. de 2022.

⁷⁹ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Ata circunstanciada [da 8ª Reunião Ordinária do dia 20.09.1988] *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, DF, ano 2, n. 307, Supl. B, p. 175-232, 23 set. 1988. p. 212. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/307anc23set1988SUPB.pdf>. Acesso em: 26 out. de 2022.

histórica, remonta, nesse aspecto, a uma percepção reducionista do fenômeno social, comum aos padrões culturais hegemônicos no momento de sua criação, razão pela qual a emenda que reconhecia, como entidade familiar, apenas a união entre o homem e a mulher foi aprovada. As normas, pois, quando retiradas de seu nascedouro, o legislador, acabam por refletir “o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum.”⁸⁰

Sem embargo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, ainda que não encontrasse origem na mesma instância definitiva, o sentido da norma jurídica do artigo 226, §3º, da Lei Suprema, orientado pela vontade do legislador, foi alterado para se adequar a uma nova concepção social de entidade familiar (mutação constitucional), qual seja: a de um “grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade [...]”⁸¹, porquanto “a constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.”⁸² Ao se debruçar sobre o dispositivo constitucional, o relator:

Assim interpretando por forma **não-reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.** [...] ⁸³ [grifos no original].

Em seu voto, o ex-ministro Celso de Mello ressaltou, ainda, a perspectiva pluralista assumida pela República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, de modo que cumpre, quando necessário, à Corte Constitucional assegurar às minorias a plenitude de meios que lhes permitam exercer, factualmente, os direitos fundamentais garantidos pelo sistema jurídico, uma vez que “ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.”⁸⁴ No mesmo sentido, o ministro Luiz Fux, ao referir o Preâmbulo da Carta Magna, reitera a promessa constitucional de que “o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana.”⁸⁵

Pelo exposto, o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, para que a opção do legislador constituinte pela concepção democrática não se extinguisse em mera proclamação retórica, solidificou o seu entendimento sob a égide do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, não obstante a concepção original do artigo 226, §3º, da Constituição Federal. Assim, pela técnica da interpretação conforme, considerou o artigo 1.723 do Código Civil em consonância com a Lei Suprema.

Convém, por fim, bem delimitar, como referido *supra*, que o fenômeno da mutação

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF* – Distrito Federal. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 05 maio 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Voto do Min. Marco Aurélio de Mello.

⁸¹ Paulo Luiz Netto Lôbo apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 43.

⁸² *Ibid*, p. 188.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF* – Distrito Federal. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 05 maio 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Voto do Relator.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF* – Distrito Federal. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 05 maio 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Voto do Min. Celso de Mello.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF* – Distrito Federal. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 05 maio 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Aditamento ao voto do Min. Luiz Fux.

constitucional não pode ser cindido de limitações, dentre as quais, assume notável envergadura a técnica utilizada pelo órgão jurisdicional de cúpula nas ações ora em apreço, a interpretação conforme a Constituição.

5 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Como mencionado em passagem póstuma, as mutações constitucionais, enquanto um fenômeno que gera “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional”⁸⁶, não podem ser desarrazoadas, em sua sistematicidade, dos preceitos estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário. Nesse prisma, deve a mutação constitucional se situar no ponto de equilíbrio entre os conceitos da rigidez constitucional e da sua plasticidade normativa, sob pena de subverter a ordem constitucional.

Em análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a extensão da proteção com base no instituto da união estável às uniões homoafetivas, Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira afirmam que, apesar de que ninguém pode negar a necessidade de se assegurar a livre orientação sexual e promover a igualdade, também não se pode

[...] desconsiderar pura e simplesmente as razões daqueles que, preocupados com os efeitos colaterais da metódica adotada pela nossa corte constitucional, que, em face da ausência de ajuste legislativo (no caso, uma emenda constitucional seria o meio mais legítimo para corrigir o anacronismo do texto original da Constituição Federal), estaria – dentre outros argumentos relevantes – usurpando função que não lhe é própria.⁸⁷

Ainda assim, é salutar reconhecer “o importante papel da Justiça Constitucional (substantiva) na construção dos direitos fundamentais e na realização plena dos comandos constitucionais”⁸⁸, de forma que o ponto de equilíbrio entre a rigidez constitucional e a sua plasticidade normativa se vincula, sim, à interpretação constitucional; não, porém, da leitura de um preceito linguístico isolado, mas de toda a sistematicidade normativa e do próprio espírito constitucional, em especial para a extensão de direitos e de garantias inerentes à personalidade humana. Assim, a fim de auxiliar os intérpretes na perquirição de um método estável de interpretação, foi criada pela Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, e adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a técnica de interpretação conforme a Constituição, cuja aplicação, nas palavras de Paulo Bonavides, parte:

[...] da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada “conforme a Constituição”. Deriva outrossim do emprego de tal método a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional [...]. Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor.⁸⁹

Quer dizer, quando o intérprete da norma se deparar com comandos polissêmicos, isto é, que têm mais de um resultado interpretativo possível, deve preferir aquele que viola o bloco de constitucionalidade, preferindo a exegese que mais se aproxime da Constituição. Essa técnica interpretativa da norma encontra dois fundamentos: a supremacia da Constituição e a presunção de constitucionalidade da lei, uma vez que não se poderia cogitar que a intenção do legislador

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livr. Almedina, 1993. p. 231.

⁸⁷ Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 189.

⁸⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 375.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 518.

seria a de contrariar a Constituição.⁹⁰ A declaração de nulidade da norma é, por isso, a *ultima ratio* do intérprete.

No entanto, essa técnica também não pode ser desvinculada de qualquer critério de controle, de sorte que poderia, em especial a Corte Constitucional, submeter os seus reflexos interpretativos a interesses outros, que não da técnica jurídica. Para Pedro Lenza, a doutrina e a jurisprudência, ao destacar que a interpretação conforme é implementada pelo Judiciário, elenca dimensões a serem consideradas, a saber: a prevalência da Constituição, a conservação de normas, a exclusão da interpretação *contra legem*, o espaço de interpretação, a rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais e a vedação de atuar o intérprete como legislador positivo.⁹¹ Tais dimensões fornecem parâmetros, linhas basilares para o correto manejo da técnica de interpretação conforme a Constituição.

Em geral, disciplinam, respectivamente, que predomina a interpretação que melhor se adequa à Constituição; privilegia-se à vigência da norma, em caso de existir possibilidade de ela ser compatível com a Constituição; o intérprete não pode subverter a *mens legis* para obter sua concordância com a Constituição; a interpretação conforme a Constituição apenas é admitida se houver espaço para decisão; se o resultado interpretativo for de norma contrária à Constituição, deve ser declarada inconstitucional; e, finalmente, é defeso ao intérprete agir como legislador positivo, de modo a conceber norma com sentido diverso daquele objetivado pelo legislador e com ela contraditória. A doutrina italiana, ainda, denomina as modificações do sentido original do texto normativo atribuído pelo legislador de *decisões manipulativas*⁹², pois implicariam atribuir sentido não pretendido à lei.

As decisões manipulativas podem ser de efeitos aditivos ou substitutivos. Aquelas são modalidades de decisões do controle de constitucionalidade que “importam, em alguma medida, na interferência sobre o conteúdo normativo dos dispositivos legais fiscalizados, logrando impor aos operadores e destinatários do sistema jurídico determinadas variantes interpretativas ou efeitos, em detrimento de outros [...]”⁹³, alargando o texto da lei ou o seu âmbito de incidência. Por outro lado, essas são as “[...] que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional.”⁹⁴

Ainda assim, é evidente à necessidade de correção ou de adaptação de determinados sentidos da norma, de modo que não se pode ignorar que a interpretação deve ser submetida sempre ao fator da democracia, “ou seja, todas as mutações realizadas, por quem quer que seja, têm que se pautar por um lastro democrático, em um processo de reflexão social.”⁹⁵ A Corte Constitucional, assim, embora não possa suplantar funções institucionais, não deve se subverter em um constitucionalismo débil, em que não se estabelece nem a prioridade axiológica nem a garantia dos direitos fundamentais perante o poder estatal.⁹⁶ Dessa forma, admitem-se tais decisões modificativas quando para responder a necessidades comuns, as quais, de acordo com Augusto Martín de La Vega, citado por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, caracterizam-se por levar em conta três fatores:

- a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para

⁹⁰ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 95.

⁹¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 265-266.

⁹² GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 222.

⁹³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209.

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 2.287.

⁹⁵ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 133.

⁹⁶ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. In: CAPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>. Acesso em: 30 out. de 2022.

responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional.⁹⁷

Lida-se, sublinhe-se, para que não se confunda, com uma forma de interpretação de normas de natureza infraconstitucional, mas que deve servir de modelo para interpretação de normas constitucionais, devido à necessidade de preservação do sentido original do texto constitucional e, ao mesmo tempo, de tutela da atividade criativa da jurisdição, guiada pelos direitos e garantias fundamentais. Quanto à atividade criativa, convém bem delimitar, encara-se, com fulcro na construção teórica do Estado Constitucional, a função jurisdicional “como uma função essencial no desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.”⁹⁸ Estabelece-se, com isso, a distinção entre o texto e a norma, pois é essa o produto da interpretação daquele.⁹⁹

Por essa razão, não se pode dizer que a interpretação conforme a Constituição é um mero recurso hermenêutico, na medida em que implementa uma significação que não decorre da leitura mais óbvia do dispositivo, excluindo-se, por consequência, outras interpretações que se oponham à Constituição e criando a norma mais apropriada ao caso concreto. Luís Roberto Barroso decompõe, do seguinte modo, o processo de interpretação conforme a Constituição:

1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.¹⁰⁰

Cabe-se, ademais, salientar que, ainda que se aproximem, não se enredam a técnica da interpretação conforme a Constituição e a da nulidade parcial sem redução do texto. Essa, ao contrário daquela, restringe-se a declarar que determinada seção do texto da norma não se aplica a uma situação fática específica, sem qualquer subtração na sua literalidade, e a admitir a parcelaridade ou seccionamento do texto, cujo pressuposto é a ideia de reconhecimento de inconstitucionalidade de apenas uma parte do dispositivo. Dessarte, a nulidade parcial sem redução do texto é um método de aplicação normativa, e não de interpretação, em que o ator jurídico afasta certas hipóteses concretas de incidência da norma, que seriam possíveis, mas que a conduziram à notória inconstitucionalidade. Virgílio Afonso da Silva, ao se debruçar sobre o tema, esclarece:

A diferença primordial entre interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem modificação do texto consiste no fato de que, a primeira, ao pretender dar um significado ao texto legal que seja compatível com a constituição, localiza-se no âmbito da interpretação da lei, enquanto a nulidade parcial sem modificação de texto localiza-se no âmbito da aplicação, pois pretende excluir alguns casos específicos de aplicação da lei.¹⁰¹

Em vista de todo o exposto, assim como a interpretação conforme a Constituição, a interpretação do texto constitucional, que eventualmente resulte em mutação constitucional, deve

⁹⁷ Augusto Martín de La Vega apud MENDES, op. cit. p. 2.287-2.288.

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 41.

⁹⁹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 131.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 143.

¹⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação conforme à constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial*. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 01 – 2010, jan-jun. 2006. p. 201.

ser orientada pelos limites emoldurados pelo sentido originário do texto normativo, mas sem que, com isso, afaste-se a atividade criativa da jurisdição na concepção da norma jurídica cuja finalidade precípua é a promoção dos direitos e das garantias fundamentais. Afinal, é a “expansão e consagração dos direitos fundamentais, que impõem ao Direito positivo um conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana [...]”¹⁰², sobretudo.

É, por conseguinte, descortinando as balizas que tratam de condicionar o método de interpretação conforme a Constituição, que se pode estender também à interpretação do texto constitucional, em especial a que resulte em modificação informal da norma jurídica, os critérios que vinculam o intérprete autêntico a uma melhor exegese. Os critérios narrados nessa passagem não são; porém, os únicos padrões de controle da atividade criativa da jurisdição, situação em que emergem os princípios da legalidade e da segurança jurídica, a que, em sede da Questão de Ordem na Ação Penal 937 – RJ, analisa-se em cotejo com o fenômeno da mutação constitucional no item a seguir.

6 ANÁLISE DE CASO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 – RJ JULGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência da Corte Constitucional, desde a Emenda Constitucional nº 35/01, que veio a alterar o artigo 53, §1º, da Constituição Cidadã, foi uniforme no sentido de que “os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”¹⁰³, isto é, desde a diplomação se sujeitam ao crivo do órgão máximo da função judiciária do Estado. Como bem se pode depreender da disposição literal do artigo, o foro especial por prerrogativa de função se estende a partir da diplomação do congressista, e não da sua posse no respectivo cargo, o que antecipa os seus efeitos, tendo em vista que, cronologicamente, aquela precede a essa.

O foro por prerrogativa de função, também denominado de prerrogativa de foro em razão da função ou de foro privilegiado, é uma competência objetiva em razão da pessoa¹⁰⁴ que atribui à Suprema Corte, na esfera federal, consoante o artigo 102, I, *b*, da Carta Política, a apreciação de infrações penais comuns, cuja definição também alberga os crimes eleitorais, de acordo com o julgamento do HC 69.344-RJ, de relatoria do ex-ministro Néri da Silveira; cometidas por parlamentares. De outro modo, os crimes de improbidade administrativa, por não constituírem infrações penais, excluem-se da supracitada competência.¹⁰⁵ A razão da existência de um foro especial para os agentes políticos é assegurar a autonomia funcional dos julgadores de instâncias inferiores, salvaguardando-os de pressões e influências que possam ser exercidas pelas autoridades processadas, mas também contra elas, porquanto os tribunais de maior categoria, presume o legislador, têm mais “capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuaram contra ele.”¹⁰⁶ Nesse diapasão, a prerrogativa é concedida em obséquio à função, a que é inerente, e não ao cidadão que a exerce, de modo que o que sobejar desse paradigma é intolerável proteção à pessoa, e não às suas relevantes funções, essas efetivamente protegidas pela Carta Constitucional.

Em 2018, porém, com o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937 – RJ¹⁰⁷, de

¹⁰² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 42.

¹⁰³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal*. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. de 2022..

¹⁰⁴ DIDIER JR., op. cit. p. 216.

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 898.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ – Distrito Federal*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Edson Fachin.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ – Distrito Federal*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022.

relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, a Suprema Corte alterou o seu posicionamento a fim de conferir uma interpretação mais restritiva ao texto normativo do artigo 53, §1º, da Lei das Leis. O fundamento inicial, proposto pelo relator, para a modificação de entendimento da corte de cúpula foi a de que a aplicação, *in litteris*, do dispositivo apresentava certa disfuncionalidade na sua aplicação. Para melhor enfrentamento desse tema, não se pode prescindir, de forma esquemática, de breve exposição das causas da conivência:

Eleições municipais de 2008: suposta prática de crime;
 Outubro de 2008: o suposto autor do crime foi reeleito Prefeito de município do Rio de Janeiro;
 1.º.01.2009: assume a prefeitura;
 30.01.2013: recebimento de denúncia pelo TRE do RJ, pela suposta prática do crime de captação ilícita de sufrágio. Porém, como já havia encerrado o mandato de Prefeito, o TRE anulou o recebimento da denúncia e declinou a competência em favor do Juízo da 256.ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro;
 14.04.2014: Juízo eleitoral de 1.ª instância recebe a denúncia;
 Outubro/2014: o ex-Prefeito é eleito suplente de Deputado Federal pelo Rio de Janeiro;
 10.02.2015: diplomado Deputado Federal, em razão do afastamento de Deputados de seu partido;
 14.04.2016: deixa o cargo de Deputado Federal, em razão do retorno dos Deputados que haviam sido afastados;
 19.04.2016: assume novamente como Deputado Federal, em razão do afastamento do titular;
 13.09.2016: assume definitivamente como Deputado Federal, em razão da perda de mandato do titular;
 1.º.01.2017: renuncia ao mandato de Deputado Federal para assumir como Prefeito de município do Rio de Janeiro (terceiro mandato) [...].¹⁰⁸

Ora, como bem se pode observar, avultava-se, nos moldes até então concebidos, o descompasso entre o modo de fixação do foro por prerrogativa de função e as oscilações de uma carreira política, o que, no caso em comento, encaminhou a competência para três órgãos distintos (o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, o Juízo da 256.ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro e o Supremo Tribunal Federal). Essa situação não era incomum e causava perturbações em virtude das mudanças de circunstâncias envolvendo o agente processado, em especial no que concerne ao implemento da prescrição.

Além disso, o sistema do foro por prerrogativa de função, até então adotado, admitia também que as infrações penais comuns cometidas pelo parlamentar durante o exercício do cargo seriam julgadas perante o foro especial, ainda que cessado o mandato, como pretendia a Súmula nº 394¹⁰⁹ do Supremo Tribunal Federal, ora cancelada. No mesmo sentido, aquelas infrações penais, antes da investidura no cargo, cometidas pelo congressista seriam apreciadas pelo órgão colegiado. A solução proposta pelo ministro Luís Roberto Barroso para o presente imbróglio abrangeu dois pontos basilares, quais sejam: “(i) a fixação de marco para a perpetuação de jurisdição em ações penais originárias e (ii) a interpretação restritiva da competência por prerrogativa de função.”¹¹⁰

Em seu voto, acompanhado pela maioria do Plenário, o relator consolidou a seguinte tese para a Questão de Ordem:

¹⁰⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. Ed. Rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 969-970.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 394 do STF – Distrito Federal. Cancelada – Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1588#:~:text=%E2%97%8F%20Cancelamento%20da%20S%C3%BAmula%20394%20do%20Supremo%20Tribunal%20Federal&text=%2D%20De%20pois%20de%20cessado%20o%20exerc%C3%ADcio,mais%20al%C3%A9m%20a%20pr%C3%B3pria%20Constitui%C3%A7%C3%A3o..> Acesso em: 02 nov. de 2022.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 766.

(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.¹¹¹

A Questão de Ordem determinou, então, que, para que incida a prerrogativa, além de os congressistas cometerem a infração penal no exercício do cargo, quer dizer, após a sua diplomação (ou, no caso de outros agentes políticos, após a investidura na posição que assegure o foro especial) e que se conecte com o desempenho do mandato; deve ser afastada a influência de posterior investidura ou de destituição do cargo ante o implemento de certo marco temporal, cuja função é consolidar a competência. Para o ministro relator, “o caso em exame é exemplo emblemático de como o ‘sobe e desce’ processual frustra a aplicação do direito, gerando prescrição de eventual punição [...]”.¹¹²

Na ocasião, o ministro Luís Roberto Barroso destacou, ao referir a disfuncionalidade, as problemáticas de um foro especial calcado no modelo anterior ao julgamento: a extensão desarrazoada do foro, tanto no que tange às autoridades contempladas quanto às infrações penais abrangidas, não somente afasta o Supremo Tribunal Federal da sua atuação como órgão de cúpula da função judiciária do Estado, para conferir-lhe a atribuição de tribunal criminal de primeiro grau, como também torna ineficiente a justiça criminal, em razão da ausência de aparelhagem da Suprema Corte na produção probatória e da pouca celeridade na resolução das causas, tendo em vista que a larga incidência do foro especial é um fator contribuinte para o seu congestionamento. Não foi outra a crítica atribuída ao foro por prerrogativa de função pelo ex-ministro Celso de Mello:

Essa outorga constitucional de prerrogativa de foro culmina por gerar, muitas vezes, considerada a regra do “*forum attractionis*” – que confere prevalência à jurisdição penal desta Suprema Corte –, a instauração de processos multitudinários, cuja existência representa fator apto a romper a regularidade dos trabalhos do Tribunal, tumultuando-lhe a ordem dos serviços e obstruindo o normal desenvolvimento e execução de sua agenda de julgamentos.¹¹³

Nesse ínterim, ao restringir a sua concepção e ao estabelecer marco temporal à prorrogação da competência, a Suprema Corte estaria, assim como no julgamento da ADI 4.277, atribuindo certa “força normativa à Constituição por meio da preservação da unidade constitucional e, ao mesmo tempo, pela adequação da interpretação do texto constitucional às concepções axiológicas reputadas como prevalentes na sociedade à época [...]”.¹¹⁴ Na visão do relator, a interpretação, até então, consagrada pela Suprema Corte, constituía, inclusive, violação aos princípios da igualdade e da república, visto que, se permanecesse estendido a todo e qualquer crime, passaria a acobertar determinada pessoa, e não garantir o exercício de certas funções.¹¹⁵

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Relator.

¹¹² Ibid.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Celso de Mello.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Luiz Fux.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022.

Na esteira do voto do relator, as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, presidente da Corte Constitucional na época, aderiram a tese, por ele, formulada. Em seu voto, a ministra Rosa Weber, ao se debruçar sobre o tema da mutação constitucional, suscitou que o fenômeno não só se implementa pela mudança da realidade fática ou da percepção da melhor exegese, mas também, em um viés mais consequencialista da decisão, pela avaliação dos resultados práticos gerados pela orientação dominante, causas de “impunidade e mesmo de desprestígio ao Judiciário [...]”¹¹⁶

A solução proposta, entretanto, não foi isenta de reprovação. Ao acompanhar em parte o voto do relator, sob outra perspectiva, o ministro Alexandre de Moraes, ao referir o panorama nacional comentado por jornais de grande circulação do País nos casos do “mensalão” e do “petrolão” e a exímia atuação da Corte Constitucional, ressaltou a reversão da tradição de impunidade da política brasileira gerada pelas decisões do Tribunal, de modo que a extinção ou restrição do foro por prerrogativa de função seria, se calcada pelo fundamento do combate à impunidade, uma motivação paradoxal do instituto, pois realizadora de duas interpretações diametralmente opostas.¹¹⁷ Ainda fez exsurgir o ministro, embora de forma secundária em seus argumentos (criticava, na oportunidade, essencialmente, a ausência de aparelhamento da função judiciária e propunha que a prerrogativa de foro alcançasse todos os delitos imputados durante a investidura, mas sem a necessidade de ligação com o ofício), a incompatibilidade entre a mudança interpretativa, ou seja, entre a mutação constitucional e o primado da segurança jurídica, *in litteris*:

Se o Poder Judiciário prosseguir sem estrutura, e amanhã? Qual a instância do Poder Judiciário que será a única capaz de exterminar eventual novo caso de corrupção? Cada momento uma livre opção interpretativa para a aplicação da Constituição? Como ficam a defesa do Juiz Natural, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas?¹¹⁸

Ao seguir o ministro Alexandre de Moraes, o ministro Ricardo Lewandowski considerou, além de inapropriado o manejo da Questão de Ordem para suscitar quaisquer discussões sobre o mérito da causa, que a mutação constitucional atrelada a efeitos vinculantes, em razão de atingir inúmeras ações em trâmite, poderia “acarretar consequências imprevisíveis ao desfecho das distintas lides *sub judice*”¹¹⁹, bem como que o foro especial, por ser um sistema articulado de prerrogativa instituído no alvorecer da redemocratização do País, não poderia ser restringido por meio de mutação constitucional sob o fundamento de sua disfuncionalidade. Além disso, sinalizou em seu voto:

E, como não temos iniciativa legislativa para alterar a lei processual que nos rege e muito menos para propor emendas à Constituição, não me parece ser lícito à Corte – numa tentativa de desbordar essa limitação institucional – conferir interpretação limitadora à prerrogativa de foro, para diminuir o acervo de processos originários em estoque, a partir de uma mera questão de ordem, ainda mais sob o pretexto de que teria havido uma mutação constitucional.¹²⁰

2022. Voto do Relator.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto da Min. Rosa Weber

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Alexandre de Moraes

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Alexandre de Moraes.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Ricardo Lewandowski.

¹²⁰ Ibid.

O ministro Gilmar Mendes, ao proferir o seu voto, também destacou a necessidade de se observar os princípios da reserva legal e da separação das funções do Estado, não se podendo admitir a atuação do Tribunal como se legislador positivo fosse. Para o ministro, “é ao Poder Legislativo que cabe o papel de rever más escolhas do constituinte originário, reequilibrando as forças sociais”, de modo que, ao órgão jurisdicional de cúpula, somente incumbe “fazer com que as decisões políticas fundamentais que regem, guardam e governam a República sejam cumpridas, ainda que lhe saibam amargas.”¹²¹

Já o ministro Dias Toffoli, de igual modo divergindo em parte do relator, enunciou que, ao proclamar que a respectiva Casa do parlamentar denunciado por crime cometido após a diplomação pode sustar o andamento da ação, a vontade da lei, exarada no artigo 53, §3º, da Constituição Federal, foi de albergar todos os crimes, independentemente do momento de sua prática, visto que, em *contrario sensu*, no caso de crimes praticados antes da diplomação, não estaria o Parlamento autorizado a suspender a ação penal.¹²² Por essa razão, ao afrontar a legalidade, estaria “o Supremo Tribunal Federal, pela via de interpretação discricionária, a subtrair de sua própria competência um julgamento que a Constituição Federal lhe atribuiu.”¹²³

Ao divergir dos votos dos ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski e acompanhar o ministro relator, em seu voto, o ministro Edson Fachin registrou que, além de violar a garantia do duplo grau de jurisdição, uma decorrência do *due process of law*, a manutenção de um foro por prerrogativa de função fundamentado no pressuposto de que os tribunais de maior categoria têm mais isenção para o julgamento de ocupantes de determinadas funções públicas seria uma forma de admitir-se, em *contrario sensu*, que “os que não detêm a prerrogativa estão sujeitos a um julgamento parcial.”¹²⁴ Para mais, o ministro acentuou que é necessária a compatibilização, mediante exegese atualizadora, da Constituição da República com as novas exigências, necessidades e transformações sociais, a mitigar, *in casu*, o princípio da segurança jurídica, de modo que

[...] parece evidente que, também nesta questão de ordem, esteja-se a reexaminar o sentido da norma constitucional. Faz-se necessário, portanto, que, ao lado de eventuais alterações da realidade social, avalie-se também a emergência de nova visão jurídica.¹²⁵

Nesse mesmo viés, o ministro Luiz Fux, ao aderir ao voto do relator, enfatizou que, além de o foro especial por prerrogativa de função desvinculado de qualquer limitação de caráter material e temporal gerar, devido à falta de aparelhamento da Corte Constitucional, notória impunidade, viola os princípios constitucionais da proporcionalidade e republicano, os quais se ocupam de propugnar, respectivamente, tanto a “proteção dos direitos fundamentais não apenas contra excessos estatais, mas igualmente contra a proteção jurídica insuficiente”, tendo em vista que ela “pode exsurgir nas ocasiões em que o Estado demonstra desinteresse ou omissão na efetiva aplicação das sanções penais”, quanto, tratando-se do congressista, a “legitimidade para prosseguir no exercício da sua respectiva função eletiva”, a qual “só se entra (*sic*) presente quando a impunidade não é a regra para autoridades que praticam ilícitos penais no exercício de sua

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Gilmar Mendes

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Dias Toffoli.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Edson Fachin.

¹²⁵ Ibid.

função pública.”¹²⁶ Dessarte, sob a ótica do ministro, a mutação constitucional que restringiria a interpretação da aplicação do foro especial por prerrogativa de função deveria ser implementada, não apenas para atender à evolução do sentimento social, como também para assegurar a efetividade dos princípios da proporcionalidade e republicano, preterindo-se, por consequência lógica, os princípios da segurança jurídica e da reserva legal.

O ex-ministro Celso de Mello, também seguindo o voto do relator, destrinçou o princípio republicano para evidenciar um de seus mais celebrados corolários, considerado sua pedra angular, a igualdade. Na ocasião, considerou, ainda, a imprescindibilidade do respeito ao princípio do juiz natural. Em suas palavras:

A vigente Constituição do Brasil – ao pluralizar, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro – incidiu em verdadeiro paradoxo institucional, pois, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática. Na verdade, o constituinte republicano, ao demonstrar essa visão aristocrática e seletiva de poder, cometeu censurável distorção na formulação de uma diretriz que se pautou pela perspectiva do Príncipe (“*ex parte principis*”) e que se afastou, por isso mesmo, do postulado da igualdade.

[...]

Ressalte-se que a prerrogativa de foro traduz matéria de direito estrito e, por isso mesmo, deve merecer interpretação que impeça a extensão indevida da competência penal originária desta Suprema Corte, para que não se transgrida um valor fundamental à própria configuração da ideia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade, em ordem a viabilizar, desse modo, em relação a quem pratica crimes resultantes de fatos estranhos ao exercício de certas titularidades funcionais no aparelho de Estado, como o desempenho do mandato parlamentar, a aplicação ordinária do postulado do juiz natural, cuja importância tem sido enfatizada, em sucessivas decisões, por esta Corte Suprema (RTJ 149/962-963 – RTJ 160/1056-1058 – RTJ 169/557 – RTJ 179/378-379, *v.g.*).¹²⁷

Diante disso, ao bem manejar essas concepções, o Supremo Tribunal Federal definiu, em síntese, três razões basilares para a implementação do fenômeno, cujas naturezas eram filosóficas, estruturais e de justiça. Primeiramente, as razões filosóficas estavam relacionadas, como referido alhures, a um resquício aristocrático, não republicano e desproporcional, pois a antiga interpretação se encontrava alheia ao corolário da igualdade e absorta na proteção deficiente. Por outro lado, as razões estruturais, também já citadas, vinculavam-se à inaptidão de cortes constitucionais, como o é o Supremo Tribunal Federal, em funcionarem como juízos criminais de primeira instância, causando prejuízos à tutela do devido processo legal. Por sua vez, as razões de justiça, arraigadas em temerosas fraudes contra a jurisdição do Tribunal, a que se manipulava, e na mora da Corte Constitucional na resolução das causas, destacavam a impunidade das autoridades públicas do alto escalão do Estado.¹²⁸

Tais razões, como se pode notar, exigiam da Corte Constitucional, portanto, um sopesamento entre (i) a incidência da mutação constitucional, para evitar a petrificação da evolução social, a disfuncionalidade dos trabalhos da Corte Constitucional e eventuais fraudes processuais, bem como garantir a justiça da decisão, o primado republicano e o princípio da proporcionalidade, e (ii) os princípios da legalidade, em sua acepção positiva, e da segurança jurídica. É dizer, por ter se tratado de uma contraposição de princípios, coube aos intérpretes se valerem do método da ponderação para a solução da antinomia¹²⁹, tendo em mente que, ao se

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Luíz Fux.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 02 nov. de 2022. Voto do Min. Celso de Mello.

¹²⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. Ed. Rev. Atual. E amp. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 973.

¹²⁹ LENZA. Op. cit. p. 252

transformarem em “normas-chaves de todo o sistema jurídico”¹³⁰, resolver-se-iam na dimensão do valor¹³¹, e não da validade, mormente pela sua mais alta representação “dos valores consagrados por uma determinada sociedade.”¹³²

Assim, o Supremo Tribunal Federal, na esteira do voto do ministro Luís Roberto Barroso, optou por privilegiar, em sede da Questão de Ordem na Ação Penal 937-RJ, os princípios republicano, da proporcionalidade e da justiça da decisão, a fim de implementar o fenômeno da mutação constitucional ao foro por prerrogativa de função, restringindo-o, em detrimento dos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Essa conclusão, todavia, não os anula, visto que, por serem analisados “sob o prisma da importância (valor ou peso)”¹³³, e não da validade das normas jurídicas, como se verifica no conflito de regras, “nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o[s] princípio[s] antes preterido[s] venha[m] a prevalecer.”¹³⁴

É dizer, portanto, que não se tomam por absolutas as diretrizes traçadas nem pelos princípios da legalidade e da segurança jurídica nem os efeitos propiciados pelo fenômeno da mutação constitucional, os quais devem ser ponderados e filtrados na teleologia dos direitos e garantias fundamentais e em toda a sistematicidade do espírito constitucional. Não obstante, por se fundamentarem na técnica da ponderação, não se excluem em um resultado de “tudo ou nada”, mas se complementam, guiando o intérprete ao resultado mais adequado para o caso *sub judice*.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Realizada a análise sobre o tema proposto, conclui-se que, apesar de o fenômeno da mutação constitucional confrontar, por representar uma inovação interpretativa mais condizente com os anseios sociais e com a evolução hermenêutica da Corte Constitucional, sem a alteração formal do texto da norma, os princípios da legalidade e da segurança jurídica, insculpidos, respectivamente, no artigo 5º, II e XXXVI, da Constituição Federal, pode prevalecer sobre tais princípios, ante a envergadura assumida por outros primados, dela, decorrentes. Foi o que se constatou no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937-RJ, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse prisma, ainda que a força normativa dos princípios os faça representar austeros modelos otimizadores do sistema jurídico pátrio, incumbindo-os, tratando-se dos supracitados, da tutela da estabilidade e da previsibilidade das relações jurídicas, bem como da necessária observância da reserva legal e da legitimidade para eventual restrição de direitos, não são eles diretrizes absolutas, uma vez que, como se pôde extrair dos notáveis precedentes da Suprema Corte, quando se contrapuserem a outros postulados jurídicos, cuja antinomia só se resolveu por meio da ponderação e na dimensão valorativa da norma, foram afastados para a prevalência de outros, considerados mais representativos e condizentes às necessidades do caso concreto. Esses princípios, é forçoso trazer à baila, ainda que afastados em certas hipóteses apreciadas em juízo, permanecem vigentes no ordenamento jurídico e, por isso, também aptos a produzirem os seus regulares efeitos e, se necessário, prevalecerem em detrimento de outros princípios, ou de regras, preteridos em outra oportunidade.

É nesse mesmo padrão decisório, convém referir, que o Supremo Tribunal Federal faz uso da técnica da interpretação conforme a Constituição, cujos critérios de utilização definem a preferência do sentido das normas infraconstitucionais que seja mais afim à tutela do espírito constitucional. Dessarte, devido a esses pressupostos que tendem a privilegiar os direitos e garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana em detrimento de outros resultados semânticos que são considerados disruptivos com os axiomas basilares do ordenamento jurídico, compete ao intérprete, também na mutação constitucional, preterir significados incompatíveis

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 286.

¹³¹ *Ibid.* p. 280.

¹³² DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 59.

¹³³ PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 164.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 111.

com o sistema jurídico pátrio, em especial com os ditames constitucionais. Essa técnica não se confunde, contudo, com a inconstitucionalidade ou nulidade parcial sem redução de texto, a qual tem a sua incidência na dimensão da aplicação da norma jurídica infraconstitucional, e não na dimensão interpretativa, como é o caso da mutação constitucional e da interpretação conforme a Constituição, afastando a adequação da norma jurídica de determinadas situações fáticas que a tornam inconstitucional.

Em julgados, como os da possibilidade de antecipação do cumprimento da pena e da união estável homoafetiva, a mutação constitucional sobressaiu aos princípios da legalidade e da segurança jurídica por representar primados, considerados pela Corte Constitucional, ainda mais relevantes do que eles, a exemplo da promoção dos direitos fundamentais e da presunção de inocência. Na análise da Questão de Ordem na Ação Penal 937-RJ, não foi outro o rumo tomado pelo Tribunal, pois emergiram os princípios da República, da proporcionalidade e da justiça da decisão, todos oriundos da nova concepção semântica atribuída à norma constitucional disposta no artigo 53, §1º, da Carta Política, através do fenômeno da mutação constitucional, em decorrência das razões filosóficas, estruturais e de justiça já destacadas em passagem pregressa. Esses princípios, em apertada síntese, não se pode olvidar, salvaguardam, respectivamente, a igualdade entre os jurisdicionados, a vedação à proteção insuficiente e, por fim, a eficiência da jurisdição na solução de controvérsias, que estariam reduzidas à mera retórica argumentativa se outro fosse o resultado.

Por fim, na Questão de Ordem na Ação Penal 937-RJ, a sua concepção semântica não poderia mais albergar todas as infrações penais cometidas pelos parlamentares investidos em cargos públicos, devendo ser restringido pela atividade criativa do Supremo Tribunal Federal. Assim, optou o Plenário da Corte por atualizar o seu entendimento sobre a aplicação do foro por prerrogativa de função, também denominado de foro privilegiado, fixando a seguinte tese formulada pelo Relator: (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. *In*: CAPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Ata circunstanciada [da 8ª Reunião Ordinário do dia 20.09.1988] *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, DF, ano 2, n. 307, Supl. B, p. 175-232, 23 set. 1988. p. 212. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/307anc23set1988SUPB.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

BASTOS, Celso. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal*. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43/DF* – Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello, 07 nov. de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>.

BRASIL Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF* – Distrito Federal. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 05 maio 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Habeas Corpus n. 84078/MG* – Distrito Federal. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau, 05 fev. de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Habeas Corpus n. 126292/SP* – Distrito Federal. Impetrante: Maria Claudia Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 fev. de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ* – Distrito Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 mai. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 394 do STF* – Distrito Federal. Cancelada – Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1588#:~:text=%E2%97%8F%20Cancelamento%20da%20S%C3%BAmula%20394%20do%20Supremo%20Tribunal%20Federal&text=%2D%20Depois%20de%20cessado%20o%20exerc%C3%ADcio,mais%20al%C3%A9m%20a%20pr%C3%B3pria%20Constitui%C3%A7%C3%A3o..>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da legalidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*: Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 22 set. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. salvador: ed Jus Podivm, 2020.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Cláudio Ari Pinheiro de. Mutação constitucional: um estudo analítico. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, set./dez. 2016. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/105789/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx.pdf%201.pdf.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, p. 21-57, 1995. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46486>.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Prática jurídica constitucional*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação constitucional. Interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito brasileiro*. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAVIGNY, M. F. C. *Traité de droit romain*. Paris: [s. n.], 1860. v. 8.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme à constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 01 – 2010, jan-jun. 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br