PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Luatom Bezerra Adelino de Lima

Mutação constitucional judicial:

uma proposta de sistematização para o Pleno do STF

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Dr. Adrian Sgarbi

Rio de Janeiro,

Maio de 2024

Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro



Luatom Bezerra Adelino de Lima

Mutação constitucional judicial:

uma proposta de sistematização para o Pleno do STF

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Prof. Dr. Adrian Sgarbi
Orientador
Departamento de Direito da PUC-RIO

Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite
Departamento de Direito da PUC-RIO

Prof. Dr. Leonardo Duncan Moreira Lima
Departamento de Direito da PUC-RIO

Profa. Dra. Carolina Nobre Castello Branco
Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, CIESA

Prof. Dr. Sérgio Nojiri
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP)

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2024.

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização do autor, do orientador e da universidade.

Luatom Bezerra Adelino de Lima

Graduado em Direito pela UEPB em 1998. Mestrado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2016. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT em 2019. **Doutorando em Direito** Constitucional pela PUC-Rio desde de 2020. Advogado de 1998 a 2009. Juiz de direito no Tribunal de Justiça do Tocantins desde de 2009.

Ficha Catalográfica

Lima, Luatom Bezerra Adelino de

Mutação constitucional judicial : uma proposta de sistematização para o Pleno do STF / Luatom Bezerra Adelino de Lima ; orientador: Adrian Sgarbi. – 2024.

418 f. ; 30 cm

Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2024.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Mutação constitucional judicial. 3. Novo conceito. 4. Proposta de sistematização. I. Sgarbi, Adrian. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Dedicatória

Dedico à minha família, Lúcio (pai), Marluce (mãe), Tadeu, Luene e Tânia (irmãos), à minha esposa Letícia e aos meus bebês Cecília e Maria Laura.

Agradecimentos

Além da minha família, a quem dediquei esta obra, agradeço especialmente algumas pessoas que fizeram parte, direta ou indiretamente, desta longa trajetória. Inicio por meu orientador, Professor Adrian Sgarbi, pelas estratégicas e lúcidas correções de curso que me fez, como um bom mestre.

Agradeço também, e em especial, a minha Escola Superior da Magistratura Tocantinense - ESMAT, órgão do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, minha casa, na pessoa do digno e inteligente Des Marco Anthony Steveson Villas Boas, por expressar o verdadeiro compromisso com a formação de pessoas para a gestão pública.

E por fim, à minha inteligente e dedicada amiga Heloísa Rodrigues Macêdo, pelo exercício compromissado de assessorar juridicamente, em alto nível, os trabalhos na Comarca de Filadélfia - TO.

..

Resumo

Lima, Luatom Bezerra Adelino de; Sgarbi, Adrian (Orientador). **Mutação constitucional judicial**: uma proposta de sistematização para o Pleno do STF. Rio de Janeiro, 2024, 418 f. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Esta pesquisa analisou a extensão e o significado de expressões adotadas por ministros do Supremo Tribunal Federal, como notórias mudanças ou alterações fáticas ou jurídicas, utilizadas para fundamentarem mutações constitucionais informais de dispositivos da redação original da Constituição de 1988, e se com isso haveria uma fundamentação adequada e específica, observando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, exigidos pelo Código de Processo Civil. A metodologia aplicada foi a pesquisa empírica por meio do estudo de quatro casos julgados pelo Pleno do Tribunal, no período de 05.10.1988 a 24.11.2022, quando foram analisadas dez mutações constitucionais judiciais neles detectadas. E ao final, apresentou-se algumas contribuições para a formação de uma teoria brasileira da mutação constitucional judicial, quando foi apresentado não só um novo conceito do fenômeno, como uma proposta para sua sistematização para uso pelo Pleno do STF, e um rol de certas circunstâncias que se mostraram irrelevantes à sua ocorrência.

Palavras-chave

Mutação constitucional judicial; novo conceito; proposta de sistematização.

Abstract

Lima, Luatom Bezerra Adelino de; Sgarbi, Adrian (Advisor). **Judicial constitutional change**: a systematization proposal for the Plenum of the STF. Rio de Janeiro, 2024, 418 f. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This research analyzed the extent and meaning of expressions adopted by ministers of the Federal Supreme Court, such as notable factual or legal changes or alterations, used to support informal constitutional mutations of provisions of the original wording of the Constitution of 88, and whether this would provide a basis appropriate and specific, observing the principles of legal certainty, protection of trust and equality, required by the Code of Civil Procedure. The methodology applied was empirical research through the study of four cases judged by the Full Court, from 10.05.1988 to 11.24.2022, when ten judicial constitutional mutations detected in them were analyzed. And in the end, the hypothesis of unfounded, adequate and specific judicial exercise was confirmed, without observing the aforementioned procedural principles. And as contributions to the formation of a Brazilian theory of judicial constitutional mutation, a new concept of the phenomenon was presented, a proposal for its systematization for use by the Plenum of the STF, and a list of certain circumstances that proved to be irrelevant to its occurrence.

Keywords

Judicial constitutional change; new concept; systematization proposal.

Sumário

Introdução 22

I Parte 28

Dos fundamentos teóricos da mutação constitucional 28

1 Capítulo 29

O surgimento teórico da mutação constitucional 29

1.1 31

Primeiras ocorrências sugestivas de possível mutação constitucional judicial na jurisprudência do Pleno do STF, ainda antes de seu desenvolvimento teórico: os *Habeas Corpus* 406 e 410 interpostos por Ruy Barbosa e julgados pelo STF em 1893 31

1.2 37

Pioneirismo de Paul Laband para a teoria da mutação constitucional geral em 1895 37

1.3 38

Contribuição de Georg Jellinek para a teoria da mutação constitucional geral a partir de 1906 38

1.4 41

Inexistência de tratamento teórico para a mutação constitucional judicial na classificação proposta por Hsü Dau-Lin em 1931 41

2 Capítulo 46

Mutação constitucional judicial entendida no STF 46

2.1 47

A metodologia para a escolha de acórdãos do Pleno do STF, nos quais seus ministros apresentaram a mutação constitucional judicial 47

2.1.1 47

A base de dados 47

2.1.2 47

A definição do marco temporal a partir de cinco períodos de maiores estabilidades na composição do STF 47

2.1.3 49

Os critérios de inclusão e de exclusão para a coleta 49

2.1.4 50

A coleta de dados 50

2.2 52

Os resultados encontrados 52

2.3 53

A mutação constitucional judicial segundo cada um dos 18 (dezoito) ministros que compôs o Pleno do STF no período de 18.11.2012 a 24.11.2022, e registrados em 43 (quarenta e três) diferentes acórdãos publicados 53

2.3.1 54

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Alexandre de Moraes 54

2.3.2 54

A mutação constitucional judicial pelo Ministro André Mendonça 54

2.3.3 55

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Ayres Britto 55

2.3.4 55

A mutação constitucional judicial pela Ministra Cármen Lúcia 55

2.3.5 55

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Celso de Mello 55

2.3.6 56

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Dias Toffoli 56

2.3.7 56

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Edson Fachin 56

2.3.8 58

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Eros Grau 58

2.3.9 59

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Gilmar Mendes 59

2.3.10 63

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Joaquim Barbosa 63

2.3.11 64

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Luiz Fux 64

2.3.12 67

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Marco Aurélio 67

2.3.13 67

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Nunes Marques 67

2.3.14 68

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Ricardo Lewandowski 68

2.3.15 70

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Roberto Barroso 70

2.3.16 73

A mutação constitucional judicial pela Ministra Rosa Weber 73

2.3.17 74

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Sepúlveda Pertence 74

2.3.18 74

A mutação constitucional judicial pelo Ministro Teori Zavascki 74

2.4 75

A relação dos autores e obras citados pelos ministros do STF sobre mutação constitucional judicial 75

2.5 78

A síntese do conceito de mutação constitucional judicial, com seus requisitos e limite, como apresentada pelos ministros do Pleno do STF, no período de 18.11.2012 a 24.11.2022 78

3 Capítulo 80

Problemas de hermenêutica da mutação constitucional 80

3.1 81

As implicações para a mutação constitucional judicial com o uso dos modernos métodos de hermenêutica constitucional 81

3.1.1 84

Breves considerações sobre a importância de serem ainda considerados os métodos clássicos para a hermenêutica constitucional 84

3.1.2 87

A relação dos modernos métodos de hermenêutica constitucional com a mutação constitucional judicial, na perspectiva dos ministros do STF 87

3.2 106

As demais obras e autores citados pelos ministros do STF a respeito de mutação constitucional judicial 106

3.3 109

A relação da omissão e da lacuna das normas constitucionais para a mutação constitucional judicial 109

3.4 117

Os usos e costumes, como fontes secundárias, nas omissões e lacunas do texto constitucional, quando da mutação constitucional judicial 117

3.5 122

Coleta de dados para estudo de casos sobre mutação constitucional judicial 122

3.5.1 122

A base de dados 122

3.5.2 123

O marco temporal em cinco períodos de maiores estabilidades na composição do STF 123
3.5.3 123
Os critérios de inclusão e de exclusão da pesquisa 123
3.5.4 124
A coleta de dados pelos termos e expressões pesquisados 124
3.5.5 126
Os resultados encontrados 126
3.5.5.1 127
Resultado da 1ª etapa da coleta de dados totaliza 1.191 ocorrências 127
3.5.5.2 133
Resultado da 2ª etapa da coleta de dados totaliza 18 ocorrências 133
3.5.5.2.1 134
3.5.5.2.2 134
3.5.5.2.3 134
3.5.5.2.4 134
3.5.5.2.5 135
3.5.5.3 135
Resultado final da coleta de dados - Casos de mutação constitucional 135
3.6 137
A metodologia do estudo de caso aplicada 137

II Parte 139

Descrição e análise de casos da mutação constitucional 139

4 Capítulo 140

Admissão da extradição *(Caso 1)* 140
4.1 140
Delimitação do Estudo de Caso n. 01 140
4.2 142
As normas constitucionais da redação original paradigmas das duas mutações constitucionais no Estudo de Caso n. 01 142
4.3 143
O processo judicial paradigma julgado no STF e relacionado ao Estudo de Caso n. 01: Ext 855, julgado em 26.08.2004 143
4.4 143

Identificação dos critérios adotados pelos ministros do STF para as duas mutações constitucionais havidas no Estudo de Caso n. 01.....143

4.4.1.....144

Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Celso de Mello (Relator) na Ext 855, em 26.08.2004 144

4.4.2.....145

Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Eros Grau na Ext 855, em 26.08.2004 145

4.4.3.....145

Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Carlos Ayres Britto na Ext 855, em 26.08.2004.....145

4.4.4.....145

Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Gilmar Mendes na Ext 855, em 26.08.2004 145

4.4.5.....145

Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Marco Aurélio na Ext 855, em 26.08.2004.....145

4.4.6.....146

Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Carlos Velloso na Ext 855, em 26.08.2004 146

4.4.7.....146

Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Sepúlveda Pertence na Ext 855, em 26.08.2004 146

4.4.8.....146

Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Nelson Jobim (Presidente) na Ext 855, em 26.08.2004.....146

4.5.....147

As mudanças jurídicas e políticas a partir das duas mutações constitucionais judiciais havidas no Estudo de Caso n. 01.....147

4.5.1.....147

As mudanças jurídicas a partir do Estudo de Caso n. 01 147

4.5.2.....150

As mudanças políticas a partir do Estudo de Caso n. 01 150

5 Capítulo.....152

Execução penal antes do trânsito em julgado *(Caso 2)*.....152

5.1.....152

Delimitação do Estudo de Caso n. 02 152

5.2.....152

A norma constitucional da redação original paradigma da mutação constitucional e os objetos sob controle de constitucionalidade questionados no Estudo de Caso n. 02 152

5.3 153

Os processos judiciais paradigmas julgados no STF e relacionados ao Estudo de Caso n. 02 (HC 72.366, HC 84.078, HC 126.292, ADC 43, ADC 44 e ADC 54) 153

5.4 155

Os entendimentos individuais de cada ministro do STF a respeito do Estudo de Caso n. 02 155

5.4.1 155

O primeiro de quatro entendimentos do STF para o Estudo de Caso n. 02 155

5.4.2 160

O segundo de quatro entendimentos do STF para o Estudo de Caso n. 02 160

5.4.3 173

O terceiro de quatro entendimentos do STF para o Estudo de Caso n. 02 173

5.4.4 188

O quarto de quatro entendimentos do STF para o Estudo de Caso n. 02 188

5.5 217

As mudanças jurídicas, políticas e sociais a partir das mutações constitucionais judiciais havidas no Estudo de Caso n. 02 217

5.5.1 217

As mudanças jurídicas a partir do Estudo de Caso n. 02 217

5.5.2 222

As mudanças políticas a partir do Estudo de Caso n. 02 222

5.5.3 223

As mudanças sociais a partir do Estudo de Caso n. 02 223

6 Capítulo 227

Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar *(Caso 3)* 227

6.1 227

Delimitação do Estudo de Caso n. 03 227

6.2 227

A norma constitucional da redação original paradigma da mutação constitucional e o objeto sob controle de constitucionalidade questionado no Estudo de Caso n. 03 227

6.3 228

Os processos judiciais paradigmas julgados no STF e relacionados ao Estudo de Caso n. 03 (ADPF 132 e ADI 4.277) 228

6.4 229

Identificação dos critérios adotados pelos ministros do STF para a mutação constitucional havida no Estudo de Caso n. 03 229

6.4.1 230

Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Ayres Britto (Relator) na ADI 4.277, em 04.05.2011 230

6.4.2 230

Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Luiz Fux na ADI 4.277, em 05.05.2011 230

6.4.3 233

Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pela Ministra Cármen Lúcia na ADI 4.277, em 05.05.2011 233

6.4.4 233

Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 4.277, em 05.05.2011 233

6.4.5 234

Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Joaquim Barbosa na ADI 4.277, em 05.05.2011 234

6.4.6 234

Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI 4.277, em 05.05.2011 234

6.4.7 236

Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Marco Aurélio na ADI 4.277, em 05.05.2011 236

6.4.8 237

Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Celso de Mello na ADI 4.277, em 05.05.2011 237

6.4.9 239

Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Cezar Peluso (Presidente) na ADI 4.277, em 05.05.2011 239

6.5 239

As mudanças jurídicas, políticas e sociais a partir da mutação constitucional judicial havidas no Estudo de Caso n. 03 239

6.5.1 239

As mudanças jurídicas a partir do Estudo de Caso n. 03 239

6.5.2 244

As mudanças políticas a partir do Estudo de Caso n. 03 244

6.5.3.....245

As mudanças sociais a partir do Estudo de Caso n. 03.....245

7 Capítulo.....247

Foro por prerrogativa de função para julgamento *(Caso 4)*.....247

7.1.....247

Delimitação do Estudo de Caso n. 04.....247

7.2.....248

As normas constitucionais da redação original paradigmas das três mutações constitucionais no Estudo de Caso n. 04.....248

7.3.....248

Os processos judiciais paradigmas julgados no STF e relacionados ao Estudo de Caso n. 04 (Inq 687 QO, AP 937 QO e ADI 6.515).....248

7.4.....249

Identificação dos critérios adotados pelos ministros do STF para as três mutações constitucionais havidas no Estudo de Caso n. 04.....249

7.4.1.....250

Os critérios da primeira mutação do STF para o Estudo de Caso n. 04: Inq 687 QO, julgado em 25.08.1999.....250

7.4.2.....256

Os critérios da segunda mutação do STF para o Estudo de Caso n. 04: AP 937 QO, julgada em 03.05.2018.....256

7.4.3.....271

Os critérios da terceira mutação do STF para o Estudo de Caso n. 04: ADI 6.515, julgada em 23.08.2021.....271

7.5.....274

As mudanças jurídicas e políticas a partir das três mutações constitucionais judiciais havidas no Estudo de Caso n. 04.....274

7.5.1.....274

As mudanças jurídicas a partir do Estudo de Caso n. 04.....274

7.5.2.....275

As mudanças políticas a partir do Estudo de Caso n. 04.....275

III Parte.....278

Formulação da teoria de mutação constitucional judicial.....278

8 Capítulo.....279

Uma proposta de sistematização para a mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF.....279

8.1 280

Um conceito de mutação constitucional judicial para o Pleno do STF ... 280

8.2 287

Condições indispensáveis à ocorrência de mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF 287

8.2.1 287

Uma mudança informal na constituição vigente, promovida por interpretação judicial do Pleno do STF 287

8.2.2 296

A demonstração de relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, ocorridas a partir da vigência da norma constitucional controversa ou após o entendimento judicial anterior 296

8.2.3 310

A observância das cláusulas pétreas (§4º do art. 60 da CR/88) 310

9 Capítulo 346

Circunstâncias irrelevantes à caracterização de mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF 346

9.1 346

Ser afirmada apenas em demanda processual própria do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade 346

9.2 352

Haver significativa mudança na composição dos membros do Tribunal 352

9.3 355

Ter decorrido certo período de tempo entre os entendimentos judiciais diversos 355

9.4 362

Seguir um precedente de sua jurisprudência 362

9.5 369

Manter sintonia com a experiência constitucional estrangeira ou a tratado internacional 369

Conclusão 376

Referências 395

Bibliográficas 395

Apud Segundo capítulo 410

Documentais 412

Censitárias 412

Hemerográficas 413
Jurisprudenciais 415
Legislativas 416
Normativas 418
Normas Técnicas 418

Siglas

ABNT -Associação Brasileira de Normas Técnicas.

ADC - Ação Direta de Constitucionalidade

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGR - Agravo interno em ação rescisória

AGU – Advocacia Geral da União

AI – Ato Institucional

AP - Ação Penal

AR - Ação Rescisória

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

ARESP – Agravo em Recurso Especial

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CI – Constituição Imperial

CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – CNJ

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPM – Código Penal Militar

CPP – Código de Processo Penal

CR – Constituião da República

DF – Distrito Federal

DJe – Diário da Justiça eletrônico

DL – Decreto-Lei

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

EXT – Pedido de Extradição

FGV - Fundação Getúlio Vargas

HC - Habeas Corpus

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

ICMS – Imposto sobre mercadorias e serviços

IF- Intervenção Federal

InfoPen – Sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LEP – Lei de Execução Penal

LINDB – Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro

MC - Medida Cautelar

MI – Mandado de Injunção

MS - Mandado de Segurança

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PET - Petição

PL – Projeto de Lei

PLC – Projeto de Lei Complementar

PUC-Rio - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

QO - Questão de Ordem

RCL - Reclamação

RE - Recurso Extraordinário

RESP - Recurso Especial

RG – Repercussão Geral

RISTF - Regimento Interno do STF

RMS - Recurso ao Mandado de Segurança

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TSE - Tribunal Superior Eleitoral

Introdução

Esta tese dedica-se à exploração dos fundamentos teóricos da mutação constitucional judicial e busca discernir, por meio da análise sistemática de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), a essência e a extensão desse fenômeno no Brasil.

Ao longo deste estudo, observou-se uma significativa atuação do Tribunal na efetivação de mudanças informais da Constituição de 88. Essa atuação se deu mesmo considerando a rigidez constitucional, atribuída pela doutrina em função da complexidade do processo legislativo necessário para modificar ou emendar a Carta Magna, o que é mais intricado em relação ao processo legislativo comum. Isso é notável mesmo diante do expressivo número de atualizações realizadas pelo Parlamento, evidenciadas pelas cento e trinta e duas emendas constitucionais, além de seis emendas de revisão, demonstrando um interesse legislativo ativo e contínuo na renovação constitucional.

Este cenário tem sido um catalisador para críticas direcionadas ao que é tido como ativismo judicial do STF. Essa conjuntura decorre da situação em que, mesmo diante da prerrogativa do Congresso Nacional de modificar a Constituição, o Tribunal tem adotado um comportamento decisório peculiar, revendo precedentes com o emprego de termos ambíguos como "notórias mudanças" ou "alterações fáticas ou jurídicas"[1]. Tais termos têm desencadeado novas interpretações

[1] BRASIL. STF. (**ADI 4363** AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-272 DIVULG 18-12-2018 PUBLIC 19-12-2018); BRASIL. STF. (**ADC 43**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020); BRASIL. STF. (**ADO 26**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020); BRASIL. STF. (**ADPF 759** MC-Ref, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 14-04-2021 PUBLIC 15-04-2021); BRASIL. STF. (**RE 567985**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013 RTJ VOL-00236-01 PP-00113); BRASIL. STF. (**Rcl 4374**, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013); BRASIL. STF. (**MS 26603**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318); BRASIL. STF. (**AR 2433 AgR**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-277 DIVULG 12-12-2019 PUBLIC 13-12-2019); BRASIL. STF. (**AP 937 QO**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELE-

da Constituição, e é justamente essa dinâmica que esta tese se propõe a explorar e a elucidar.

Cumpre esclarecer, desde logo, que o escopo desta tese não é estudar o ativismo atribuído ao STF; almeja-se, isto sim, compreender o fenômeno aqui denominado de "mutação constitucional judicial", conforme se manifesta na jurisprudência da Corte.

A fim de desvendar a mutação constitucional judicial brasileira mediante um exame pormenorizado de suas ocorrências, esta tese organiza-se em três partes, subdivididas em nove capítulos, seguidos da conclusão e referências bibliográficas. A estrutura adotada é apresentada a seguir.

Na Primeira Parte, intitulada "Fundamentos Teóricos da Mutação Constitucional", busca-se demonstrar a origem do conceito de mutação constitucional na doutrina alemã e o entendimento do STF sobre este, com base em decisões proferidas desde o final do século XIX. A Segunda Parte, dedicada à "Descrição e Análise de Casos de Mutação Constitucional", apresenta não apenas os critérios metodológicos adotados para a seleção dos casos individualmente analisados, mas também se destacam dez ocorrências concretas do fenômeno, promovidas pelo Plenário do Tribunal. Por fim, na Terceira Parte, denominada "Teoria da Mutação Constitucional Judicial", propõe-se um novo conceito para a mutação constitucional levada a cabo pelo Plenário do Tribunal, além de se destacar certas condições indispensáveis a sua ocorrência e discorre sobre aspectos que se mostraram irrelevantes ao fenômeno.

O primeiro capítulo aborda o surgimento do conceito de mutação constitucional geral na doutrina alemã no final do século XIX, e as 'Primeiras manifestações indicativas de mutação constitucional judicial na jurisprudência do STF, prévias ao desenvolvimento teórico: os *Habeas Corpus* 406 e 410, interpostos por Ruy Barbosa em 1893', que se constituem em referências históricas distintas daquelas tradicionalmente reconhecidas pela pesquisadora Anna Cândida Ferraz da

---

TRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018); BRASIL. STF. (**HC 126292**, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118).

Cunha em 1986, apesar de seu pioneirismo no estudo do tema no Brasil, destacando julgados a partir de 1909.

A seção prossegue com a análise da relevância de 'Paul Laband em 1895', de 'Georg Jellinek em 1906', e da 'ausência de um enquadramento teórico da mutação constitucional judicial na taxonomia de Hsü Dau-Lin de 1931' para a teoria geral de mutação constitucional. Este último, embora frequentemente citado como um marco teórico importante, focou exclusivamente na gestão executiva do Estado, sem estender seu conceito para o âmbito jurisdicional.

No *Capítulo 2*, dedicado à 'Mutação Constitucional Judicial no Entendimento do STF', cujo propósito foi elucidar como os ministros definiram e abordaram o fenômeno entre 18 de novembro de 2012 e 24 de novembro de 2022. Inclui-se também a análise das obras e autores referenciados em seus votos, buscando uma compreensão inicial do conceito sob a ótica dos membros do Tribunal.

Para atingir tal finalidade, detalhou-se o método adotado na seleção dos casos estudados, delineando-se a base de dados, o marco temporal e os cinco períodos de maior estabilidade na composição do Tribunal, marcados pela presença contínua de um núcleo de seis ministros, bem como os critérios utilizados para a inclusão e exclusão dos casos.

Além disso, examinou-se individualmente a concepção de cada um dos 18 ministros que integraram o Pleno do STF no referido intervalo, por meio da análise de 43 distintos acórdãos, nos quais se mencionaram, inclusive, os autores das obras citadas. Ao final, foi apresentada uma síntese do conceito de mutação constitucional.

O *Capítulo 3* conclui a primeira parte desta tese, focando nos “Problemas de Hermenêutica da Mutação Constitucional”, para demonstrar as consequências que o emprego de métodos hermenêuticos contemporâneos acarreta para a mutação constitucional judicial, bem como examinar o tratamento teórico de obras e autores mencionados pelos ministros do STF.

Para tanto, o *Capítulo 3* investigou a relação entre a omissão e a lacuna normativa e a mutação constitucional judicial, desafiando a concepção tradicional,

até então vigente e agora revisada nesta tese, de que a mutação constitucional ocorre exclusivamente por meio de nova interpretação do texto constitucional vigente. Questionou-se, desse modo, como as mutações emergem em face de omissões ou lacunas normativas, conforme observado na jurisprudência do STF.

Abordou-se, ainda, o tratamento dos usos e costumes como fontes secundárias do Direito na mutação constitucional judicial, notadamente quando preenchem lacunas ou omissões do texto constitucional.

Detalhou-se ainda o processo de coleta de casos na jurisprudência do STF, sua base de dados, os critérios de seleção e exclusão de casos e os períodos de estabilidade no Tribunal, desde a promulgação da Constituição de 88 até a data de qualificação do projeto de pesquisa pela PUC-Rio[2]. E entre as 1.191 ocorrências identificadas, a pesquisa concentrou-se na análise de quatro casos específicos.

Por fim, o *Capítulo 3* elucida a metodologia do estudo de caso adotada, escolhida pela sua capacidade de fornecer uma análise detalhada das posições dos ministros e de eventuais mudanças decorrentes de novas interpretações, incluindo as bases doutrinárias que as sustentam.

Na Segunda Parte, voltada para a "Descrição e análise de casos de mutação constitucional", quatro capítulos são dedicados a estudos de casos individuais. Nestes, são delimitados os casos, as normas constitucionais originais que serviram de paradigma para as mutações constitucionais identificadas, os processos do Pleno do STF onde tais mutações foram detectadas, os critérios empregados pelos ministros nas mutações constitucionais, e as análises correspondentes. E ao final as possíveis alterações jurídicas, políticas, sociais ou econômicas decorrentes dos novos entendimentos jurídicos.

No *Capítulo 4*, intitulado "Admissão da extradição", analisou-se o Caso n. 01, sobre o julgamento de um pedido de extradição para o cumprimento de pena de prisão perpétua no estrangeiro. Identificaram-se duas mutações constitucionais: a primeira relativa à possibilidade de extradição para cumprimento de pena de prisão perpétua e a segunda quanto à autoridade responsável pela decisão final da entrega - se o próprio Tribunal ou o Presidente da República. Entendeu o Tribunal

[2] A qualificação ocorreu no dia 24 de novembro de 2022.

em exigir a comutação da pena de prisão perpétua para a pena máxima permitida no Brasil e atribuiu ao Presidente da República a prerrogativa de decidir sobre a entrega do extraditado, ambas as decisões baseadas em interpretações extensivas.

O *Capítulo 5* aborda o "Estudo de Caso n. 02, Execução penal antes do trânsito em julgado", e refere-se ao momento a partir do qual é possível iniciar a execução de pena criminal no Brasil. Foram identificadas quatro mutações constitucionais, todas resultantes da mudança de interpretação do Pleno do STF sobre a norma constitucional, exigindo, na última interpretação, o trânsito em julgado de todos os recursos processuais.

Já no *Capítulo 6*, "Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar", o Estudo de Caso n. 03 se discutiu o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E a única mutação constitucional identificada decorre da interpretação extensiva da norma constitucional que, de forma expressa, limitava tal reconhecimento apenas às uniões estáveis heterossexuais.

O quarto e derradeiro estudo de caso, apresentado no *Capítulo 7*, intitulado 'Foro por Prerrogativa de Função para Julgamento (Estudo de Caso n. 4)', examinou o foro por prerrogativa de função para o julgamento de determinadas autoridades públicas brasileiras acusadas de crimes comuns. E foram identificadas três distintas mutações constitucionais judiciais, sendo as duas primeiras sobre a competência do STF em processar e julgar membros do Congresso Nacional se a infração penal comum ocorreu durante o exercício do cargo e em razão deste. E a terceira mutação sobre a reinterpretação restritiva nas constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal, do rol de autoridades beneficiadas pelo foro especial, limitando-o às figuras expressamente mencionadas.

E a Terceira Parte, dedicada à 'Formulação da Teoria de Mutação Constitucional Judicial', é composta por dois capítulos e a conclusão. O *Capítulo 8* propôs uma sistematização para a mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF, baseando-se em um novo conceito do fenômeno, que se distingue, parcialmente, do compreendido pelos ministros do Tribunal e pela doutrina referida, estabelecendo três condições essenciais para sua ocorrência, em busca de reforçar a segu-

rança jurídica da Constituição e preservar a harmonia e a independência entre os poderes estatais.

As condições essenciais definidas foram: primeiro, a 'mudança informal da constituição em vigor mediante interpretação do Pleno do STF', que pode advir de 'um novo entendimento judicial divergente da leitura anterior do texto constitucional'; segundo, a 'constatação de significativas alterações jurídicas, políticas, sociais ou econômicas no país, emergidas após a vigência da norma constitucional questionada ou do último entendimento judicial'; e terceiro, a 'adstrição às cláusulas pétreas estipuladas no §4º do art. 60 da CR/88'.

Já o *Capítulo 9* abordou cinco 'Circunstâncias Irrelevantes para a Caracterização de Mutação Constitucional Judicial pelo Pleno do STF', ainda que algumas tenham sido consideradas importantes pelos ministros do Tribunal. Tais circunstâncias incluem: a afirmação da mutação exclusivamente em processos de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado; uma mudança significativa na composição do Tribunal; o lapso temporal entre diferentes interpretações judiciais; a aderência a um precedente jurisprudencial; e, por fim, a consonância com práticas constitucionais internacionais ou a tratados.

E as conclusões desta tese resumem os achados da investigação e apresentam três propostas para futuras pesquisas.

I Parte

Dos fundamentos teóricos da mutação constitucional

Esta primeira parte da tese, "*Mutação constitucional judicial: uma proposta de sistematização para o pleno do STF*", trata "Dos fundamentos teóricos da mutação constitucional", e se desenvolve em três capítulos: *um*, sobre "O surgimento da mutação constitucional geral"; *dois*, sobre a "Mutação constitucional judicial entendida no STF"; e, *três*, sobre os "Problemas de hermenêutica da mutação constitucional".

1 Capítulo
O surgimento teórico da mutação constitucional

Explicita-se como objeto de análise deste capítulo, *o surgimento teórico da mutação constitucional geral* e os sugestivos *casos de mutação constitucional judicial* na jurisprudência do Brasil no século XIX.

E de logo, indica-se como primeiras ocorrências sugestivas de possível mutação constitucional judicial na jurisprudência do Pleno do STF, antes de seu desenvolvimento teórico, os *Habeas Corpus* 406 e 410 interpostos por Ruy Barbosa e julgados no ano de 1893. Julgados esses anteriores aos apontados pela primeira tese de doutorado no Brasil a respeito do tema, como se verá logo a seguir.

Na sequência, apontou-se não só o pioneirismo de Paul Laband para a teoria da mutação constitucional geral em 1895, como a contribuição de Georg Jellinek para a teoria da mutação constitucional geral a partir de 1906 e a inexistência de tratamento teórico para a mutação constitucional judicial na classificação proposta por Hsü Dau-Lin em 1931.

E desde já, nota-se que o surgimento do tratamento teórico da mutação constitucional é comumente associado à doutrina alemã do fim do século XIX e início do século XX (Loewenstein, 1979, p. 164; Sánchez Urrutia, 2000, p. 133; García Roca, 2011, p. 97; Carpizo, 2011, p. 549; Ramos, 2013, p. 131; Rollnert Liern, 2014, p. 125; e Ferraz, 2015, p. 1), advinda da incongruência entre a normatividade positivada da Constituição Imperial Alemã de 1871 e sua realidade social, como um meio criativo de evitar o rigorismo e a rigidez das alterações constitucionais pelo processo legislativo formal no âmbito do Parlamento.

Atribui-se a Paul Laband o pioneirismo de, em 1895, distinguir entre reforma e mutação constitucional e a Georg Jellinek, em 1906, apresentar a mutação constitucional como parte de uma teoria de direito constitucional (Dau-Lin, 1998, p. 32 e Herrero de Miñón, 2020, p. 930). Já em 1931, Hsü Dau-Lin, com apoio nessas contribuições, apresentou uma classificação para a mutação constitucional em quatro etapas, como se verá.

Embora Paul Laband não tenha conceituado expressamente o que entendia por mutação constitucional, apresentou uma distinção entre a disposição constitucional escrita e as situações reais que alteravam seu significado (Laband, 1895b, p. 149).

Já para Georg Jellinek haveria mutação constitucional quando da modificação do significado da norma constitucional, sem intenção de alterá-la formalmente pela reforma constitucional advinda do parlamento (Jellinek, 2018b, p. 9 e Sánchez Urrutia, 2000, p. 110).

Haveria ainda a possibilidade de o texto constitucional ter uma parte imaterial e adaptável às novas necessidades sociais, evitando o meio dificultoso de alteração formal da constituição. Uma submissão da norma constitucional à realidade histórica pelos fatos sociais surgidos, em um dinamismo vivo e não estático do positivismo jurídico (Jellinek, 2018b; p. 8; Pereira Júnior, 2020, p. 46 e Santos, 2015b, p. 82).

No entanto, Laband e Jellinek apresentaram a mutação constitucional apenas como uma técnica criativa de solucionar problemas práticos de possíveis omissões do texto constitucional que dificultavam a gestão do Estado, uma vez que esperar a formal alteração legislativa pelo Parlamento não só seria possivelmente dificultosa e demorada, como também implicava em riscos políticos.

Para Hsü Dau-Lin, a mutação fundava-se em dois aspectos, um formal e outro material, mas sempre sem alteração do texto constitucional escrito. O primeiro, como um descompasso entre a norma positiva e a situação real, uma tensão entre a situação real e a legal, o *dever ser* contradizendo o *ser*. Pelo segundo aspecto, a mutação decorreria da vida estatal que se desenvolve por relações jurídicas contrapostas ao sistema, não importando se assim ocorrem por normas ou de forma implícita, por meios interpretativos ou por um instituto jurídico que não tenha correspondência ao indicado na constituição (Dau-Lin, 1998, p. 32, 169).

Todavia, nenhum dos três autores tratou especificamente sobre a mutação constitucional advinda de uma conduta interpretativa por um tribunal constitucional, como se verá, apenas a possibilidade de, sem alteração formal do texto constitucional, aplicar a norma à gestão executiva do Estado (Sánchez Urrutia, 2000, p. 113 e Rollnert Liern, 2014, p. 128).

E curiosamente, antes deste desenvolvimento teórico, constatou-se sugestivos casos sugestivos de mutação constitucional na jurisprudência do STF, como se verá no tópico a seguir.

1.1
Primeiras ocorrências sugestivas de possível mutação constitucional judicial na jurisprudência do Pleno do STF, ainda antes de seu desenvolvimento teórico: os *Habeas Corpus* 406 e 410 interpostos por Ruy Barbosa e julgados pelo STF em 1893

O recorte histórico que se deu neste tópico, para fins da busca sobre as primeiras ocorrências de mutação constitucional no Brasil, por via interpretativa judicial e antes da atual Constituição de 88, é a partir do dia 09 de janeiro de 1829, data da instalação do "Supremo Tribunal de Justiça" pelo Decreto Imperial brasileiro de 02 de janeiro de 1829[3], decorrente da primeira "Constituição Politica do Imperio do Brazil", de 25 de março de 1824 (Nogueira, 1980, p. 136), por considerar que antes da declaração de independência nacional, no dia 07 de setembro de 1822, aqui só havia o Brasil Colônia integrando o Reino de Portugal, e portanto o povo e seu território não estavam sujeitos a uma constituição própria, o que impedia, por obviedade, a constatação de uma mutação constitucional por via interpretativa judicial (Mello Filho, 2014, p. 9).

Antes da Constituição de 88, não houve qualquer referência ao uso das expressões "mutação constitucional", "mudança informal" da constituição ou "mudança constitucional"[4], o que não significa a inexistência de uma mutação constitucional, como as constatadas nos Estados Unidos em 1803 e 1871, quando a Suprema Corte daquele país decidiu dois casos de mudança de entendimento constitucional, sem alteração formal do texto, como apresentados no *tópico* precedente deste *Capítulo*.

E como antes antecipado as duas primeiras sugestivas ocorrências do fenômeno foram os *Habeas Corpus* 406 e 410 de 1893, interpostos no STF por Ruy

---

[3] BRASIL. **Coleção de Leis do Brazil**. Dos actos do Poder Executivo de 1829. Parte II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. p. 2. Disponível em: <https://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18352/colleccao_leis_1829_parte2.pdf?sequence=2>. Acesso em 05 out. 2022.

[4] Foram utilizados dois caminhos para esta busca específica, o primeiro na página de consulta de jurisprudência do STF, disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search, acesso em 05 out. 2022, como também através do *sistema Milldesk* disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisajurisprudenciaexterno.asp acesso em 05 out. 2022.

Barbosa, que visavam acatar decretos de Estado de Sítio expedidos pelo governo de Floriano Peixoto, como se desenvolverá abaixo.

E no sentido contrário desse afirmação, a pesquisadora Anna Cândida Ferraz da Cunha defendera em sua tese de doutorado no ano de 1986, com a temática das mudanças informais da Constituição brasileira de então, que a primeira ocorrência teria sido em 1909, pois no seu entender o STF teria estendido para além das hipóteses de proteção à liberdade de locomoção, e a pedido do então advogado Ruy Barbosa, o conceito de *Habeas Corpus* previsto no art. 72, §22 da primeira constituição republicana de 1891, visando tutelar também lesões a direitos pessoais, praticadas por abuso de autoridade pública (Ferraz, 2015, p. 138).

Ocorre que embora a menção ao caso, e ainda hoje haja quem assim dê tal ênfase (Melo, 2019, p. 150; Pedra, 2009, p. 174; Souza, 2008, p. 76), como a "doutrina brasileira do *Habeas Corpus"*, não apresentou a pesquisadora o que foi pedido e nem o que foram nels julgados em 1909.

Porém, observando a redação original do §22 do art. 72 da constituição brasileira de 1891, o *Habeas Corpus* não se limitava à esfera criminal, pois se permitia também em favor de alguém que sofresse "violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder", independentemente de ser à liberdade de locomoção. Foi a partir da Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, que se restringiu a aplicação do *Habeas Corpus* às hipóteses criminógenas, pois condicionava a uma prévia "prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção"[5].

Inclusive, as permissões de concessão do *Habeas Corpus* na vigência da redação original da Constituição de 1891 eram até mais abrangentes que as da redação atual do inciso LXVIII do art. 5º da CR/88, uma vez que nos dias atuais a coação ilegal ou abusiva refere-se tão somente à "liberdade de locomoção", e em 1891 o *Habeas Corpus* poderia ser utilizado contra qualquer "coação".

Nem o art. 45 do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizava a então Justiça Federal, no capítulo específico sobre o *Habeas Corpus*, e, portanto, anterior à Constituição de 24 de fevereiro de 1891, condicionava sua propositura à

[5] A ação constitucional *Mandado de Segurança* só viria a surgir com a **CR/1934** (alínea i do art. 76, alínea f do art. 83 e item 33 do art. 113).

existência de uma prévia prisão ou sua iminência, pois nada tratava a respeito de coações, nem muito menos a competência para conhecer desta ordem.

Assim, não está de acordo com a teoria constitucional atribuir o julgamento pelo STF de *Habeas Corpus* no ano de 1909 como a primeira ocorrência de mutação constitucional no Brasil, por via interpretativa judicial, pois na ocasião o HC não se limitava a tutelar apenas a liberdade de locomoção, mas sim a qualquer coação ilegal ou abusiva pelo poder público, sendo um misto do que hoje se poderia compreender, por analogia, de *Habeas Corpus* e Mandado de Segurança.

Inclusive Haroldo Valladão e Rubem Nogueira em 1980, tratando a respeito da "doutrina brasileira do *Habeas Corpus"* e a atuação de Ruy Barbosa no âmbito do STF, não só fizeram expressas referências aos *Habeas Corpus* 406 e 410 por ele interpostos em 1893, como também a um outro julgado do STF de 14 de janeiro de 1903, todos portanto anteriores ao HC de 1909 vagamente citado pela pesquisadora Anna Ferraz (Valladão, 1980, p. 130-131 e Nogueira, 1980, p. 142).

É certo que no ano de 1909 há sim registros no STF do julgamento de cinco *Habeas Corpus*, n. 2.793, 2.794, 2.797, 2.799 e 2.990[6], porém nenhum interposto por Ruy Barbosa, nos quais o Tribunal conheceu e deliberou sobre assuntos não penais (pessoas que integrariam o Conselho Municipal do Distrito Federal), o que de fato contribuiu para a formação daquela doutrina brasileira, porém todos posteriores aos a seguir mencionados.

Observando, todavia os registros históricos do STF, e obras escritas pelo próprio Ruy Barbosa, a primeira publicada em junho de 1892, intitulada "O Estado de Sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites", e outra publicada em 31 de março de 1893, intitulada "Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal", constata-se relevância para o tema da mutação constitucional por via interpretativa judicial em controle de constitucionalidade, a propositura de dois *Habeas Corpus* no STF, um em 02 de agosto de 1893, o HC n.

[6] Cf. As transcrições dos conteúdos dos *Habeas Corpus* (**STF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFlista1>. Acesso em 05 out. 2022.

406[7], e outro, em 16 de agosto de 1893, o HC n. 410[8], ambos julgados pelo STF, respectivamente, nos dias 09 e 16 de agosto de 1893.

Os *Habeas Corpus* 406 e 410 de Ruy Barbosa foi em favor de dezenas de pessoas à bordo do "Vapor Júpiter" e acusadas do crime de sedição do art. 118 do CP de 1890, presas, ou que se achavam nessa iminência, por descumprirem decretos de Estado de Sítio do Marechal Floriano Peixoto[9], durante seu mandato presidencial, de 23 de novembro de 1891 a 15.11.1894, após renúncia do Marechal Deodoro da Fonseca em 23.11.1891 (Barbosa, 1892a, p. 2).

Inclusive, no texto do Acórdão do HC n. 410, há expressa menção ao controle de constitucionalidade das leis a cargo dos juízes e tribunais, não só o procedido pelo STF, como reforço categórico à primeira referência de mutação constitucional por via interpretativa judicial (Nogueira, 1980, p. 143).

Afora os HCs 406 e 410, Ruy Barbosa também já havia interposto outros dois, os HCs 300[10] e 415[11] nos dias 27.04. 1892 e 30.08.1893, em favor de parla-

---

[7] BRASIL. STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. **Revista O Direito**, v. 21, t. 62, 1893, p. 86. Obras Completas de Rui Barbosa (1893), v. 20, t. 5, p. 294, 1958. COLAC nº 980-1.

[8] BRASIL. STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. **Revista O Direito**, v. 21, t. 62, p. 112, 1893. Obras Completas de Rui Barbosa (1893), v. 20, t. 5, p. 297, 1958. Jurisprudência: accórdãos annexos ao Relatório, STF, p. 43, 1895. COLAC nº 980-1.

[9] Floriano Peixoto publicou 12 Decretos sobre Estado de Sítios: **Decreto n. 791, de 10 de abril de 1892** - Declara em estado de sitio o Districto Federal e suspende as garantias por 72 horas; **Decreto n. 1.549, de 25 de setembro de 1893** - Declara em estado de sitio, com suspensão das garantias constitucionaes, o Districto Federal e os estados do Rio de Janeiro, S. Paulo, Santa Catharina e Rio Grande do Sul; **Decreto n. 1.563, de 13 de outubro de 1893** - Declara em estado de sitio a Capital Federal e os Estados do Rio de Janeiro, S. Paulo, Paraná, Santa Catharina e Rio Grande do Sul; **Decreto n. 1.564, de 13 de outubro de 1893** - Designa logares especiaes para a detenção por effeito do estado de sitio e dá outras providencias; **Decreto n. 1.565, de 13 de outubro de 1893** - Regula a liberdade de imprensa durante o estado de sitio; **Decreto n. 1.566, de 13 de outubro de 1893** - Regula a entrada de extrangeiros no territorio nacional e sua expulsão durante o estado de sitio; **Decreto n. 1.574, de 20 de outubro de 1893** - Adia as eleições de deputados e senadores ao Congresso Nacional; **Decreto n. 1.577, de 28 de outubro de 1893** - Proroga até 30 de novembro subsequente o estado de sitio declarado pelo decreto n. 1563 de 13 do corrente mez; **Decreto n. 1.597, de 14 de novembro de 1893** - Declara em estado de sitio até 30 do mez corrente o Estado de Pernambuco; **Decreto n. 1.617, de 25 de dezembro de 1893** - Prorroga até 31 de janeiro próximo vindouro o estado de sitio declarado pelo decreto n. 1602, de 29 de novembro último; **Decreto n. 1.679, de 25 de fevereiro de 1894** - Prorroga até ao dia 28 do corrente mez o estado de sitio estabelecido pelo decreto n. 1663 de 31 de janeiro próximo findo; **Decreto n. 1.683, de 2 de março de 1894** - Declara novamente com estado de sitio, com suspensão das garantias constitucionaes, alguns pontos do território nacional. BRASIL. **Coleção de Leis do Brasil - 1892**. V. 1, Parte II, p. 173 (Publicação Original); **Coleção de Leis do Brasil – 1893**. Partes I e II, p. 651, 715-716, 718, 730, 733, 786 e 800 (Publicações originais); e **Coleção de Leis do Brasil – 1894**. Vol. 1, p. 262 e 267 (Publicações originais).

[10] BRASIL. STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência **Revista O Direito**, v. 20, t. 58, p. 302, 1892. **Obras Completas de Rui Barbosa (1892)**, v. 19, t. 3, p. 355, 1956. **Os Grandes Julgamentos do STF**, v. 1, p. 26, 1964. COLAC nº 980-1.

mentares, militares e cidadãos comuns (paisanos), muitos que integravam o governo provisório de Deodoro da Fonseca, inclusive ele próprio, como Ministro da Fazenda, e que foram julgados pelo STF em 27.04.1892 e 02.09.1893, respectivamente (Bueno, 2010, p. 252 e Nogueira, 1980, p. 140).

O resultado final do HC n. 300, julgado em 30.04.1892 foi que o STF conheceu da ação, mas denegou a ordem, por entender estar na atribuição do Presidente da República decretar o Estado de Sítio, não configurando eventuais prisões um caráter de pena, e o mérito do Decreto devesse ser antes analisado por um juízo político do Congresso Nacional, e não pelo Poder Judiciário. Já o HC 415, julgado em 02.09.1893, o STF, citando o art. 47 do Decreto n. 848, de 11.10.1890, negou a concessão em favor dos militares, por se entender incompetente.

No entanto, nos HCs 406 e 410 haviam duas questões de interesse à mutação constitucional judicial: a primeira, se poderia o STF conhecer originalmente dessas ações, sem ser pela via recursal, pela falta de previsão na Constituição de 1891; e a segunda, sendo possível conhecer, poderia estender sua concessão em favor não só da liberdade de locomoção, mas também de todas as liberdades individuais suspensas pelo Decreto do Estado de Sítio do Marechal Floriano Peixoto.

Assim, a partir dos julgamentos de 1893, os *Habeas Corpus* 406 e 410[12], o STF já promoveu uma mutação constitucional na interpretação da primeira Constituição de 1891, para não só se afirmar competente, mesmo sem previsão constitucional, como também analisar o mérito e até mesmo conceder ordens de soltura.

Para os HCs 406 e 410, julgados em 09 e 16 de agosto de 1893, o Tribunal, por maioria, se entendeu competente para conhecê-los, e no mérito, concedeu as ordens, por entender ser ilegal as prisões de paisanos capturados a bordo do "Vapor Júpiter" e indiciados por crimes que não estariam mais sujeitos ao fôro militar.

Tornou-se evidente que Ruy Barbosa não buscava apenas a libertação dos detidos através de uma ação comum de *Habeas Corpus*, mas também uma decisão

---

[11] BRASIL. STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. **Obras Completas de Rui Barbosa (1893)**, v. 20, t. 5, p. 353, 1958. Jurisprudência: **accórdãos annexos ao Relatório**, STF, 1895, p. 46. COLAC nº 980-1.

[12] É possível acessar os conteúdos digitalizados desses Habeas Corpus na página do STF, disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFlista1, acesso em 05 out. 2022.

sobre a constitucionalidade dos decretos de Estado de Sítio do Governo Floriano Peixoto. Acreditava ele que tais decretos não se justificavam, pois não havia "commoção intestina", "perigo iminente" ou "ameaça à segurança da república" (Barbosa, 1892a, p. 32).

E embora tenha escrito em 31.03.1893 uma obra especifica sobre os atos inconstitucionais praticados pelo Congresso e Executivo à época (Barbosa, 1893b, p. 249), as proposituras dos HCs 406 e 410 em 02 e 16 de agosto de 1893, foram posteriores àquela sua publicação, o que explica a ausência em sua obra.

Com a primeira Constituição republicana do Brasil em 1891, Ruy Barbosa já percebia, em 1893, com uma clareza incomum, o papel do STF (Nogueira, 1980, p. 135). Almejava que o Tribunal exercesse sua jurisdição de maneira semelhante à Suprema Corte dos Estados Unidos, como o intérprete final da Constituição, com a obrigação de elevá-la à categoria de lei fundamental, uma busca da intenção de seu povo à de seus agentes, e que essa interpretação adquirisse força de lei (Barbosa, 1893b, p. 65, 71, 89).

A decisão do STF já caminhava na mesma linha do que viria a ser proposto, teoricamente, na Alemanha em 1895 por Paul Laband, quando entendeu ser possível adaptar o então Tribunal Federal, que tratava exclusivamente de assuntos de comércio, e criado em 1869, antes mesmo da Constituição Imperial de 1871, para ser a mais alta Corte de justiça da Alemanha, ante a omissão do texto constitucional, como já registrado no início deste Capítulo.

Ao concluir este tópico, registro que, após a promulgação da atual constituição, a primeira expressa menção à 'mutação constitucional' em uma decisão proferida pelo STF ocorreu no voto do Ministro Celso de Mello, ao julgar a ADI 3345[13], quando se referiu a um artigo científico publicado pelo Ministro Gilmar Mendes (Mendes, 2004c, p. 165), a respeito do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, ocorrência esta que será ainda analisada nesta tese.

[13] BRASIL. STF. ADI 3345, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2005, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-01 PP-00110 RTJ VOL-00217-01 PP-00162, p. 30.

1.2
Pioneirismo de Paul Laband para a teoria da mutação constitucional geral em 1895

O tratamento teórico da mutação constitucional geral só se inicia em 1895, com Paul Laband quando publica *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung* (As mudanças na constituição imperial alemã) decorrente de uma palestra que proferiu na Fundação Gehe em Dresden após ter publicado entre os anos de 1876 e 1882, em quatro volumes, sua obra intitulada *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (A lei constitucional do Reich Alemão)[14].

Foi nesta palestra que registrou sua preocupação em manter o texto constitucional de 1871, sem mudá-lo formalmente, pois significava manter a reunificação do povo alemão conseguida pelo chanceler prussiano Otto von Bismarck[15]. Para o autor, seria uma conquista tão relevante quanto vencer batalhas, e qualquer tentativa de alterar o texto escrito importava em fragilizar essa união nacional, e despertava uma ira santa em seu povo pela instabilidade (Laband, 1895b, p. 150).

Essa reunificação alemã comportava estados muito distintos, desde os Grandes Ducados, como *Mecklemburgo-Schwerin,* ainda sob regime absolutista, passando por cidades livres como Hamburgo, e até mesmo a monarquia como prussiana (Sánchez Urrutia, 2000, p. 106). O texto constitucional alemão de 1871 portanto não comportava adaptações suficientes para solucionar tão diversas questões de Estado que surgiriam.

Laband observou ainda que haveria no texto constitucional numerosas disposições de menor importância para o povo, as quais poderiam sofrer mudanças, alterações informais, sem riscos à estabilidade do Império, semelhante a uma reforma interna de um prédio, mas sem mexer na fachada. Listou algumas delas, dentre as quais: não tratar a respeito das atribuições do Chanceler do Império; as relações entre o Império e o Estado da Prússia; a regulamentação da lei financeira do Império; e sobre o Tribunal de Contas (Laband, 1895b, p. 152).

---

[14] Relevante registrar que sua principal atividade acadêmica tenha se centrado no direito mercantil e na história do direito alemão (Velasco Caballero, 2004, p. 283).

[15] A Constituição Imperial Alemã de 1871 é uma revisão da anterior Constituição Imperial de 1867, conhecida como Constituição da Confederação da Alemanha do Norte, disponível em: http://www.documentarchiv.de/nzjh/ndbd/verfndbd.html, acesso em 21 jun. 2022.

Também constatou que o texto constitucional foi omisso quanto à existência de um Tribunal Federal que tratasse das relações de comércio, mas sem impedir que se utilizasse de uma lei federal criada em 1869 para estabelecer o Tribunal Superior do Comércio em Leipzig, que não representava os interesses dos estados alemães, mas sim do próprio Império (Laband, 1895b, p. 180).

E mesmo após o surgimento do texto constitucional de 1871, esse Tribunal continuou sua jurisdição, ampliando-a para assuntos civis e penais (Laband, 1876a, p. 364 e Thoma, 1929, p. 200), também sem previsão constitucional.

Foram tais dificuldades de adaptações constitucionais como as citadas, que fez Laband sugerir a leitura do mesmo texto constitucional escrito, sem alterá-lo pelo parlamento, novas soluções para os problemas na gestão do Império, influenciando outros autores, como Jellinek.

1.3 Contribuição de Georg Jellinek para a teoria da mutação constitucional geral a partir de 1906

Georg Jellinek é comumente associado à origem alemã da Teoria Geral do Estado, pela obra publicada em 1900, *Allgemeine Staatslehre* (Teoria Geral do Estado) (Velasco Caballero, 2004. v. 3, p. 375; Bonavides, 2011a, p. 157; Cunha Júnior, 2015, p. 20), na qual apresenta o Estado como uma construção social e jurídica, e há um capítulo sobre o conceito de constituição e suas origens.

Jellinek mostrou que antes da modernidade, o termo constituição se apresentava sob duas perspectivas: uma, material; e outra, formal (Jellinek, 2000c, p. 457). Pela perspectiva material, a constituição expressaria o poder supremo e ilimitado do povo, a ser exercido livremente, vontade esta que fez originar o próprio Estado, e de onde partiriam as leis para organização social numa perspectiva jusnaturalista (Constituição dos Estados Unidos de 1787 e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), citando como expoente John Locke.

E pela perspectiva formal, a constituição, como texto escrito, seria a lei fundamental, que não só obrigaria os súditos, mas também os reis, todas advindas da soberania popular (Jellinek, 2000c, p. 473).

Para as constituições no sentido formal haveria uma sub classificação, quanto ao modo de sua alteração, utilizando-se da distinção já proposta por James Bry-

ce de 1901, entre a constituição rígida e a flexível, sendo considerada aquela quanto mais dificultoso fosse o processo legislativo para sua alteração formal (Jellinek, 2000c, p. 481; Bryce, 2015, p. 59).

Neste ponto, citou o direito constitucional inglês, no qual embora não houvesse uma constituição formal escrita, desde 1688 a constituição material do povo inglês tem se modificado sem que qualquer lei assim disponha, indicando ser uma constituição vívida, que se adapta às realidades sociais[16].

No entanto, foi em 1906 que Jellinek publicou a obra *Reforma y mutación de la Constitución*, decorrente de também uma palestra que proferiu na Academia Jurídica de Viena, apresentando sua visão a respeito da distinção entre reformar o texto constitucional e apenas interpretá-lo (Jellinek, 2018b, p. 5).

Advertiu que o tema aproxima o direito constitucional público da política, pelas múltiplas perspectivas das causas históricas das normas da constituição. Desconfiava ele da fé exacerbada na capacidade racional de o legislador constitucional ser a fonte para curar todos os males sociais futuros, sobretudo quando presente o meio mais dificultoso para a reforma do texto (Jellinek, 2018b, p. 7).

Por reforma, entendia a modificação dos textos constitucionais produzidos de forma intencional pelo legislador. E por mutação, a modificação que mantém o texto, sem alterá-lo formalmente, produzida por fatos sem intenção de alterá-lo (Jellinek, 2018b, p. 9).

Aduzia que os preceitos normativos constitucionais, muitas vezes obscuros ou extensos, precisavam ser aplicados pelo legislador infraconstitucional, por meio de regulamentos parlamentários ou ainda interpretados pelos demais agentes do Estado para adquirirem força de influenciar as relações sociais (Jellinek, 2018b, p. 20).

Na mesma perspectiva, a aplicação da jurisprudência pelos juízes também criaria direitos e obrigações por meio da mutação constitucional quando, pouco a

[16] Anos antes, em 1885 publicava Albert Venn Dicey a primeira edição de *Introduction to the study of the law of the constitution*, tratando da distinção entre leis da constituição, assim entendidas como as regras reconhecidas e executadas pelos tribunais, e as convenções da constituição, decorrentes do costume, da prática, das máximas e dos preceitos, integrando a ética constitucional (Dicey, 1915, p. 413). O objetivo de Dicey era aproximar os elementos jurídicos da lei constitucional com as das convenções da constituição, e estabelecer a força da jurisprudência.

pouco, o significado de um preceito sofresse alterações, seja de modo progressista ou retrógrado (Jellinek, 2018b, p. 27). Citou ainda o controle de constitucionalidade instaurado pelos juízes e tribunais americanos contra possíveis abusos legislativos (Jellinek, 2018b, p. 28). Rechaçou o efeito obrigatório decorrente do controle de constitucionalidade aos demais poderes do Estado, por quebra da segurança jurídica. Citou como exemplo, a extensão em favor da União do poder de emitir títulos públicos para financiar a Guerra Civil, como o poder implícito decorrente do de declarar a guerra, prerrogativa esta que continuou mesmo em tempos de paz. A declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei das federações que permitissem a limitação dos contratos de trabalho.

E sintetizou afirmando que o contínuo exercício desses poderes implícitos fazia com que o juiz americano atuasse como legislador constitucional, ante a indeterminação dos preceitos constitucionais a serem interpretados, fato acrescido pelas pressões populares visando algum sentido do resultado dessas interpretações (Jellinek, 2018b, p. 32-33).

Apesar de rechaçar o efeito obrigatório para o controle de constitucionalidade, anos antes, em 1885, Jellinek publicava *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* (Um tribunal constitucional para a Áustria), no qual apresentava como problema a solucionar, a possível produção inconstitucional de leis pelo parlamento austríaco, e com isso a necessidade de um outro órgão capaz de assim desfazer, e zelar pela autoridade da Constituição (Jellinek, 1885a, p. 3).

Propôs transformar o Tribunal de Justiça do Império em Corte Constitucional, à semelhança da Suprema Corte dos Estados Unidos e também do Tribunal Federal da Suíça e do Tribunal Imperial do antigo Império Alemão (Jellinek, 1885a, p. 54), passando a ser um órgão dotado de maior independência para controlar a possível produção inconstitucional do parlamento. Seria um intérprete supremo das leis em matéria constitucional.

Sua proposta só veio a se concretizar em 1920, não na Alemanha, mas sim na Áustria, com a criação da Corte Constitucional da Áustria, na qual Hans Kel-

sen viria a ser um dos juízes constitucionais entre os anos de 1921 a 1929 (Rêgo, 2018. p. 92)[17].

O Estado seria então um fenômeno social e histórico capaz de ordenar o Direito, e estaria intimamente ligado às lacunas do texto constitucional pela impossibilidade de resolver continuamente os novos problemas surgidos (Jellinek, 2018b, p. 63).

Daí surgiu a necessidade de, por mutação constitucional, haver certas adaptações utilizando-se do direito consuetudinário. No entanto, advertiu que a melhor solução para tais lacunas seria a reforma formal do texto, por ser o meio mais seguro (Jellinek, 2018b, p. 65).

Por fim, das teorias de Laband e Jellinek, e com foco na Constituição alemã de Weimar de 1919, Hsü Dau-Lin apresentou sua classificação sobre as mutações constitucionais (Dau-Lin, 1998, p. 31), identificando incongruências entre a normatividade posta e a realidade social dinâmica, e, com isso, a necessidade de uma classificação pela qual fosse possível uma leitura diferente do mesmo texto constitucional, seja porque se percebia uma realidade sem norma, ou uma norma sem efetividade, ou ainda uma incoerência lógica entre a realidade e a norma.

No entanto, mesmo na obra de Hsü Dau-Lin não há qualquer tratamento teórico sobre a mutação constitucional por via interpretativa judicial, como se verá.

1.4
Inexistência de tratamento teórico para a mutação constitucional judicial na classificação proposta por Hsü Dau-Lin em 1931

Hsü Dau-Lin, discípulo de Rudolf Smend, como ele mesmo assim se apresentou (Dau-Lin, 1998, p. 8), adotou sua perspectiva teórica de norma constitucional, pela qual deveria ser o produto da integração das expressões culturais e valores em contínua mutação no tempo e percebida pelo intérprete (Smend, 1985, p. 62; María Beneyto, García Amado e Robles Morchón, 2019, p. XV).

Afirmou que Laband, na obra *Wandlungen der Reichsverfassung*, apresentou uma sistematização para as mutações constitucionais baseadas na prática cons-

[17] É por essa constatação inclusive que Virgílio Afonso da Silva aponta não para Kelsen a ideia original de um tribunal judicial voltado ao controle de constitucionalidade, mas sim à Georg Jellinek (Silva, 2009c, p. 200).

titucional pelo desuso das faculdades estatais e pela solução das lacunas deixadas pelo direito constitucional, mas com poucos casos citados (Dau-Lin, 1998, p. 32).

Já da obra de Hildesheimer, *Über die Revision moderner Staatsverfassungen*, percebeu que a mutação aconteceria em duas perspectivas: pelo direito consuetudinário e por sua interpretação, baseando-se no direito americano que a compreenderia pelas técnicas da alteração, do uso e da interpretação. E da obra de Jellinek, afirma que se limitou a apresentar uma rígida classificação para as mutações constitucionais.

Já dos escritos de Rudolf Smend, a mutação aconteceria pela possibilidade de o direito constitucional ser alterado ante os atos sociais espontâneos, que seriam forças extraconstitucionais condicionadas pela possibilidade de alterar a constituição pelo alcance e peso dos fatos constitucionais.

Dessas contribuições teóricas, propôs sua classificação da mutação constitucional geral em quatro aspectos (Dau-Lin, 1998, p. 31):

1) Mutação constitucional mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição;
2) Mutação constitucional pela impossibilidade do exercício de certos direitos instituídos constitucionalmente;
3) Mutação constitucional por uma prática estatal contraditória com a constituição; e
4) Mutação constitucional mediante sua interpretação.

Pela primeira proposta, a mutação constitucional poderia se dar pela prática na gestão do Estado pelo Poder Executivo, que não contradiz formalmente o texto, uma tensão entre a situação real e a legal, o "dever ser" contradizendo o "ser". Reconhecia, porém, haver dificuldade em delimitar não só as hipóteses de mutações que não tocassem no conteúdo da constituição, mas também aquelas que contrariassem seus preceitos.

Como exemplo dessa primeira constatação, citou a Constituição do Império Alemão de 1818, na qual a ausência de previsão em favor do Imperador em apresentar diretamente ao Parlamento suas propostas, tendo que se utilizar do Chancelar para assim o fazer, como também a ausência de previsão da suplência dos par-

lamentares e a figura dos substitutos do Chanceler do *Reich*. Outro exemplo seria a instituição de comissões permanentes e temáticas no Congresso dos Estados Unidos, como forma de os Secretários de Estado se relacionarem diretamente com o parlamento, por haver expressa vedação na Constituição de que só parlamentares deveriam ter assento no Congresso (Dau-Lin, 1998, p. 32-35).

Já pela segunda classificação, impossibilidade do exercício de certos direitos instituídos constitucionalmente, citou a falta de uso da disposição da constituição francesa, que atribuia ao Presidente da República o poder de destituir o Congresso, afirmando só ter sido utilizado uma única vez, em 1887, assim como o direito à reeleição presidencial francês, que não acontecia na prática desde 1885 (Dau-Lin, 1998, p. 39).

A terceira classificação proposta por Hsü Dau-Lin, se atém à mutação constitucional por uma prática estatal que contrarie frontalmente a constituição, seja por uma reforma constitucional, lei infraconstitucional ou regulamentação. Haveria um texto constitucional não alterado, e o surgimento de uma outra norma, que sem alterá-lo, o contradiz, deixando de ser aplicado. Citou como exemplos: uma lei infraconstitucional aprovada após a Constituição de Weimar criando uma empresa pública que administrava as ferrovias no país, quando nela ainda se previa a administração direta dessa atividade pelo próprio Estado, e não pela iniciativa privada; a contradição entre a ampla liberdade de reunião assegurada e seu impedimento nos prédios dos parlamentos nacional e estadual; a previsão do poder de indultar do Presidente da República, e sua posterior limitação por lei infraconstitucional quanto aos condenados pelo Tribunal Supremo do país; e a inatividade do Conselho Federal (*Bundesrat*) no período imperial alemão, pois embora previsto no art. 12 e seguintes da Constituição do Império, na prática esse Conselho só se reuniu uma vez, em 1883 (Dau-Lin, 1998, p. 39-44).

Finalmente, pela quarta classificação de Hsü Dau-Lin, a norma constitucional permaneceria intacta, mas seu sentido seria interpretado de modo diverso do passado, sem que essa interpretação fosse restrita à via judicial.

Citou como exemplos: a previsão na Constituição imperial alemã de 1818 para o Grão Duque de Baden conceder o benefício penal da graça em tempos de

paz, porém o Governo passou a entender que esta previsão feriria a autonomia da justiça penal, deixando de aplicá-la, mas sem alterar o texto constitucional.

A garantia do trato igualitário em favor dos prussianos pela Constituição da Prússia de 1848, mas que sofreria limitações e restrições por leis infraconstitucionais como os impedimentos matrimoniais entre nobres e camponeses ou nobres e cidadãos de baixo escalão; na Constituição da Áustria de 1867, quando não fazia distinção entre lei e decreto para o controle judicial quanto à validade, porém a prática mudou para que fossem excluídos os decretos imperiais da análise do judiciário quanto à validade, mantendo a análise quanto aos demais decretos, e às leis, mas limitados ao processo legislativo formal de seu surgimento, e sem interpretação quanto a seu conteúdo; e finalmente, da Constituição dos Estados Unidos de 1787, quando passou o Congresso a interpretar ser possível aprovar leis para emissão de títulos *Greenbacks*, visando financiar a Guerra Civil, sob o argumento de que embora não prevista no texto, se poderia assim chegar porque se o texto constitucional dava ao Parlamento a autoridade de declarar a guerra também deveria conceder os meios de efetivá-la. Inclusive essa prática de emissões desses títulos, continuou até mesmo após o fim da Guerra (Dau-Lin, 1998, p. 45-47).

Constatou-se, portanto, que a proposta classificatória de Hsü Dau-Lin para a mutação constitucional não contemplava, especificamente, uma nova interpretação judicial das normas constitucionais por um tribunal especial, mas sim, sobre possíveis condutas do executivo e do legislativo frente a incongruências ou omissões de textos constitucionais escritos, quando diante de novas realidades sociais.

E quando tratou da relação entre a interpretação das normas e a mutação constitucional, centrou-se na Constituição dos Estados Unidos, por entender haver uma relação mais estreita entre os juízes e a Constituição (Dau-Lin, 1998, p. 87, 89), e maior estabilidade na vigência do texto, por ser o mesmo desde 1787.

Apesar de Hsü Dau-Lin não contemplar em sua classificação as mudanças interpretativas das normas constitucionais por via judicial e por um tribunal específico, citou contribuições de Jellinek e Dicey sobre as normas constitucionais dos Estados Unidos e da Inglaterra, países que adotam o *common law*, e que buscam nos precedentes a base de fundamentação para novos princípios interpretativos.

Apontou ainda que quando da elaboração do texto constitucional americano, não se atribuíam aos juízes o poder de revisar toda e qualquer norma para fins de controle de constitucionalidade, pois assim recusado por quatro vezes durante sua redação, embora proposta por Madison e James Wilson (Dau-Lin, 1998, p. 90-93).

Recordou-se ele que da atuação da Suprema Corte americana, e sob a presidência do juiz J. Marshall, em 1803, o caso *Marbury x Madison*, sobre o controle difuso de constitucionalidade das leis. Porém, apesar desta constatação, foi categórico ao afirmar que esse poder revisional seria apenas um meio ambicioso para desenvolver outros poderes implícitos (Dau-Lin, 1998, p. 94-96).

Inclusive, afirmou que o juiz Marshall já advertia que para manter o texto e ainda poder regular as contínuas relações sociais, não deveria o intérprete se ater à intenção dos pais criadores da Constituição, mas à mudança do sentido que a norma poderia trazer ao presente em favor do povo, até porque não se resolveriam questões atuais sobre comércio ou indústria lendo livros de história (Dau-Lin, 1998, p. 99-100).

No Capítulo seguinte, se demonstrou como a mutação constitucional judicial foi entendida pelos ministros do Pleno do STF no período de 18.11.2012 a 24.11.2022, cuja compreensão engloba problemas de hermenêutica constitucional associados ao fenômeno da mutação.

2 Capítulo
Mutação constitucional judicial entendida no STF

No capítulo anterior foi observada a origem histórica da mutação constitucional em geral, desde o pioneirismo de Paul Laband na Alemanha em 1895, ao detectar a incongruência entre a normatividade do texto e a realidade prática, mas com foco tão somente na gestão do Estado, passando pela contribuição de Georg Jellinek em 1906, que tratou do tema na perspectiva da Teoria Geral do Estado, apresentando balizas à edição de textos constitucionais de então. Também foi observada a classificação das mutações constitucionais proposta por Hsü Dau-Lin em 1931, e como se tornou um relevante marco para o tema, embora não a tivesse apresentado para a mutação constitucional judicial, objeto deste estudo, mas sim para a análise da gestão executiva do Estado.

Ainda naquele capítulo, foram abordados casos sugestivos das primeiras ocorrências de mutação constitucional judicial no STF do Brasil em 1893, embora ainda sem essa apresentação conceitual, importantes registros históricos sobre o tema, a demandar um tratamento conceitual e teórico.

Já este *Capítulo 2* examinou como os ministros do STF conceituaram e apresentaram a mutação constitucional judicial no período de 18.11.2012 a 24.11.2022, além da descrição dos autores e das obras por eles citados em seus votos no órgão plenário sobre o tema pesquisado nesta tese.

Apresentou-se um panorama conceitual prévio de como a mutação constitucional judicial foi registrada nos votos dos ministros que integraram o órgão plenário do STF no período citado (para efeito dessa análise, a questão da hermenêutica constitui-se como meta do terceiro capítulo: *Problemas de hermenêutica da mutação constitucional*). Cujas votações explicitam, sobretudo, os problemas de hermenêutica constitucional em decorrência do uso dessa técnica decisória, e que até o presente momento influencia o modo como esses magistrados interpretam e exigem de todos a leitura da atual CR/88.

É por isso, portanto, que se segue o método de escolha dos critérios dos julgados do Tribunal, porquanto a possibilidade de se examinar como entendem os ministros a respeito de mutação constitucional judicial.

2.1
A metodologia para a escolha de acórdãos do Pleno do STF, nos quais seus ministros apresentaram a mutação constitucional judicial

2.1.1
A base de dados

Tomou-se como referência a própria base de dados que se constituiu de acórdãos publicados a partir de julgados do Pleno do STF, independentemente de estarem ou não transitados em julgado por ocasião da coleta, quando tão somente foi pesquisada a palavra "mutação", potencialmente indicadora do uso conceitual da expressão “mutação constitucional”, seja como argumento ou fundamento decisório do julgado[18].

2.1.2
A definição do marco temporal a partir de cinco períodos de maiores estabilidades na composição do STF

Para a escolha dos julgados mais recentes do Pleno do STF, nos quais os ministros tenham apresentado a mutação constitucional judicial, foi adotado um critério que atendesse ao período de maior estabilidade na composição do Tribunal desde a vigência da Constituição de 88 até o dia 24.11.2022, data da qualificação do então projeto de pesquisa desta tese de doutorado, a indicar maior atualidade e esperada utilidade dos resultados obtidos.

E a partir do marco temporal acima, detectou-se cinco períodos de maior estabilidade na composição dos membros do STF[19], quando estavam em contínuo exercício o mesmo grupo de pelo menos seis dos onze ministros aptos à formação

[18] A coleta de dados se deu entre os dias 16 e 22 de março de 2023.

[19] A composição histórica dos ministros do STF está disponível em sua página na rede mundial de computadores no campo denominado “Composição Plenária Anterior”, individualizados pelo nome de cada Ministro que ocupou a Presidência da Corte, como também no campo “Conheça os ministros do STF - República” e ainda no campo “Linha Sucessória”, onde é possível encontrar também o nome de cada ministro em ordem decrescente do quadro de antiguidade, além de qual Presidente da República o indicou para o cargo, os dados do ato administrativo que o nomeou, a data da posse, e as indicações de quando deixou a Corte (Aposentadoria, Exoneração ou Falecimento), além de quem o antecedeu e quem foi seu sucessor no cargo.

e manutenção de maioria decisória, e com isso uma esperada maior conservação e manutenção da coerência e segurança dos precedentes da Corte[20].

Concernente a esta análise, é possível reunir esses cinco períodos nos quais estavam em contínuo exercício na jurisdição do Pleno do STF os seguintes seis ministros:

2.1.2.1
1º Período de maior estabilidade na composição do STF - de 05.10.1988 a 22.04.1991, por 02 anos, 06 meses e 17 dias

a) Ministro Célio de Oliveira Borja;
b) Ministro Luiz Octavio Pires e Albuquerque Gallotti;
c) Ministro Sydney Sanches;
d) Ministro Aldir Guimarães Passarinho (22.04.1991);
e) Ministro José Néri da Silveira; e
f) Ministro José Carlos Moreira Alves.

2.1.2.2
2º Período de maior estabilidade na composição do STF - de 23.04.1991 a 20.04.2003, por 11 anos, 11 meses e 28 dias

a) Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello;
b) Ministro Carlos Mário da Silva Velloso;
c) Ministro José Celso de Mello Filho;
d) Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence;
e) Ministro Sydney Sanches; e
f) Ministro José Carlos Moreira Alves (20.04.2003).

2.1.2.3
3º Período de maior estabilidade na composição do STF - de 21.04.2003 a 29.03.2006, por 02 anos, 11 meses e 08 dias

a) Ministro Gilmar Ferreira Mendes;
b) Ministra Ellen Gracie Northfleet;
c) Ministro Nelson Azevedo Jobim (29.03.2006);

[20] Encontrados acórdãos que aprovaram Súmulas Vinculantes, a partir do dia 20 de março de 2007, data da entrada em vigor da Lei Federal n. 11.417 de 2006, que regulamenta o art. 103-A da CR/88, incluído pela EC n. 45/2004 que instituiu a Súmula Vinculante na Constituição, será considerado período de maior estabilidade quando a composição permaneceu a mesma por dois terços dos seus membros, ou seja, oito ministros.

d) Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello;

e) Ministro José Celso de Mello Filho; e

f) Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence.

2.1.2.4
4º Período de maior estabilidade na composição do STF - de 30.03.2006 a 17.11.2012, por 06 anos, 07 meses e 18 dias

a) Ministro Enrique Ricardo Lewandowski;

b) Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes;

c) Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (17.11.2012);

d) Ministro Gilmar Ferreira Mendes;

e) Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello; e

f) Ministro José Celso de Mello Filho.

2.1.2.5
5º Período de maior estabilidade na composição do STF - de 18.11.2012 a 24.11.2022, por 10 anos e 06 dias

a) Ministra Rosa Maria Pires Weber;

b) Ministro Luiz Fux;

c) Ministro José Antonio Dias Toffoli;

d) Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha;

e) Ministro Enrique Ricardo Lewandowski; e

f) Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Assim, e considerando os cinco períodos acima, e observando ser o mais recente, o havido entre os dias 18.11.2012 a 24.11.2022, foi este o adotado para a busca de acórdãos já publicados, com vistas a apresentar o entendimento mais recente a respeito de mutação constitucional judicial pelos ministros do STF.

2.1.3
Os critérios de inclusão e de exclusão para a coleta

Como único critério de inclusão para a escolha dos julgados, foi pesquisado o termo "mutação", potencialmente indicativo do uso conceitual da expressão “mutação constitucional” como argumento ou fundamento decisório na interpretação constitucional pelos ministros do STF.

Não foram consultados outros termos ou expressões similares, e potencialmente sugestivas do mesmo fenômeno como “alterações fáticas”; “alterações jurídicas”; “evolução da jurisprudência”; “evolução jurisprudencial”; “mudança de entendimento”; “mudança jurisprudencial”; “notórias mudanças”; “nova interpretação”; “nova jurisprudência”; “nova leitura”; “novo entendimento”; “novo sentido interpretativo”; “passou-se a adotar”; “alteração de precedente”; “superação de precedente”; “mudança de precedente” e *overruling*, visando excluir qualquer possibilidade de haver confusão com uma simples mudança de interpretação da Constituição pelo Tribunal.

Já como critérios de exclusão, não foram objetos de coleta os fundamentos ou os argumentos jurídicos apresentados pelos peticionantes, pela advocacia pública, pelo Ministério Público ou por eventuais *amicus curiae*, embora eventualmente considerados como contrapontos argumentativos.

2.1.4
A coleta de dados

Estabelecida a base de pesquisa, o marco temporal e os critérios de inclusão e de exclusão, a coleta se deu pela busca tão somente do termo "mutação", e apenas no último e mais recente período de maior estabilidade na composição do Tribunal, com o auxílio da página de pesquisa do STF na rede mundial de computadores[21], e não só no “espelho dos acórdãos”[22], mas também no conteúdo interno do “inteiro teor dos acórdãos”[23].

Abaixo, como se deu a coleta dos acórdãos, quando foram encontradas 206 ocorrências:

---

[21] BRASIL. STF. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search, acesso 14 mar. 2023.

[22] O espelho do acórdão é composto pelos seguintes elementos: a) número, classe e incidente processual; b) origem geográfica; c) Dicas de pesquisa; d) nomes dos Ministros Relator, Revisor e Redator do acórdão; e) datas de julgamento e de publicação; f) órgão julgador; g) ementa; h) decisão; i) indexação do assunto do acórdão; j) legislação citada; k) doutrina citada; l) jurisprudência citada (observação); m) tema e tese de repercussão geral.

[23] O inteiro teor do acórdão inclui os textos do relatório, dos votos e dos debates, porém apenas para acórdãos publicados a partir do ano de 2012. Os acórdãos anteriores podem ser acessados na página de acompanhamento processual, no item “inteiro teor do acórdão”, em formato .pdf. Disponível: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaGeralNovoPortal&pagina=Dicas_de_pesquisa, acesso em 14 mar. 2023.

1º Passo - acessada a página de pesquisa de jurisprudência do STF, disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search;

2º Passo - informada a palavra "mutação" no campo central 'Pesquisar palavras-chave', e clicado apenas no botão com o símbolo de '+' em sua lateral direita, abriu-se um novo menu;

3º Passo - no novo menu aberto, em sua parte final, há o campo 'Opções de pesquisa'[24], onde foi marcada a opção 'Inteiro teor'[25], e em seguida clicando em 'Pesquisar', surgiram 382 ocorrências;

4º Passo - após, e agora no menu lateral esquerdo surgido, no campo denominado 'Base'[26], foi observado estar selecionada a opção apenas os 'Acórdãos', e no campo denominado 'Órgão Julgador'[27] foi marcada a opção 'Tribunal Pleno', quando surgiram 270 ocorrências[28];

5º Passo - e por fim, e ainda no menu lateral esquerdo, mas agora no campo denominado 'Data da publicação', foram informados os termos inicial e final desta coleta, os dias '18.11.2012' e '24.11.2022', surgindo assim remanesceram 206 ocorrências pesquisáveis[29].

---

[24] No campo 'Opções de pesquisa' há as seguintes opções: Inteiro teor, Sinônimos, Plural, Radicais e Busca exata entre aspas.

[25] Nesta fase, apenas a opção 'Radicais' deve ficar sem marcar, senão poderão surgir ocorrências similares ao termo "mutação" que não devem estar contidas na base de dados, como acima justificado.

[26] No campo 'Base', do menu lateral esquerdo, há as seguintes opções: Acórdãos, Repercussão geral, Questões de ordem, Coletânea de acórdão, Decisões monocráticas, Informativos e Súmulas.

[27] No campo 'Órgão Julgador', do menu lateral esquerdo, há as seguintes opções: Tribunal Pleno, Primeira Turma e Segunda Turma.

[28] Durante a coleta, e embora disponíveis no menu lateral esquerdo, não foram consideradas relevantes as seguintes opções de campos lá disponíveis: 'Ministro' - que identifica apenas o nome do ministro relator para o acórdão; 'Data do julgamento' - uma vez que os dados a respeito das possíveis mutações constitucionais só estariam disponíveis quando foram publicados os respectivos acórdãos; 'Classe' - por ser apenas o modo como a demanda foi processualmente cadastrada na Corte, seja como ação originária ou em forma de recurso, embora possa haver relevância quando da análise dos conteúdos dos casos pesquisados; e 'Unidade da Federação' - que identifica a origem geográfica da 'Classe' do feito cadastrada no STF, podendo ser um dos 26 Estados Federados ou o Distrito Federal.

[29] O resultado final desta coleta encontra-se disponível acessando a página https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=true&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&publicacao_data=18112012-

2.2
Os resultados encontrados

Antes da apresentação dos resultados, alguns esclarecimentos se fazem necessários para sua melhor compreensão.

Não se está afirmando que as 206 ocorrências sejam todos casos de mutação da Constituição de 88, pois demandaria análise individualizada de cada julgado, e do resultado final, o que exigiria longo tempo de análise para esta pesquisa.

Também não se afirma serem as únicas ocorrências do fenômeno do Pleno do STF no período de 18.11.2012 a 24.11.2022, apenas que com a adoção dos critérios e métodos acima os resultados foram os abaixo apresentados.

Porém, todas as 206 ocorrências foram individualmente analisadas para fins de busca do entendimento dos ministros a respeito da mutação constitucional judicial, independentemente de o ministro integrar ou não o grupo que se formou.

Já com relação às obras doutrinárias eventualmente citadas pelos ministros, foram consideradas apenas as mencionadas diretamente no voto de cada ministro em sua fundamentação, descartando-se outras sem essa indicação.

Os resultados encontram-se agrupados por cada ministro individualmente, em ordem alfabética de seus nomes duplos, como costumam registrar nos acórdãos, com expressa menção ao julgado ao qual se referem, descartando-se os demais que não tem relação com a expressão 'mutação constitucional'. Também foram descartados os julgados nos quais constam as mesmas citações conceituais e obras já contempladas em anterior voto do mesmo ministro.

Não foram objeto de análises, ou de desenvolvimento neste Capítulo, os conceitos apresentados nas obras citadas pelos ministros, apenas o que eles afirmam ser uma mutação constitucional, e seus elementos, a partir da doutrina referida. Tais análises se deram em capítulos próprios desta tese.

O padrão de citação de cada ocorrência seguiu a indicação do nome do ministro, número do julgado, com o respectivo *link* para consulta direta ao respectivo

---

24112022&page=1&pageSize=250&queryString=muta%C3%A7%C3%A3o&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true, acesso em 01 set. 2023. A leitura dos julgados se deu partindo dos mais antigos publicados, para os mais novos publicados.

acórdão, data do julgamento, além da referência ao número da página do inteiro teor do acórdão onde foi encontrada a menção ao termo, seguido do número total de páginas mencionada no arquivo digital.

A seguir, como a mutação constitucional judicial foi apresentada por cada um dos dezoito ministros que integraram o Pleno do STF no período de 18.11.2012 a 24.11.2022, em quarenta e três diferentes acórdãos publicados, organizados em ordem alfabética pelo nome composto de cada ministro do Tribunal, dispostos em ordem crescente a partir da publicação de cada acórdão.

2.3
A mutação constitucional judicial segundo cada um dos 18 (dezoito) ministros que compôs o Pleno do STF no período de 18.11.2012 a 24.11.2022, e registrados em 43 (quarenta e três) diferentes acórdãos publicados

Após análise das 206 (duzentas e seis) ocorrências do termo "mutação" contidos em acórdãos publicados pelo Pleno do STF no período de 18.11.2012 a 24.11.2022, foram utilizadas as menções registradas por 18 (dezoito) ministros do Tribunal, a partir de 43 (quarenta e três) diferentes acórdãos no período, e assim já descartadas as ocorrências que não se referem a mutação constitucional judicial e as anteriormente já contempladas. Foram esses os acórdãos analisados e suas respectivas publicações: **ADPF 54**, em 30.04.2013; **MS 31.816 MC-AgR**, em 13.05.2013; **RE 637.485**, em 21.05.2013; **Rcl 4.374**, em 04.09.2013; **ADI 4.430**, em 19.09.2013; **ADI 4.400** em 03.10.2013; **RE 630.733**, em 20.11.2013; **ADI 4.425**, em 19.12.2013; **AP 470 AgR-vigésimo sexto**, em 17.02.2014; **Rcl 4.335**, em 22.10.2014; **RE 590.809**, em 24.11.2014; **ADI 5.081**, em 19.08.2015; **RE 592.581**, em 01.02.2016; **ADI 5.127**, em 11.05.2016; **HC 126.292**, em 17.05.2016; **RE 778.889**, em 01.08.2016; **HC 127.900**, em 03.08.2016; **RE 723.651**, em 05.08.2016; **ARE 964.246 RG**, em 25.11.2016; **ADI 4.764**, em 15.08.2017; **ADO 25**, em 18.08.2017; **RE 602.043**, em 08.09.2017; **RE 574.706**, em 02.10.2017; **ADI 4.362**, em 06.02.2018; **ADI 4.439**, em 21.06.2018; **HC 152.752**, em 27.06.2018; **ADI 5.526**, em 07.08.2018; **AP 937 QO**, em 11.12.2018; **ADI 3.937**, em 01.02.2019; **ADI 5.540**, em 28.03.2019; **ADI 2.332**, em 16.04.2019; **RE 560.900**, em 17.08.2020; **MI 4.733**, em 29.09.2020; **MS 27.931**, em 28.10.2020; **ADI 3.559**, em 05.11.2020; **ADC 43**, em 12.11.2020; **ADPF 759 MC-Ref**, em 15.04.2021; **ADI 6.524**, em 06.04.2021; **MS 35.812**, em

10.05.2021; **ADI 6.775**, em 17.11.2021; **ADI 5.383**, em 22.11.2021; **ADI 6.630**, em 24.06.2022 e **RE 1.348.854**, em 24.10.2022.

2.3.1
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes conceituou a mutação constitucional como uma informal alteração do texto da constituição, por entender ser o STF seu guardião, e nesta condição se utilizar amplamente "das técnicas de interpretação constitucional", visando compatibilizar seus princípios com as "exigências e transformações históricas, sociais e culturais da sociedade", e ainda visando a "concretização e defesa integral e efetividade máxima dos direitos fundamentais e dos princípios da administração pública"[30].

E citando Hans Kelsen em artigo publicado no ano de 1930, sobre "Quem deve ser o guardião da Constituição?", justificou ser do STF a competência contra majoritária de garantir a "essência da democracia", pois sendo seu "maior intérprete", teria como missão proteger "todos os grupos sociais"[31].

E por fim, condicionou a existência de mutação constitucional a demonstração de alteração da lei, de paradigmas constitucionais, ou alteração fática, e que sem tais pressupostos se admitiria uma rediscussão de matérias já julgadas até mesmo por ação rescisória[32].

2.3.2
A mutação constitucional judicial pelo Ministro André Mendonça

Entendeu como "alterações ocorridas na realidade social" devido ao alcance de direitos[33].

---

[30] **MS 35.812**, acórdão publicado em 10.05.2021 (p. 22 de 79).

[31] **MS 35.812**, acórdão publicado em 10.05.2021 (p. 22 de 79).

[32] **ADI 6.630**, acórdão publicado em 24.06.2022 (p. 69 de 243).

[33] **RE 1.348.854**, acórdão publicado em 24.10.2022 (p. 40 de 168).

2.3.3
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Ayres Britto

Por ser a constituição a vontade normativa permanente, o tempo traria mutações, ora formais, ora informais, sem, porém, modificar o núcleo duro do texto constitucional[34].

2.3.4
A mutação constitucional judicial pela Ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia citou a obra de Loewenstein, Karl. *Teoría de la constituición*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 218, pelo qual são inevitáveis as acomodações do direito constitucional, sejam por emendas formais ou por mutações[35].

E também citou a obra Häberle, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 2002. p. 13-15, para justificar não só serem legitimados a interpretar a constituição os intérpretes estatais, ou jurídicos, mas também "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto"[36].

2.3.5
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello a entendeu como um processo informal de alteração da constituição por via interpretativa judicial, e em especial, a cargo do STF, por deter a prerrogativa exclusiva de dar a última palavra no controle de constitucionalidade, visando atender a "força normativa" dela esperada[37].

E citando a obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz ("Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad), enten-

---

[34] **ADI 4.430**, acórdão publicado em 19.09.2013, (p. 184 de 221).

[35] **MS 27.931**, acórdão publicado em 28.10.2020 (p. 82 de 189).

[36] **MS 27.931**, acórdão publicado em 28.10.2020 (p. 88 de 189).

[37] **ADI 5.526**, acórdão publicado em 07.08.2018 (p. 224 de 319).

deu cabível uma mutação constitucional quando há omissão ou inércia do Estado na efetivação de um direito fundamental[38].

2.3.6
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Dias Toffoli

O Ministro Dias Toffoli entendeu necessário estabelecer alguns pressupostos à ocorrência de uma mutação constitucional, dentre os quais, citando Larenz, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Lisboa, 1997. p. 495, a "alteração da situação normativa", pelo modo diverso como se interpretam os usos e as relações fáticas subjacentes à norma, além do fator tempo, que faz a situação fática não estar contemplada pela norma[39].

Entendeu ainda a mutação constitucional como a alteração do sentido da norma constitucional "por força de alterações nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica", pois a interpretação jurídica "sempre é um processo de articulação entre texto e realidade fática"[40].

E por fim, mencionou o "processo de inconstitucionalização" das normas prevista no Direito Alemão, pelo qual uma norma passa à condição de inconstitucional ante a "mudança nas relações fáticas"[41].

2.3.7
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin afirmou ser hipótese de mutação constitucional a necessidade de nova leitura da constituição, ante a alteração da dinâmica social, que exige um contínuo e incessante acompanhamento do texto constitucional. E nesta perspectiva, não via ofensa à separação de poderes, quando o Tribunal precisa afirmar eventual direito ou garantia descumprida, por ser único o poder estatal, apenas separadas as funções[42].

---

[38] **ADO 25**, acórdão publicado em 18.08.2017 (p. 112 de 141).

[39] **ADI 4.439**, acórdão publicado em 21.06.2018 (p. 219 de 294).

[40] **ADI 3.937**, acórdão publicado em 01.02.2019 (p. 165 de 284).

[41] **ADI 3.937**, acórdão publicado em 01.02.2019 (p. 166 de 284).

[42] **RE 592.581**, acórdão publicado em 01.02.2016 (p. 86 de 133).

Citou ainda a obra Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, p. 134, a partir da qual conceitua a mutação constitucional como "uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma", decorrente de uma nova análise da realidade, trazendo uma mudança na constituição, porém mantendo o mesmo texto. A conclusão seria que "a norma não se confunde com o texto", muda-se apenas o sentido[43].

Já citando a obra de Barroso, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora / Luís Roberto Barroso. - 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, conceituou mutação constitucional como uma interpretação evolutiva da constituição, pela qual altera-se informalmente sua leitura, atribuindo-lhes novos significados, em razão "de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais" não antevistos pelo constituinte originário[44].

Advertiu para a necessidade de a Constituição manter constante ligação com as circunstâncias sociais, pois estas mudam com a dinâmica social, sob pena de o texto escrito "não mais refletir os valores e princípios fundamentais adotados pela sociedade destinatária"[45].

Afirmou haver mutação constitucional em razão do "distanciamento histórico" do precedente firmado com a nova interpretação judicial, pois na época havia "pouca experiência institucional"[46].

E finalmente citando a obra de Badura, Peter. *Verfassungsänderung, Verfassungswandel Verfassungsgewohnheitsrecht.* Isensee, J.; Kirchhof, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. tomo 7. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag*, 1992, também entende o Ministro Edson Fachin a mutação constitucional como decorrente de uma atividade interpreta-

---

[43] **HC 127.900**, acórdão publicado em 03.08.2016 (p. 26 de 62).

[44] **HC 127.900**, acórdão publicado em 03.08.2016 (p. 26 de 62).

[45] **ADI 3.559**, acórdão publicado em 05.11.2020 (p. 19 de 47).

[46] **ADPF 759 MC-Ref**, acórdão publicado em 15.04.2021 (p. 30 de 89).

tiva da norma constitucional a partir "de uma mudança nas 'condições sociais e políticas'"[47].

2.3.8
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Eros Grau

Para o Ministro Eros Grau a mutação constitucional seria a transformação do sentido do texto constitucional, sem alterar sua redação, algo mais que uma simples interpretação, pois se extrai do mesmo texto uma nova norma constitucional, que não se encontrava envolvida no mesmo invólucro. Para ele, a partir da mudança de entendimento, passa-se a ter uma nova norma constitucional, embora sua escrita na constituição seja a mesma de como antes se interpretava. E como exemplo, citou a alteração do entendimento a respeito do cumprimento do inciso X do art. 52 da CR/88, pelo qual o papel do Senado após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF seria de dar mera publicidade à decisão tomada[48].

Citou Laband, sem indicar sua obra, mas citou as obras de Georg Jellinek, *Reforma v mutación de la Constitución*. trad. de Christian Förster Y Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.991 e a obra de Hsü Dau-Lin *Mutación de la Constitución.* trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1.998, pág. 29, esses como precursores sobre o tema. E também a obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz sobre os Processos informais de mudança da Constituição. Editora Max Limonad, s/ indicação de local, 1986[49].

E por fim, a obra de Karl Loewenstein, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten,* Berlin, 1.959, pág. 427, para justificar que o parlamento não poderia ingressar no âmbito da competência do STF, legislando posteriormente, sobre o mesmo tema[50].

---

[47] **ADPF 759 MC-Ref**, acórdão publicado em 15.04.2021 (p. 31 de 89).

[48] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014, (p. 72 de 197).

[49] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 72-74 de 197).

[50] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 77 de 197).

2.3.9
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Gilmar Mendes

Para o Ministro Gilmar Mendes a mutação constitucional judicial seria uma nova interpretação do mesmo texto constitucional, que muda a jurisprudência ou traz evolução jurisprudencial[51]. E citou as obras Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, 3. ed. Lisboa, 1997, p. 495 e de Inocêncio Mártires Coelho, Interpretação Constitucional. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997[52].

Entendeu ser no momento de aplicação das normas, no caso concreto, que as situações da vida trazem significados às regras do Direito, revelando o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Afirmou que a norma jurídica não existe por si, sendo apenas o resultado de sua interpretação. E citando Peter Häberle (Häberle, Peter. *"Zeit und Verfassung". Probleme der Verfassungsinterpretation, org: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden,* 1976, p. 312-313), afirmou não existir norma jurídica, apenas norma jurídica interpretada[53].

E que por só existir a norma jurídica interpretada, e fundado em Peter Häberle, que defende uma interpretação constitucional aberta, afirma que essa interpretação "prescinde do conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandel*) enquanto categoria autônoma", pois o Tribunal não precisa fingir que sempre pensara da dado modo, permitindo a mudança na valorização dos fatos no plano constitucional, mudança essa que se traduz numa concepção jurídica de mutação constitucional ou evolução na interpretação, ao ponto de se declarar a inconstitucionalidade de situações antes admitidas. E a partir dessa flexibilização, baseado na doutrina de Peter Häberle, criticou a tradicional doutrina sobre atos legítimos e ilegítimos, que gera a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, pois essa doutrina encontra dificuldade de tratar os processos de inconstitucionalização das normas[54].

O Ministro Gilmar Mendes afirmou ainda, baseando-se na doutrina de Larenz, que por essa flexibilização na interpretação da Constituição, seria possível

---

[51] **RE 637.485**, acórdão publicado em 21.05.2013 (p. 26-27 de 108).

[52] **RE 637.485**, acórdão publicado em 21.05.2013 (p. 27-28 de 108).

[53] **RE 637.485**, acórdão publicado em 21.05.2013 (p. 29 de 108).

[54] **RE 637.485**, acórdão publicado em 21.05.2013 (p. 30 de 108).

ao juiz constitucional, observando as consequências previsíveis dos julgados do Tribunal, buscar atender o 'bem comum', mas distanciando-se, sempre que possível, da política subjetiva[55].

Citou como precedentes da mutação constitucional alguns julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos, como o caso "*Plessy versus Ferguson"* de 1896, no qual fora admitida inicialmente como legítima a separação entre brancos e negros, instituindo o "*equal but separated*", e posteriormente, em 1954, no caso "*Brown versus Board of Education*", esse entendimento foi alterado para não mais admitir como expressão da igualdade tal separação. Também citou os casos "*Mapp versus Ohio, 367 U.S. 643 (1961)*", posteriormente confirmada no caso "*Linkletter versus Walker, 381 U.S. 618 (1965)*", que alterou o precedente "*Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949)*", a respeito do não aproveitamento de provas obtidas por meios ilícitos[56].

Já da Corte Constitucional alemã, apresentou como exemplo o caso lá julgado em 1972, no qual houve novo entendimento do Tribunal a respeito do reconhecimento de direitos fundamentais em favor de presos, até então não admitidos por normas infraconstitucionais[57].

Ainda o Ministro Gilmar Mendes citou como exemplo de mutação constitucional, o uso do mandado de segurança, não como um instrumento processual de tutela individual de direitos fundamentais, mas como meio de impelir o Congresso Nacional a apreciar veto presidencial[58].

Afirmou que a 'Reclamação' é um instrumento processual pelo qual o STF pode se utilizar continuamente para manter permanentemente aberto o processo hermenêutico da constituição, seja por "mutação constitucional" ou por "inconstitucionalização de normas (*des Prozess des Verfassungswidrigwerden*s)", caminhos que podem levar "à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à

---

[55] **RE 637.485**, acórdão publicado em 21.05.2013 (p. 32 de 108).

[56] **RE 637.485**, acórdão publicado em 21.05.2013 (p. 32 de 108).

[57] **RE 637.485**, acórdão publicado em 21.05.2013 (p. 35 de 108).

[58] **MS 31.816 MC-AgR**, acórdão publicado em 13.05.2013 (p. 84 de 98).

superação, total ou parcial, de uma antiga decisão"[59]. E que a evolução na interpretação da constituição, em controle de constitucionalidade, permite a anulação de uma norma por inconstitucionalidade, quando antes o Tribunal já a admitira em sentido oposto.

E citando a obra "Hans Brox, *Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in Festschrift für Willi Geiger*, cit., p. 809", afirmou ser possível o Tribunal Constitucional realizar uma nova leitura de uma mesma norma antes declarada constitucional, para agora afastá-la, caso suscite "uma nova questão", que traga uma "mudança do conteúdo da constituição" ou da "norma objeto do controle"[60].

Já da obra de Brun-Otto Bryde, *Verfassungsengsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrechf der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 412-413, trouxe o fundamento de que uma lei antes declarada constitucional pelo Tribunal pode vir a se tornar inconstitucional após essa decisão, embora seja um tema controverso quanto aos limites da coisa julgada, e necessite seja demonstrada a "mudança das relações fáticas"[61]. E sintetizou afirmando que, mesmo declarada a constitucionalidade de uma norma, pode vir ela a ser objeto de nova aferição de sua constitucionalidade, caso surja "significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes"[62].

Associou a expressão "mutação constitucional" à "mudança de jurisprudência" e a "evolução jurisprudencial" no STF, como uma nova interpretação do mesmo texto constitucional, que obriga o Tribunal a proceder a uma "ponderação das consequências e o devido ajuste do resultado", visando a segurança jurídica[63]. E que é exatamente no momento de aplicação do Direito que se apresenta relevante entender "o sentido e o alcance dos enunciados normativos"[64].

---

[59] **Rcl 4.374**, acórdão publicado em 04.09.2013 (p. 25 de 75).

[60] **Rcl 4.374**, acórdão publicado em 04.09.2013 (p. 25 de 75).

[61] **Rcl 4.374**, acórdão publicado em 04.09.2013 (p. 26 de 75).

[62] **Rcl 4.374**, acórdão publicado em 04.09.2013 (p. 27 de 75).

[63] **RE 630.733**, acórdão publicado em 20.11.2013 (p. 14 de 59).

[64] **RE 630.733**, acórdão publicado em 20.11.2013 (p. 16 de 59).

E mais uma vez citando a obra de Peter Häberle, afirmou que "uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandel*) enquanto categoria autônoma" por admitir contínuas adaptações na leitura do texto constitucional[65].

Citou como exemplo de mutação constitucional judicial a não aplicabilidade do inciso X do art. 52 da CR/88, por entender que a previsão nascera na Constituição de 1934, antes portanto do surgimento do controle concentrado de constitucionalidade, a cargo de tribunais constitucionais. Citou ainda os seguintes autores: Jellinek, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitution*. Tradução espanhola de Christian Förster, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 15-35; Dau-Lin, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998, p. 68 e s; e Ferraz, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 64 e s. e p. 102 e s[66].

Afirmou que a mudança de entendimento sobre o inciso X do art. 52 da CR/88 foi justificada em razão do aumento do número de casos julgados no STF sobre interpretação constitucional. Citou a obra de Bittencourt, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Série "Arquivos do Ministério da Justiça". Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 145[67]. E mencionou Friedrich Müller, que tratou sobre o problema da interpretação das normas constitucionais diante de nova realidade fática, pelo método hermenêutico de concretização das normas. Inclusive, para o autor, a leitura da constituição se daria por um "processo de concretização continuada".

Citou as obras: Mendes, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. Mendes, Gilmar Ferreira e Morais, Carlos Blanco. (Coord.). Linha Direito Comparado Mutações

---

[65] **RE 630.733**, acórdão publicado em 20.11.2013 (p. 17 de 59).

[66] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 53 de 197).

[67] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 53 de 197).

Constitucionais. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 183; e Müller, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 81[68].

Mencionou ainda Konrad Hesse, sem indicar especificamente a obra, para afirmar ser necessário se complete o texto constitucional, pois "vocacionado a ser completado; é um pouco um texto aberto". Também justificou a possibilidade de afastar a interpretação literal para buscar "uma interpretação harmonizadora"[69].

Sintetizou a mutação constitucional como "uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma", ou na interpretação a que se chega a partir "de uma nova visão jurídica" predominante na sociedade[70].

E por fim, o Ministro Gilmar Mendes, citando os autores Hesse e Müler, mas sem indicar suas obras, fez distinção entre "programa normativo e âmbito normativo", para a adequada ocorrência de uma mutação constitucional, compreendendo o "programa normativo", a norma jurídica, e o "âmbito normativo", os elementos fáticos que compõem a norma. E por essa distinção, o "programa normativa", "sofre os influxos de mudanças ocorridas nesses elementos empíricos"[71].

2.3.10
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Joaquim Barbosa

Já o Ministro Joaquim Barbosa, também tratando a respeito do inciso X do art. 52 da CR/88, conceituou a mutação constitucional como a mudança no sentido da norma constitucional, a depender de dois outros fatores: o decurso de um tempo maior a confirmar sua ocorrência, além da demonstração de um desuso do dispositivo invocado. Citou a obra de Canotilho. Direito Constitucional, p. 1102. E para justificar não ser caso de mutação constitucional, informou que o Senado já havia publicado quase 100 normas declaradas inconstitucionais pelo STF, e que só no ano de 2006 teriam sido sete resoluções[72].

---

[68] **RE 574.706**, acórdão publicado em 02.10.2017 (p. 157 de 227).

[69] **RE 602.043**, acórdão publicado em 08.09.2017 (p. 87 de 91).

[70] **AP 937 QO**, acórdão publicado em 11.12.2018 (p. 377 de 429).

[71] **ADI 2.332**, acórdão publicado em 16.04.2019 (p. 100 de 111).

[72] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 100 de 197).

2.3.11
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Luiz Fux

Citou o Ministro Luiz Fux as obras de Kubliskas, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais – análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 185-6 e de Silva, Gustavo Just Costa e. Os limites da reforma constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, p. 65-66, para chamar atenção do Tribunal em não "se arvorar à condição de juiz da robustez do debate parlamentar", pois em assim fazendo excederia os limites da separação entre os poderes, sobretudo porque o parlamento deteria a legitimidade democrática do voto[73].

Porém, afirmou ser possível o uso da mutação constitucional como um "moderno instituto" à disposição do STF, para adaptar a "realidade normativa à realidade prática"[74].

E citando Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 411-413, via como hipótese de mutação constitucional a possibilidade de o legislador infraconstitucional restringir as hipóteses de recursos em favor do réu, e não como um retrocesso a direitos fundamentais[75].

Também entendeu como hipótese de mutação a possibilidade de 'inconstitucionalidade superveniente', pela mudança do entendimento da Corte[76]. Já citando Konrad Hesse, quanto a validade e a força normativa da Constituição, entendeu devesse haver mudança no entendimento do texto constitucional quando presente um "sentimento do povo em relação à realidade constitucional"[77].

E mais uma vez citando Konrad Hesse, e acrescentando Friedrich Müller, mas sem indicar especificamente suas obras, apontou para a necessidade de o in-

---

[73] **ADI 4.400** acórdão publicado em 03.10.2013 (p. 58 de 197).

[74] **Rcl 4.374**, acórdão publicado em 04.09.2013 (p. 56 de 75).

[75] **AP 470 AgR-vigésimo sexto**, acórdão publicado em 17.02.2014 (p. 125 de 277).

[76] **ADI 5.081**, acórdão publicado em 19.08.2015 (p. 84 de 93).

[77] **ADI 5.540**, acórdão publicado em 28.03.2019 (p. 89 de 267).

térprete constitucional buscar "o sentimento constitucional" em concretizá-la, pois a mutação constitucional ocorre quando há a "inadequação da regra constitucional a uma nova realidade judicial" (**ADI 4.764**, acórdão publicado em 15.08.2017, p. 104 de 140).

Entendeu que a mutação constitucional decorrente da interpretação do texto a partir da "realidade à qual ele deve ser aplicado, do contexto fático em jogo"[78].

E citando obra de Patrícia Perrone Campos Mello (Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233 e seguintes), orientou-se pela possibilidade de um *overruling* quando na interpretação judicial anterior haja uma incongruência ou "incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais"[79].

O Ministro Luiz Fux citou Paul Laband, George Jellinek e Hsü Dau-Lin, como autores precursores da compreensão da mutação constitucional, e também a obra de Sarlet, Ingo Wofgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 160-161[80].

E em razão da rigidez constitucional, justificou a necessidade de se afirmar uma mutação constitucional, à exemplo do que o Tribunal já havia feito com relação ao reconhecimento da união homoafetiva[81].

E mais uma vez citando Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 7. ed., 2003, p. 1.183-1.186, entendeu que a mutação constitucional ocorre à revelia da formal alteração do texto constitucional pelo Parlamento, por depender tão somente da hermenêutica constitucional que o STF vier a realizar em cada momento histórico, sobretudo por ser o guardião do texto constitucional, cuja competência é exatamente de preservar a unidade e a concordância prática das normas constitucionais[82].

---

[78] **HC 152.752**, acórdão publicado em 27.06.2018 (p. 259 de 464).

[79] **HC 152.752**, acórdão publicado em 27.06.2018 (p. 261 de 464).

[80] **AP 937 QO**, acórdão publicado em 11.12.2018 (p. 204 de 429).

[81] **AP 937 QO**, acórdão publicado em 11.12.2018 (p. 201 de 429).

[82] **AP 937 QO**, acórdão publicado em 11.12.2018 (p. 202 de 429).

E de modo similar, entendeu também ocorrer a mutação constitucional pela "nova concepção sociojurídica que a coletividade possa construir acerca de um determinado objeto da realidade", que é quando a norma constitucional passa a adquirir um sentido interpretativo diverso do que a ela era dado como predominante[83].

Afirmou ainda que a mutação constitucional serviria não só de conformação da constituição à evolução social, como também visava "assegurar a força normativa da constituição" por zelar pelos postulados da "unidade e concordância prática das normas constitucionais"[84].

E citando Hesse, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, afirmou ser relevante realizar a mutação constitucional, pois se busca "o sentimento do povo em relação à realidade constitucional", tal como o "clamor social de combate à corrupção e à impunidade"[85].

O Ministro Luiz Fux mencionou ainda a obra Ferraz, Anna Cândida da Cunha Ferraz. Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1986, p. 10, e buscou conceituar a mutação como sendo a alteração do sentido, significado e alcance do texto constitucional, sem alteração do texto escrito"[86].

E finalizou com a obra de Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 343, de que não só haveria o elemento essencial à formação do conceito de mutação, alteração das relações sociais que compõe a ordem jurídica, seja no plano fático ou jurídico, como também a advertência de que eventual monopólio do poder de alterar a constituição poderia trazer o inconveniente de "reelaborar a Lei Maior de acordo com os seus valores ou preferências"[87].

---

[83] **AP 937 QO**, acórdão publicado em 11.12.2018 (p. 203 de 429).

[84] **AP 937 QO**, acórdão publicado em 11.12.2018 (p. 208 de 429).

[85] **AP 937 QO**, acórdão publicado em 11.12.2018 (p. 209 de 429).

[86] **RE 560.900**, acórdão publicado em 17.08.2020 (p. 91 de 139).

[87] **RE 560.900**, acórdão publicado em 17.08.2020 (p. 92 de 139).

2.3.12
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Marco Aurélio

Sinteticamente, o Ministro Marco Aurélio entendeu ser caso de mutação quando do mesmo texto constitucional há nova leitura da constituição[88].

2.3.13
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Nunes Marques

O Ministro Nunes Marques, citando Verdú, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Madrid: Tecnos, 1984, v. 4, p. 179-180, entendeu haver mutação constitucional quando há a "separação entre o preceito constitucional e a realidade", assim como "reiteradas desobediências de uma norma constitucional"[89].

E para haver uma mutação seria necessário encontrar dentro do próprio texto uma justificação para uma "modificação superveniente, de fato ou de direito, que tenha alterado profundamente o contexto admitido pela norma superada". Apresentou ainda como exemplo de mutação promovida pelo STF, por "mudança fática relevante", a superação da literalidade do texto no julgamento da **ADI 4.277**, relatada pelo Ministro Ayres Britto, e julgada em 05.05.2011, sobre a superação da expressão "o homem e a mulher", contida no §3º do art. 226 da CR/88, por ter havido notória alteração fática nos costumes sociais, para fins de estender o reconhecimento como entidade familiar em favor das uniões homoafetivas[90].

Já da obra de Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 363-371, entendeu que a norma é o resultado da atividade hermenêutica do intérprete a partir do direito positivo, seguindo, porém, "princípios constitucionais estruturantes", quando se tratar de norma constitucional, desde que não haja interpretações inconstitucionais[91].

E citando a obra de J.J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, voltou ao conceito de mutação para afirmar ocorrer quando se "muda o sentido sem mudar o texto", uma verdadeira

---

[88] **RE 590.809**, acórdão publicado em 24.11.2014 (p. 08 de 89).

[89] **ADI 6.524**, acórdão publicado em 06.04.2021 (p. 193 de 202).

[90] **ADI 6.524**, acórdão publicado em 06.04.2021 (p. 194 de 202).

[91] **ADI 6.524**, acórdão publicado em 06.04.2021 (p. 195 de 202).

"evolução da realidade constitucional", desde que não gere uma modificação na constituição tão relevante que se contrapõe a '*constituo scripta*', ou seja, o limite seria o próprio texto. Em reforço, entendeu que a mutação constitucional seria um conceito jurídico associado à interpretação sistêmica das normas constitucionais, ante as "mudanças fáticas ocorridas no âmbito da sociedade"[92].

Entendeu por fim a mutação como algo constatado pelo STF, e não por ele criado[93], embora condicionasse a ocorrência às "mudanças sociais, culturais e econômicas"[94].

2.3.14
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Ricardo Lewandowski

Não viu o Ministro Ricardo Lewandowski hipótese de mutação na leitura do inciso X do art. 52 da CR/88, porque o Senado não estaria descuidando do instituto, e nem seria o caso de diminuir seu papel em várias constituições brasileira desde a de 1934, além de violar a separação entre os poderes[95]. Entendeu que suprimir o papel do Senado durante o controle de constitucionalidade seria pôr em risco a "própria lógica do sistema de freios e contrapesos"[96].

Citou como limites à mutação constitucional a separação e a independência entre os poderes, e para tanto, fundamentou a existência de tais limites na doutrina de Ferraz, Ana Cândida da Cunha. Processos informais de mudança na Constituição. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1986, p. 9-10 e ainda na doutrina de Uadi Lammêgo Bulos, mas sem indicar a fonte deste último[97].

E ainda quanto aos limites das mutações, citou a obra de Hesse, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23, pela qual, quando impossível conci-

---

[92] **ADI 6.524**, acórdão publicado em 06.04.2021 (p. 197 de 202).

[93] **ADI 6.524**, acórdão publicado em 06.04.2021 (p. 201 de 202).

[94] **RE 1.348.854**, acórdão publicado em 24.10.2022 (p. 63 de 168).

[95] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 119-120 de 197).

[96] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 121 de 197).

[97] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 122 de 197).

liar os imperativos da norma com o atual sentido teleológico que dela se espera, deve-se partir para a formal emenda, e não por via de mutação constitucional[98].

Rechaçou a acusação de que defende sempre a interpretação literal da constituição, como proposto por Kelsen, ou pelos que defendem ser o papel dos juízes apenas o de 'boca da lei', mas por entender haver limites às mutações, dentre os quais, a separação entre os poderes[99].

Também encontrou impossibilidade de conciliar o conceito de mutação à hipótese do inciso X do art. 52 da CR/88, por ser esta uma regra, e não um princípio[100]. Citou a obra de Silva, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 415-416, e ainda a necessidade de se fazer cumprir a segurança jurídica ao não interpretar como mutação constitucional a disposição do inciso X do art. 52 da CR/88[101].

Viu como limites às mutações constitucionais as cláusulas pétreas do §4º do art. 60 da CR/88[102]. A rigidez do texto constitucional não seria fundamento para permanecer estáticas suas disposições, mas que precisavam se adaptar à "dinâmica das sociedades que pretendiam ordenar, sujeitas a permanente transformação", sob pena de perda da eficácia de suas disposições, e que, portanto, a mutação constitucional seria uma necessidade[103].

E por fim, compreendeu a mutação constitucional como a decorrente da "alteração no contexto fático, ou uma mudança no substrato normativo que dá sustentação à eventual norma contestada"[104].

---

[98] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 124 de 197).

[99] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 124-125 de 197).

[100] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 125 de 197).

[101] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 127 de 197).

[102] **HC 152.752**, acórdão publicado em 27.06.2018 (p. 325 de 464).

[103] **ADC 43**, acórdão publicado em 12.11.2020 (p. 250 de 489).

[104] **ADI 6.630**, acórdão publicado em 24.06.2022 (p. 182 de 243).

2.3.15
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Roberto Barroso

O Ministro Roberto Barroso afirmou que embora a constituição possa ser entendida não só como o produto do poder constituinte originário ou reformador, e da interpretação a que chegam os tribunais, ante a interação da realidade fática, a mutação encontraria limites na própria literalidade e textos constituiconais[105].

Constatou ser possível alterar informalmente a Constituição por via interpretativa judicial, ante a nova análise do "mesmo conjunto de fatos à luz de uma nova percepção". Lembrou a mudança de entendimento sobre o foro por prerrogativa de função, quando o STF tinha entendimento até sumulado a respeito de manter sua competência (Súmula n. 394 do STF), mesmo após o termino do cargo ou mandato do detentor, embora a norma constitucional continuasse a mesma nas duas interpretações, porém o alterou para as instâncias inferiores[106].

Também citou como hipótese de mutação constitucional a alteração do entendimento do Tribunal a respeito da vedação ao nepotismo, pois antes admitia, e agora não mais, a nomeação de parentes para cargos políticos de comissão, ante a mudança de como se passou a ler "a ideia de moralidade e de impessoalidade"[107].

Registrou haver a possibilidade de um caso qualquer ser interpretado como uma "mudança de jurisprudência", ou uma hipótese de mutação constitucional[108]. Já por mutação constitucional entendeu a "tensão entre normatividade e facticidade", uma necessidade de ajustar, de concretizar o Direito com os novos fatos sociais (p. 31 de 103). E que seria possível se ler como mutação constitucional caso houvesse algum "impacto traumático da própria realidade" criado como consequência de entendimento anterior[109].

Seria mutação constitucional quando o Tribunal muda o entendimento já posto sobre dado tema, por nova percepção da realidade social ou mudança na

---

[105] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 185 de 197).

[106] **ADI 5.127**, acórdão publicado em 11.05.2016 (p. 82 de 130).

[107] **ADI 5.127**, acórdão publicado em 11.05.2016, (p. 83 de 130).

[108] **RE 723.651**, acórdão publicado em 05.08.2016 (p. 133 de 136).

[109] **HC 126.292**, acórdão publicado em 17.05.2016 (p. 32 de 103).

compreensão de dado fenômeno[110]. E na possibilidade de se utilizar da mutação constitucional para alterar o entendimento judicial a respeito de norma constitucional ante impactos negativos da decisão judicial anterior[111].

Entendeu ser caso de mutação quando após consolidada jurisprudência o STF precise alterá-la em razão de "mudança na percepção do direito aplicado"; "mudança na realidade de fato"; ou em razão "das consequências práticas e negativas de uma determinada linha de interpretação"[112]. Não haveria erro em posicionamento anterior do Tribunal, quando se afirme uma mutação, em razão de que não só a vida teria mudado, como também "a percepção do Direito e dos fatos"[113].

Citou como exemplo de mutação a mudança da interpretação do STF a respeito da execução penal antes do trânsito em julgado, em razão da produção de "consequências negativas de tal ordem que justificaram uma reinterpretação"[114].

Afirmou que as constituições apesar de serem escritas para durarem não são eternas e nem imunes às mudanças, podendo ser interpretadas de modo diverso, alterando-se, informalmente, seus significados "sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto", e sem que se utilize de emendas formais[115].

Vislumbrou como limites à mutação constitucional a existência no próprio texto constitucional escrito dos "sentidos possíveis do texto", além da necessidade de serem observados os "princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição". Haveria a necessidade de se aplicar um sentido interpretativo novo que não caiba no texto, seria necessária "a convocação do poder constituinte reformador", pelo parlamento[116].

Apresentou a mutação como decorrente de "mudanças na realidade institucional e novas demandas por parte da sociedade recomendam", associada à "plas-

---

[110] **RE 778.889**, acórdão publicado em 01.08.2016 (p. 65 de 69).

[111] **ARE 964.246 RG**, acórdão publicado em 25.11.2016 (p. 43 de 86).

[112] **ADI 5.540**, acórdão publicado em 28.03.2019 (p. 31 de 267).

[113] **ADI 5.540**, acórdão publicado em 28.03.2019 (p. 57 de 267).

[114] **ADI 5.540**, acórdão publicado em 28.03.2019 (p. 57 de 267).

[115] **ADI 4.764**, acórdão publicado em 15.08.2017 (p. 51 de 140).

[116] **ADI 4.764**, acórdão publicado em 15.08.2017 (p. 52 de 140).

ticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais"[117]. E entendeu ser um limite o poder constituinte, e em última análise a soberania popular[118].

Impôs, porém, três requisitos à caracterização de uma mutação: "mudança relevante na realidade social", "mudança na compreensão do Direito" e "impactos negativos que uma determinada interpretação tenha produzido no mundo real"[119].

Afirmou ser "uma mutação constitucional em sentido técnico" quando o Tribunal embora não considere errado o entendimento anterior, adota sentido interpretativo diverso, baseado na mudança da "realidade fática", ou na mudança da "percepção social do Direito" ou também "porque as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial revelaram-se negativas"[120]. Entendeu, porém, como hipótese a caracterizar uma mutação constitucional a evolução social de um conceito jurídico relevante, como o racismo, aliado à omissão legislativa em coibir certas práticas e alteração na percepção social sobre o tema[121].

O Ministro Roberto Barroso conceituou a mutação constitucional como uma modificação informal da Constituição, que transforma o sentido e o alcance das normas constitucionais, sem qualquer alteração do seu texto[122]. E novamente apresentou três critérios para permitir a identificação de uma mutação pelo STF: mudança na percepção do Direito, pois o modo como hoje se interpreta a igualdade não é o mesmo de anos atrás; mudança na realidade fática, e os "impactos negativos produzidos por um determinado entendimento jurisprudencial"[123].

Justificou a ocorrência de uma constitucional, citando obra própria, Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, 9. ed., 2020, p.

---

[117] **ADI 4.362**, acórdão publicado em 06.02.2018 (p. 43-44 de 86).

[118] **ADI 4.362**, acórdão publicado em 06.02.2018 (p. 45 de 86).

[119] **HC 152.752**, acórdão publicado em 27.06.2018 (p. 164 de 464).

[120] **AP 937 QO**, acórdão publicado em 11.12.2018 (p. 12 de 429).

[121] **MI 4.733**, acórdão publicado em 29.09.2020 (p. 76 de 282).

[122] **MI 4.733**, acórdão publicado em 29.09.2020 (p. 78 de 282).

[123] **ADC 43**, acórdão publicado em 12.11.2020 (p. 106 de 489).

142-143, para afirmar que a "literalidade de um texto não é a única ou a melhor forma de interpretá-lo", ante as possibilidades semânticas que dele se extrai[124].

E finalizou reiterando serem limites às mutações constitucionais "as possibilidades semânticas do relato da norma", e com isso os sentidos possíveis, e a preservação dos "princípios fundamentais que dão identidade" à Constituição. Inclusive, no ponto, e como resultado final do julgado, propôs integrasse uma das teses a ser firmada, a qual não foi acatada, que "Eventual reconhecimento de uma mutação constitucional tem como limite as possibilidades semânticas do texto"[125].

2.3.16
A mutação constitucional judicial pela Ministra Rosa Weber

Já a Ministra Rosa Weber afirmou que o tempo autorizaria a releitura de enunciados normativos[126]. E preocupou-se com eventual mutação no inciso X do art. 52 da CR/88, pois se estaria lendo de modo diverso a redação original da constituição, onde é textual em afirmar "suspender a execução", e não dar "mera publicidade" a decisão judicial que declare inconstitucionalidade pelo STF[127].

Entendeu haver mutação quando há a necessidade de nova interpretação judicial da Constituição "diante da evolução dos fatos", uma "viragem jurisprudencial"[128]. E a conceituou como decorrente de "mudança da realidade fática", mudança na percepção do direito, "pelas consequências práticas" e negativas do entendimento então dominante[129].

Entendeu como uma das condições à ocorrência do fenômeno a "substancial mudança fática, jurídica"[130]. E citando a obra de Abboud, Georges. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, entendeu possível a mutação se presentes "mutações jurídicas ou de

---

[124] **ADI 6.524**, acórdão publicado em 06.04.2021 (p. 162 de 202).

[125] **ADI 6.524**, acórdão publicado em 06.04.2021 (p. 162 de 202).

[126] **ADPF 54**, acórdão publicado em 30.04.2013 (p. 112 de 433).

[127] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 185 de 197).

[128] **ADI 4.764**, acórdão publicado em 15.08.2017 (p. 102 de 140).

[129] **AP 937 QO**, acórdão publicado em 11.12.2018 (p. 95 de 429).

[130] **ADI 6.775**, acórdão publicado em 17.11.2021 (p. 09 de 25).

alterações fáticas significativas", a partir das quais seria possível ao STF "afastar ou rever suas decisões, possuindo o ônus da argumentação para tanto"[131].

E por fim, a entendeu como "a mudança do quadro fático, a mudança do quadro normativo ou até uma mudança de percepção da própria sociedade"[132].

2.3.17
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Sepúlveda Pertence

O Ministro Sepúlveda Pertence não admitiu ser hipótese de mutação a nova interpretação proposta ao inciso X do art. 52 da CR/88, por haver expressa opção política do constituinte não só de 88, mas de todas as constituições a partir da de 1934, em remeter ao Senado a prerrogativa de, querendo, suspender a execução de lei declarada inconstitucional, em controle concentrado, pelo STF[133].

E por fim, foi categórico em afirmar que via a mutação constitucional proposta como um "cheiro de golpe de Estado", pela excessiva ampliação dos poderes do STF, que não estaria assim imune a tais tentações[134].

2.3.18
A mutação constitucional judicial pelo Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori Zavascki citou as "inevitáveis mudanças da realidade das coisas" como justificadoras da constante interpretação da constituição, visando mantê-la viva por mais tempo, sem o risco de contínuas rupturas políticas a exigir novos textos constitucionais[135]. E entendia que a ampliação da interpretação das cláusulas pétreas, como meio de limitar a leitura da constituição, em vez de trazer estabilidade e maior segurança jurídica a seu texto, alimentava contínuas rupturas políticas visando a adaptação do texto escrito[136].

---

[131] **ADI 5.383**, acórdão publicado em 22.11.2021 (p. 16 de 20).

[132] **ADI 6.630**, acórdão publicado em 24.06.2022 (p. 168 de 243).

[133] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 91-96 de 197).

[134] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 91 de 197).

[135] **ADI 4.425**, acórdão publicado em 19.12.2013 (p. 211 de 310).

[136] **ADI 4.425**, acórdão publicado em 19.12.2013 (p. 211 de 310).

Aduziu ser necessária a mutação do inciso X do art. 52 da CR/88, pois sua redação decorre, originalmente, de proposta à Constituição de 34 do então Deputado Federal, e posteriormente, Ministro do próprio STF, Prado Kelly[137], que visava estender a eficácia contra todos das decisões proferidas, até então restritas às hipóteses de extensão dos efeitos jurídicos em *Habeas Corpus*, como ocorrido nos HCs propostos por Ruy Barbosa à época[138].

Esclareceu por fim, que a finalidade de o Senado poder suspender no todo ou parte uma norma declarada inconstitucional pelo STF, se dava por uma questão de ordem prática, pois eventualmente, alguma norma estadual ou municipal, poderia a ela fazer indevida referência, o que geraria insegurança jurídica[139].

A seguir, a síntese da relação das obras e autores citados pelos ministros do STF, para fundamentar ou justificar o uso conceitual de mutação constitucional judicial em seus votos.

2.4
A relação dos autores e obras citados pelos ministros do STF sobre mutação constitucional judicial

Assim, segue abaixo, as referências bibliográficas como apresentadas pelos ministros, sem nenhum acréscimo de outros elementos aptos a melhor identificá-las, salvo correções quanto a grafias dos nomes ou das obras, para manter a unidade das citações semelhantes:

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BADURA, Peter. Verfassungsänderung, Verfassungswandel Verfassungsgewohnheitsrecht. ISENSEE, J.; KIRCHHOF, Paul (orgs.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Tomo VII. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992.

[137] O Ministro José Eduardo do Prado Kelly foi indicado para o STF pelo Presidente da República Humberto de Alencar Castello Branco em 16.11.1965, em razão AI n. 2, de 27.10.1965, a partir do qual também foram criadas quatro outras vagas no mesmo momento de exceção política entre os anos de 1964 a 1985, e logo então nomeados: o Ministro Carlos Medeiros Silva, o Ministro Aliomar de Andrade Baleeiro, o Ministro Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello e o Ministro Adalício Coelho Nogueira .

[138] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 157 de 197).

[139] **Rcl 4.335**, acórdão publicado em 22.10.2014 (p. 158 de 197).

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. [não foram mencionados pelo ministro a Cidade e Editora], 2015.

_____, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Série "Arquivos do Ministério da Justiça"**.** Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 145.

BROX, Hans. Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht. **Festschrift für Willi Geiger**. [não foram mencionados pelo ministro os dados faltantes] p. 809.

BRYDE, Brun-Otto. **Verfassungsengsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrechf der Bundesrepublik Deutschland**. [não foram mencionados pelo ministro os dados faltantes] p. 412-413.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 411-413.

_____, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1102, 1183-1186.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris [não foram mencionados pelo ministro os dados faltantes], 1997.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de La Constitución**. Trad. espanhola de Christian Förster, Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998. p. 68 et seq.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.p. 64 et seq.

HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden (orgs.). **Probleme der Verfassungsinterpretation**.[não foram mencionados pelo ministro os dados faltantes] 1976. p. 312-313.

_____, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora, 2002. p. 13-15.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22-23.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitution**. Trad. espanhola de Christian Förster, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 15-35.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 363-371.

_____. Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? [não foram mencionados pelo ministro os dados faltantes]

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Ed. Atlas, 2009. p. 185-186.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: [não foram mencionados pelo ministro os dados faltantes], 1997. p. 495.

LOEWENSTEIN, Karl. **Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten**, Berlin, 1959. p. 427.

_____, Karl. **Teoría de la constituición**. Barcelona: Ariel, 1986. p. 218.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 233 et seq.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (Orgs). **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, [não foram mencionados pelo ministro os dados faltantes] p. 134.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. MENDES, Gilmar Ferreira; MO-

RAIS, Carlos Blanco. (Coord.). **Linha Direito Comparado Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 183.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 81.

SARLET, Ingo Wofgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 160-161.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 343.

SILVA, Gustavo Just Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. p. 65-66.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 415-416.

As referências sobre mutação, tais quais citadas pelos ministros, foram analisadas nos capítulos, e contribuíram para o entendimento não só de um conceito próprio do fenômeno para a jurisdição do Tribunal, como também para as condições indispensáveis à sua ocorrência, e circunstâncias irrelevantes.

2.5
A síntese do conceito de mutação constitucional judicial, com seus requisitos e limite, como apresentada pelos ministros do Pleno do STF, no período de 18.11.2012 a 24.11.2022

Foi possível afirmar o conceito, justificações e limite da mutação reconhecidos pelos ministros do STF, no período de 18.11.2012 a 24.11.2022 ser a *Mutação constitucional judicial* um processo informal de alteração da CR/88, sem participação do Parlamento, pelo qual o STF atribui um novo sentido ou alcance interpretativo ao mesmo texto constitucional escrito, sem alteração de sua redação, ante a necessidade de contínua e constante interpretação no tempo, visando sua maior concretização ou garantia de força normativa, sejam pelas mudanças sociais ou jurídicas que permitem novas valorizações ou percepções da realidade, ou em razão da omissão ou inércia do Estado em efetivar direitos, pois o texto escrito não deve ser confundido com a norma constitucional aplicável.

Apresentado o conceito como entendido pelos ministros, reservou-se para o Capítulo seguinte, a demonstração de problemas de hermenêutica constitucional decorrentes desses entendimentos, com a ênfase no uso dos modernos métodos de interpretação concretizadora que trazem o voluntarismo em decisões judiciais no controle de constitucionalidade, mesmo partindo do mesmo texto constitucional escrito, gerando com isso segurança jurídica.

3 Capítulo
Problemas de hermenêutica da mutação constitucional

Neste terceiro capítulo, tem-se como objeto de análise os problemas de hermenêutica constitucional associados à mutação constitucional judicial, cujo recorte compreende, portanto, os julgados do Pleno do STF, de 05.10.1988 a 24.11.2022, como estudo de casos sobre mutação constitucional judicial.

No Capítulo anterior foram apresentados como os ministros do STF, no período de 18.11.2012 a 24.11.2022, conceituaram a mutação constitucional judicial, seus requisitos e limites, e as obras e autores que contribuíram para aquela compreensão, os quais foram neste Capítulo tratados e desenvolvidos, visando aprofundar a análise de problemas detectados na hermenêutica constitucional.

Dentre os problemas detectados, e que foram demonstrados empiricamente nos capítulos que se seguem desta tese, foi a ausência de demonstração pelos ministros de certas condições aparentemente indispensáveis à ocorrência do fenômeno, tais como a ausência de limites, e ainda a exigência, por alguns, de circunstâncias que se mostraram irrelevantes ao fenômeno.

Ainda neste Capítulo, além do tratamento teórico das obras e autores referidos no Capítulo anterior, foram demonstrados como o uso dos modernos métodos de interpretação das normas constitucionais, em especial, os que buscam aparentemente concretizar a Constituição, podem trazer não só insegurança jurídica ao permitirem decisões judiciais baseadas na vontade momentânea da maioria de seus membros, como também podem contribuir para a aparente e excessiva concentração de poder estatal no âmbito do STF, à revelia dos demais poderes.

Este Capítulo então foi dividido em quatro momentos. No primeiro, analisou-se as implicações para a mutação constitucional judicial com o uso dos modernos métodos de hermenêutica constitucional. Quando foram apresentadas breves considerações sobre a importância de não se desconsiderar os métodos clássicos para a hermenêutica constitucional, bem como a relação dos modernos métodos de hermenêutica constitucional com a mutação constitucional judicial, na perspectiva dos ministros do STF.

No segundo momento, foram analisadas as contribuições das obras e autores citados pelos ministros do STF e referidas no capítulo anterior, a respeito de mutação. Já no terceiro momento, foram analisadas a relação da omissão e da lacuna das normas constitucionais para a mutação constitucional judicial, bem como os usos e costumes, como fontes secundárias, e ainda as omissões e lacunas do texto constitucional, quando se relacionam com o tema.

E por fim, foram demonstradas as coletas de dados para os estudos de casos desta tese, indicando o marco temporal, em cinco períodos de maiores estabilidades na composição do STF, os critérios de inclusão e de exclusão da pesquisa e a justificativa da metodologia adotada.

3.1
As implicações para a mutação constitucional judicial com o uso dos modernos métodos de hermenêutica constitucional

No âmbito do Direito, e de modo bastante sintético, pode-se afirmar, ancorado na doutrina de Carlos Maximiliano, que a hermenêutica, no sentido mais amplo de sua acepção, é a ciência que estuda e sistematiza o modo como se interpreta o "sentido e o alcance das expressões do Direito", ou, "a teoria científica da arte de interpretar" (Maximiliano, 2017, p. 14). Interpretar seria então pôr em prática, executar ou fazer cumprir o que diz o Direito, a partir de pressupostos estabelecidos pela ciência hermenêutica.

Para a hermenêutica jurídica, a dificuldade seria como extrair dos textos jurídicos, das normas positivas, os possíveis sentidos a solucionar questões sociais. E a partir desta premissa, e observando que para o filósofo alemão Martin Heidegger, em obra sobre a influência da percepção do tempo na interpretação em geral, haveria um pressuposto à atividade interpretativa em geral, pela associação entre o discurso e a linguagem[140], e que esta poderia ser escrita ou oral, mas muitas vezes ambígua e vaga, a demandar sempre demanda uma interpretação (Heidegger, 2012, p. 455).

[140] Adrian Sgarbi recomenda, porém o uso da técnica de Ludwig Wittgenstein, 'jogo de linguagem', como a busca pelo entendimento de um fato através da linguagem, sobretudo quando uma dada palavra ou expressão permite múltiplos sentidos, como a palavra 'Direito' (Sgarbi, 2006b, p. 279). E sintetiza afirmando que o significado de uma palavra ou expressão tem a ver com o uso que dela se faz, e seu contexto, semelhante as peças e as regras de um jogo.

Já para o também filósofo alemão Hans-Georg Gadamer, em obra específica sobre a hermenêutica da filosofia em geral, a linguagem seria o centro deste processo interpretativo (Gadamer, 1997a, p. 703). De todo modo, Heidegger, que iria no futuro até abandonar esta proposta, via dificuldade na hermenêutica por ser um processo cíclico que envolveria a prévia compreensão do intérprete a respeito do que precisava ser entendido, a partir do conhecimento acumulado, e o resultado dessa interpretação, o que demandaria novas interpretações a partir de então, num contínuo 'círculo hermenêutico' (Heidegger, 2012, p. 431).

Em crítica, mas também em complementação ao 'círculo hermenêutico' proposto por Heidegger, Gadamer apresentou a necessidade de um diálogo implícito entre quem expressa a ideia pela linguagem utilizada, o escritor, e seu interlocutor intérprete, o leitor, e que o resultado da informação a ser passada não seria o que pretendia o escritor dizer originalmente, "mas o que queria dizer se tivesse sido seu interlocutor originário". E concluiu afirmando que, um texto escrito, no qual há uma ordem implícita a ser cumprida, precisaria ser interpretado conforme o sentido almejado pelo escritor, "e não ao pé da letra" (Gadamer, 2002b, p. 382 e 396-398). Deste modo, para Gadamer haveria uma interdependência entre quem interpreta e o que é interpretado, pois aquele também participaria desse processo (Gadamer, 2002b, p. 382).

Saindo da hermenêutica em geral e focando especificamente na hermenêutica jurídica, e embora esta apresente vários caminhos à interpretação e aplicação de todos os ramos do Direito, a que aqui se cuidou foi tão somente a hermenêutica constitucional, que visa estabelecer pressupostos para a compreensão e a interpretação de normas constitucionais, e suas implicações à mutação judicial.

Inclusive constata Inocêncio Mártires Coelho que em razão da "variedade de meios hermenêuticos e do modo como são utilizados" para fins de interpretação constitucional, por si só já é um problema a solucionar pelo intérprete, em razão da "inexistência de critérios que possam validar a escolha", bem como pela ausência "de uma teoria que sustente a seleção de métodos e princípios com que trabalhem a Constituição", o que acaba gerando escolha "ao sabor de sentimentos e intuições pessoais" (Coelho, 2004, p. 24). O autor critica ainda até mesmo a escolha do método hermenêutico tão somente pelo critério de sua "pré-

compreensão” a respeito do problema e da norma a ser aplicada, por não haver ciência por detrás desta escolha e nem segurança nos seus resultados.

Porém, sem muitas digressões históricas, ou intrincadas costuras doutrinárias e filosóficas, por não ser este o objetivo central desta tese, mas limitando-se ao apresentado por Paulo Bonavides, um dos principais teóricos da hermenêutica contemporânea, categoriza os métodos de interpretação em duas amplas esferas, a velha e a nova hermenêutica. Propõe ele uma abordagem distinta entre a hermenêutica clássica, ou a velha hermenêutica do Direito, e uma nova hermenêutica, ou uma moderna hermenêutica constitucional, a partir das contribuições teóricas de meados do século XX, tudo visando a concretização das normas da constituição (Bonavides, 2011, p. 258).

Para Paulo Bonavides, a hermenêutica clássica não se prestaria à interpretação das normas constitucionais, pois desenvolvida para a interpretação das normas em geral, na era dos Códigos, do positivismo jurídico. Já a moderna hermenêutica constitucional, seria assim mais apta por visar concretizar as promessas políticas insculpidas nas regras constitucionais, e mais especialmente nos princípios constitucionais (Bonavides, 2011, p. 262 e 266).

Também observou haver esta distinção Virgílio Afonso da Silva, entre os métodos hermenêuticos clássicos propostos a partir de Savigny e exclusivamente para o direito privado, e os chamados métodos modernos, relacionados à hermenêutica constitucional. No entanto, advertiu Virgílio Afonso da Silva quanto ao uso não refletido de toda essa literatura germânica, para a qual não se deve sempre encarar "como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis" (Silva, 2005b, p. 115-116). E criticou inclusive a importação, pela doutrina constitucional brasileira, dos princípios interpretativos apresentados por Konrad Hesse, supostamente aplicados pelo Tribunal Constitucional Alemão, pois eles não são referidos por outros autores alemães, apenas por Hesse (Silva, 2005b, p. 117-118).

E embora não seja também um dos objetivos específicos desta tese, a identificação e nem o tratamento teórico mais aprofundado a respeito de todas as possibilidades hermenêuticas das normas constitucionais, mas apenas naquilo que se relaciona com a mutação constitucional, tornou-se relevante registrar, que os métodos interpretativos das normas em geral, os clássicos propostos por Friedrich

Savigny em 1840, partem da redação da norma, para uma interpretação "gramatical"*;* ou partem de seu contexto, para uma interpretação "sistemática"*;* ou de sua finalidade, para uma interpretação mais "teleológica"*;* ou dos materiais jurídicos, para uma interpretação "histórica" (Bach, 2021, p. 1; Larenz, 1997, p. 450).

Já os métodos não clássicos, ou métodos modernos de hermenêutica, ou ainda a 'nova hermenêutica' ou a 'hermenêutica contemporânea', como prefere Paulo Bonavides, adotaram múltiplas perspectivas, embora nem sempre estejam atreladas às disposições expressas do texto constitucional (Bonavides, 2011, p. 488). Pela moderna hermenêutica constitucional, são métodos: o "Científico Espiritual", proposto por Rudolf Smend em 1928; o método "Tópico Problemático", proposto por Theodor Viehweg em 1953; o método "Hermenêutico Concretizador", proposto por Konrad Hesse em 1967; o "Método Concretista" da constituição aberta de intérpretes, proposto por Peter Häberle, em 1975 e o "Método Normativo Estruturante", proposto por Friedrich Müller em 1977.

Registrar desde já no ponto, que no Capítulo anterior, e dentre os autores citados pelos ministros do STF a justificar uma possível mudança no entendimento da constituição, foram expressamente mencionados dos métodos hermenêuticos concretistas, Konrad Hesse, Peter Häberle e Friedrich Müller, os quais foram a seguir apresentados com suas teorias.

No entanto, e como se verá no tópico a seguir, por esta tese não se mostrou adequado o descarte de todos os métodos clássicos para a interpretação das normas constitucionais, sendo ainda úteis em dadas circunstâncias. Vejamos.

3.1.1
Breves considerações sobre a importância de serem ainda considerados os métodos clássicos para a hermenêutica constitucional

Apesar dos métodos clássicos propostos por Savigny em 1840 (Savigny, 1840b, p. 213), em especial o gramatical, não ter sido desenvolvido visando a hermenêutica constitucional, mas sim às normas jurídicas em geral, apresenta-se este ainda a vantagem de garantir a estabilidade linguística, por não admitir conclusões do vazio normativo. Por outro lado, o método gramatical não se apresenta suficientemente adequado para a interpretação de todas as espécies de normas

constitucionais, sobretudo as principiológicas, de conteúdos mais abertos, por deixarem eventualmente escapar uma cobertura aplicável da norma constitucional.

De fato, o método gramatical não se mostra suficientemente adequado à perfeita compreensão de conceitos propriamente abertos como "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º da CR/88), ou "independência nacional" (inciso I do art. 4º da CR/88) ou mesmo o princípio da igualdade (inciso I do art. 5º da CR/88). No entanto, ainda bastante eficiente e útil à interpretação de disposições que visem garantir a execução de direitos fundamentais contra eventual exercício abusivo do Estado, dentre as quais, a norma constitucional que não permite um juízo ou tribunal de exceção (inciso XXXVII do art. 5º da CR/88); a que exige a legalidade em sentido estrito para a definição de crimes, e a cominação de penas (inciso XXXIX do art. 5º da CR/88); e a que não admite possa haver uma lei que retroaja para punir fatos até não puníveis (inciso XL do art. 5º da CR/88).

Afora o método gramatical, há também o hermenêutico clássico "lógico", que pressupõe a análise por uma dedução de silogismo entre o que é apresentado na norma e o fato a ser interpretado (Savigny, 1840b, p. 214), o qual também pode ainda ser adotado para interpretar certas espécies de normas constitucionais.

Na Constituição de 88, há, por exemplo, as normas constitucionais que tratam sobre a definição de impostos, com seus fatos geradores, bases de cálculo e respectivas alíquotas, e eventuais hipóteses de imunidades tributárias, as quais precisam ser interpretadas pelo método hermenêutico clássico lógico, como as que tratam dos impostos da União (art. 153), dos Estados e do Distrito Federal (art. 155) e dos Municípios (art. 156), não sendo adequadas para tais normas o uso dos métodos modernos de hermenêutica constitucional, por gerarem eventuais novos conflitos inconciliáveis.

Há ainda o método hermenêutico clássico denominado "histórico", que explica a razão pela qual certas disposições normativas existem, ou porque ainda são úteis, indicando assim sua origem no tempo e finalidade (Bach, 2021, p. 9). Neste aspecto, não se pode desconsiderar as normas constitucionais que tratam da forma federativa do Estado brasileiro (art. 1º e art. 18 da CR/88), pois remontam ao processo histórico de formação do país, desde as províncias estabelecidas na Constituição Imperial de 1824 (art. 2º da CR/1824), a norma constitucional que trata da

língua portuguesa, como único idioma oficial do Estado brasileiro (art. 13 da CR/88), ou da que impõe ao Estado a proteção dos "índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições" (art. 231 da CR/1824), que remontam ao período do Brasil Colônia, por obviedade.

Já pelo elemento hermenêutico clássico "sistemático", a norma deveria ser interpretada em conjunto com as demais instituições jurídicas do direito para formar uma unidade. E como exemplos: as que organizam e coordenam as atividades policiais (inciso XXI do art. 22 e art. 144 da CR/88); as que tratam da seguridade social (art. 194 da CR/88); ou do sistema único de saúde (art. 198 da CR/88), por ser necessário considerar toda a infraestrutura estatal.

Observar ainda que à época da construção e desenvolvimento teórico a respeito da mutação constitucional em geral, tema tratado no *Capítulo 1* , os autores do século XIX (Paul Laband em 1895 e Georg Jellinek em 1906), só havia a hermenêutica clássica. E como visto, a dificuldade no uso generalizado dos métodos clássicos à interpretação constitucional não apresentou soluções para todas essas espécies normativas, ou mesmo para eventuais omissões ou lacunas do texto constitucional escrito, ou para os aparentes conflitos entre princípios constitucionais. Pela hermenêutica clássica, ao intérprete restava buscar o nebuloso valor ou a imprecisa intenção original do legislador, ou ainda a difícil lógica por detrás da norma (Savigny, 1840b, p. 228).

O constitucionalista português Jorge Miranda observou inclusive haver dificuldades no processo interpretativo das normas constitucionais, como "fatores de perturbação", seja em razão da variedade de normas constitucionais dentro do mesmo texto; o problema de sua eficácia; a incompletude ou a indeterminação de suas prescrições; a proximidade com os "factos políticos", e com isso a influência "ineliminável" da vontade dos intérpretes por suas ideologias ou "pré-compreensões"; os diferentes critérios que cada órgão do estado adota para realizar essa atividade interpretativa (Miranda, 2002, p. 652).

Porém, e por outro aspecto, foi a intensificação do uso desses métodos modernos de interpretação constitucional em meados do século XX, e em especial após o fim da II Guerra Mundial (Bonavides, 2011, p. 476 e 483; Freitas, 2016, p. 42; Rosane Roesler, 2014, p. 37), durante o período conhecido como 'neoconsti-

tucionalismo' (Champeil-Desplats, 2023, p. 36), que se observou haver outros problemas hermenêuticos, sobretudo quando associados à técnica da mutação constitucional judicial, pela possibilidade de se impor supostos significados ocultos das disposições constitucionais principiológicas, com inclusão de novas teorias, ideias, fundamentos ou conclusões que não seriam possíveis pelos métodos hermenêuticos clássicos de interpretação das normas (Stock, 2017, p. 161).

Por fim, embora ainda úteis, os métodos clássicos não se destinam a todas as normas constitucionais, assim como os métodos mais modernos também não se destinam a quaisquer das espécies de normas da Constituição. Cada norma constitucional precisa ser interpretada por um método que a torne mais eficaz, embora possa vir a ser prejudicada pela intenção do intérprete. Todas essas perspectivas precisam ser observadas quando de eventual mutação constitucional judicial, tema a ser abordado no tópico a seguir.

3.1.2
A relação dos modernos métodos de hermenêutica constitucional com a mutação constitucional judicial, na perspectiva dos ministros do STF

Já a partir dos modernos métodos hermenêuticos de interpretação judicial da constituição, concentrou-se no Poder Judiciário uma tarefa de tradução das necessidades sociais, em razão da auto-afirmação de ser o maior e o último guardião dos áureos anseios políticos, com poderes assecuratórios e contramajoritárias em favor de supostas minorias, em aparente prejuízo à democracia representativa do parlamento (Oliveira e Silveira, 2013, p. 7). Porém, o uso abusivo dessa competência constitucional judicial, de guarda da constituição, e de dar a última palavra no controle de constitucionalidade, tem o potencial de desequilibrar a relação com os demais poderes (Marinoni, 2022b, p. 850).

É certo que antes desse comportamento decisório do STF, como apontado empiricamente nos próximos capítulos, já houve no passado uma arraigada crença na 'reverência mística e lealdade religiosa' aos antigos monarcas, por suas supostas visões privilegiadas de mundo (Bagehot, 1873, p. 69). Também já houve uma 'fé romântica numa força mística' advinda do Parlamento (Dau-Lin, 1998, p. 24), ou uma crença de que os legisladores conheceriam o melhor caminho a percorrer

para o futuro, e que tudo poderia ser expressado em normas positivadas, ante o formalismo legalista (Bonavides, 2011, p. 501).

Mas é desse atual comportamento decisório, a cargo do STF, de centralização das decisões políticas por meio de decisões judiciais, utilizando-se o Tribunal da hermenêutica constitucional, embora nem sempre de modo explícito, como apontado por Virgílio Afonso da Silva, em pesquisa empírica e direta com os ministros do Tribunal (Silva, 2021d, p. 37).

Inclusive, na pesquisa acima referida, um dos ministros chegou a reconhecer que um dos fatores da falta de sintonia entre eles era que "partem de metodologias interpretativas distintas", já outro, não identificou relevância na escolha de tais métodos, mas sim na escolha da justificação da decisão a ser tomada, e outro ainda, reconheceu que "nenhum ministro fala do método que adotou pra chegar" à solução (Silva, 2021d, p. 37-38). No entanto, e embora a relevância da crítica acima, constatou-se que alguns ministros do STF, na análise prévia desenvolvida no Capítulo precedente, em 206 (duzentas e seis) ocorrências sobre mutação constitucional judicial identificadas no período de 18.11.2012 a 24.11.2022, em 43 (quarenta e três) acórdãos lá expressamente citados, os métodos concretistas dos alemães Konrad Hesse, Peter Häberle e Friedrich Müller constaram em muitos dos votos proferidos, como se verá na análise deste Capítulo.

Já outros não deixavam claro qual método hermenêutico adotaram, o que não foi empecilho para se perceber que o caminho decisório visava claramente para uma constituição mais concreta e mais eficaz, também como se verá abaixo.

De todo modo, o que interessa para este estudo não é identificar a expressa menção ou não de algum dos métodos hermenêuticos por parte de cada ministro do STF, nem se o fazem corretamente, tema que poderia claramente ser objeto de outra tese, mas sim como as soluções jurídicas encontradas, a partir desses métodos, influenciaram a mudança de entendimento do Tribunal a respeito de norma constitucional escrita, mesmo que sua redação remanescesse intacta.

A crítica que aqui se apresenta, e que será aprofundada no *Capítulo 8*, é que pelo modo como são utilizados os modernos métodos hermenêuticos constitucionais, os ministros extrapolam o exercício de sua jurisdição ao realizarem mutações, por via interpretativa judicial, sem a adoção de critérios mais objetivos ou

mais seguros. E ao assim realizarem, invadem o campo de atribuições dos demais poderes, agem como legisladores positivos, desconsideram não só regras constitucionais de sentidos unívocos, como também as claras opções políticas dos representantes democráticos, e ainda lesionam cláusulas pétreas, como serão demonstrados com estudos de casos empíricos nos capítulos que se segue nesta tese.

E em razão de os modernos métodos hermenêuticos estarem sendo utilizados para legitimar leituras voluntaristas e arbitrárias por parte dos ministros , legitimando-os a chegar a qualquer resultado que almejem, independentemente do que esteja escrito na Constituição, é que esta tese visou contribuir para a formação de uma teoria constitucional sobre a aplicação à mutação constitucional judicial.

No tópico a seguir foram individualmente citados cada um dos cinco modernos métodos de hermenêutica constitucional, todos propostos por alemães, como também constatado por Paulo Bonavides (Bonavides, 2011, p. 183).

3.1.2.1
O método Científico Espiritual proposto por Rudolf Smend em 1928

Tem-se o primeiro método, o "Científico Espiritual ou Integrador" proposto Rudolf Smend em 1928, que focava na solução das questões que envolviam a existência do Estado e sua relação como representante político da unidade espiritual coletiva da sociedade que o fez surgir (Smend, 1985, p. 62).

O método "Científico Espiritual ou Integrador" propõe uma síntese das múltiplas expressões de um povo, em contínua e permanente atividade de integração de todas as partes desse todo, pressupondo três aspectos: a "integração pessoal", decorrente das ações dos agentes políticos e da sociedade; a "integração funcional", como uma busca do entender os processos coletivos que unem os grupos políticos de um dado povo ou o exercício dos poderes, e aspectos como a dialética política, formação de minorias e maiorias, o compartilhamento de valores comuns (Smend, 1985, p. 78); e a "integração material", no proteger ou tutelar objetivos comuns de certas comunidades de pessoas reconhecidas pelo Estado (Smend, 1985, p. 93).

Por este método, as omissões e as lacunas constitucionais não seriam problemas insolúveis ou que devessem ser desconsiderados, pela possibilidade de se buscar fundamentos outros dentro da normatividade para garantir a atualidade e a

integração entre todos os membros da sociedade. Por outro lado, sua associação à mutação constitucional judicial, pressupõe que o Tribunal Constitucional almeje, continuamente, uma interpretação que busque unir os vários e razoáveis interesses em conflito, sem se focar em um único aspecto.

No entanto, este método ou seu autor, não foram expressamente mencionados pelos ministros no Capítulo anterior, e nem nos estudos de casos dos capítulos seguintes, motivo pelo qual sua teoria não será aqui aprofundada.

3.1.2.2
O método Tópico Problemático proposto por Theodor Viehweg em 1953

Este método apesar de estar associado a um não clássico de interpretação das normas, o "Tópico Problemático" proposto por Theodor Viehweg em 1953 não foi assim apresentado como um método hermenêutico (Viehweg, 1979, p. 17), mas sim como um estilo interpretativo, um modo de chegar e encarar os problemas, semelhante ao estudo de caso do direito consuetudinário (Bonavides, 2011, p. 493), além de não ter sido desenvolvido à interpretação constitucional.

O "Tópico Problemático" associa a *topoi* a um lugar ou um tempo comum de um problema que admite múltiplas soluções dentro de um sistema de ideias (Rosane Roesler, 2014, p. 40). Seria o 'pensar o problema' para depois solucioná-lo pelo Direito (Bonavides, 2011, p. 490), pressupondo quatro pontos: a interpretação das normas, a aplicação do direito, o uso da linguagem natural e a fixação dos fatos pela jurisprudência (Viehweg, 1979, p. 81).

As críticas a esse modo de apresentar e solucionar os problemas, se devem a se afeiçoar a um mero resgate da retórica grega, sem muitos exemplos de aplicação (Freitas, 2016, p. 55), como também por não considerar os conteúdos normativos estruturantes de uma constituição (o povo, o território, o poder político e os direitos fundamentais), abrindo assim margem ao senso comum, numa estrutura aberta à múltiplas interpretações (Bonavides, 2011, p. 495). Trata-se de um modo arriscado de ler a constituição, e sobretudo para fins de mutação constitucional

judicial, pela possibilidade de insegurança jurídica gerada ante a imprecisão de suas orientações interpretativas[141].

Este método também não foi mencionado pelos ministros do STF nem nos julgados do Capítulo anterior, nem nos acórdãos dos estudos de casos dos capítulos seguintes, motivo pelo qual também não será aqui aprofundado.

3.1.2.3
O método Hermenêutico Concretizador proposto por Konrad Hesse em 1967

Um outro moderno método para a hermenêutica constitucional, o "Hermenêutico Concretizador", foi desenvolvido por Konrad Hesse em 1967[142], pelo qual o intérprete pode integrar, criar, unir ou indicar sentido às normas, mesmo diante de omissões, lacunas ou falhas legislativas (Hesse, 1998b, p. 61; e Bonavides, 2011, p. 481). O intérprete deveria primeiro pré compreender a norma, de acordo com o acúmulo histórico de suas experiências, desde que diante de um problema concreto a ser solucionado, mas sempre evitando o arbítrio das ideias (Hesse, 1998b, p. 62). Mas não seria adequado interpretar a constituição sem problemas concretos a resolver.

Embora sua proposta assemelhe-se ao "círculo hermenêutico" de Heidegger, por este mesmo abandonado, como informado por Gadamer (Gadamer, 2002b, p. 383), e acima já tratado neste Capítulo, por admitir "reflexões transcendentais" do texto escrito a ser interpretado, e com isso altamente influenciado pela percepção do próprio intérprete, será aqui mais aprofundado por ter sido bastante citado pelos ministros do STF nos julgados do Capítulo anterior, assim como nos estudos de casos dos capítulos seguintes.

Para Konrad Hesse, o caminho interpretativo à concretização das normas constitucionais partiria dos métodos clássicos de interpretação das normas em geral, o "gramatical, histórico, genético, sistemático, teleológico" (Hesse, 1998b,

---

[141] No ponto, e para a interpretação de casos difíceis, sugere Adrian Sgarbi deva ser considerada a indeterminação de seu aspecto normativo, pela possibilidade de múltiplas decisões judiciais (Sgarbi, 2020a, p. 317).

[142] Há, porém, registros anteriores na Alemanha a sua proposta sobre o método de concretização dos direitos (Queiroz, 2000, p. 151).

p. 65-68), desde que passasse pela compreensão da realidade social envolta ao problema, mas considerando os seguintes princípios interpretativos que propôs:

a) o princípio da ‘unidade da constituição’, pois as normas constitucionais não estariam dissociadas de um todo, e portanto, sua interpretação precisa manter essa sintonia;

b) o princípio da ‘concordância prática’, em resolver problemas reais, sem conflitos entre si, o que impõe se considere não só a ponderação de valores como a proporcionalidade quando da aplicação dessas normas;

c) o princípio da ‘exatidão funcional’, abstendo-se o intérprete de excluir ou impedir o exercício de certas funções pelos agentes do Estado, inclusive o parlamento;

d) o princípio do ‘efeito integrador’, em sintonia com o princípio anterior, visando manter a unidade do todo, com prevalência às interpretações que solucionam problemas concretos, uma conservação política; e por fim,

e) o princípio da ‘força normativa da constituição’, pelo qual se deveria privilegiar as interpretações que tragam efetividade às disposições da constituição, não permitindo sejam meras promessas sem compromissos.

Inclusive, Konrad Hesse já havia antes, em 1959, sintetizado o que pensava a respeito da ‘força normativa da constituição’, algo também defendido por Ferdinand Lassale desde 1862, como ‘fatores reais de poder’ (Lassale, 1988, p. 11), que seriam vestígios e marcas das várias expressões das forças políticas que redigiram a constituição, seja a militar, a dos proprietários de terra, dos donos do poder econômico e dos representantes do poder intelectual, em múltiplas relações fáticas que expressam a 'constituição real' de um país, mas nem sempre a constituição jurídica que foi escrita.

Para Hesse a luta seria continuamente garantir essa força normativa, adaptando-a aos diversos momentos de sua vigência, balanceando as forças para mantê-las em equilíbrio, e garantindo que o Estado ficasse de pé e conseguisse efetivar os direitos fundamentais nela previstos (Hesse, 1991a, p. 9, 15, 21).

No entanto, Virgílio Afonso da Silva apresentou criticou a adoção pela doutrina brasileira a tais princípios propostos por Konrad Hesse, por ser doutrina isolada não só no Direito Alemão, como também sequer adotado pelo Tribunal Constitucional daquele país (Silva, 2005b, p. 120). Aduziu que a doutrina constitucional brasileira, de forma irrefletida, os importou como verdades insofismáveis em razão de uma "busca por emancipação e de um certo anseio por modernidade", e que aqui ganharam muita força, assim como os demais métodos modernos, os quais não vislumbra ele qualquer utilidade prática, pois "em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação" (Silva, 2005b, p. 120, 121).

Sem um merecido aprofundamento teórico a respeito das várias críticas de Virgílio Afonso da Silva à proposta de Konrad Hesse, e de forma bastante sintética, e tão somente quanto a um dos vários princípios pelo alemão defendidos, o da "unidade da constituição", afirmou o constitucionalista brasileiro que ao contrário do aceito pela doutrina constitucional pátria, de que não haveria hierarquia interna entre as normas constitucionais, isso não se dava na doutrina alemã, muito menos no Tribunal Constitucional daquele país (Silva, 2005b, p. 124).

E apesar de defender haver hierarquia entre as normas constitucionais, o faz tão somente quanto à possibilidade de mudança da Constituição, e não para fins de aplicação de suas disposições. Lembra que se assim fosse aplicada durante uma atividade interpretativa, haveria a necessidade de também admitir haver normas inconstitucionais da redação original da constituição, quando comparadas às normas de cláusulas pétreas (Silva, 2005b, p. 123). Entendeu haver, porém normas na constituição brasileira cujo conteúdo material tem elevada carga de importância em relação às demais, como as que expressam direitos e garantias individuais, em relação aquelas que tão somente organizam o estado.

No entanto, apesar das mencionadas críticas formuladas por Virgílio Afonso da Silva, a proposta de Konrad Hesse foi citada por vários ministros, à semelhança do Ministro Gilmar Mendes[143], que o fez para justificar a possibilidade de complementar a leitura constitucional, uma vez que seria possível extrair da norma novas leituras a partir de mudanças ocorridas nas relações fáticas. Para o Mi-

[143] Ver *Capítulo 2*, tópico "2.3.9 - A mutação constitucional judicial pelo Ministro Gilmar Mendes".

nistro Gilmar Mendes, a hermenêutica constitucional de Hesse seria útil para afastar a interpretação literal e buscar "uma interpretação harmonizadora".

A proposta hermenêutica de Konrad Hesse também foi citada pelo Ministro Luiz Fux[144], para possibilitar a leitura do "sentimento do povo em relação à realidade constitucional", e com isso justificar uma nova leitura da constituição. O Ministro Luiz Fux justificou sua utilização para fins de mutação constitucional pela possibilidade de se buscar "o sentimento constitucional" ou "o sentimento do povo em relação à realidade constitucional", pois a mutação constitucional ocorre quando há a "inadequação da regra constitucional a uma nova realidade judicial".

O Ministro Luiz Fux citou ainda a obra de Hesse para lembrar da necessidade de contínua adequação entre o texto constitucional e a "natureza singular do presente"[145]. Encontrou também justificativa na proposta de Hesse para afastar os métodos clássicos, pois a Constituição não deveria estar sujeita apenas à subsunção lógica e a construção conceitual, mas sim ter sua eficácia "condicionada pelos fatos concretos da vida", até porque "uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição"[146].

Já o Ministro Roberto Barroso citou expressamente o método de Konrad Hesse, associando-o ao método de Friedrich Müller, que será a seguir tratado, pelo qual as teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentam e equacionam, reciprocamente, o que existe entre a norma e a realidade[147].

O Ministro Ricardo Lewandowski buscou da obra de Hesse a justificação concretizadora de preencher omissões ou lacunas constitucionais, pois "não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica"[148].

---

[144] Ver *Capítulo 2*, tópico "2.3.11 - A mutação constitucional judicial pelo Ministro Luiz Fux".

[145] Ver *Capítulo 5*, tópico "5.4.3.5 - Estudo de Caso n. 02 – Voto do Ministro Luiz Fux no **HC 126.292**, em 17.02.2016".

[146] Ver *Capítulo 6*, tópico "6.4.2 - Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Luiz Fux na **ADI 4.277**, em 05.05.2011".

[147] Ver *Capítulo 5*, tópico "5.4.3.3. do desta tese, intitulado: "Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Roberto Barroso no **HC 126.292**, em 17.02.2016".

[148] Ver *Capítulo 6*, tópico "6.4.2 - Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Luiz Fux na **ADI 4.277**, em 05.05.2011".

E embora as várias menções dos citados ministros, e em crítica a escolha desse método, Inocêncio Mártires Coelho apontou vagueza no que venha a significar "pré compreensão do intérprete", e afirmou ser irracional tal pressuposto por não trazer nada de concreto, mas sim partir de uma suposta "verdade hermenêutica, que pode ser muito atraente, como ideia, mas pouco nos diz sobre os alicerces dessa construção" (Coelho, 2004, p. 27).

3.1.2.4
O Método Concretista da constituição aberta de intérpretes, proposto por Peter Häberle, em 1975

Um outro moderno método de hermenêutica constitucional também lastreado na busca de concretizar as disposições da constituição é o da "Constituição aberta dos intérpretes", desenvolvido por Peter Häberle em 1975, por buscar atender as sociedades democráticas mais plurais, onde todos poderiam ser intérpretes da norma constitucional, e não apenas o juiz (Bonavides, 2011, p. 510). Todos os destinatários da norma constitucional deveriam assim influenciar diretamente os juízes intérpretes, e não que tais interpretações se dessem de modo fechado apenas pelos profissionais (Mendes, 2002a, p. 10).

Häberle queixava-se quanto ao fato de que os demais métodos se preocupavam em como interpretar a constituição e não sobre quem deveria interpretá-la, não se conformando ser apenas o juiz, por ser um integrante de uma sociedade fechada de poucos integrantes (Häberle, 2002a, p. 11). Acreditava devesse também interpretar quem vive a norma, seu destinatário, visando sua concretização, sobretudo quando diante de direitos fundamentais.

Do proposto por Häberle, e de novidade para a mutação constitucional, foi a necessidade de os possíveis atingidos pela nova decisão judicial interpretativa influenciarem os juízes antes da tomada da decisão, embora não rechaçasse os demais métodos, como o integrador de Rudolf Smend, o concretizador de Konrad Hesse ou até mesmo o tópico problemático de Theodor Viehweg.

E no sentido do proposto por Häberle, a Ministra Cármen Lúcia, como identificado no Capítulo anterior, não só expressamente o mencionou, como também justificou a necessidade de serem legitimados a interpretar a constituição os intér-

pretes estatais, ou jurídicos, e "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto"[149].

De igual modo, o Ministro Gilmar Mendes, citando Häberle, chega a neste fundamentar a desnecessidade de se aprofundar uma teoria para a mutação constitucional judicial, pois bastava justificar a necessidade momentânea de concretizar a constituição, e com isso continuamente alterar sua leitura, sem precisar fingir nunca assim ter decidido em sentido contrário[150]. E fundado em Häberle, a norma jurídica não seria bastante em si, pois dependeria da interpretação, quando de sua aplicação, de sua concretização, desde que vinculada a contínua necessidade de observância da realidade fática pelo decurso do tempo[151].

O Ministro Celso de Mello aderiu ao método proposto por Häberle, para o qual é uma verdade inquestionável que se deva atribuir não só aos agentes públicos, mas também "a generalidade das pessoas", a possibilidade de por uma "abertura hermenêutica", e com isso se autorizar a "discutir o alcance, o significado e a abrangência das cláusulas que compõem o "corpus" constitucional"[152].

E inobstante a aderência dos ministros ao método proposto por Häberle, como um meio de buscar efetivar, de concretizar a constituição, dando assim voz aos vários destinatários das normas constitucionais, necessária uma avaliação por outra perspectiva, pois apesar de admitir uma abertura hermenêutica, ainda assim o intérprete final sempre será um juiz!

E embora o STF costume utilizar-se até mesmo da intervenção de terceiros para contribuir com o julgamento do mérito de seus processos em controle de constitucionalidade, ainda haveria o risco de assim o fazer por mera formalidade, sem qualquer efetiva influência na formação de seu convencimento, tornando-se mais um ato processual formal e burocrático que não garantiria qualquer demo-

---

[149] Ver *Capítulo 2*, tópico "2.3.4 - A mutação constitucional judicial pelo Ministro Cármen Lúcia".

[150] Ibidem, tópico "2.3.9 - A mutação constitucional judicial pelo Ministro Gilmar Mendes".

[151] Ver *Capítulo 5*, tópico "5.4.2.11 - Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Gilmar Mendes (Presidente) no **HC 84.078**, em 05.02.2009".

[152] Ver *Capítulo 7*, tópico "7.4.2.8 - Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Celso de Mello na AP 937 QO, em 23.11.2017".

cracia liberal de todos serem seus possíveis intérpretes, como defendido por seu autor (Häberle, 2002a, p. 23 e 37).

Nesta perspectiva, há questões a serem refletidas a partir da utilização desse método, caso aplicado para mudar a leitura de uma constituição. Vejamos:

a) por que tais debates precisam acontecer no Judiciário e não no Parlamento, onde estão os representantes eleitos pelo povo?

b) qual o papel do parlamento após a decisão do STF que opta por concretizar direitos em favor de certos grupos? Tão somente validar o decidido pelo Tribunal, ou poderia inovar a ordem jurídica e revisitar o tema, e assim havendo, qual seria o comportamento da Corte a partir de então?[153]

c) quais são os critérios para a escolha desses possíveis interessados a influenciadores do Tribunal? Quem são exatamente todos os possíveis atingidos pela decisão? E mesmo sabendo quem sejam, a todos se poderá 'dar voz'? E se for uma infinidade deles, são confiáveis os representantes que se apresentaram para em seus nomes falarem? E se os interessados desconhecerem seus direitos e por conseguinte a demanda em análise, alguém não teria que falar por eles, como hoje já acontece pelos substitutos processuais? E por fim, quais os critérios de como se poderá excluir tais pedidos, o tempo destinado às várias manifestações, e a duração de toda essa dialética[154].

---

[153] Destaque ao embate entre o STF e o parlamento brasileiro, após o Tribunal julgar em 06.10.2016 a **ADI 4.983**, que declarou inconstitucional a prática da *vaquejada*, por contrariar o inciso VII do §1º do art. 226 da CR/88, entendendo haver manifesta crueldade com os animais. No entanto, o Parlamento aprovou não só a Lei Federal n. 13.364, de 29.11.2016, reconhecendo inicialmente o *rodeio* e *vaquejada*, e posteriormente o *laço*, pela Lei Federal n. 13.873, 17.09.2019, como práticas culturais, esportivas e não cruéis, como também aprovou em 06.06.2017 a Emenda Constitucional n. 96, para acrescer o §7º ao art. 226 da CR/88, constitucionalizando, em definitivo, tais práticas como desportivas e as declarando expressamente como não cruéis.

[154] Observar aqui o disposto no inciso XII do art. 13 e art. 21 do Regimento Interno do STF, que desde 2009 atribui ao seu Presidente e ao relator, a prerrogativa de convocar audiências públicas para ouvir pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entenderem necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. E pelos incisos III e V do parágrafo único do art. 154 do mesmo RISTF, tais audiências estão sob a presidência do ministro que as convocar, podendo selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar, sendo transmitida pela TV e Rádio Justiça. Já pelo art. 138 do CPC, se autoriza a qualquer juiz ou a tribunal a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada como *amicus curiae*, em razão da especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia.

Afora os questionamentos acima, há outros ainda mais graves, cujas implicações fogem sobremaneira aos objetivos específicos desta tese, mas que podem justificar a realização de novos estudos constitucionais: para que espécie de norma constitucional foi desenvolvida a hermenêutica constitucional em questão? Um mesmo método hermenêutico está apto a tanto interpretar normas constitucionais que tratam da organização do Estado (atribuições dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, gestão de patrimônio público e atribuições dos serviços públicos, além de arrecadação tributária e dispensação das finanças públicas), quanto aos que tratam dos direitos e garantias fundamentais?

Nesta tese, porém, não se tem a pretensão de buscar soluções para tantas e graves indagações, apenas apontar, por ora, que todo caminho ou método hermenêutico das normas constitucionais tem suas vantagens e riscos, e deve ser utilizado de acordo com a proposta teórica para o qual foi desenhada.

Os modernos métodos hermenêuticos que buscam concretizar direitos fundamentais, e que concentram no Poder Judiciário toda a expectativa decisória de alegadas múltiplas omissões normativas, mas que desconsideram as opções políticas do Parlamento, apresentam-se não democráticos, e eventualmente abusivos, por remeter a um juiz a escolha do direito a ser implementado, a escolha do destinatário desses direitos, e automaticamente, a exclusão de outros interessados que poderiam se contrapor a tais reconhecimentos.

3.1.2.5
O Método Normativo Estruturante proposto por Friedrich Müller em 1977

Indo para o último dos métodos não clássicos de interpretação das normas constitucionais, a "Teoria Normativa Estruturante" desenvolvida por Friedrich Müller em 1977, que busca a interpretação do texto constitucional, sem se limitar a sua expressão linguística (Staffen & Caletti, p. 2016, p. 651), visa essencialmente sua concretização indutiva por casos julgados pelo tribunal constitucional, seguindo o proposto por Konrad Hesse (Bonavides, 2011, p. 499).

Sugere Müller, que primeiro se deve distinguir o que diz o texto da norma constitucional (Müller, 2012b, p. 187), e que essa atividade vinculante é do juiz (Müller, 2005a, p. 126), pois o texto por si só não expressa o conteúdo do que dele

se espera, uma construção da norma jurídica aplicada ao caso individual a partir da norma genérica e aberta (Müller, 2005a, p. 129). E distinguindo texto de norma constitucional, propõe uma distinção entre "programa normativo" e "âmbito normativo", sendo aquele o que está escrito, positivado, e este o que se admite possa de aquele entender.

No entanto, não seria como antes proposto por Savigny, simples raciocínio dedutivo por silogismo entre a norma e o fato, ou como o proposto por Kelsen, um ato judicial de individualização para o caso concreto a partir da norma geral (Kelsen, 2009a, p. 16). Para Müller, concretizar seria sinônimo de 'produzir' a norma que o caso precisa para ser solucionado, sem qualquer limite semântico de um texto literal escrito, nem que seu texto constitucional seja uma regra unívoca (Müller, 2005a, p. 131, 142, 144)[155].

Esclarece Müller que sua teoria difere do método concretista porque centra-se na norma constitucional e não no problema, a *topoi*, já que estaria naquela a solução deste (Müller, 2012b, p. 192), cabendo apenas ao intérprete buscar primeiro a exata compreensão das múltiplas possibilidades de significados, para só então aplicá-las aos problemas postos. Para o autor, uma norma constitucional pode se tornar obsoleta, mesmo que seu texto permaneça inalterado, ao perder a capacidade de ser aplicada (Müller, 2012b, p. 196).

Tal constatação é de relevância para a mutação constitucional, uma vez que esta pressupõe exatamente a manutenção formal do texto escrito, porém com sentido interpretativo alterado do que antes se observava.

A questão que se propõe é perquirir as razões pelas quais se dão tais mudanças. E no Capítulo anterior, o Ministro Gilmar Mendes se utilizou deste método para afirmar a necessidade de contínua concretização da constituição, em razão de nova realidade fática[156].

---

[155] Curioso constatar que o Conselho Constitucional da França adota como regra geral a literalidade do texto de seu bloco de constitucionalidade para exatamente evitar casuísmos interpretativos (ChampeiL-Desplats, 2023, p. 31).

[156] Ver *Capítulo 2*, tópico "2.3.9 - A mutação constitucional judicial pelo Ministro Gilmar Mendes".

Já o Ministro Luiz Fux também citou Müller a justificar a distinção entre "texto vs. norma", pois toda norma precisaria ser interpretada, a depender do caso real ou fictício que se pretenda aplicá-la, ante as exigências sociais impostas[157].

O Ministro Roberto Barroso igualmente mencionou Müller, para fazer uma distinção entre "programa normativo" de um texto constitucional, o qual poderia ser acessado pelos métodos clássicos, do "âmbito normativo", pelo qual a realidade social condicionaria a capacidade de a norma constitucional produzir efeitos"[158].

De fato, é certo que os textos normativos escritos nem sempre explicitam completamente o significado dos acontecimentos, das ideias, das pessoas ou das coisas. Há termos cujos significados demandam uma compreensão mais profunda de seus significados, tais como a 'vida', a 'constitucionalidade', a 'cidadania', a 'representação política' ou o 'Estado', não se tratando tão somente de saber o conteúdo da norma (Streck, 2014, p. 393).

Também assim constatou Inocêncio Mártires Coelho, quanto às expressões igualmente vagas de significado como: "unidade da Constituição, concordância prática, interpretação conforme, exatidão funcional ou máxima efetividade", ou ainda, como ele mesmo designou, o "multifuncional princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade", para o qual chegou a equiparar a "vara de condão" de que se valem as cortes constitucionais (Coelho, 2004, p. 25).

Por esse método, é necessário também que se compreendam quem sejam seus intérpretes ou para quem são anunciadas suas soluções, além de um prévio conhecimento das origens semânticas dos escritos, acúmulos de experiências dos intérpretes e dos destinatários, e de suas influências, e sobretudo a finalidade a que se almeja com a interpretação. Além disso, para o Direito Constitucional, e em especial para a mutação constitucional, admitir que princípios, essencialmente abstratos por si mesmos, possam ser compreendidos na medida mais abrangente

---

[157] Ver *Capítulo 5*, tópico "5.4.4.6 - Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Luiz Fux na **ADC 43**, em 24.10.2019".

[158] Ibidem, tópico "5.5.13 - Estudo de Caso n. 02 - Critérios adotados para a terceira mutação constitucional pelo Ministro Roberto Barroso no HC 126.292, em 17.02.2016".

possível para depois aplicá-los a casos concretos em julgamento, abre-se caminho para casuísmos infinitos, ao gosto do intérprete, como se verá abaixo.

Exemplo dessa constatação, pode-se extrair das múltiplas possibilidades interpretativas do 'princípio da dignidade da pessoa humana'[159], expressamente previsto no texto constitucional brasileiro como um de seus princípios fundamentais (inciso III do art. 1º da CR/88)[160], e aplicável tanto em demandas judiciais penais, seja a favor ou contra os acusados em geral, como no âmbito cível e até mesmo no âmbito tributário, o que induz bastante cautela em sua utilização a partir dos métodos hermenêuticos concretizadores, por permitir resultados os mais diversos a partir de uma mesma leitura constitucional.

Assim ocorreu quando da análise do estudo de Estudo de Caso n. 02, sobre o início do cumprimento definitivo de pena criminal, quando o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado não só para restringir a execução penal em favor dos condenados, citado pelo Ministro Eros Grau (Relator)[161], como também citado no sentido oposto pelo Ministro Roberto Barroso[162], por entender este que a pena também tem uma função social, e que deveria ser cumprida de logo, após o julgamento de segunda instância.

De igual modo, e já em matéria tributária, a vagueza do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana foi utilizado tanto pela Ministra Cármen Lúcia (Relatora)[163], para afastar a incidência do ICMS sobre serviços de fornecimento de energia elétrica e de telecomunicações, quanto pelo Ministro Dias Toffoli (Relator)[164], quando reconheceu hipótese de isenção tributária, IPI, em favor

---

[159] Ingo Sarlet estende ainda mais o campo de abrangência deste Princípio da Dignidade da Pessoa para aplicá-lo à comunidade constitucional multicultural, 'mundividencial, religioso ou filosófico', não limitando sua aplicação a um 'paroquialismo reducionista' (Sarlet, 2006, p. 145).

[160] No texto constitucional brasileiro vigente, o princípio da dignidade da pessoa humana também está expressamente previsto como norte interpretativo para as decisões sobre planejamento familiar no §7º do art. 226 da CR/88.

[161] Ver *Capítulo 5*, tópico "5.5.4 - Estudo de Caso n. 02 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Eros Grau (Relator) no **HC 84.078**, em 09.04.2008".

[162] Ibidem, tópico "5.5.13 - Estudo de Caso n. 02 - Critérios adotados para a terceira mutação constitucional pelo Ministro Roberto Barroso no **HC 126.292**, em 17.02.2016".

[163] **ADI 7.120**, em 10.10.2022 (p. 18 de 31).

[164] **ADI 5.268**, em 08.08.2022 (p. 17 de 36).

de pessoas com deficiência auditiva. E ainda pelo Ministro Alexandre de Moraes[165], quando afastou a incidência do imposto de renda sobre os ganhos auferidos como pensão alimentícia.

Outra exemplo da dificuldade em buscar concretizar distintas normas constitucionais utilizando-se dos modernos métodos hermenêuticos se encontra com o uso da expressão 'estado democrático de direito', contido não só previsto no preâmbulo da Constituição de 88, como no *caput* do art. 1º, de múltiplo sentido hermenêutico, seja como uma organização política onde a segurança jurídica pressupõe a estrita separação de poderes, onde a lei impera, como também no sentido de 'Estado de Justiça", que permite ao juiz, mesmo sem representação política, impor sua vontade contra qualquer grupo ou pessoa, independentemente de ser ou não maioria (Clève e Lorenzetto, 2016, p. 62).

E embora os objetivos específicos desta pesquisa impeçam o aprofundamento teórico a respeito das várias possibilidades sobre as teorias democráticas, que buscam essencialmente a igualdade, seja a democracia representativa, a racial, de gênero, a econômica, a política, a liberal ou indireta, é controverso o conceito e a extensão do seu significado. Mas tratando especificamente da hermenêutica constitucional voltada à análise da mutação constitucional judicial, observou-se nos votos proferidos tanto pelo Ministro Marco Aurélio (Relator)[166] quanto pelo Ministro Celso de Mello[167] que se utilizaram da expressão "estado democrático de direito" para não só reafirmarem anterior entendimento do Tribunal sobre o início da execução penal[168], objeto do estudo de Estudo de Caso n. 02, como também para justificar e manter a opção política do legislador constituinte originário em estabelecer expressamente no inciso LVII do art. 5º da CR/88, que a execução penal só se iniciaria após o trânsito em julgado da condenação.

---

[165] **ADI 5.422**, em 06.06.2022 (p. 70 de 108).

[166] Ver *Capítulo 5*, tópico "5.5.18 - Estudo de Caso n. 02 - Critérios adotados para a quarta mutação constitucional pelo Ministro Marco Aurélio (Relator) na **ADC 43**, em 23.10.2019".

[167] Ibidem, tópico "5.5.22 - Estudo de Caso n. 02 - Critérios adotados para a quarta mutação constitucional pelo Ministro Celso de Mello na **ADC 43**, em 23.10.2019".

[168] Ibidem, cujo estudo de caso n. 02 compreende "04 mutações constitucionais judiciais associadas".

A mesma expressão "estado democrático de direito" foi utilizada de modo diverso tanto pelo Ministro Marco Aurélio[169] quanto pelo Ministro Celso de Mello[170] ao julgarem outra demanda, desta vez para afastar a literalidade do redação do §3º do art. 226 da CR/88[171], durante a análise do estudo de Estudo de Caso n. 03, e assim reconhecer como entidade familiar a união estável em favor das uniões homossexuais, em detrimento da literalidade do dispositivo, "entre o homem e a mulher como entidade familiar", estendendo o conceito de entidade familiar constitucionalmente definido.

Um outro princípio constitucional que traz dificuldades hermenêuticas para seu intérprete, e foi até mesmo citado pelo próprio Friedrich Müller (Müller, 2012b, p. 204), por demandar necessariamente um casuísmo interpretativo para sua efetivação, é o que almeja efetivar a isonomia, ou o 'princípio da igualdade', ante seus múltiplos usos.

Não por outra razão, Müller atribuiu ao texto normativo confiabilidade limitada e relativa, igualando-o ao direito consuetudinário, que por essência não é escrito (Müller, 2012b, p. 199). Esse modo de interpretar, porém concede um poder absoluto ao Tribunal Constitucional de até mesmo ler o que não está escrito, e com isso promover infindáveis mutações à constituição, sem mais ninguém a recorrer. São vários os exemplos de múltiplos sentidos no uso do princípio da igualdade na jurisprudência do STF, os quais foram limitados aos casos de interesse à mutação constitucional, conforme menções abaixo.

Embora o Ministro Teori Zavascki (Relator)[172] e o Ministro Roberto Barroso[173] reconhecessem em favor dos acusados em geral o tratamento de igualdade no processo acusatório, não vislumbraram qualquer óbice a autorizar o início do

---

[169] Ver *Capítulo 6*, tópico "6.4.7 - Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Marco Aurélio na **ADI 4.277**, em 05.05.2011".

[170] Ibidem, tópico "6.4.8 - Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Celso de Mello na **ADI 4.277**, em 05.05.2011".

[171] Ibidem, cujo estudo de caso n. 03 compreende "01 mutação constitucional judicial associada".

[172] Ver *Capítulo 5*, tópico "5.4.3.1 - Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Teori Zavascki (Relator) no **HC 126.292**, em 17.02.2016".

[173] Ibidem, tópico "5.4.4.4 - Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Roberto Barroso na **ADC 43**, em 23.10.2019".

cumprimento de pena criminal, antes do trânsito em julgado. Porém, a maioria dos ministros do Tribunal, quando julgou a mesma **ADC 43**, em 23.10.2019 entendeu no sentido oposto, ou seja, de que o acusado estaria em desvantagem processual, caso a pena fosse iniciada antes do trânsito em julgado.

E embora os quatro momentos interpretativos diversos sobre o mesmo tema no âmbito do STF durante a análise do Estudo de Caso n. 02, a redação do *caput* do art. 5º da Constituição de 88 manteve-se intacta, pois segundo o Ministro Roberto Barroso, o modo como hoje se interpreta a igualdade não é o mesmo de anos atrás, ante a mudança da realidade fática, embora os "impactos negativos produzidos por um determinado entendimento jurisprudencial"[174].

Assim, afeiçoa-se inconciliável a proposta de Friedrich Müller de que quanto mais o significado de uma norma for apreendido, ou quanto mais se entenda seu "âmbito normativo", mais facilmente se equipara a seu texto, ou mais se equipara a seu "programa normativo" (Müller, 2012b, p. 194), uma vez que constata-se que quanto mais conteúdo ou carga interpretativa se aplica a dada palavra ou expressão constitucional, maior será sua abstração e ausência de controle de seus resultados, e com isso mais distante de seus anteriores significados.

Sua proposta busca apresentar uma distinção entre "texto normativo" e "norma" constitucional (Müller, 2012b, p. 195), para justificar que apenas o texto normativo não seria suficiente para solucionar os vários conflitos sociais, ou eventuais omissões ou lacunas de suas disposições, e com isso demandaria a compreensão da norma constitucional.

Inclusive, para o autor, a limitação ou a insuficiência ou a falta de conteúdo de um mero "texto constitucional" permite que se torne obsoleto, mesmo sem ter sido alterado formalmente pelo parlamento. E, portanto, com a perda do "âmbito normativo", caberia ao Tribunal Constitucional, observando essa insuficiência, complementá-lo, aditá-lo, e tudo fazer para não deixar de resolver os problemas sociais postos.

---

[174] Ibidem, tópico "5.4.4.4 - Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Roberto Barroso na **ADC 43**, em 23.10.2019".

Porém, admitir o proposto por Müller, equivale a reduzir o texto constitucional a mero ponto de partida a partir do qual o Tribunal Constitucional pode interpretar a constituição como lhe aprouver.

Todo o texto constitucional vira material de fundamentação a qualquer propósito político, permitindo decisões voluntaristas e arbitrárias, baseadas em casuísmos interpretativos, sem qualquer segurança jurídica de ancorar em algo que foi idealizado para dar segurança na hipótese de conflitos.

Inclusive o próprio Müller reconheceu expressamente que entende o "texto normativo" da constituição como um mero ponto de partida para sua metódica, chegando a buscar equivalência entre o direito escrito ao direito consuetudinário, baseado essencialmente nas interpretações judiciais (Müller, 2012b, p. 199).

É por essa razão que o desenvolvimento teórico sobre a mutação constitucional judicial, surgido no período de transição entre a 'era dos códigos' e a 'era da concretização' dos anseios constitucionais, ficou ocultado, ou não se apresentaram novos autores dispostos a desenvolvê-lo especificamente, pois os modernos métodos de hermenêutica constitucional tornaram-se muito mais 'eficientes' para moldar a constituição ao gosto de seu intérprete.

A partir da utilização dos modernos métodos de hermenêutica constitucional, a mutação constitucional judicial teve sua importância ofuscada, pois apesar de pressupor, na maioria das hipóteses, a existência de um texto escrito, com os modernos métodos, este passou a ser mero ponto de partida para conclusões baseadas na vontade de seus intérpretes, chegando a ser até mesmo dispensada.

Neste sentido também constatou Lucas Fonseca e Melo, em tese de doutorado sobre "Os limites dos processos informais de alteração da constituição" no ano de 2019, quando afirmou não só "o instituto ora analisado foi superado pela moderna hermenêutica", como também "potencializou o aumento significativo de casos de alteração da norma constitucional por essa via" (Melo, 2019, p. 46).

Em conclusão deste tópico, constatou-se que tanto os princípios quanto às regras constitucionais, e até suas omissões, são passíveis de serem interpretadas. E a escolha do método pelo juiz já induz o resultado a que o intérprete pretende che-

gar[175], trazendo como consequência a capacidade de um tribunal constitucional agir não só para efetivar, dar concretude, e integrar as previsões constitucionais, como também exercer um poder absoluto, irrecorrível e altamente concentrado, driblando até mesmo a rigidez constitucional (Bryce, 2015, p. 59), com interpretações *contra legem* (Bonavides, 2011, p. 483; e Queiroz, 2000, p. 310).

E em assim ocorrendo, qual a relevância de se ter um texto constitucional escrito e rígido? De se ter um processo legislativo mais dificultoso para as normas constitucionais, em relação às demais normas, se por decisão de apenas seis ministros do STF é possível haver contínuas alterações na leitura do mesmo texto da constituição.

Já as demais obras e os autores mencionados pelos ministros do STF no Capítulo anterior, e que não foram objeto de análise nos itens precedentes deste Capítulo, nem nos capítulos seguintes dos estudos de caso desta tese, mas que fundamentaram suas compreensões a respeito da mutação constitucional judicial, foram tratadas no tópico a seguir.

3.2
As demais obras e autores citados pelos ministros do STF a respeito de mutação constitucional judicial

Não foram aqui tratados os autores ou as obras, que mesmo mencionados pelos ministros, já se encontram contemplados em outros capítulos desta tese, tudo para evitar redundância de argumentos. Também não foram objeto de análise as obras autorreferidas dos próprios ministros ou as citações das obras de outros ministros que integram o Tribunal, por considerar que embora eventualmente divergentes ou alteradas em trabalhos escritos anteriormente, prevaleceu o registrado em voto contido em julgamento judicial do qual participou.

E por fim, as referências abaixo não se destinaram a apresentar uma eventual crítica ao modo como o autor ou sua obra foi citado pelo ministro, mas sim, e num contexto mais amplo, qual sua contribuição à compreensão do fenômeno da mutação constitucional judicial.

[175] Lênio Streck afirma que nem há ciência em tais escolhas (Streck, 2014, p. 388).

Assim, após os filtros acima, restaram para este tópico a análise das eventuais contribuições de: Peter Badura, Hans Brox, Brun-Otto Bryde, José Joaquim Gomes Canotilho, Inocêncio Mártires Coelho, Wellington Márcio Kublisckas, Lúcio Bittencourt, Gustavo Just Costa e Silva e José Afonso da Silva.

E iniciando pelo autor alemão Peter Badura, citado pelo Ministro Gilmar Mendes, admitiu ele que as constituições precisam ser continuamente interpretadas, em razão de "mudanças nas circunstâncias e nas relações de poder político", pois teria sido formulada sob pressupostos sucintos visando sua maior durabilidade (Badura, 1992, p. 61). Badura também mencionou o Método Concretista de Häberle, da constituição aberta a vários intérpretes, em razão das possíveis contribuições a respeito da mudança na realidade e valores da vida, sob a ótica dos múltiplos intérpretes (Badura, 1992, p. 61).

E tratando especificamente sobre a mutação constitucional judicial, sugeriu, mais uma vez, o método concretista para que a compreensão da constituição se desse durante sua aplicação, quando há "mudança de significado" em razão de "novas circunstâncias", ante o decurso do tempo (Badura, 1992, p. 63). E acrescentou que o conceito de mutação constitucional pressupõe mudanças sociais ou políticas que alteram as disposições constitucionais.

Inclusive, no *Capítulo 8*[176], foi proposta como uma das condições indispensáveis à caracterização de uma mutação constitucional judicial, que se observasse exatamente a necessidade de o Tribunal demonstrar quais relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais e econômicas, de âmbito nacional, ocorreram após a vigência da norma constitucional controversa ou ao anterior entendimento judicial sobre o tema.

Já a menção à obra de Lúcio Bittencourt pelo Ministro Gilmar Mendes, foi aqui desconsiderada por não se referir à mutação constitucional judicial, já que se destinava exclusivamente à análise do controle concentrado de constitucionalidade. E embora o Ministro Gilmar Mendes tenha citado os autores alemães Hans Brox e Brun-Otto Bryde, ex-juízes do Tribunal Constitucional Federal da Alema-

[176] Ver *Capítulo 8*, tópico "8.2.2 - A demonstração de relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, ocorridas a partir da vigência da norma constitucional controversa ou após o entendimento judicial anterior".

nha entre os anos de 1967 a 1975 e 2001 a 2011, respectivamente, o primeiro com atuação acadêmica voltada ao direito civil alemão[177], e o segundo ao controle de constitucionalidade, suas obras encontram-se momentaneamente inacessíveis.

Também se encontra inacessível a obra citada pelo Ministro Luiz Fux, de autoria de Wellington Márcio Kublisckas, embora se refira aos limites das mutações constitucionais, tema que foi tratado especificamente no *Capítulo 8*[178], como uma das condições indispensáveis à ocorrência de uma mutação constitucional.

Já a obra de Gustavo Just Costa e Silva, citado pelo Ministro Gilmar Mendes para justificar ser possível ao Tribunal realizar uma nova leitura de uma mesma norma antes declarada constitucional, foi aqui também descartada, por não se voltar exclusivamente ao tema da mutação constitucional judicial, mas sim ao Direito, à Economia, às Relações Internacionais e à Sociologia.

Já do constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho, referido tanto pelo Ministro Joaquim Barbosa, quanto pelo Ministro Luiz Fux e pelo Ministro Nunes Marques, foi possível dele extrair exatamente o que entende a respeito de mutação constitucional, pois reservou um tópico específico para assim tratá-lo em sua extensa obra sobre "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", na qual consta inclusive uma dedicatória ao seu professor Konrad Hesse.

Para Canotilho, a mutação constitucional judicial decorreria de uma mudança informal da constituição, sem alteração formal de seu texto, desde que observados como limites, que as alterações se dessem observando o "programa normativo" previsto no texto constitucional (Canotilho, 2003, p. 1.228). Mencionou ainda a construção teórica atrelada à Teoria Normativa Estruturante de Friedrich Müller, o qual fez distinção entre "programa normativo" e "âmbito normativo", temas já citados acima neste Capítulo.

Pela escolha de Canotilho, e atento à distinção proposta por Müller, ficou certo que não admite ele uma mutação constitucional que desconsidere a redação escrita do texto constitucional.

---

[177] Ver obras relacionadas a Hans Brox na página da Biblioteca Nacional Alemã, disponível em: https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/person/gnd/115557741, acesso em 20 set. 2023.

[178] Ver *Capítulo 8*, tópico "8.2.3 - A observância das cláusulas pétreas (§4º do art. 60 da CR/88)".

E partindo para outro autor, citado pelo Ministro Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, constatou-se que este compreende a mutação constitucional na perspectiva da hermenêutica concretizadora de Konrad Hesse e de Peter Häberle, com a possibilidade de contínua leitura do texto constitucional durante a ação do tempo, "permitindo que se reduzam ao mínimo as sempre desgastantes alterações constitucionais" (Coelho, 2004, p. 36-37).

E por último, José Afonso da Silva foi citado apenas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o qual não será aqui tratado em razão de não fundamentar a citação em mutação constitucional judicial, mas sim na obrigatoriedade de suspensão ou não pelo Senado Federal das normas declaradas inconstitucionais pelo STF, tem que será igualmente tratado no *Capítulo 8*.

3.3
A relação da omissão e da lacuna das normas constitucionais para a mutação constitucional judicial

Etimologicamente, lacuna refere-se a fossa, cavidade, poço, vácuo ou defeito (De Agostini, *Dizionario*, 2011, p. 198), mas para o Direito é aquilo que falta, a ausência de conteúdo, quando a norma não prevê ou não contempla ao menos uma esperada solução jurídica para um possível problema surgido. Lacuna refere-se também ao caráter incompleto de um determinado conjunto de regulação por normas (Larenz, 1997, p. 526).

Quando um problema leva a situações que podem resultar em uma mutação constitucional, a relação entre a lacuna e a mutação pode parecer contraditória à primeira vista, como acima antecipado, pois enquanto a mutação pressupõe uma nova atividade interpretativa da disposição escrita, sem alteração ou mudança legislativa de seu texto, a omissão ou a lacuna sugere não haver na norma uma solução a um dado contexto fático ou jurídico. Porém, é na alegada omissão do texto constitucional onde é possível haver forte atividade interpretativa judicial.

É certo que algumas hipóteses de lacunas referem-se a uma luta não resolvida entre conservadores e liberais, estado unitário e federal, socialistas e burgueses, questões que ficam em aberto a depender de interpretações, como constatado por Hsü Dau-Lin (Dau-Lin, 1998, p. 53, 56, 59, 61), pelo que nem sempre a falta de

disposição constitucional escrita sobre um tema significa necessariamente uma lacuna, podendo representar já uma decisão política de não regulá-lo.

No entanto, distanciando-se da análise do conteúdo material de uma constituição, seja a mais sintética, que regula apenas as relações de direito público, ou a mais analítica, que estende ao maior número possível os direitos fundamentais em favor de novas minorias, a questão que ora se apresenta é: até que ponto a omissão no texto da constituição permite uma mutação constitucional judicial?

E embora seja da tradição jurídica do direito ocidental desde as *Institutas* do Direito Romano (Mackeldey, 1907, p. 73), passando pelas ordenações portuguesas[179], no caso brasileiro, que os juízes não deixam de apreciar conflitos por eventual omissão, silêncio, obscuridade ou insuficiência normativa, devendo se utilizarem da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, por serem a última trincheira de que dispõe a pessoa a evitar a justiça pelas próprias mãos, a dificuldade que se apresenta mais profunda no ponto é delimitar a partir de quando se está diante de uma omissão ou lacuna normativa, e com isso espaço decisório para os juízes, ou um deliberado silêncio legislativo decorrente de uma decisão política já tomada, a não permitir uma mutação constitucional.

E como o ato de interpretar também pode gerar novas lacunas, a solução seria uma contínua busca da integração do direito (Guastini, 2014a, p. 143 e 152), um 'determinar o sentido e o alcance das expressões', sendo a hermenêutica sua ciência que assim busca tais fundamentos (Maximiliano, 2017, p. 14). Nesta perspectiva, a conduta judicial complementar só se legitimaria como um meio extraordinário de solução geral dos conflitos pela constatação da impossibilidade fática de o legislador prever todas as relações humanas.

O ato de interpretar pressuporia então uma pré compreensão do intérprete, sobretudo o jurista, a respeito dos problemas a solucionar, suas conexões e possíveis hipóteses, tudo para formar a convicção de sua certeza como afirma Karl La-

[179] Ordenações Filipinas de 1603, Livro 3 Tit. LXIV. Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações. Disponível em: http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p663.htm, acesso em 15 dez. 2022; item 4 do art. 1º do *Code Civil des Français*. Édition Originale et seule officielle. Paris: De L'Imprimerie de la République, An XII, 1804; art. 7º do CC brasileiro de 1916 e art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657/1942.

renz (Larenz, 1997, p. 288 e 291). Para o autor o intérprete deve se submeter às convenções e às mudanças de seu tempo (Larenz, 1997, p. 441 e 443).

É certo que sem um prévio conhecimento a respeito de uma norma, até mesmo as regras, que deveriam ter um sentido unívoco, aceitariam questionamentos. A dificuldade então está em transformar, em linguagem jurídica, todas as percepções estranhas às normas, como meio de evitar suas contradições e preencher as eventuais lacunas deixadas pelo legislador, sejam ou não intencionais.

Porém, e de modo contrário, quando uma decisão judicial visa tão somente substituir uma decisão política já tomada, não se afeiçoaria aparente invasão das atribuições de um poder sobre o outro, uma vez que, qual a decisão mais acertada, a dos políticos ou a interpretativa dos juízes? Forçoso é então reconhecer que a dos juízes se sustenta apenas no argumento jurídico, como uma suposta busca pelo equilíbrio social, enquanto a dos políticos estaria observando outros aspectos, como os econômicos, os culturais, os históricos, as forças políticas em disputa, e ainda estaria sob contínuo e regular escrutínio popular pelo voto.

Tais dificuldades se avolumam ante uma mutação constitucional judicial, pois o intérprete não só busca o melhor sentido interpretativo, seja o autêntico ou o que se lhe apresenta mais razoável, na dualidade entre o que diz a norma ou que ela deveria dizer, como também permite uma atividade interpretativa judicial, de integração, mas agora diferente da que já houvera antes sido realizada.

E confiar que um tribunal constitucional, eventualmente não realize soluções antidemocráticas, é confiar excessivamente nas soluções vindas apenas do Poder Judiciário, embora se afirme ser o guardião da constituição, concentrando poder contramajoritário, e com isso apto a não permitir leis formadas no parlamento tão somente pelos grupos majoritários, em prejuízo as eventuais minorias.

Não se pode olvidar o exemplo vindo da jurisdição constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando lá instituiu a política judiciária do '*separate but equal'* (iguais, mas separados), garantindo-se às pessoas brancas o direito de não conviverem com pessoas negras. Tal política não veio do Congresso daquele país, mas sim do próprio tribunal constitucional.

O caso a que se refere essa constatação foi o julgamento da questão entre "*Plessy v. Ferguson*" de 1896[180], julgado pela Suprema Corte dos EUA, e que tratava da segregação racial americana, pelo qual se considerava até então constitucional leis dos estados federados que dispusessem sobre a segregação entre pessoas brancas e negras em locais públicos como transportes públicos, escolas e hospitais, com a justificativa de que assim se estaria garantindo o direito de pessoas brancas de não conviverem com as pessoas negras. Entendimento esse que só foi alterado em 1954, quando se julgou outro caso, o "*Brown v. Board of Education*"[181], reapreciando a questão da segregação racial antes legitimada pelo próprio Tribunal, para agora não mais admiti-la, e com isso declarar inconstitucionais leis dos estados que estabeleceram nos seus sistemas escolares separação entre pessoas negras e brancas, uma vez que agora violavam a "cláusula de proteção igual" da Décima Quarta Emenda dos Estados Unidos Constituição.

E embora a redação original da Constituição dos Estados Unidos, e sua 14ª emenda, não façam qualquer distinção racial entre pessoas brancas e negras, foi a própria Suprema Corte dos Estados, entre os anos de 1896 a 1954, que não conferiu iguais direitos civis entre negros e brancos[182], pelo que se pode deduzir nem sempre venha do Judiciário a melhor visão democrática para seu povo.

Inclusive, mesmo após a decisão judicial da Suprema Corte dos EUA em 1954, a questão racial americana não se resolveu como num passe de mágica naquele país, pois a história política demonstrou vários outros episódios, nos anos que se seguiram, com a chamada luta pelos direitos civis[183].

Logo, a Suprema Corte dos EUA não só causou segregação racial por decisão judicial, em primeira mutação constitucional no ano de 1896, como também

---

[180] *Supreme Court Of The United States. U.S. Reports*: **Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537. 1895**. *Periodical. Retrieved from the Library of Congress,* <www.loc.gov/item/usrep163537/ >.

[181] WARREN, 1953.

[182] Para informações dos aspectos históricos que tornou inevitável a Guerra Civil americana leia-se: THOMPSON, 2018.

[183] Para mais informações sintetizadas a respeito deste período na história política dos EUA vê, na Biblioteca do Congresso Americano, a página intitulada: "***The African American Odyssey: A Quest for Full Citizenship The Civil Rights Era***", disponível em: https://www.loc.gov/exhibits/african-american-odyssey/civil-rights-era.html, acesso em 25 set. 2023.

não solucionou a grave questão social quando realizou a segunda mutação em 1954, pois o caso evidentemente tratava-se de uma decisão política, e não jurídica.

É fato, porém ser possível haver mutação constitucional judicial quando a norma constitucional é omissa. Inclusive no *Capítulo 1* , o tema foi abordado na perspectiva da obra de Hsü Dau-Lin, que estudando as obras de Laband e de Jellinek, entendeu que a norma constitucional escrita poderia não trazer todas as soluções concretas às dadas questões sociais, e necessitava de uma atividade interpretativa complementar (Jellinek, 2018b, p. 63; Dau-Lin, 1998, p. 32).

Hsü Dau-Lin não esperava da norma constitucional esse compromisso, pois deveria se limitar a regular as relações de direito público, e não as relações entre particulares (Dau-lin, 1998, p. 32), bem como não entendia ele ser o caso de omissão constitucional, a exigir uma atividade complementar judicial, quando o legislador precisamente não abordasse um tema em específico, pois as práticas que formalmente não infringissem à constituição não seriam lacunas, e poderiam ser solucionadas por uma interpretação deduzida do sentido sistêmico da constituição (Dau-Lin, 1998, p. 32).

Em outra perspectiva, Hans Kelsen, sem focar na interpretação constitucional, mas observando as causas e os feitos das possíveis omissões do direito punitivo, seja criminal ou cível, negava a existência de lacunas como uma omissão ou um defeito da lei, pois as interpretava como uma deliberada atividade do legislador, pela qual não poderia o juiz preenchê-la a seu arbítrio abusivamente (Kelsen, 2009a, p. 276). Acreditava ele que os juízes só poderiam assim fazer em situações muito especiais, e tão somente, para resolver uma questão individual, nunca para uma formulação geral.

Normas constitucionais, com conceitos abertos, não eram conceitos aceitos por Kelsen, por permitirem campo à livre interpretação judicial (Champeil-Desplats, 2023, p. 31).

Por outro ângulo, Norberto Bobbio não via qualquer dificuldade de o juiz integrar o ordenamento na hipótese de perceber uma lacuna normativa, muito ao contrário, entendia ser sua esta obrigação, de uma vez percebendo que o sistema jurídico não contemplava uma solução singular, de completá-lo coerentemente ao

caso concreto (Bobbio, 1995a, p. 118), embora também não abordasse o tema sob a perspectiva da interpretação constitucional.

A questão ganhou ainda maior relevo com alegações de lacunas sobre possíveis inconstitucionalidades por omissão, seja pelo impedimento do exercício de um direito fundamental[184], ou pela alegada exposição de um dado grupo a uma certa situação de vulnerabilidade ou risco social[185] (Clève e Lorenzetto, 2016, p. 15; Mendonça, 2019, p. 263).

A omissão inconstitucional se apresentaria então como um prolongamento da inatividade do legislativo em solucionar algumas questões sociais que se apresentam (Jobim, 2013, p. 73), embora tal análise se mostrasse eminentemente política, e não jurídica, por pressupor a conveniência do parlamento em aplicar políticas públicas.

Da alegada omissão inconstitucional, algumas indagações precisam ser refletidas:

a) mesmo detectada a omissão, e se vislumbre uma aparente inconstitucionalidade em não dispor sobre o tema, a interpretação judicial se mostraria razoável e condizente com a separação dos poderes?

b) e se a Corte Constitucional, ao apontar a omissão ou a lacuna, buscar outras fontes do direito, como os costumes, a analogia ou os princípios gerais do direito para, integrando e complementando a dada lacuna, e assim fazendo as vezes de legislador positivo, impondo uma solução não deliberada pelo parlamento, não estaria usurpando a competência legislativa, e promovendo uma mutação inconstitucional? E não teria assim ocorrido quando o STF, ao não esperar uma lei

---

[184] O STF, sob o fundamento da falta de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, constitucionalmente assegurado no inciso VII do art. 37 da CR/88, mas a depender de norma regulamentadora, mandou aplicar as disposições da Lei Federal n. 7.783/1989, que dispõe *sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade* (MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau , 25.10.2007).

[185] O STF em 13.06.2019, fundamentando na injustificada mora inconstitucional do poder público em punir criminalmente os *atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima,* entendeu em *enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional* (**ADO 26,** MIN. Celso de Mello, Julgamento: 13/06/2019 Publicação: 06/10/2020).

penal advinda formalmente do parlamento, criminalizou a homofobia por analogia?

O curioso no resultado final do julgamento da ADO 26 é a premissa a partir da qual partiu o STF, pois criminalizou a homofobia por analogia aos crimes de "preconceito de raça ou de cor" definidos na Lei n. 7.716/1989, "Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CR". No entanto, nem os incisos XLI e XLII do art. 5º da CR/88[186] expressamente assim exigem a criminalização da homofobia, como também o STF induziu com esse julgado que manteria cogente a tese firmada na ADO 26, caso eventuais punições ou condições processuais advindas de nova lei pelo parlamento não acompanhassem minimamente as previstas na Lei n. 7.716/1989.

Porém, dessa conclusão a que chegou o STF não se poderia indagar: não se estaria impondo ao Congresso Nacional um efeito vinculante das decisões judiciais do Tribunal em controle de constitucionalidade? O que restaria então ao parlamento fazer no caso específico, punir criminalmente os acusados de homofobia na forma preconizada pelo Tribunal, sem qualquer possibilidade de estipular condutas atípicas ou mesmo realizar *abolitio criminis* de dadas condutas?

Se para o STF só haveria uma atividade a ser feita pelo parlamento, promulgar uma lei que puna a homofobia, o não agir do Parlamento traria como consequência a autodeclaração de competência do STF de erigir não só as condutas criminógenas, como também suas respectivas penas, além da competência para aplicá-las, afrontando evidentemente a garantia fundamental de não haver crime sem lei anterior que o defina (inciso XXXIX do art. 5º da CR/88).

E caso exercido pelo Parlamento a atividade legislativa com a edição da esperada lei punitiva, e se tais penas não forem ao menos as impostas na Lei n. 7.716/1989, o STF poderia novamente declarar a inconstitucionalidade por proteção insuficiente?

---

[186] CR/88. Art. 5º. inciso XLI a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

A omissão ou a lacuna de uma norma constitucional é, portanto, um fato, pois até o silêncio demanda interpretação (Maximiliano, 2017, p. 201), e em muitas situações uma necessidade, por haver carências inegáveis quanto a direitos sociais (Tavares, 2018, p. 35). Trata-se, portanto, de um conteúdo normativo denso e relativamente aberto, a permitir atualizações pela interpretação, mas sem olvidar a participação do parlamento, por obviedade.

Por outro ângulo, conceitos normativos muito abertos ou com alta carga de abstração aceitam múltiplas interpretações extensivas e elásticas, sobretudo quando materializados em princípios ou direitos fundamentais, podendo fragilizar a segurança jurídica e apresentar casuísmos, uma vez que os princípios, como o da isonomia ou o da dignidade da pessoa humana, podem facilmente ser utilizados no sentido que aprouver o intérprete. A escolha do método de interpretação das normas constitucionais que expressam conteúdos abertos, por si já, é um campo aberto à fragilidade jurídica (Champeil-Desplats, 2023, p. 30).

E embora a relevância da aparente distinção entre 'princípios' e 'regras' constitucionais, como aclarado por Alexy (Alexy, 2012, p. 86 e 90), se observa, na experiência constitucional brasileira, que nem mesmo as regras estão imunes à atividade interpretativa judicial expansiva em atribuir efeitos jurídicos diversos do que originalmente se pensou no parlamento.

Um exemplo desta constatação é o inciso LVII do art. 5º da CR/88, que embora garanta textualmente que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o STF alterou sua jurisprudência sobre este tema por quatro vezes, conforme estudado no Estudo de Caso n. 02, *Capítulo 5*, para ficar em apenas um exemplo.

Assim, se até mesmo as regras admitem interpretação, embora devessem ser aplicadas na exata medida de suas disposições, sem exceções, com a utilização dos modernos métodos interpretativos é possível delas extrair consequências jurídicas outras não esperadas pelo legislador[187].

[187] Já a partir da jurisprudência dos Estados Unidos da América, sugere-se um método de interpretação das regras em geral, fugindo da análise meramente formal, a partir da compreensão do significado do texto, de sua estrutura legislativa e até de outras leis relevantes, sua história legislativa, interpretações anteriores dos tribunais e também da evolução do esquema legislativo, incluindo

A cada novo provimento judicial do Pleno do STF, fundamentado em omissão ou lacuna do Congresso Nacional em deliberar sobre determinado assunto, é escrito mais um capítulo oculto na constituição brasileira. Deste modo, não compreender como se muda informalmente a Constituição, por decisão judicial, é não conhecer qual a constituição vigente no país.

Por fim, e no tópico a seguir, foram abordadas as possíveis implicações da utilização dos usos e costumes como meio para preencher alegadas omissões ou lacunas no texto constitucional.

3.4
Os usos e costumes, como fontes secundárias, nas omissões e lacunas do texto constitucional, quando da mutação constitucional judicial

Pela hermenêutica clássica, se compreendia o direito como o decorrente das crenças de um povo, a influenciar as decisões judiciais, criar jurisprudência e com isso o direito consuetudinário, fugindo do arbítrio do legislador (Savigny, 2015a, p. 21). Preocupava-se com a positivação dos fatos pelas leis, e em especial, pelos códigos, pois temia-se o poder dos legisladores em distanciarem-se dos verdadeiros usos e costumes populares (Savigny, 2015a, p. 41 e 105).

Como exemplo, no Código Civil Prussiano de 1794, percebia-se de logo sua falibilidade em não permitir usos, costumes e até a jurisprudência como fontes para derrogar as leis, porém aquele código foi constantemente alterado por sucessivas interpretações judiciais e novas práticas sociais, chegando ao ponto de seu texto escrito não mais condizer com o previsto pelo legislador (Savigny, 2015a, p. 106).

Defendia Savigny que os costumes deveriam ser o principal norte interpretativo do justo de um povo, e não a norma positiva, pois o direito autêntico é vivido na sociedade (Reale, 2002, p. 113). Não confiava nos políticos como sintetizadores da consciência geral, sobretudo quando utilizavam códigos, como fez Napoleão Bonaparte na França em 1804, e se pretendia assim enxertar na Alemanha naquele século (Savigny, 2015a, p. 16, 41).

---

novas práticas e normas, e por fim métodos substantivos da interpretação legislativa (Eskridge Jr, 2006, p. 2042).

Não aceitava Savigny que a atividade judicial fosse de uma mera aplicação automática da lei, por mais bem redigido fosse o Código, uma vez que eram necessários considerar os usos e as práticas sociais (Savigny, 2015a, p. 25 e 43). E da constatação óbvia de que códigos não conseguiriam regular todas as hipóteses das relações humanas potencialmente geradoras de conflitos, concluiu pela necessidade também da valorização dos costumes e do direito consuetudinário.

Em oposição, Ihering propôs que o direito se desenvolvesse e se renovasse continuamente, sempre rejuvenescido, mas a partir de lutas, e não pela fé na interpretação histórica. Para Ihering foi assim com as conquistas pelo fim da escravidão, pela liberdade de expressão e pela garantia do direito de propriedade (Ihering, 2014, p. 42), e que atribuir vitória fundamentando em costumes seria reconhecer maior prevalência dos interesses de um grupo em detrimento de outro, sem a necessária segurança jurídica, fazendo surgir o direito cogente tão somente pela força do Estado.

Carlos Maximiliano, porém, entendia os costumes, desde que constantes e uniformes e ganhassem contornos de obrigatoriedade pela lei, e serviriam não só como fonte do direito mas também como caminho hermenêutico à melhor interpretação em caso de omissão. Não admitia tivessem uma força maior que a própria norma positiva, nem mesmo quando em sentido meramente interpretativo (Maximiliano, 2017, p. 184 e 186).

Já para Hart, os costumes sequer seriam fonte do direito (Hart, 2009, p. 60), exatamente por demandar um prévio reconhecimento estatal, seja por lei ou por jurisprudência, uma vez que continuaria existindo, porém sem uma chancela do poder político.

Miguel Reale entendia os “costumes” como práticas baseadas em regras morais, religiosas ou éticas que visavam a busca de uma maior pureza social, como ‘comportamentos exemplares’ ou ‘modelos de ação’ (Reale, 2002, p. 146), e não baseadas em princípios jurídicos ou ideias abstratas.

Assim, práticas sociais puras como a do casamento, a fidelidade matrimonial, a filiação e a herança seriam advindas de costumes sociais baseados em crenças ou na fé religiosa sucessivamente adaptadas e transmitidas entre gerações, como as praticadas pelos romanos, as quais foram positivadas nas *Institutas* e re-

conhecidas pelos juízes e pretores, e após muitos séculos pelas Ordenações Filipinas do Reino Unido de Espanha e Portugal[188], e com isso vigentes até mesmo no Brasil Colônia (Reale, 2002, p. 148 e 151; Souza, 2019, p. 84).

Há ainda quem atribua aos costumes valor imanente, intrínseco, e indissociável da prática constitucional, uma interdependência que cria e reforma direitos continuamente (López Cadena, 2007, p. 312).

E apesar da vinculação dos costumes como práticas humanas reiteradas que influenciam o Direito, independentemente de serem fontes formais ou não, é certo que influenciam as relações humanas, sejam quando visam melhorá-las ou quando trazem desequilíbrios, ante a possibilidade de existirem para a satisfação pessoal em detrimento das escolhas alheias.

E tratando especificamente sobre o costume para fins de mutação constitucional, como já tratado no *Capítulo 1*, seu surgimento teórico se deu exatamente em razão de lacunas e omissões do texto constitucional, como esclareceram Georg Jellinek (Jellinek, 2018b, p. 63), Paul Laband (Laband, 1895b, p. 180) e Hsü Dau-Lin (Dau-Lin, 1998, p. 32).

No mesmo sentido, Anna Maria Cândido Ferraz e Cibele Fernandes Dias Knoerr, em teses de doutorado, também perceberam a importância dos costumes como fonte secundária para preencher lacunas normativas ou auxiliar na interpretação das normas (Ferraz, 2015, p. 181; e Knoerr, 2011, p. 125). No entanto, não é correto supor que todo costume seja ou possa trazer avanços, nem muito menos se deva desconsiderá-los tão somente por serem reiteradas e não baseadas na razão, ou ainda não positivadas pelo ordenamento.

A normalização das más práticas, aquelas que trazem desequilíbrios às relações humanas, desconsiderando o observar do passado e a banalização do injusto,

---

[188] As Ordenações Filipinas de 1595, ratificadas em 1603, são o resultado da reforma feita por Felipe II da Espanha (Felipe I de Portugal), durante o período da União Ibérica, entre as coroas espanhola e portuguesa de 1580 a 1640. Tais Ordenações visavam reformar as anteriores Ordenações Manuelinas de 1513 (Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841 acesso em 02 fev. 2023), que por sua vez sucediam as Ordenações Afonsinas de 1446 (Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280 acesso em 02 fev. 2023). As Ordenações Filipinas vigoraram de 05.06.1595 até 08.01.1831, mesmo após o fim da União Ibérica, por confirmação de D. João IV, aplicando-se por conseguinte no Brasil Colônia. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733 acesso em 01 fev. 2023.

do não ético, fomentam novas práticas mais requintadas, e quando não sofrem a força oposta do poder estatal podem se transformar no novo Direito.

Ao contrário, os bons costumes[189] seriam a transmissão entre gerações de práticas e usos sociais que visam não só melhorar as relações humanas ou diminuir-lhes os conflitos, e quando repetitivas, corriqueiros, e reconhecidos pelo direito, por meio de leis ou decisões judiciais, tornam-se direito consuetudinário (Mackeldey, 1907, p. 70).

O direito consuetudinário então expressaria um reconhecimento estatal de comportamentos sociais duradouros com força de obrigar outros a cumpri-los (Larenz, 1997, p. 504). E logicamente sua interpretação pressupõe a compreensão dos usos e costumes que o motivaram. E ao contrário das leis, que tem paternidade certa, os legisladores; local de nascimento, o parlamento; data e registro deste nascimento, com a publicação na imprensa oficial; e uma vigência presumível, até serem revogadas por outra lei, os costumes não tem origem certa no tempo, nem autoria individualizada de suas prescrições e práticas, muito menos estão escritas em lugar algum, ou se tem como certas as regiões de sua aplicação (Reale, 2002, p. 155), mas acontecem e interferem nas relações humanas.

Portanto, não só se relacionam como fontes de onde provém os fundamentos para as normas e as decisões do Estado, como podem contra tais se contraporem num processo cíclico que exige uma contínua observação de sua atualidade (Souza, 2019, p. 86). E quando não reconhecidos pelo Estado são apenas regras sociais não escritas, que se impõe pelo uso corriqueiro por certos grupos sociais.

Mas, reconhecer aos costumes toda essa influência constata-se algumas singularidades: como identificar os mais relevantes e estabelecer o momento a partir do qual tornam-se tão influentes ao ponto de ser necessária uma decisão política ou judicial em acatá-los ou rejeitá-los?

E observando tão somente pelo enfoque da mutação constitucional, como evitar o casuísmo da nova interpretação em mudar uma prática costumeira?

---

[189] Em crítica às referências normativas que tratam sobre os *bons costumes*, por entenderem limitar a autonomia privada em desfavor de grupos minoritários: Pereira; Lara, e Andrade, 2019, p. 164.

As questões parecem centrar-se no ato de interpretar, seja a norma constitucional ou o costume. Para Guastini, em sua "Teoria realista da interpretação jurídica", interpretar é atribuir sentido ao objeto ou ao fenômeno em questão, podendo ser uma interpretação abstrata, quando se extrai conclusões a partir da norma, semelhante a tradução entre idiomas, como já mencionara Gadamer (Gadamer, 2002b, p. 391), ou uma interpretação concreta, quando se parte dos fatos e daí se extrai conclusões (Guastini, 2017b, p. 84 e 88).

Já a interpretação judicial seria analítica, porque restringe-se à linguagem jurídica dos juízes, e mesmo quando tenta ser realística limita-se à capacidade de seu intérprete, expondo sua decisão aos fatos interpretados.

Guastini até admite que a decisão possa ser de mera escolha dentre as opções postas, de caráter mais científico, em contraposição a decisão criativa, que atribui ao texto um novo significado, de caráter mais político (Guastini, 2017b, p. 94 e 96). Mas não se deve interpretar os costumes em si, e sim buscar entender e reconstruir como a repetição desse comportamento social se torna uma norma (Guastini, 2014a, p. 28). E apesar de apresentar os elementos da interpretação judicial, e que o direito seria aquilo que os juízes passariam a interpretá-lo[190], supõe Guastini um presumível comportamento ético dos juízes em não ter interesse no resultado a ser interpretado, e nem almejar tão somente um exercício de poder, pois sequer menciona ele tal possibilidade (Guastini, 2014a, p. 91).

Tais dificuldades interpretativas tornam-se significativamente mais relevantes quando se utilizam os costumes como fundamentos decisórios para as mudanças na constituição. Como observou Gadamer, interpretar algo pode também significar não atribuir um sentido, mas impor um, o do intérprete (Gadamer, 2002b, p. 392), e sobretudo quando advém da jurisdição constitucional, atividade estatal que pressupõe exatamente a substituição da vontade das partes.

Para que os costumes sejam fonte do direito, e deles se possam extrair soluções jurídicas para casos futuros, é necessário que expressem uma prática comum de toda a sociedade, ou quando de parte, se restrinjam aos seus comunicantes.

[190] Guastini não está só nessa conclusão (Mello, 2016, p. 238; Stock, 2017, p. 201).

Pois, não se mostra razoável aplicar soluções baseadas em costumes para um grupo que sequer os reconhece ou os pratica (Souza, 2019, p. 96).

No entanto, algumas singularidades podem ocorrer. Como uma prática comercial, um modo de vida privado ou um comportamento religioso singular e próprio, comunicado por um reduzido número de integrantes, pode ser estendido a um coletivo maior que sequer o conhece ou o vivencia? Não seria uma solução arbitrária, com risco à união entre os grupos, assim impor?

Há por fim singularidades a serem consideradas no reconhecimento dos costumes como norte interpretativo para as mudanças de entendimento a respeito da leitura da própria constituição, e não pelo modo tradicional de distinção entre costumes *secundum legem*, *contra legem* e *praeter legem*[191] (Bobbio, 1995a, p. 94; Ferraz, 2015, p. 179; Ramos, 2013, p. 232; Krepsky e CiprianI, 2021, p. 103), os quais não serão abordados por se distanciaram dos objetivos desta tese.

Encerradas as questões que envolvem os problemas hermenêuticos atrelados à mutação constitucional, no tópico a seguir ficou demonstrado como se deu a coleta de julgados do Pleno do STF, no período de 05.10.1988 a 24.11.2022, para fins de análise dos quatro estudos de casos sobre mutação constitucional judicial.

3.5
Coleta de dados para estudo de casos sobre mutação constitucional judicial

3.5.1
A base de dados

A base de dados para a coleta de casos analisados nesta tese foram os acórdãos publicados pelo Pleno do STF, desde que transitados em julgado por ocasião da coleta, quando foram pesquisados termos e expressões como “notórias mudanças” ou “alterações fáticas ou jurídicas”, e outras similares, que fundamentaram mutações constitucionais na interpretação de dispositivos da redação original da Constituição brasileira de 1988[192].

---

[191] Entende-se por costumes *secundum legem*, os previstos ou autorizados pelo texto escrito; os costumes *proeter legem*, os que substituem a lei nas hipóteses de silêncio ou lacunas, e serve como elemento de interpretação; e os costumes *contra legem*, os que se formam contra o sentido das disposições escritas (Maximiliano, 2017, p. 185).

[192] A coleta de dados se deu entre os dias 16 e 22 de março de 2023.

E para os efeitos desta pesquisa, um "Caso" aqui não significa apenas um acórdão ou apenas uma única mutação constitucional identificada, mas todos os considerados para sua formação, podendo haver mais de um acórdão ou mais de uma mutação constitucional em um mesmo Caso.

3.5.2
O marco temporal em cinco períodos de maiores estabilidades na composição do STF

O termo inicial da coleta de dados desta pesquisa foi o dia 05.10.1988, data da promulgação e entrada em vigor da atual Constituição brasileira, e seu termo final, o dia 24.11.2022, data da qualificação do então projeto de pesquisa desta tese de doutorado, a indicar atualidade e esperada utilidade dos resultados obtidos.

Do marco temporal, a coleta se restringiu a busca de acórdãos já publicados, momento a partir do qual é certo o conhecimento integral de suas determinações, como também para alguns casos, do efeito vinculante do julgado proferido (§2º do art. 102 e art. 103-A da CR/88; parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868 de 1999 e arts. 927 e 1.040 do CPC).

Para o marco temporal, foram considerados os cinco períodos de maior estabilidade na composição do STF, já demonstrado no *Capítulo 2*[193], quando estavam em contínuo exercício o mesmo grupo de pelo menos seis dos onze ministros aptos à formação e manutenção de maioria decisória.

3.5.3
Os critérios de inclusão e de exclusão da pesquisa

Já como critérios de inclusão para a escolha dos casos, foram pesquisados termos e expressões como "notórias mudanças" ou "alterações fáticas ou jurídicas", e outras similares, que fundamentaram mutação constitucional na interpretação de dispositivo da redação original da Constituição de 88.

As coletas limitaram-se a dispositivos da redação original da Constituição de 88, não alterados por emendas constitucionais, por ocasião do julgamento de

[193] Ver *Capítulo 2*, tópico "2.1.2 - A definição do marco temporal a partir de cinco períodos de maiores estabilidades na composição do STF".

cada caso, em razão de somente o poder constituinte reformador estar sob o controle de constitucionalidade do STF, e não o poder originário[194].

E como se verá, em dois dos cinco períodos de maior estabilidade na composição do Tribunal, constatou-se haver mais de dois casos com mutações constitucionais realizadas, pelo que foram priorizados os acórdãos mais recentes de cada período, descartando-se os mais antigos.

E como critérios de exclusão, não só houve a limitação a quatro casos, nos quais se constatou dez mutações constitucionais, como também não foram analisados os fundamentos ou os argumentos jurídicos apresentados pelos peticionantes, pela advocacia pública, pelo Ministério Público ou por eventuais *amicus curiae*, embora eventualmente considerados como contrapontos argumentativos.

3.5.4
A coleta de dados pelos termos e expressões pesquisados

Estabelecida a base de pesquisa, o marco temporal e os critérios de inclusão e de exclusão, a coleta se deu pela busca de dezoito termos e expressões abaixo especificados, em cada um dos cinco períodos de tempo definidos, com o auxílio da página de pesquisa do STF na rede mundial de computadores[195], não só no "espelho dos acórdãos"[196], mas também no "inteiro teor dos acórdãos"[197]:

---

[194] Neste sentido: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, §4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. **Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.** (ADI 4097 AgR, Relator(a): Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08 de 10 de 2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-02 PP-00249 RTJ VOL-00207-02 PP-00605 RT v. 98, n. 880, 2009, p. 95-98 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 401-404).

[195] BRASIL. STF. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search, acesso 14 mar. 2023.

[196] O espelho do acórdão é composto pelos seguintes elementos: a) número, classe e incidente processual; b) origem geográfica; c) Dicas de pesquisa; d) nomes dos Ministros Relator, Revisor e Redator do acórdão; e) datas de julgamento e de publicação; f) órgão julgador; g) ementa; h) decisão; i) indexação do assunto do acórdão; j) legislação citada; k) doutrina citada; l) jurisprudência citada (observação); m) tema e tese de repercussão geral.

[197] O inteiro teor do acórdão inclui os textos do relatório, dos votos e dos debates, porém apenas para acórdãos publicados a partir de 2012. Os anteriores podem ser acessados na página de acompanhamento processual, no item "inteiro teor do acórdão", em formato .pdf. Disponível: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaGeralNovoPortal&pagina=Dicas_de_pesquisa, acesso em 14 mar. 2023.

1) “alterações fáticas”;
2) “alterações jurídicas”;
3) “evolução da jurisprudência”;
4) “evolução jurisprudencial”;
5) “mudança de entendimento”;
6) “mudança jurisprudencial”;
7) mutação;
8) “notórias mudanças”;
9) “nova interpretação”;
10) “nova jurisprudência”;
11) “nova leitura”;
12) “novo entendimento”;
13) “novo sentido interpretativo”;
14) “passou-se a adotar”;
15) “alteração de precedente”;
16) “superação de precedente”;
17) “mudança de precedente”; e
18) overr*uling.*

Abaixo, uma demonstração de como se deu a primeira das duas etapas da coleta de dados nos cinco passos a seguir, com o uso da expressão “evolução jurisprudencial”, no período ‘18.11.2012 a 24.11.2022’, quando foram encontradas 140 ocorrências:

1º Passo - acessada a página de pesquisa de jurisprudência do STF, disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search;

2º Passo - informada a expressão “evolução jurisprudencial” no campo central ‘Pesquisar palavras-chave’, e clicado apenas no botão com o símbolo de ‘+’ em sua lateral direita, abriu-se um novo menu;

3º Passo - no novo menu aberto, em sua parte final, há o campo ‘Opções de pesquisa’[198], onde foi marcada a opção ‘Inteiro teor’[199], e em seguida clicando em ‘Pesquisar’, surgiram 264 ocorrências[200];

[198] No campo ‘Opções de pesquisa’ há as seguintes opções: Inteiro teor, Sinônimos, Plural, Radicais e Busca exata entre aspas.

4º Passo - após, e agora no menu lateral esquerdo surgido, no campo denominado 'Base'[201], foi observado estar selecionada a opção apenas os 'Acórdãos'[202], e no campo denominado 'Órgão Julgador'[203] foi marcada a opção 'Tribunal Pleno', quando surgiram 155[204] ocorrências;

5º Passo - e por fim, e ainda no menu lateral esquerdo, mas agora no campo denominado 'Data da publicação', foram informados os termos inicial e final desta coleta, que no exemplo ora em análise, são os dias '18 de 11 de 2012' e '24 de 11 de 2022', surgindo finalmente as 140 ocorrências[205] acima mencionadas[206].

Para realizar toda a coleta, os cinco passos acima foram repetidos para cada um dos dezoito termos e expressões nos cinco períodos definidos, cujas ocorrências serão tratadas no próximo tópico visando demonstrar as dez mutações constitucionais identificadas nos quatro casos estudados.

3.5.5
Os resultados encontrados

Um esclarecimento preliminar se faz necessário antes da apresentação dos primeiros resultados. Não se está a afirmar inexistir outras mutações constitucio-

---

[199] Nesta fase, apenas a opção 'Radicais' deve ficar sem marcar, senão surgirão muitas outras ocorrências similares já contempladas nos outros termos e expressões.

[200] Nesta fase da coleta, alguns termos e expressões já não apresentaram resultados, permitindo ir para a próxima coleta.

[201] No campo 'Base', do menu lateral esquerdo, há as seguintes opções: Acórdãos, Repercussão geral, Questões de ordem, Coletânea de acórdão, Decisões monocráticas, Informativos e Súmulas.

[202] Nesta fase da coleta, não havendo acórdãos julgados para o termo pesquisado, o resultado já será 'Nenhum resultado'.

[203] No campo 'Órgão Julgador', do menu lateral esquerdo, há as seguintes opções: Tribunal Pleno, Primeira Turma e Segunda Turma.

[204] Nesta fase da coleta, caso não haja acórdãos do Tribunal Pleno, mas apenas da Primeira ou da Segunda Turmas do STF, o resultado a ser considerado será 'Nenhum resultado'.

[205] Nesta fase da coleta, não havendo acórdãos julgados dentro do termo inicial e final definidos, o resultado a ser considerado será 'Nenhum resultado'.

[206] Durante a coleta, e embora disponíveis no menu lateral esquerdo, não foram consideradas relevantes as opções: 'Ministro' - que identifica apenas o nome do ministro relator para o acórdão; 'Data do julgamento' - uma vez que os dados a respeito das possíveis mutações constitucionais só estariam disponíveis quando foram publicados os respectivos acórdãos; 'Classe' - por ser apenas o modo como a demanda foi processualmente cadastrada na Corte, seja como ação originária ou em forma de recurso, embora possa haver relevância quando da análise dos conteúdos dos casos pesquisados; e 'Unidade da Federação' - que identifica a origem geográfica da 'Classe' do feito cadastrada no STF, podendo ser um dos 26 Estados Federados ou o Distrito Federal.

nais na jurisprudência do STF para além dos casos encontrados, apenas que com a adoção dos critérios e métodos acima os resultados foram os abaixo apresentados.

3.5.5.1
Resultado da 1ª etapa da coleta de dados totaliza 1.191 ocorrências

A partir dos parâmetros acima, a '1ª etapa da coleta de dados' apontou as ocorrências abaixo, as quais poderão ser conferidas pelos nos respectivos *links* disponíveis em cada resultado, nos quais é possível identificar os números dos processos respectivos, os nomes dos relatores de cada acórdão, as datas de julgamento e de publicação, ementa do julgado, e o destaque da palavra ou expressão utilizada para a coleta:

3.5.5.1.1
Resultado da 1ª etapa da coleta de dados - Nenhuma ocorrência no período de 05.10.1988 a 22.04.1991

Ordem	Palavra ou expressão pesquisada	Resultados encontrados
01	"alterações fáticas"	0
02	"alterações jurídicas"	0
03	"evolução da jurisprudência"	0
04	"evolução jurisprudencial"	0
05	"mudança de entendimento"	0
06	"mudança jurisprudencial"	0
07	mutação	0
08	"notórias mudanças"	0
09	"nova interpretação"	0
10	"nova jurisprudência"	0
11	"nova leitura"	0

Ordem	Palavra ou expressão pesquisada	Resultados encontrados
01	“alterações fáticas”	0
02	“alterações jurídicas”	0
12	“novo entendimento”	0
13	“novo sentido interpretativo”	0
14	“passou-se a adotar”	0
15	“alteração de precedente”	0
16	“superação de precedente”	0
17	“mudança de precedente”	0
18	*overruling*	0

3.5.5.1.2

Resultado da 1ª etapa da coleta de dados - 16 ocorrências no período de 23.04.1991 a 20.04.2003

Ordem	Palavra ou expressão pesquisada	Resultados encontrados
01	“alterações fáticas”	0
02	“alterações jurídicas”	0
03	“evolução da jurisprudência”	02
04	“evolução jurisprudencial”	0
05	“mudança de entendimento”	0
06	“mudança jurisprudencial”	0
07	mutação	09

Ordem	Palavra ou expressão pesquisada	Resultados encontrados
01	“alterações fáticas”	0
02	“alterações jurídicas”	0
08	“notórias mudanças”	0
09	“nova interpretação”	03
10	“nova jurisprudência”	0
11	“nova leitura”	0
12	“novo entendimento”	02
13	“novo sentido interpretativo”	0
14	“passou-se a adotar”	0
15	“alteração de precedente”	0
16	“superação de precedente”	0
17	“mudança de precedente”	0
18	*overruling*	0

3.5.5.1.3

Resultado da 1ª etapa da coleta de dados - 10 ocorrências no período de 21.04.2003 a 29.03.2006

Ordem	Palavra ou expressão pesquisada	Resultados encontrados
01	“alterações fáticas”	01
02	“alterações jurídicas”	0
03	“evolução da jurisprudência”	03

Ordem	**Palavra ou expressão pesquisada**	**Resultados encontrados**
01	“alterações fáticas”	01
02	“alterações jurídicas”	0
04	“evolução jurisprudencial”	0
05	“mudança de entendimento”	0
06	“mudança jurisprudencial”	0
07	mutação	03
08	“notórias mudanças”	0
09	“nova interpretação”	01
10	“nova jurisprudência”	0
11	“nova leitura”	01
12	“novo entendimento”	01
13	“novo sentido interpretativo”	0
14	“passou-se a adotar”	0
15	“alteração de precedente”	0
16	“superação de precedente”	0
17	“mudança de precedente”	0
18	*overruling*	0

3.5.5.1.4

Resultado da 1ª etapa da coleta de dados - 79 ocorrências no período de 30.03.2006 a 17.11.2012

Ordem	Palavra ou expressão pesquisada	Resultados encontrados
01	“alterações fáticas”	0
02	“alterações jurídicas”	0
03	“evolução da jurisprudência”	04
04	“evolução jurisprudencial”	15
05	“mudança de entendimento”	08
06	“mudança jurisprudencial”	0
07	mutação	27
08	“notórias mudanças”	0
09	“nova interpretação”	09
10	“nova jurisprudência”	0
11	“nova leitura”	01
12	“novo entendimento”	09
13	“novo sentido interpretativo”	0
14	“passou-se a adotar”	0
15	“alteração de precedente”	0
16	“superação de precedente”	0
17	“mudança de precedente”	0
18	*overruling*	06

3.5.5.1.5

Resultado da 1ª etapa da coleta de dados - 1.086 ocorrências no período de 18.11.2012 a 24.11.2022

Ordem	Palavra ou expressão pesquisada	Resultados encontrados
01	“alterações fáticas”	43
02	“alterações jurídicas”	07
03	“evolução da jurisprudência”	74
04	“evolução jurisprudencial”	140
05	“mudança de entendimento”	133
06	“mudança jurisprudencial”	60
07	mutação	206
08	“notórias mudanças”	19
09	“nova interpretação”	121
10	“nova jurisprudência”	12
11	“nova leitura”	37
12	“novo entendimento”	104
13	“novo sentido interpretativo”	0
14	“passou-se a adotar”	14
15	“alteração de precedente”	03
16	“superação de precedente”	09
17	“mudança de precedente”	01
18	*overruling*	103

Encerrada a '1ª etapa da coleta de dados', constatou-se 1.191 ocorrências para os dezoito termos e expressões pesquisadas nos cinco períodos definidos[207].

3.5.5.2
Resultado da 2ª etapa da coleta de dados totaliza 18 ocorrências

E considerando o quantitativo encontrado, 1.191 ocorrências, e a opção metodológica de priorizar os julgados mais recentes que apontam para a atualidade do entendimento do STF quanto à mutação constitucional, para esta '2ª etapa da coleta de dados' foram restringidos os resultados às duas primeiras ocorrências mais recentes para cada um dos dezoito termos e expressões, em cada um dos cinco períodos do marco temporal delimitado.

Os demais termos ou expressões não pesquisados ficaram disponíveis para eventualmente serem objeto de nova coleta, caso não alcançado o mínimo de dois casos por cada um dos cinco períodos referidos[208].

Assim, e dando sequência a coleta de dados, e para a '2ª etapa da coleta de dados', das 1.191 ocorrências foram mantidas após os seguintes filtros:

1) o acórdão deveria estar transitado em julgado;
2) a norma constitucional paradigma da análise referir-se a redação original da Constituição de 88, ainda não alterada por EC por ocasião do julgamento do caso, e nem se tratar de norma do ADCT;
3) haver mudança de como a norma originária passou a ser interpretada pelo Pleno do STF, embora mantida sua redação textual;
4) limitação às duas primeiras ocorrências de acórdãos mais recentes para cada um dos dezoito termos e expressões pesquisados nos cinco períodos descritos; e
5) descartados os julgados repetidos já coletados.

---

[207] Interessante observar, como anotado por Patrícia Perrone (Mello, 2018b, p. 30), que há distintas fases de comportamentos decisórios no STF de acordo com a mudança de sua composição, em especial nos últimos dez anos. Fato que também foi constatado em outra pesquisa empírica de minha autoria (Lima, 2022b, p. 42), quanto às mudanças das opções políticas dos Presidentes da República nos mil primeiros dias de cada Governo Federal entre os anos de 1988 a 2022, a partir de julgados proferidos pelo STF, em demandas propostas por partidos políticos.

[208] Não se trata da simples coleta das duas primeiras ocorrências encontradas durante a coleta, mas das duas mais recentes que se enquadraram como hipótese de mutação constitucional, e descartadas as já coletadas anteriormente, o que demandou a análise de centenas de acórdãos.

Assim, encerrada a ‘2ª etapa da coleta de dados’, remanesceram apenas 18 ocorrências dos dezoito termos e expressões pesquisados, dispostas em ordem descrente das datas das publicações de seus respectivos acórdãos, sendo que:

3.5.5.2.1
Resultado da 2ª etapa da coleta de dados - Nenhuma ocorrência no período de 05.10.1988 a 22.04.1991

3.5.5.2.2
Resultado da 2ª etapa da coleta de dados - Nenhuma ocorrência no período de 23.04.1991 a 20.04.2003

3.5.5.2.3
Resultado da 2ª etapa da coleta de dados - Mantida apenas 01 ocorrência no período de 21.04.2003 a 29.03.2006

Ordem	Processo	Data Publicação	Termo ou Expressão	Tema
1	Ext 855	26.08.2004	"novo entendimento"	Extradição de estrangeiro para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua

3.5.5.2.4
Resultado da 2ª etapa da coleta de dados - Mantidas 08 ocorrências do período de 30.03.2006 a 17.11.2012

Ordem	Processo	Data Publicação	Termo ou Expressão	Tema
1	ADI 4.277	14.10.2011	mutação	Reconhecimento da união estável homossexual como entidade familiar
2	HC 84.078	26.02.2010	"novo entendimento"	Início de cumprimento de pena criminal
3	ADPF 46	05.08.2009	mutação	Fim do monopólio do serviço postal da União
4	HC 87.585	26.06.2009	“evolução jurisprudencial”	Prisão civil do depositário infiel
5	RE 466.343	05.06.2009	“mudança de entendimento”	Prisão civil do depositário infiel
6	HC 86.928	13.06.2008	“evolução jurisprudencial”	Progressão de regime para os crimes hediondos
7	HC 82.959	01.09.2006	“nova interpretação”	Progressão de regime para os crimes hediondos
8	HC 82.959	01.09.2006	overruling	Progressão de regime para os crimes

				hediondos

3.5.5.2.5
Resultado da 2ª etapa da coleta de dados - Mantidas 09 ocorrências do período de 18.11.2012 a 24.11.2022

Ordem	Processo	Data Publicação	Termo ou Expressão	Tema
1	ADI 6515	16.09.2021	"evolução da jurisprudência"	Foro por prerrogativa de função
2	RE 636.886	24.06.2020	"evolução jurisprudencial"	Prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.
3	ADI 5.540	28.03.2019	"mudança de entendimento"	Desnecessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para o recebimento de denúncia ou queixa em ação penal contra Governador de Estado, por crime comum
4	RE 852.475	25.03.2019	"mudança de entendimento"	Prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa.
5	RE 646.721	11.09.2017	"nova interpretação"	Direito sucessório na união estável homoafetiva
6	HC 118.533	19.09.2016	mutação	A não hediondez do tráfico privilegiado
7	RE 778.889	01.08.2016	mutação	Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante
8	Rcl 4.335	22.10.2014	"evolução jurisprudencial"	Progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos
9	Rcl 4.374	04.09.2013	"nova interpretação"	Requisitos para o LOAS

3.5.5.3
Resultado final da coleta de dados - Casos de mutação constitucional

E para a formação da amostragem dos dez casos de mutação constitucional foram aproveitados:

a) do 1º período (de 05.10.1988 a 22.04.1991), nenhuma ocorrência;

b) do 2º período (de 23.04.1991 a 20.04.2003), nenhuma ocorrência;

c) do 3º período (de 21.04.2003 a 29.03.2006), apenas uma ocorrência;

d) do 4º período (de 30.03.2006 a 17.11.2012), as duas ocorrências mais recentes; e

e) do 5º período (de 18.11.2012 a 24.11.2022), não só as duas primeiras ocorrências mais recentes, como também outras cinco, por ser o período mais recente, e não haver nenhuma outra do primeiro e segundo períodos, e apenas uma no terceiro.

Assim, abaixo a relação de 10 (dez) casos, a partir dos quais, os quatro primeiros foram individualmente estudados nos capítulos seguintes desta tese, por demonstrarem dez situações de mutações constitucionais judiciais:

Caso	Processo	Data Publicação	Tema
01	**Ext 855**	26.08.2004	Extradição de estrangeiro para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua
02	**HC 84.078**	26.02.2010	Execução penal antes do trânsito em julgado
03	**ADI 4.277**	14.10.2011	Reconhecimento da união estável homossexual como entidade familiar
04	**ADI 6.515**	16.09.2021	Foro por prerrogativa de função
05	**RE 636.886**	24.06.2020	Prescritibilidade do ressarcimento ao erário por decisão do Tribunal de Contas
06	**ADI 5.540**	28.03.2019	Desnecessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para o recebimento de denúncia ou queixa em ação penal contra Governador de Estado, por crime comum
07	**RE 852.475**	25.03.2019	Prescritibilidade do ressarcimento ao erário por improbidade administrativa
08	**RE 646.721**	11.09.2017	Alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva
09	**RE 778.889**	25.11.2016	Equiparação dos prazos da licença gestante à licença adotante
10	**HC 118.533**	19.09.2016	A não hediondez do tráfico de drogas privilegiado

Reitere-se que cada Caso não se limita ao julgado nele indicado, por eventualmente haver outros. E apenas apontam, a partir do termo ou da expressão pesquisada, pelo menos um julgado de mutação constitucional judicial, o qual para ser compreendido poderá ser necessário acessar outros do mesmo Tribunal.

E finalizando esse tópico, embora no projeto de pesquisa qualificado para esta tese, a proposta inicial fosse analisar individualmente cada um dos dez casos de mutações constitucionais acima selecionados, durante os estudos individualizados de cada caso, foi necessário restringir a pesquisa a apenas quatro, em razão da extensão da pesquisa que passou a ocorrer nesta tese.

E inobstante essa limitação, foram identificadas dez mutações constitucionais judiciais, sendo duas mutações durante a análise do Estudo de Caso n. 01, quatro no Estudo de Caso n. 02, uma no Estudo de Caso n. 03 e três mutações constitucionais no Estudo de Caso n. 04, em diferentes momentos do marco temporal aqui delimitado, o que se espera tenha sido contemplado a perspectiva de demonstração da evolução do pensamento do STF a respeito do tema.

Por fim, a seguir justifica-se a opção pelo método do estudo de caso.

3.6
A metodologia do estudo de caso aplicada

O método de pesquisa empírica, estudo de caso, adotado nesta tese, visa promover uma análise mais "profunda e exaustiva de determinado fenômeno complexo e contemporâneo", observado pelo pesquisador a partir do "contexto de vida real", o qual não se encontra claramente demonstrado (Tassigny; Freire; Nottingham & Karam, 2016, p. 43).

Assim, os quatro casos acima coletados, passaram por essa análise individualizada, e mais aprofundada, pelo método do estudo de casos (Freitas Filho e Lima, 2010, p. 1-17), buscando entender o fenômeno da mutação constitucional promovida pelo STF "dentro de seu contexto real", sobretudo por se tratarem de casos já transitados em julgado, sem qualquer influência deste pesquisador sobre

os eventos e manifestações no fenômeno (Martins, 2008, p. 10), mas com possibilidade de serem confrontados e testados com a base teórica já existente[209].

A escolha deste método de pesquisa, se justifica em razão da necessidade de demonstrar não só como se deram as mutações constitucionais judiciais, suas motivações, eventuais fatores que poderiam alterá-las no futuro, afora a influência do julgador em cada caso (Mendonça, 2014, p. 55). E também por ser uma análise da jurisprudência do STF, como um ponto de partida a partir do qual um conjunto de fenômenos fazem surgir o objeto construído (Abreu, 2013, p. 29), no caso, as mutações da redação original da Constituição brasileira de 1988.

Assim, nos próximos quatro capítulos foram estudados, cada caso, sendo um capítulo para cada. E a análise consistiu nas delimitações dos problemas, o resultado final a que chegou o Tribunal, além das normas da redação original da Constituição de 88, paradigmas das mutações constitucionais identificadas, os eventuais objetos sob controle de constitucionalidade questionados, e ainda os processos judiciais lá julgados que formaram os precedentes de cada.

Foram também indicados os entendimentos individuais de cada ministro, os critérios por eles adotados para as mutações havidas, com a análise de tais critérios. E por fim, demonstradas, caso a caso, as eventuais mudanças jurídicas, políticas, sociais e econômicas a partir de seus julgamentos, visando uma proposta de sistematização para a mutação constitucional por via interpretativa judicial pelo Pleno do STF, a qual será abordada no *Capítulo 8*.

[209] Há, porém, outros estudos empíricos sobre o comportamento decisório dos Ministros do STF (Santos, 2019. p. 174; Silva, 2021d, p. 37; Mello, 2014a, p. 449; Lima, 2022b, p. 42).

II Parte
Descrição e análise de casos da mutação constitucional

Esta Segunda Parte contém uma breve introdução quanto ao objeto, metas e revisão dos fundamentos teóricos na descrição e análise de casos, cuja ordenação desses capítulos ajuda à consolidação da pesquisa/Tese ora em apresentação.

4 Capítulo
Admissão da extradição *(Caso 1)*

4.1
Delimitação do Estudo de Caso n. 01

O Estudo de Caso n. 01 trata-se do pedido de extradição formulado pelo Governo do Chile de um de seus nacionais, lá condenado, em caráter definitivo, por crimes de terrorismo, homicídio e extorsão mediante sequestro, visando o cumprimento de duas penas de prisões perpétuas lá aplicadas[210].

[210] O extraditando em questão é o chileno Mauricio Hernández Norambuena, também conhecido como "Comandante Ramiro" ou só "Ramiro", integrante da "Frente Patriótica Manuel Rodríguez (FPMR)", um autodeclarado guerrilheiro de esquerda marxista. No Chile, foi condenado a duas penas de prisões perpétuas, uma por matar, em 01.04.1991, o senador chileno, de direita, Jaime Guzmán Errázuriz, e outra pena, por ter sequestrado, em setembro de 1991, Cristián Edwards del Rio, filho de Agustín Edwards, dono do jornal de direita chileno *El Mercúrio*. No entanto, após cumprir um pouco mais de três anos de reclusão por esses delitos fugiu de helicóptero em 31.12.1996, junto com outros membros da FPMR, enquanto cumpria pena em presídio de segurança máxima no Chile. Foragido, e já no Brasil, sequestrou, no dia 11.12.2001, o empresário brasileiro Washington Olivetto, então dono da agência de publicidade *W/Brasil*, mantendo-o em cárcere por 53 dias, exigindo dez milhões de reais pelo resgate. O caso só foi solucionado pela ação das polícias do Estado de São Paulo, que prenderam seis sequestradores e libertaram o refém do cativeiro. Após ser preso, e condenado pelo sequestro, formação de quadrilha e tortura, a uma pena privativa de liberdade de 30 (trinta) anos de reclusão, teve sua extradição deferida pelo STF no dia 26.08.2004, quando do julgamento do pedido **Ext 855**, mas só foi entregue pelo Brasil ao Governo do Chile no dia 20.08.2019, após o então Presidente da República, Jair Bolsonaro, assim autorizar, quando aqui já cumprira 16 (dezesseis) anos de reclusão, 05 (cinco) dos quais em Regime Disciplinar Diferenciado - RDD (de fevereiro de 2002 a fevereiro de 2007). Atualmente, o terrorista processa o Governo brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos "por ter ficado muito tempo em regime de prisão mais rígido". E para mais informações sobre seus crimes, leia-se: **Ex-guerrilheiro que sequestrou Washington Olivetto será extraditado ao Chile.** *El país.* disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/19/internacional/1566240985_062500.html, acesso em 08 ago. 2023; **Sequestrador de Washington Olivetto é extraditado para o Chile.** O Popular, disponível: https://opopular.com.br/mundo/sequestrador-de-washington-olivetto-e-extraditado-para-o-chile-1.1867666, acesso em 08 ago. 2023; **53 dias em cativeiro, quarto de 3m² e pedido de resgate de R$ 10 milhões: como foi o sequestro do publicitário Washington Olivetto,** Portal G1 São Paulo. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/05/21/53-dias-em-cativeiro-quarto-de-3m-e-pedido-de-resgate-de-r-10-milhoes-como-foi-o-sequestro-do-publicitario-washington-olivetto.ghtml, acesso em 08 ago. 2023. Para mais informações sobre suas alegadas motivações políticas, leia-se: ***Mauricio Hernández Norambuena, Ramiro, y el FPMR: «El marxismo fue nuestro método, el Che nuestra estrella»***. Agência de Notícias *RedAcción*. disponível em: https://www.anred.org/2020/09/08/mauricio-hernandez-norambuena-ramiro-y-el-fpmr-el-marxismo-fue-nuestro-metodo-el-che-nuestra-estrella/, acesso em 08 ago. 2023. Para mais informações sobre o viés de direita do jornal *El Mercúrio*, leia-se: SANTOS, Emmanuel dos. **A imprensa chilena, o jornal *El Mercurio* e o golpe civil-militar de Pinochet (1973)**. Rev. Hist. UEG - Porangatu, v.5, n.2, p. 307-328, ago./dez. 2016, p. 310. E por fim, para mais informações sobre o porquê ele processa o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e as possíveis consequências de eventual condenação do Brasil no caso, leia-se: **A CIDH apresentou caso do Brasil perante a Corte IDH**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Disponível em: https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2023/108.asp, acesso em 08

Foram três as controvérsias decididas pelo STF neste caso: a primeira, sobre a possibilidade de extraditar estrangeiro para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua; a segunda, se o fato praticado no estrangeiro seria um crime político, o que impediria a extradição, ante a expressa vedação no texto constitucional brasileiro; e a terceira, se a palavra final da entrega seria do próprio Tribunal ou do Presidente da República.

A primeira controvérsia se deu pela alegação de conflitar diretamente com a garantia fundamental da alínea "b" do inciso XLVII do art. 5º da CR/88, pela qual, no Brasil, não se admite a pena de caráter perpétuo, embora no mesmo texto não haja qualquer vedação para extraditar estrangeiro visando o cumprimento de tal pena. Para essa primeira controvérsia, a jurisprudência então dominante [211], desde a entrada em vigor da atual Constituição até antes do julgamento do Estudo de Caso n. 01, era de ser possível a extradição, sem qualquer condicionamento ao governo requerente, como comutar a pena perpétua por outra aplicável no Brasil.

Já a segunda, foi a análise de se o crime praticado no estrangeiro seria político. E tinha relevância em razão da expressa vedação da extradição nessa hipótese pelo inciso LII do art. 5º da CR/88.

E por fim, a terceira e última controvérsia era saber de quem seria a última palavra para a entrega do estrangeiro, após o julgamento do pedido de extradição, se o próprio Tribunal, ante o disposto na alínea 'g' do inciso I do art. 102 da CR/88, ou do Presidente da República (art. 84 da CR/88)[212].

---

ago. 2023 e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho & GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. **Brasil. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)**. *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Con informes adicionales de España e Italia. Kai Ambos e Ezequiel Malarino (Editores). Instituto de Ciencias Criminales — Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Montevideo*: Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2008, ISBN 978-9974-8099-2-5, pp. 95-130, p. 120.

[211] Os julgados proferidos pelo Pleno do STF, entre a vigência da atual Constituição e antes do julgamento do Estudo de Caso n. 01 foram: **Ext 472,** em 16.11.1988; **Ext 486**, em 07.03.1990; **Ext 507**, em 25.09.1991; **Ext 598**, em 18.11.1993; **Ext 599**, em 02.12.1993; **Ext 654**, em 30.11.1995; **Ext 669**, em 06.03.1996; **Ext 693**, em 12.06.1996; **Ext 701**, em 10.09.1997; **Ext 711**, em 18.02.1998; **Ext 703 ED**, em 06.04.1998; **Ext 773**, em 23.02.2000; **Ext 766**, em 06.04.2000; **Ext 793**, em 17.10.2001; **Ext 816 ED**, em 21.03.2002; **Ext 838**, em 07.08.2002; **Ext 811**, em 04.09.2002; e **Ext 843**, em 16.10.2002. Nesses ficaram vencidos, por exigirem do governo estrangeiro comutação da pena de prisão perpétua, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Paulo Brossard, o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Maurício Corrêa.

[212] No texto não se atribui ao Presidente da República, como uma de suas prerrogativas privativas no art. 84 da CR/88, decidir sobre a extradição de estrangeiro. O que há é apenas a previsão no

Porém, as duas mutações constitucionais judiciais detectadas, e que interessam a esta tese, se deram quanto à primeira e terceira controvérsias, por serem temas omissos, ou não tratados expressamente na redação original da Constituição de 88. A primeira, quanto à exigência, de formal compromisso de governo estrangeiro em comutar pena de prisão perpétua por outra admitida no Brasil, como condição ao governo brasileiro para a entrega de estrangeiro após julgar processo de extradição. E a segunda, a prerrogativa conferida pelo STF ao Presidente da República, de dar a última palavra quanto à entrega de estrangeiro, após autorizada a extradição em processo judicial formulado por estado estrangeiro.

O resultado final do pedido **Ext 855** foi que o STF, à unanimidade, desenquadrou como crime político as condutas praticadas pelo extraditando, mantendo-o como terrorismo, e autorizou sua entrega. Porém, a condicionou ao formal compromisso do Governo do Chile em comutar as duas penas de prisões perpétuas por uma pena privativa de liberdade de até 30 (trinta) anos[213]. E ainda que a entrega ficaria a cargo da análise política e privativa do Presidente da República.

4.2
As normas constitucionais da redação original paradigmas das duas mutações constitucionais no Estudo de Caso n. 01

As normas da redação original da CR/88, paradigmas das mutações constitucionais havidas no Estudo de Caso n. 01, e que interessam ao tema central desta tese, são: o inciso LII do art. 5º, pelo qual "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião", sem assim mencionar qualquer impedimento à extradição para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua no estrangeiro; e o art. 84 do mesmo texto, que trata das competências privativas do Presidente da República, no qual não se atribui expressamente tal prerrogativa de

---

inciso VII de que compete privativamente "manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos". Já as duas outras disposições sobre extradição são: uma que trata da competência legislativa da União em dispor sobre "emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros" (inciso XV do art. 22 da CR/88), e outra, que confere ao STF a competência para processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro (alínea 'g' do inciso I do art. 102 da CR/88). Fora do texto constitucional, havia a Lei Federal n. 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), recepcionada pela nova ordem constitucional, embora atualmente esteja revogada pela Lei Federal n. 13.445/2017 (Institui a Lei de Migração).

[213] A partir da Lei Federal n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), no dia 24.01.2020, e com a alteração havida no art. 75 do CP, o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade passou no Brasil de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos, para fatos cometidos a partir daquela data.

decidir pela entrega ou não estrangeiro, após formal julgamento pelo STF de pedido de Extradição formulado por governo estrangeiro.

4.3
O processo judicial paradigma julgado no STF e relacionado ao Estudo de Caso n. 01: Ext 855, julgado em 26.08.2004

O mérito do processo judicial paradigma julgado pelo Pleno do STF em 26.08.2004, e relacionado a este Estudo de Caso n. 01 foi a petição **Ext 855**, com acórdão publicado em 01.07.2005, e trânsito em julgado em 10.11.2006. Já os Ministros que participaram do julgamento foram: o Ministro Celso de Mello (Relator), o Ministro Eros Grau , o Ministro Carlos Ayres Britto, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Carlos Velloso, o Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Cezar Peluso, o Ministro Joaquim Barbosa, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Nelson Jobim (Presidente).

4.4
Identificação dos critérios adotados pelos ministros do STF para as duas mutações constitucionais havidas no Estudo de Caso n. 01

Neste tópico foram identificados os critérios adotados pelos ministros e que fundamentaram as duas mutações constitucionais havidas na interpretação de dispositivos da redação original da Constituição de 88.

E alguns esclarecimentos preliminares antes da demonstração dos critérios:

a) embora a votação unânime, quanto ao pedido de extradição, e em parte quanto às condições impostas para a entrega do extraditando ao país solicitante, não constam no inteiro teor do acórdão da **Ext 855** os votos do Ministro Cezar Peluso, do Ministro Joaquim Barbosa e da Ministra Ellen Gracie;

b) as referências aos números de páginas em cada voto diz respeito ao arquivo digital do inteiro teor do julgado disponível na página do STF na *internet*, acessado pelo número do processo ou clicando no respectivo *link* do julgado mencionado, sendo o primeiro número referente a página respectiva citada, seguido da palavra “de”, e após o número total de páginas do documento eletrônico. Assim, foram observadas todas as 89 páginas do inteiro teor do acórdão do **Ext 855**; e

c) eventuais aditamentos de votos, manifestações em debates, aclaramentos ou confirmações de votos já proferidos e que foram relevantes à mutação consti-

tucional estão disponíveis no destaque do voto de cada ministro , com vistas a facilitar a localização e a compreensão de seu posicionamento, embora possa não ter ocorrido na mesma sessão de julgamento.

A seguir, a síntese dos fundamentos utilizados pelos ministros do STF, a respeito do Estudo de Caso n. 01, e contidos no arquivo digital do inteiro teor do acórdão de 89 páginas no total:

4.4.1
Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Celso de Mello (Relator) na Ext 855, em 26.08.2004

O Ministro Celso de Mello (Relator), quanto ao condicionamento da entrega do estrangeiro à análise da conveniência do interesse nacional pelo Presidente da República, citou tão somente o disposto no então vigente art. 89 do Estatuto do Estrangeiro, que por sua vez remete ao art. 67, os quais autorizam a entrega, mesmo se o estrangeiro ainda estiver aqui sendo processado ou cumprindo pena. Citou o precedente da Corte: **Ext 369**, julgada em 19.12.1979 (p. 47 de 89).

Já com relação ao condicionamento da entrega à comutação da pena de prisão perpétua por pena privativa de liberdade, até 30 (trinta) anos, sugeriu fosse reaberta a discussão, por não admitir "qualquer possibilidade de a ordem normativa externa superpor-se ao que prescreve, em caráter subordinante, a própria Lei Fundamental da República" (p. 51 de 89).

Propôs retorno de anterior jurisprudência, firmada antes em **Ext 426**, julgada em 04.09.1985[214], que assim condicionava a extradição a tal compromisso de comutação de pena. Informou que a jurisprudência que se formou a partir desse último julgado, e não se mostrou coerente com os anteriores posicionamentos[215].

---

[214] O Ministro Celso de Mello (Relator) se refere a dois julgados proferidos pelo Pleno do STF, e anteriores à atual Constituição de 1988: **Ext 399**, julgado em 15.06.1983 e **Ext 417**, julgado em 20.05.1984. Em ambos foram deferidas as extradições, porém com ressalva, decidida por maioria, para que o Governo requerente se comprometesse a comutar a pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, limitada a 30 (trinta) anos (p. 51-52 de 89).

[215] O Ministro Celso de Mello (Relator) aqui refere-se aos julgados proferidos em vários pedidos de extradição citados em nota de rodapé no início deste *Capítulo*. Ver tópico "4.1 - Delimitação do Estudo de Caso n. 01".

Na sequência, o Ministro Celso de Mello (Relator), em aparte ao voto do Ministro Nelson Jobim (Presidente), entendeu que o país requerente do pedido de extradição ao assim formulá-lo ao Brasil, tacitamente estaria aceitando se submeter à jurisdição do STF (p. 86 de 89), e, portanto, a condição imposta de comutação.

4.4.2
Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Eros Grau na Ext 855, em 26.08.2004

Em sucinto voto, de apenas um parágrafo, acompanhou o relator, por privilegiar os direitos humanos (p. 68 de 89).

4.4.3
Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Carlos Ayres Britto na Ext 855, em 26.08.2004

Em também sucinto voto, apenas acompanhou o voto do relator, igualmente para privilegiar os direitos humanos (p. 68 de 89).

4.4.4
Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Gilmar Mendes na Ext 855, em 26.08.2004

Em sintético voto, o Ministro Gilmar Mendes afirmou apenas que não se convenceu das razões pelas quais o STF havia mudado de entendimento na extradição **Ext 426** em 04.09.1985, pois deveria ter prevalecido o núcleo essencial da constituição, na parte que trata do impedimento à prisão perpétua (p. 71 de 89). E embora não tenha se manifestado expressamente sobre o condicionamento da entrega à análise pelo Presidente da República, registrou ter acompanhado o voto do ministro relator.

4.4.5
Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Marco Aurélio na Ext 855, em 26.08.2004

Afirmou que a Constituição, apesar de admitir exceção ao permitir a pena de morte, não o faz quanto a pena de prisão perpétua, motivo pelo qual também impôs restrição à entrega do pedido de extradição (p. 72 de 89). E quanto à entrega do

estrangeiro após o julgamento pelo STF, entendeu ser uma prerrogativa do Presidente da República (p. 72 de 89).

4.4.6
Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Carlos Velloso na Ext 855, em 26.08.2004

Votou pela concessão da extradição, sem impor qualquer condição de comutação de penas, e sem nada se reportar à prerrogativa do Presidente da República, após o julgamento pelo Tribunal (p. 74 de 89).

4.4.7
Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Sepúlveda Pertence na Ext 855, em 26.08.2004

O Ministro Sepúlveda Pertence, em debate após o voto do Ministro Celso de Mello (Relator), assim como o Ministro Nelson Jobim (Presidente), arguira a questão de se havia no direito estrangeiro do país requerente o instituto jurídico da comutação de penas, como há no Direito Penal brasileiro, pelo que informou o Ministro Celso de Mello (Relator) não dispor dessa informação, embora entendesse, o Ministro Celso de Mello (Relator), dever assim o Estado estrangeiro se comprometer a fazê-lo (p. 57 de 89).

No entanto, também votou em impor a comutação de pena de prisão perpétua por pena privativa de liberdade, limitada a 30 (trinta) anos de prisão, como votado pelo relator, pois "jamais me conformei com a orientação vigente desde 1985" (p. 79 de 89).

4.4.8
Estudo de Caso n. 01 - Critérios adotados para as duas mutações constitucionais pelo Ministro Nelson Jobim (Presidente) na Ext 855, em 26.08.2004

Indagou o Ministro Celso de Mello (Relator) sobre eventual vedação na constituição chilena quanto a tal comutação condicionada, o que poderia causar um impasse (p. 59 de 89). Porém, acompanhou o Ministro Carlos Velloso, em autorizar a extradição, mas sem impor qualquer condição, seguindo a jurisprudência então dominante no STF (p. 87 de 89).

E registrou estranheza no fato de a decisão condicionar a entrega pelo Presidente da República à comutação de penas pelo país estrangeiro, por assim estabelecer condição para expulsão de estrangeiro pelo chefe do Poder Executivo, fato não previsto no art. 67 do então vigente Estatuto do Estrangeiro (p. 88 de 89).

4.5
As mudanças jurídicas e políticas a partir das duas mutações constitucionais judiciais havidas no Estudo de Caso n. 01

Neste tópico foram analisadas as possíveis mudanças jurídicas e políticas a partir das duas mutações constitucionais judiciais havidas no julgamento do Estudo de Caso n. 01.

A importância desta análise se dá por ser um relevante fator a considerar em eventual nova mutação, como descrito no *Capítulo 8*, sobre uma proposta de sistematização para a mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF

4.5.1
As mudanças jurídicas a partir do Estudo de Caso n. 01

Dentre as mudanças jurídicas identificadas após o julgamento do Estudo de Caso n. 01, houve o julgamento de outro pedido de extradição, desta vez pelo Governo da Itália, e referente ao nacional italiano *Cesare Battisti*[216] (**Ext 1085**), no qual o STF após autorizar sua extradição em 16.12.2009, voltou a analisar o caso em 08.06.2011, quanto à obrigatoriedade de o Presidente da República entregá-lo.

No segundo julgamento, em 08.06.2011, o Tribunal reiterou o entendimento do Estudo de Caso n. 01, de que o deferimento do pedido de extradição formulado pelo Governo da Itália não vincularia a análise da conveniência política do Presidente da República à tal entrega. Essa decisão tomada não foi unânime, pois foram contrários a tal condicionamento o Ministro Gilmar Mendes (Relator)[217] [218], a Ministra Ellen Gracie[219] e o Ministro Cezar Peluso (Presidente)[220].

---

[216] No relatório do julgado proferido pelo Ministro Cezar Peluso (Relator) em 16.12.2009 consta que o extraditando fora condenado pela justiça italiana à pena de prisão perpétua pelo homicídio de quatro pessoas entre os anos de 1977 a 1979, com afastamento de motivação política pelo STF, a ponto de se deferir a extradição (Ver p. 6 de 686 do inteiro teor do Acórdão **Ext 1085**).

[217] Ver p. 100 de 192 do inteiro teor do acórdão **Ext 1085**, julgada em 16.12.2009.

[218] Apesar de assim ter votado neste pedido de extradição **Ext 1085**, em 16.12.2009, o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do pedido de extradição **Ext 855**, em 26.08.2004, de que trata este

No entanto, sem qualquer aprofundamento sobre os antecedentes, as circunstâncias, as motivações e as repercussões políticas no Brasil e na Itália a respeito do julgamento do Caso *Battisti*[221], e centrando-se apenas no que interessa à compreensão de uma mudança jurídica a considerar em nova mutação constitucional pelo STF, o tema ainda se encontra dividido quanto a faculdade conferida ao Presidente da República em decidir pela efetiva entrega do estrangeiro.

No caso Battisti, a Ministra Ellen Gracie chegou a advertir aos membros do Tribunal de potencial *lobby* a ser instaurado junto à Presidência da República, após a nova prerrogativa que se conferia de decidir ou pela extradição, mesmo após o julgamento pelo STF[222].

Inclusive, o Brasil ainda mantém válido com o Governo da Itália, o mesmo Tratado de Extradição assinado em 17.10.1989, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 78, de 20.11.1992, e promulgado

---

Estudo de Caso n. 01, havia acompanhado o voto do Ministro Celso de Mello (Relator), para condicionar a entrega a análise da convivência pelo Presidente da República (p. 71 de 89).

[219] Ver p. 184 de 192 do inteiro teor do acórdão **Ext 1085**, julgada em 16.12.2009.

[220] Ver p. 191 de 192 do inteiro teor do acórdão **Ext 1085**, julgada em 16.12.2009.

[221] Após parecer do consultor jurídico da Advocacia Geral da União em 28.12.2010, o então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, negou em 31.12.2010, o pedido de extradição para a Itália de Cesare Battisti, mesmo após o julgamento pelo STF do pedido de **Ext 1085**, em 16.12.2009 (GODOY, 2010, pp. 7-81). O Governo da Itália então renovou o pedido de extradição, após o Presidente da República do Brasil, Michael Temer assumir o governo do Brasil, ocasião em que o STF, julgando o **HC 136.898 AgR** em 19.05.2017 denegou a segurança ante a nova decisão política de entrega pelo Governo brasileiro. Após o resultado final das eleições brasileiras em outubro de 2018, e com a promessa do Presidente da República eleito Jair Bolsonaro de extraditá-lo, o terrorista fugiu do Brasil para a Bolívia em dezembro de 2018, de onde foi deportado direto para a Itália, sem passar pelo Brasil, evitando com isso a submissão da limitação do Governo Italiano à pena máxima de 30 (trinta) anos imposta pela decisão do STF no pedido **Ext 1085**. Já preso na Itália, *Battisti* confessou seus crimes e o Presidente Lula admitiu o erro em não extraditá-lo. Para mais informações sobre a promessa de Jair Bolsonaro de extraditar Cesare Battisti leia-se: "**Bolsonaro promete extraditar Battisti "imediatamente", se eleito**", disponível em: https://noticias.r7.com/eleicoes-2018/bolsonaro-promete-extraditar-battisti-imediatamente-se-eleito-29062022, acesso em 23 ago. 2023. Para mais informações sobre sua fuga para a Bolívia leia-se: "**Foragido há um mês, Cesare Battisti é preso na Bolívia**", disponível em: https://www.metropoles.com/brasil/foragido-ha-um-mes-cesare-battisti-e-preso-na-bolivia, acesso em 23 ago. 2023. Para mais informações sobre a admissão de culpa leia-se "**Cesare Battisti admite participação em 4 assassinatos na Itália**", publicado no Portal R7 em 25.03.2019, disponível em https://noticias.r7.com/internacional/cesare-battisti-admite-participacao-em-4-assassinatos-na-italia-25032019, acesso em 18 ago. 2023. E para mais informações sobre o reconhecimento do erro pelo Presidente Lula leia-se: "**Lula admite erro ao proteger Cesare Battisti**", publicado em Carta Capital Mundo, disponível em https://www.cartacapital.com.br/politica/lula-admite-erro-ao-proteger-cesare-battisti/, acesso em 18 ago. 2023.

[222] Ver p. 184 de 192 do inteiro teor do acórdão **Ext 1085**, julgada em 16.12.2009.

pelo Presidente da República pelo Decreto n. 863, de 09.07.1993. No Tratado, não há qualquer ressalva quanto à extradição, para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua, apenas para fins de cumprimento de pena de morte (art. 4º), pois se permite possa condicionar a prévia garantia de que "não será executada".

Já no plano interno, e ainda como mudanças jurídicas a considerar, após o julgamento do pedido de **Ext 855**, em 26.08.2004, destaca-se a Lei Federal n. 13.445/2017 (Lei de Migração), na qual o inciso III do art. 96 impõe como condicionante à extradição, o formal compromisso do governo requerente em "comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos"[223].

O então vigente Estatuto do Estrangeiro (Lei Federal n. 6.815/1980) condicionava em seu art. 89 a entrega de estrangeiro, para fins de cumprimento de pena no exterior, "a conclusão do processo ou do cumprimento da pena", por crime cometido no Brasil. À época, admitia no art. 67, a depender do interesse nacional, a expulsão do estrangeiro "ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação", decisão que cabia, em última análise, ao Presidente da República (art. 66). No entanto, pela nova Lei Federal 13.445/2017 (Institui a Lei de Migração), em seu art. 95, também ficou condicionada a execução da extradição de estrangeiro à "conclusão do processo ou do cumprimento da pena" por crime cometido no Brasil, além de admitir a entrega imediata em hipóteses de "liberação antecipada pelo Poder Judiciário e de determinação da transferência da pessoa condenada".

Relevante registrar que, diferentemente do revogado Estatuto do Estrangeiro, que expressamente conferia ao Presidente da República essa prerrogativa exclusiva, a depender "da conveniência e a oportunidade da expulsão", na nova Lei, sequer o Presidente da República é referido.

E pelo regulamento da nova lei, o Decreto Federal n. 9.199/2017[224], em seu art. 202, sem se reportar a pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro, até por ser tema privativo do STF (alínea 'g' do inciso I do art. 102 da CR/88), lá

[223] Considerar no ponto a discussão sobre a eficácia dessa disposição normativa interna, quando assim não esteja expressamente prevista em tratado internacional, como analisado no tópico precedente deste Capítulo.

[224] Considerar a Portaria n. 217/2018, do Ministério da Justiça, que estabelece os procedimentos administrativos relativos aos pedidos de extradição.

também sequer se atribui ao Presidente da República qualquer ato de decidir pela entrega do estrangeiro à nação requerente, mas sim e apenas ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública (art. 271 da Lei Federal n. 13.445/2017), pois "Julgada procedente a extradição pelo STF, o Ministério da Justiça e Segurança Pública avaliará se o estrangeiro cumpre os requisitos para ser extraditado".

E por fim, uma outra inovação legislativa após o julgamento do pedido de **Ext 855**, em 26.08.2004, foi a Lei n. 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime), ao alterar o disposto no art. 75 do CP, que elevou o tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos. Embora se deva considerar o limite de 30 (trinta) anos, caso assim expressamente disponha o tratado internacional sobre extradição, seja de forma bilateral ou multilateral.

4.5.2
As mudanças políticas a partir do Estudo de Caso n. 01

E como relevante mudança política havida após o julgamento do Estudo de Caso n. 01 destaca-se a existência do atual Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile, firmado na cidade do Rio de Janeiro no dia 10.12.1998, e aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro através do Decreto Legislativo n. 35, de 11.04.2002.

Por esse novo acordo, que expressamente não revogou o tratado bilateral entre Brasil e Chile de 08.11.1935, mas que dispõe em sentido contrário em algumas de suas disposições, e com vigência a partir do dia 11.04.2005, há o art. 13, no qual expressamente não se admite a extradição para fins de cumprimento de pena de morte ou de prisão perpétua. Apenas se admite a extradição quando aplicada uma das duas penas mencionadas, após prévio e formal compromisso do governo requerente em comutá-las em pena "não for superior à pena máxima admitida na lei penal do Estado Parte requerido".

Também há no Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile firmado em 1998, uma regra de exceção no art. 30, pelo qual "Excepcionalmente, e com a devida fundamentação", um dos Estados parte pode denegar a extradição quando o "cumprimento for contrário à segurança, à ordem pública ou a outros interesses essenciais do Estado Parte requerido".

Deste modo, tal expressa permissão agora contempla o entendimento judicial do STF em conferir a última palavra ao Presidente da República em eventualmente negar o pedido de extradição, mas limitado aos países signatários, mesmo quando pelo Tribunal autorizado, embora assim não disponha a Constituição. No entanto, tal prerrogativa decorre do tratado e não da decisão do STF.

E por fim, quanto a outros tratados sobre extradição, não serão aqui analisados, posto que atualmente são 41 instrumentos [225], além do que, tanto o revogado art. 74 da Lei n. 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) quanto o art. 84 da Lei Federal n. 13.445/2017 (Lei de Migração), admitem a extradição sem prévia existência de uma convenção ou tratado internacional, desde que haja tão somente um formal compromisso entre os governos pela reciprocidade.

[225] O STF mantém em sua página na *internet*, com o título "Tratados de Extradição", disponível em https://portal.stf.jus.br/internacional/content.asp?id=331995&ori=4&idioma=pt_br, acesso em 18 ago. 2023, uma lista contendo 31 tratados bilaterais sobre extradição firmados pelo Brasil, além de outros 07 multilaterais, embora essa lista esteja atualizada até o dia 08.11.2022 15:15:25. Já o Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal brasileiro também disponibiliza a relação dos tratados bilaterais em https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/extradicao/acordos-de-extradicao-1/acordos-extradicao-bilaterais, acesso em 18 ago. 2023, assim como a lista dos tratados multilaterais em https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/extradicao/acordos-de-extradicao-1/acordos-extradicao-multilaterais, acesso em 18 ago. 2023, porém tais listas estão atualizadas até o dia 30/07/2019 11h15. Dos 31 tratados mencionados pelo STF até o ano de 2022, já no ano de 2023 até o presente momento, 18.08.2023, o Congresso Nacional aprovou mais um com a Hungria (Decreto Legislativo n. 77, de 17 de agosto de 2023), além de o Governo Federal ter promulgado outros dois, sendo um com o Governo da Confederação Suíça (Decreto n. 11.519, de 05.05.2023) e outro multilateral com o Conselho da Europa e as demais Partes (Decreto n. 11.491, de 12.04.2023).

5 Capítulo
Execução penal antes do trânsito em julgado *(Caso 2)*

5.1
Delimitação do Estudo de Caso n. 02

O Estudo de Caso n. 02 trata a respeito do momento a partir do qual é possível a execução penal decorrente de condenação criminal. A controvérsia reside na interpretação dada ao inciso LVII do art. 5º da CR/88, que exige expressamente o prévio trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e, portanto, o exaurimento de eventuais recursos processuais penais previstos em lei.

Observou-se de 05.10.1988 a 07.11.2019, que o tema apresentou quatro momentos interpretativos na jurisprudência do Pleno do STF.

No primeiro, de 05.10.1988 até o dia 04.02.2009, o Pleno do STF entendeu ser possível o cumprimento de pena criminal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo pendendo recursos. No segundo, de 05.02.2009 a 16.02.2016, passou a exigir o trânsito em julgado desta condenação, e com isso o exaurimento de todos os recursos processuais. No terceiro momento, de 17.02.2016 a 06.11.2019, voltou a permitir o cumprimento provisório da pena, mesmo pendendo recurso extraordinário ou recurso especial. E por fim, no atual entendimento, de 07.11.2019 em diante, o Tribunal voltou ao firmado no segundo, de que a regra constitucional exige o prévio trânsito em julgado da condenação.

5.2
A norma constitucional da redação original paradigma da mutação constitucional e os objetos sob controle de constitucionalidade questionados no Estudo de Caso n. 02

A norma constitucional da redação original, e paradigma de toda a controvérsia deste caso foi o inciso LVII do art. 5º, pela qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Foram objetos de controle, nas quatro mutações constitucionais havidas: na primeira mutação, o art. 594 do CPP, antes de sua integral revogação pela Lei n. 11.719/2008; na segunda, o art. 637 do CPP; na terceira, continuou sendo o art.

637 do CPP, com acréscimo do §2º do art. 27 da Lei 8.038/1990, este antes de sua revogação pelo CPC em 2016; e por fim, na quarta e última mutação constitucional havida, foi o art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011, e antes da mudança trazida pela Lei n. 13.964/2019.

5.3
Os processos judiciais paradigmas julgados no STF e relacionados ao Estudo de Caso n. 02 (HC 72.366, HC 84.078, HC 126.292, ADC 43, ADC 44 e ADC 54)

Foram seis os processos judiciais paradigmas julgados pelo Pleno do STF e relacionados ao Estudo de Caso n. 02, em quatro momentos interpretativos.

O primeiro processo trata-se do **HC 72.366**, julgado em 13.09.1995, com acórdão do mérito publicado em 26.11.1999, e trânsito em julgado 03.12.1999. Já os Ministros que participaram desse julgamento foram: o Ministro Néri da Silveira (Relator), o Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente), o Ministro Moreira Alves, o Ministro Sydney Sanches, o Ministro Octávio Gallotti, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Carlos Velloso, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Ilmar Galvão, o Ministro Francisco Rezek e o Ministro Maurício Corrêa.

O segundo o **HC 84.078**, julgado em 05.02.2009, com acórdão do mérito publicado em 26.02.2010, e trânsito em julgado em 13.05.2011. Já os Ministros que participaram do julgamento foram: o Ministro Eros Grau (Relator), o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), o Ministro Menezes Direito, a Ministra Ellen Gracie, o Ministro Cezar Peluso, o Ministro Carlos Britto, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia.

O terceiro o **HC 126.292**, julgado em 17.02.2016, com acórdão do mérito publicado em 17.05.2016, e trânsito em julgado em 14.02.2017. Já os Ministros que participaram do julgamento foram: o Ministro Teori Zavascki (Relator), o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), o Ministro Celso de Mello, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Dias Toffoli, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Roberto Barroso e o Ministro Edson Fachin.

O quarto a **ADC 43**, com mérito julgado em 07.11.2019, embora julgada a Medida Cautelar em 05.10.2016, e acórdão desta cautelar então publicado em 07.03.2018, e acórdão do mérito publicado 12.11.2020 e ainda sem data trânsito em julgado em 13.04.2023. Já os Ministros que participaram do julgamento da Medida Cautelar foram: o Ministro Marco Aurélio (Relator), a Ministra Cármen Lúcia (Presidente), o Ministro Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Dias Toffoli, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Teori Zavascki, o Ministro Roberto Barroso e o Ministro Edson Fachin. E os Ministros que participaram do julgamento do mérito foram: o Ministro Marco Aurélio (Relator), o Ministro Dias Toffoli (Presidente), o Ministro Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Roberto Barroso, o Ministro Edson Fachin e o Ministro Alexandre de Moraes.

O quinto a **ADC 44**, com mérito julgado pelo Pleno do STF em 07.11.2019, e Medida Cautelar julgada em 05.10.2016, e data da publicação do acórdão da Medida Cautelar em 07.03.2018, publicação do acórdão do mérito em 12.11.2020 e data do trânsito em julgado em 20.05.2021. Os Ministros que participaram do julgamento da Medida Cautelar foram: o Ministro Marco Aurélio (Relator), a Ministra Cármen Lúcia (Presidente), o Ministro Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Dias Toffoli, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Teori Zavascki, o Ministro Roberto Barroso e o Ministro Edson Fachin. E os Ministros que participaram do julgamento do mérito foram: o Ministro Marco Aurélio (Relator), o Ministro Dias Toffoli (Presidente), o Ministro Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Roberto Barroso, o Ministro Edson Fachin e o Ministro Alexandre de Moraes.

E o sexto a **ADC 54**, cuja data do julgamento da Medida Cautelar foi o dia 19.12.2018, embora sem data de publicação do acórdão da MC[226], data do julga-

[226] À pedido da PGR, em Suspensão de Liminar SL 1188, o Presidente do STF, o Min Dias Toffoli, suspendeu "os efeitos da decisão proferida nesta data, nos autos da ADC n. 54, até que o colegiado maior aprecie a matéria de forma definitiva, já pautada para o dia 10 de abril do próximo ano judiciário, consoante calendário de julgamento publicado no DJe de 19 de 12 de 2018".

mento do mérito em 07.11.2019, data da publicação do acórdão do mérito em 12.11.2020 e data do trânsito em julgado: 20.05.2020. Já os Ministros que participaram do julgamento do mérito foram: o Ministro Marco Aurélio (Relator), o Ministro Dias Toffoli (Presidente), o Ministro Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Roberto Barroso, o Ministro Edson Fachin e o Ministro Alexandre de Moraes.

5.4
Os entendimentos individuais de cada ministro do STF a respeito do Estudo de Caso n. 02

Os entendimentos de cada ministro do STF a respeito do Estudo de Caso n. 02 foram abaixo demonstrados em cada um dos quatro momentos interpretativos do Tribunal, separados pelos respectivos processos paradigmas.

5.4.1
O primeiro de quatro entendimentos do STF para o Estudo de Caso n. 02

No primeiro de quatro momentos interpretativos, julgamento do **HC 72.366**, em 13.09.1995, seis dos onze ministros do Tribunal Pleno votaram pela possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Foram eles: o Ministro Néri da Silveira (Relator), em 07.06.1995; o Ministro Carlos Velloso, em 12.09.1995; o Ministro Sydney Sanches, em 12.09.1995; o Ministro Moreira Alves; o Ministro Octávio Gallotti e o Ministro Celso de Mello.

No entanto, cinco dos onze ministros votaram pela impossibilidade desse cumprimento. Foram eles: o Ministro Marco Aurélio, em 07.06.1995; o Ministro Maurício Corrêa, em 07.06.1995; o Ministro Francisco Rezek, em 07.06.1995; o Ministro Ilmar Galvão, em 12.09.1995; e o Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente), em 12.09.1995.

E alguns esclarecimentos preliminares antes da demonstração dos critérios:

a) não consta no inteiro teor do acórdão do **HC 72.366**, os votos do Ministro Francisco Rezek, do Ministro Moreira Alves, do Ministro Octávio Gallotti e do Ministro Celso de Mello;

b) as referências aos números de páginas em cada voto diz respeito ao arquivo digital do inteiro teor do julgado disponível na página do STF, acessado pelo número do processo ou clicando no respectivo *link* do julgado mencionado, sendo o primeiro número referente a página respectiva citada, seguido da palavra "de", e em seguida o número total de páginas do documento eletrônico. Assim, foram observadas todas as 65 páginas do inteiro teor do acórdão do **HC 72.366**; as 166 páginas do acórdão do **HC 84.078**; as 103 páginas do acórdão do **HC 126.292** e as 489 páginas do acórdão do **ADC 43**, totalizando assim 823 páginas lidas;

c) eventuais aditamentos de votos, manifestações em debates, aclaramentos ou confirmações de votos já proferidos e que foram relevantes à mutação estão disponíveis no destaque do voto de cada ministro, com vistas a facilitar a localização e a compreensão de seu posicionamento, embora possa não ter ocorrido na mesma sessão de julgamento.

A seguir, a síntese dos fundamentos utilizados pelos ministros do STF, no primeiro de quatro momentos interpretativos a respeito do Estudo de Caso n. 02, e contidos no arquivo digital do inteiro teor do acórdão de 65 páginas no total.

5.4.1.1
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Néri da Silveira (Relator) no HC 72.366, em 07.06.1995

O Ministro Néri da Silveira (Relator), citando precedentes (p. 18 de 65), entendeu pela recepção do art. 594 do CPP, por não ser incompatível com o inciso LVII do art. 5º da CR/88 a exigência de prévio recolhimento à prisão, caso condenado e seja reincidente. Entendeu que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não poderia instituir disposição que conflite com a atual (p. 21 de 65).

5.4.1.2
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Marco Aurélio - HC 72.366, em 07.06.1995

O Ministro Marco Aurélio iniciou divergência apontando que o inciso LXI do art. 5º da CR/88 impõe restritas hipóteses de prisão antes da condenação definitiva, e com isso não caberia se exigir o prévio recolhimento voluntário ao cárcere para a hipótese de o condenado recorrer, até porque seria contraditório mesmo

com a própria razão do inconformismo. E acrescentou que a regra do inciso LVII do art. 5º da CR/88 é taxativa e não admite extensão (p. 24 de 65).

Invocou o art. 312 do CPP, com redação então vigente, que estipularia as condições para a prisão antes da condenação definitiva, não admitindo que alguém fosse recolhido à prisão tão somente por recorrer da condenação (p. 25 de 65).

Por fim, aduziu a incongruência do art. 594 do CPP, ao exigir prévio recolhimento à prisão para fins de recurso, quando possível ter sido condenado no regime semiaberto (p. 27 de 65).

5.4.1.3
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Maurício Corrêa - HC 72.366, em 07.06.1995

O Ministro Maurício Corrêa afirmou que o art. 594 do CPP, apesar de vigente há muitas décadas, não mais se ajustaria à vigente Constituição, em especial aos incisos LVII e LXI do art. 5º (p. 29 de 65). E por fim, acompanhando o Ministro Francisco Rezek, citou o §2º do art. 5º da CR/88, invocando o Pacto de São José da Costa Rica, que garante o duplo grau de jurisdição (p. 31 de 65).

5.4.1.4
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Francisco Rezek - HC 72.366, em 07.06.1995

Apesar de referido nos extratos das atas do julgamento (p. 40, 65 de 65) e ter votado na sessão do dia 07.06.1995, acompanhando inclusive o voto do Ministro Marco Aurélio, no lugar do voto do Ministro Francisco Rezek consta apenas a repetição do voto do Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente), motivo pelo qual não foi possível aqui deixar expresso seu entendimento[227].

5.4.1.5
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Ilmar Galvão - HC 72.366, em 12.09.1995

O Ministro Ilmar Galvão reconheceu que nunca houvera se debruçado sobre recepção do art. 594 do CPP frente à Constituição de 88 (p. 39 de 65). No entanto,

[227] Embora solicitado por e-mail, pesquisajurisprudencia@milldesk.com, no dia 21.04.2023 diretamente ao STF o acesso ao voto do Ministro Francisco Rezek dado no HC 72.366, em resposta no dia 24.04.2023 fui informado que: "só temos acesso aos votos que foram disponibilizados para a publicação do referido acórdão, não temos acesso dos votos que não foram disponibilizados".

distingue duas situações: uma, a possibilidade do início do cumprimento de pena pendendo recurso especial ou extraordinário, sem efeito suspensivo, como meio de evitar a morosidade da Justiça e garantir a adequada punição ao fato criminoso (p. 42 de 65); e outra, o prévio recolhimento ao cárcere do condenado tão somente para exercer o direito de recorrer da sentença condenatória (p. 44 de 65).

Porém, seguiu os entendimentos do Ministro Marco Aurélio, do Ministro Maurício Corrêa e do Ministro Francisco Resek, de não ser compatível com o inciso LVII do art. 5º o art. 594 do CPP, pela necessidade de se distinguir a 'prisão cautelar' do inciso LXI do art. 5º, da 'prisão penal', decorrente da interpretação definitiva do fato criminoso, do inciso LVII do mesmo artigo (p. 44 de 65).

Trouxe também outras disposições do CPP que seriam igualmente atingidas por essa não recepção, ante a necessidade de fundamentação judicial a justificar a prisão: art. 393, inciso I; art. 408, §1º; art. 594; art. 595 e art. 669, inciso I do CPP.

E por fim, citou não só o Pacto de São José da Costa Rica, vigente desde 09.11.1992, que igualmente não teria recepcionado o art. 594 do CPP (p. 50 de 65), como também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão decorrente da Revolução Francesa de 1789, pela qual por ser todo homem presumidamente inocente, dever-se-ia evitar o rigor excessivo e desnecessário da lei (p. 51 de 65).

5.4.1.6
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Carlos Velloso - HC 72.366, em 12.09.1995

O Ministro Carlos Velloso iniciou entendendo haver compatibilidade entre o inciso LVII do art. 5º com o art. 594 do CPP, uma vez que o princípio da não culpabilidade presumida, até o trânsito em julgado, não impediria a prisão cautelar processual decorrente da necessidade de garantir o cumprimento da pena imposta ao condenado que desejasse recorrer (p. 54 de 65). Aduziu, porém, que a Constituição não veda a prisão cautelar, seja em flagrante ou decorrente de decisão judicial, na forma do inciso LXI, mas exige seja motivada (inciso IX do art. 92 da CR/88).

Justificou que a presunção de inocência já existia implicitamente na CR/67 (p. 55 de 65), e que o legislador poderia impor como condição cautelar o prévio recolhimento à prisão para a hipótese de o condenado almejar recorrer.

Advertiu quanto ao risco de se passar a interpretar não recepcionado o art. 594 do CPP, pois atingiria também o art. 35 da Lei de Tóxicos, beneficiando com isso traficantes (p. 56 de 65), além da repercussão negativa quanto à segurança pública pelo possível aumento da violência nas grandes e médias cidades, além do desencorajar o Parlamento em adotar medidas legais mais restritivas.

Não entendia desarrazoada a exigência processual do prévio recolhimento ao cárcere contra o condenado reincidente, pois já se estaria garantida a liberdade provisória em favor do primário e de bons antecedentes (p. 56 de 65).

E por fim, respondendo a intervenção do Ministro Marco Aurélio, advertiu que os ministros não são nem legisladores e nem autômatos aplicadores da Constituição, como meros computadores, e que seria possível ao legislador processual impor condições cautelares para fins de aplicação da lei penal (p. 57 de 65).

5.4.1.7
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Sydney Sanches - HC 72.366, em 12.09.1995

O Ministro Sydney Sanches afirmou que nem o inciso LVII do art. 5º, nem o item 6 do art. 7º da Convenção da Costa Rica, por não tratarem sobre prisão, revogaram o inciso I do art. 393 e art. 594 do CPP (p. 58 de 65). Pois a presunção de inocência é algo distinto da necessidade da prisão cautelar, e a confirmar tese contrária importaria na impossibilidade de se ter qualquer prisão mesmo após a 1ª ou a 2º condenação (p. 58 de 65).

Invocou por fim não só a morosidade da Justiça, a extrema violência urbana e a sensação de impunidade, como também que o próprio STF mantinha preso condenado em ação penal originária, sem trânsito em julgado (p. 59 de 65).

5.4.1.8
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente) - HC 72.366, em 12.09.1995

O Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente) entendeu não ser possível conciliar a presunção de não culpabilidade com a prisão decorrente de sentença penal condenatória em primeira instância por ser execução provisória, sendo irrelevante o fato de assim já existir. No entanto, reiterou a necessidade de distinção entre a

prisão pena do inciso LVII do art. 5º, da prisão cautelar do inciso LXI, sendo para esta exigida a adequada fundamentação judicial (p. 62 de 65).

E concluiu, acompanhando o voto do Min Marco Aurélio e demais dissidentes, por não se impressionar com a alegada necessidade de maior repressão social para combater a criminalidade, por entender incompatível com a Constituição a exigência do art. 594 do CPP.

5.4.2
O segundo de quatro entendimentos do STF para o Estudo de Caso n. 02

Do primeiro para o segundo de quatro entendimentos do STF, dos onze ministros que compunham o Tribunal, presentes nos dois momentos apenas o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello, cujos votos merecem, portanto, maior atenção com vistas a identificar possível mudança de entendimento.

Neste segundo momento interpretativo, e durante o julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, sete dos onze ministros votaram pela impossibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Foram eles: o Ministro Eros Grau (Relator), em 09.04.2008; o Ministro Celso de Mello, em 05.02.2009; o Ministro Ricardo Lewandowski, em 05.02.2009; o Ministro Carlos Britto, em 05.02.2009; o Ministro Cezar Peluso, em 05.02.2009; o Ministro Marco Aurélio, em 05.02.2009 e o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), em 05.02.2009. No entanto, outros quatro votaram pela possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Foram eles: o Ministro Menezes Direito, em 05.02.2009; a Ministra Cármen Lúcia, em 05.02.2009; o Ministro Joaquim Barbosa, em 05.02.2009 e a Ministra Ellen Gracie, em 05.02.2009.

Não consta, porém, no inteiro teor do acórdão do **HC 84.078**, os votos do Ministro Ricardo Lewandowski e da Ministra Cármen Lúcia.

E reiterando esclarecimentos anteriores, eventuais aditamentos de votos, manifestações em debates, aclaramento ou confirmações de votos já dados ficarão disponíveis no destaque do voto de cada ministro, com vistas a facilitar a compreensão de seu posicionamento, embora possa não ter ocorrido na mesma sessão.

A seguir a síntese dos fundamentos utilizados e contidos no arquivo digital do inteiro teor do acórdão de 166 páginas no total:

5.4.2.1
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Eros Grau (Relator) no HC 84.078, em 09.04.2008

O Ministro Eros Grau (Relator) iniciou afirmando que o entendimento anterior a respeito da possibilidade de execução provisória deveria ser revisto. E apontou que os arts. 105, 147 e 164 da Lei n. 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal), que exigem o prévio trânsito em julgado para o início do cumprimento definitivo da pena privativa de liberdade, das penas restritivas de direitos e da pena de multa, não só se sobreporiam no tempo ao art. 637 do CPP, que permite a execução provisória pendendo recurso extraordinário, sem efeito suspensivo, como também estariam em sintonia com o inciso LVII do art. 5º da CR/88 (p. 32 de 166).

Aduziu incongruência na jurisprudência, em não admitir o início do cumprimento das penas restritivas de direitos, menos graves, e permitir o cumprimento das penas privativas de liberdades, mais graves (p. 35 de 166).

E até admitia a prisão antes do trânsito em julgado, mas apenas nas restritivas hipóteses de prisão cautelar (flagrância do delito, da prisão temporária ou da prisão preventiva) (p. 36 de 166). Lembrou da garantia constitucional da ampla defesa, que obsta a exigência do prévio recolhimento ao cárcere para recorrer, desnivelando assim as forças no processo penal (p. 36 de 166).

Criticou a Lei n. 8.038/1990, pela qual retirou o efeito suspensivo do recurso especial e extraordinário, por entender ser uma medida de "política criminal vigorosamente repressiva", assim como a Lei n. 8.072/1990, alterada em 1994 e 1998, por permitir a prisão temporária, além de restringir os efeitos nos recursos em matéria penal e a admitir penas mais severas aos crimes hediondos, leis processuais penais, que no seu entender, só serviriam para "fazer o mal" (p. 38 de 166).

Aduziu que essas duas leis processuais dos anos noventa seriam respostas "casuísticas" e "francamente reacionárias" do legislador a dois famosos casos de extorsões mediante sequestros dos empresários Abílio Diniz, em São Paulo, e Roberto Medina, no Rio de Janeiro, e que os juízes deveriam declarar incidentalmente a inconstitucionalidade das alterações da Lei n. 8.072/1990 (p. 38 de 166).

Entendeu que tais leis processuais penais estariam buscando apenas responder a anseios populares por punições mais severas e imediatas, relegando a segun-

do plano a garantia constitucional da ampla defesa, e seriam uma busca atônita por ética, "qualquer ética", visando um "o olho por olho, dente por dente", pelo que deveria o STF agir em um movimento contrário para garantir a força normativa da Constituição (p. 39 de 166).

Foi categórico em afirmar que a execução provisória é incompatível com o inciso LVII do art. 5º (p. 39 de 166), e que assim ocorreu apenas pela "conveniência dos magistrados, não do processo penal" (p. 41 de 166).

Afastou os argumentos dos que defendem a execução provisória da condenação tão somente para não aumentar os recursos ao STJ e ao STF, por ser esse o movimento de "jurisprudência defensiva" dos juízes, em prejuízo à presunção de inocência e à ampla defesa (p. 42 de 166).

E quanto ao argumento do uso abusivo de recursos, visando a prescrição ou a impunidade das condenações, entendeu que mesmo assim se deveria privilegiar o texto constitucional, sob pena de retorno à barbárie, "cada qual com o seu porrete" (p. 42 de 166).

Finalizou afirmando que nas democracias, até os criminosos tem direitos, e não devem ser transformados em objetos processuais, devendo ser respeitados em sua dignidade, sendo inadmissível suas exclusões da sociedade (p. 43 de 166).

5.4.2.2
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Menezes Direito no HC 84.078, em 05.02.2009

O Ministro Menezes Direito iniciou afirmando não ver razão para alterar o histórico entendimento do STF sobre a prisão antes do trânsito em julgado, mesmo pendendo recurso especial ou extraordinário. Pois nesses recursos não se analisam os fatos da acusação, mas tão somente a tese jurídica, e que a ausência de efeito suspensivo é exatamente para não retardar a execução do julgado. E exigir o exaurimento dos recursos especial ou extraordinário os transformariam em recursos ordinários (p. 54 de 166).

Esclareceu que a ordem de prisão contida na sentença ou no acórdão da apelação já cumpria a exigência constitucional de ser escrita e fundamentada por autoridade judiciária (p. 55 de 166). Aduziu que a prisão cautelar se justificaria para fins de "assegurar o bom resultado do processo" (p. 55 de 166).

E relembrou o voto do Ministro Celso de Mello de 1996, quanto a compatibilização da prisão antes do trânsito em julgado com o Pacto de São José da Costa Rica, pois neste apenas se exigia que a prisão estivesse fundamentada na legislação do país signatário, e com isso não fosse arbitrária (p. 56 de 166). Porém, não via diferença entre a lei exigir prisão decorrente de condenação, como uma faculdade processual, da prisão cautelar para fins de aplicação da lei penal (p. 56 de 166).

Relembrou que a sanção penal tem duplo caráter, "retribuição e prevenção". O primeiro seria uma reparação à sociedade lesionada, e o segundo, evitar a reiteração criminosa, coadunando-se assim com a execução penal a partir da condenação (p. 57 de 166).

O Ministro Menezes Direito citou os Estados Unidos, o Canadá, a França, Portugal, Espanha e Alemanha como países desenvolvidos que admitem a prisão a partir da condenação, e assim não via incompatibilidade e nem autoritarismo de assim também ocorrer. Mencionou ainda estudo empírico afirmando que a execução provisória visa também protegeria a vítima e seus familiares. E citou voto da Ministra Ellen Gracie do ano de 2005, pela qual nenhum país exige o exaurimento de todas as instâncias recursais para o início do cumprimento de pena (p. 57 de 166).

E que embora recentemente houvesse sido revogado o art. 594 do CPP[228], que permitia a prisão do condenado reincidente desde a sentença, mesmo que não estivessem presentes os motivos fáticos da prisão cautelar, tal revogação não seria fundamento a alterar o entendimento do STF, pois o que estava a propor não era um recolhimento automático do condenado à prisão, para fins de apelar, mas sim, que a Constituição não vedasse a execução provisória, mesmo pendendo recurso especial ou extraordinário, sem efeito suspensivo (p. 58 de 166).

Entendeu que a execução provisória, pendendo recurso sem efeito suspensivo, compatibilizaria os interesses da sociedade lesionada e os direitos do acusado de recorrer, e que deixar soltos condenados nas duas instâncias estimularia a impunidade e alimentaria a multiplicidade de recursos pela defesa (p. 59 de 166).

[228] O art. 594 do CPP ficou revogado a partir do dia 22.08.2008 em razão da Lei n. 11.719 de 2008.

E nos debates, o Ministro Menezes Direito, após o voto do Ministro Celso de Mello, fez questão de instá-lo quanto a aparente incongruência ao afirmar ser autoritário o Estado que admite a execução provisória, pois no seu entender, países desenvolvidos a admitem e nem por isso seriam autoritários (p. 90 de 166).

5.4.2.3
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Celso de Mello no HC 84.078, em 05.02.2009[229]

O Ministro Celso de Mello fez distinção entre as prisões cautelares (temporária, preventiva, decorrente de pronúncia e a exigida para fins de recorrer) da prisão definitiva, pois aquelas não visam punir, mas garantir uma necessidade do processo, e com isso só deveria ser utilizada excepcionalmente. Já essa, a definitiva, só seria possível após o trânsito em julgado (p. 60 de 166).

Entendeu que a prisão cautelar necessitava de fatos concretos que a justificasse, e que a condição de culpado só se daria após o julgamento definitivo, pois também teria direitos aquele que responde a uma persecução penal (p. 63 de 166).

Lembrou ainda que a presunção de inocência está presente em diversas convenções internacionais sobre direitos humanos, como na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), na Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), na Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (p. 70 de 166).

E que a valorização pelo Supremo dessa presunção não invalidava o uso da prisão cautelar, nas modalidades de prisão temporária ou preventiva (p. 69 de 166).

Rememorou também da época do Estado Novo de Vargas[230], que impunha ao acusado o dever de provar sua inocência[231], quando preso em flagrante (p. 72 de

---

[229] O Ministro Celso de Mello no **HC 72.366** votou pela possibilidade de execução provisória de pena, seguindo a maioria, porém sem juntar voto escrito, mudando assim seu entendimento.

[230] O DL n. 88 de 1937 alterava a Lei n. 244 de 1936, que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional, ao qual competia privativamente processar e julgar os crimes: a) contra a existência, a segurança e a integridade do Estado; b) contra a estrutura das instituições; c) contra a economia popular, a sua guarda e o seu emprego.

166), situação que não mais se admitia, pois o acusado tem em seu favor, até o trânsito em julgado, a presunção de inocência (p. 73 de 166).

Concluiu, acompanhando o Ministro Eros Grau (Relator), pela impossibilidade da execução provisória (p. 76 de 166). E em adendo a seu voto, registrou não admitir qualquer cumprimento provisório de pena, inclusive de restritivas de direitos, citando anteriores posicionamentos da Corte neste sentido (p. 82 de 166), embora a presunção de inocência não impedisse a prisão cautelar (p. 90 de 166).

5.4.2.4
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no HC 84.078, em 05.02.2009

O Ministro Ricardo Lewandowski apesar de referido no extrato da ata do julgamento (p. 165 de 166), e ter votado na sessão do dia 05.02.2009, acompanhando inclusive o voto do Ministro Eros Grau (Relator), no lugar de seu voto consta apenas uma página de aditamento de voto, sem as razões respectivas, motivo pelo qual não foi possível aqui deixar expresso seu entendimento[232].

5.4.2.5
Estudo de Caso n. 02 - Voto da Ministra Cármen Lúcia no HC 84.078, em 05.02.2009

O mesmo ocorreu com o voto da Ministra Cármen Lúcia, pois apesar de referido no extrato da ata do julgamento (p. 165 de 166), e ter votado na sessão do dia 05.02.2009, acompanhando o voto do Ministro Menezes Direito, as razões de seu voto não constam no arquivo digital de inteiro teor do julgado, motivo pelo qual não foi possível aqui deixar expresso seu entendimento.

---

[231] A exigência referida estava contida no item 5) do art.20: Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime;

[232] Foi solicitado por email pesquisajurisprudencia@milldesk.com e pela página do STF https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisajurisprudenciaexterno.asp no dia 27.04.2023 o acesso ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski no HC 84.078 e dia 28.04.2023 o acesso ao voto da Ministra Carmen Lúcia no HC 84.078, e em resposta no mesmo dia foi informado que: "só tem acesso aos votos dos ministros que foram disponibilizados com a publicação do inteiro teor do acórdão HC 84078".

5.4.2.6
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Joaquim Barbosa no HC 84.078, em 05.02.2009

O Ministro Joaquim Barbosa durante os debates, e após o voto do Ministro Celso de Mello, registrou preocupação de que o STF estaria criando "um sistema penal de faz-de-conta", ao exigir o esgotamento de todos os recursos, inclusive o especial e o extraordinário, pois os processos jamais chegariam ao fim (p. 88 de 166). Citou uma ação penal em curso na qual um dos acusados interpôs, em pouco mais de quatro a cinco anos, 62 recursos. E além do uso abusivo dos recursos, mencionou o uso do *Habeas Corpus*, sem paradigma de comparação com outros países (p. 89 de 166).

Já em seu voto, se filiou à antiga jurisprudência que permitia a execução da pena, após esgotadas as duas primeiras instâncias ordinárias da jurisdição, uma vez que a ela também se deve respeito por analisarem os fatos do processo, sob pena de só valerem as decisões proferidas pelo STF (p. 95 de 166).

Justificou a existência da execução provisória de pena na necessidade de se dar efetividade ao processo, evitando frustrar a finalidade da condenação e também a impunidade, ante a infinidade de recursos admissíveis (p. 95 de 166).

Não permitir a execução penal antes do trânsito em julgado, se frustra não só o direito fundamental à tutela efetiva, como o respeito à vítima e ao próprio trabalho judiciário, além do que após os julgamentos de mérito das duas primeiras instâncias, a prisão se justificaria, pois, calcada em fatos concretos (p. 96 de 166).

Reforçou não haver garantia constitucional geral e irrestrita ao duplo ou ao triplo grau de jurisdição, até porque haveriam demandas penais julgadas em única instância, e que o art. 8º, n. 10 da Convenção Americana de Direitos Humanos apenas garante o direito de recorrer da sentença condenatória, e portanto, apenas um recurso (p. 97 de 166).

Afirmou que após a EC n. 45/2004, o recurso extraordinário, para ser admitido, exige-se a demonstração de repercussão geral da discussão (p. 97 de 166).

Trouxe estatística de recursos extraordinários nos quais foi relator, e que de 167 interpostos, 36 deles foram providos, sendo que 30 eram sobre progressão de regime em favor de condenados por crimes hediondos. Porém, esses casos poderi-

am ter chegado ao Tribunal também como *Habeas Corpus*, restando assim relevantes apenas 6 dos 167 REs interpostos (p. 98 de 166).

Citou o art. 105 da Lei de Execução Penal, que determina a expedição de guia de recolhimento, caso o sentenciado esteja ou venha a ser preso, permitindo a prisão antes do trânsito em julgado, mas não como prisão cautelar. E embora o art. 637 do CPP não atribua efeito suspensivo ao recurso extraordinário, tem-se utilizado como nova apelação a impedir a execução provisória (p. 99 de 166).

Entendeu que permitir, como regra, a execução provisória não impediria a propositura de *Habeas Corpus* para eventual nulidade absoluta ou constrangimento ilegal durante seu cumprimento (p. 100 de 166).

E finalizou fazendo ver que quando o juiz garante ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade não tem competência para decidir pelas instâncias superiores, se esse direito continuará a ser exercido, por obviedade (p. 102 de 166).

5.4.2.7
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Carlos Britto, no HC 84.078, em 05.02.2009

O Ministro Carlos Britto, em voto oral e conciso, substituindo o que teria trazido impresso, entendeu que a regra é a liberdade, e as exceções são a prisão decorrente da condenação transitada em julgado (inciso LVII do art. 5º) e a prisão cautelar, como necessidade do processo (inciso LXI do art. 5º) (p. 106 de 166). E concluiu votando com o relator, pela necessidade de conciliar os interesses da justiça penal com o devido processo legal (p. 109 de 166).

5.4.2.8
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Cezar Peluso no HC 84.078, em 05.02.2009

O Ministro Cezar Peluso durante os debates, e após o voto do Ministro Celso de Mello, registrou que a causa em julgamento não discutia a possibilidade de prisão cautelar, mas a execução imediata da pena, pendendo recursos (p. 78 de 166). E rememorou que o Tribunal em 07.11.2007, já havia fixado tese de ser incompatível com a Constituição lei estadual que aplicava desconto punitivo pendendo com recursos, e com isso admitir a execução provisória de pena privativa de liberdade seria fixar entendimentos contraditórios (p. 80 de 166).

Já em seu voto, rememorou que o princípio da presunção de inocência teria três momentos históricos relevantes. O primeiro, quando da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa (p. 111 de 166), de que a pessoa só poderia ser assim considerada culpada após o julgamento judicial. E a importância dessa presunção seria uma garantia do acusado de que não precisaria ser supliciado pelo Estado para se obter sua confissão, um nítido avanço (p. 113 de 166).

O segundo estaria na doutrina italiana, após a Constituição daquele país de 1948, quanto à construção da finalidade do processo penal, ora como direito de defesa do acusado, ora como meio do Estado de punir o transgressor (p. 113 de 166). E o terceiro momento, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pela qual também se erigia o valor da não culpabilidade antes do julgamento penal, a influenciar a legislação de vários países (p. 114 de 166).

Afirmou que a presunção de inocência estaria associada à dignidade do réu no curso do processo, até que venha o trânsito em julgado (p. 115 de 166).

E por fim, vinculou à presunção de inocência a outro princípio constitucional, o do devido processo legal, com enfoque no "devido", não como um simples cumprimento da lei, mas como uma busca do ideal de justiça (p. 117 de 166). Assim, não via como justo um processo penal que considerasse culpado alguém antes do trânsito em julgado (p. 118 de 166).

5.4.2.9
Estudo de Caso n. 02 - Voto da Ministra Ellen Gracie no HC 84.078, em 05.02.2009

A Ministra Ellen Gracie preocupou-se não só com a alteração da jurisprudência que se avizinhava, mas com o resultado prático do julgado, pois estariam "equivocados todos aqueles que nos antecederam durante vinte anos", e que pela decisão a ser tomada, seria possível o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, já a partir do julgamento da segunda instância (p. 120 de 166).

Entendia o princípio da presunção de inocência como uma não culpabilidade prévia no início do processo acusatório, a qual deixaria de existir com a atividade probatória, à cargo exclusivamente da acusação, e que fundamentaria a sentença condenatória, sem que se exija do acusado obrigação de produzir prova para sua

inocência. No entanto, a culpa, mesmo formada com a sentença, só se tornaria certa com a confirmação da sentença pela segunda instância (p. 122 de 166).

Filiou-se então ao entendimento de que o inciso LVII do art. 5º não garantiria o exaurimento de todos os recursos legais, e que deveria ser interpretado em conjunto com o inciso LIV do art. 5º, que permite a prisão, se obedecido o devido processo legal, e também o inciso LXVI do art. 5º, que também permite a prisão, caso não caiba liberdade provisória (p. 113 de 166).

Sintetizou ser inconcebível aguardar o exaurimento de todos os recursos previstos em lei, quando as duas primeiras instâncias da Justiça, únicas autorizadas a assim analisar a materialidade e a autoria do fato, já o fizeram (p. 124 de 166). E lembrou que os recursos ao STJ e ao STF, por não terem efeito suspensivo, não impedem o cumprimento imediato da pena, após confirmação da condenação em segunda instância (p. 125 de 166).

Não via razão em alterar o entendimento do **HC 72.366** em 13.09.1995, que permitia a execução penal antes do trânsito em julgado, pois em países onde também se exige o trânsito em julgado, não haveria a demora que ocorre no Brasil, pela infinidade de recursos disponíveis (p. 125 de 166).

E a respeito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), lembrou que esta não exige sequer o direito do condenado de recorrer em liberdade, apenas que a prisão precisaria cumprir o que dispõe a constituição política e as leis internas dos países signatários (p. 126 de 166).

Fez referência ao voto do Ministro Celso de Mello no **HC 72.366**, pelo qual em nosso sistema processual, não se exige duplo grau de jurisdição obrigatório para a confirmação da condenação. E também ao voto do Ministro Francisco Rezek, no mesmo *Habeas Corpus*, o qual não via incompatibilidade do Pacto de San José da Costa Rica com a execução provisória, pois os signatários não supunham a "superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos" (p. 126 de 166).

E por fim, não via excesso, nem desproporcionalidade, em assim permitir a execução penal antes do trânsito em julgado, pois se fundaria em decisão judicial, após ampla atividade probatória. Logo, não se trataria de antecipação do cumpri-

mento de pena, mas sim prisão provisória decorrente de condenação confirmada por duas instâncias (p. 128 de 166).

5.4.2.10
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Marco Aurélio no HC 84.078, em 05.02.2009[233]

O Ministro Marco Aurélio iniciou informando que, no momento, o Tribunal estaria dividido, pois ao ser o nono a votar, haveria cinco votos pela concessão da ordem e quatro pelo indeferimento (p. 131 de 166). No entanto, em sucinto voto, apenas reiterou seu anterior entendimento de não ser possível a execução provisória da condenação, antes do trânsito em julgado, embora não visse incompatibilidade, de caso a caso, se impor uma prisão cautelar no curso dos recursos, quando presentes as circunstâncias do art. 312 do CPP (p. 132 de 166).

5.4.2.11
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Gilmar Mendes (Presidente) no HC 84.078, em 05.02.2009

O Ministro Gilmar Mendes (Presidente) entendeu ser cabível a prisão cautelar em qualquer fase do processo, inclusive no âmbito dos tribunais (p. 134 de 166). E trouxe dados do CNJ de 2008, de que haveriam 440 mil presos, dos quais 189 mil seriam provisórios, e estes nesta condição hão mais de dois a três anos (p. 135 de 166), situação carcerária inclusive que contaria com a conveniência da Justiça e do Ministério Público (p. 136 de 166).

Criticou os órgãos da Justiça Estadual e Federal e também do STJ, afirmando que no ano de 2008, no STF, haviam sido concedidos mais de um terço dos *Habeas Corpus* interpostos, mesmo as causas tendo passado por todas aquelas instâncias judiciais (p. 136 de 166). E que a maioria das discussões jurídicas do Tribunal estariam ocorrendo em HCs, e não em recursos extraordinários. Haveria com isso um abuso no uso das prisões preventivas, e que a decisão a ser tomada seria histórica e importante para o Tribunal (p. 137 de 166).

---

[233] Um registro preliminar antes do voto do Ministro Marco Aurélio. No julgamento do **HC 72.366** apresentou ele voto escrito em 07.06.1995, pela impossibilidade de execução provisória de pena senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entendimento que manteve neste segundo momento interpretativo no **HC 84.078**, pelo que se torna possível agora comparar os dois momentos interpretativos.

E fundado na obra de Peter Häberle, "Tempo e Constituição", entendeu que o Tribunal deveria observar a continuidade da Constituição, caso "o passado e o futuro estiverem nela associados", e que o tempo seria a dimensão onde as mudanças se tornariam possíveis e necessárias, justificadas, sobretudo, pelas novas composições, pois "as composições anteriores não nos vinculam" (p. 138 de 166)[234] e que eventual mudança no entendimento não significam incorretas as anteriores.

Aduziu que os Tribunais Estaduais e Federais, justificando no fato de não haver efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, admitem a prisão pena antes do trânsito em julgado, embora vigente o inciso LVII do art. 5º expressamente exija o trânsito em julgado (p. 140 de 166).

Rememorou a jurisprudência tradicional a respeito, citando o julgamento do **HC 72.366**, que apenas ratificou o que já se encontrava pacificado nas duas turmas do Tribunal, ou seja, de ser possível a execução provisória da condenação, sem trânsito em julgado (p. 141 de 166).

Citou os votos divergentes, do Ministro Marco Aurélio (p. 143 de 166), do Ministro Sepúlveda Pertence (p. 144 de 166), do Ministro Ilmar Galvão (p. 145 de 166) e do Ministro Maurício Corrêa (p. 145 de 166).

E entendeu que o princípio da não culpabilidade não admitia a prisão decorrente da condenação, como pena antecipada (p. 146 de 166), e que teria sido assim adotado até pelos tribunais constitucionais da Espanha e Alemanha (p. 147 de 166).

E citando Norberto Norberto, apontou que um dos requisitos para o reconhecimento de uma democracia seria o respeito às leis, mesmo em favor dos condenados, e que assim não consideraria haver lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana (p. 151 de 166).

Já citando Alexy, e observando o problema sob o ângulo da proporcionalidade, ou o "princípio do devido processo legal em sentido substantivo" ou o "princípio da proibição do excesso", viu impossibilidade de se admitir a prisão pena antes do trânsito em julgado, por se caracterizar como uma lesão ao "núcleo essencial dos direitos fundamentais", em qualquer das dimensões da proporciona-

[234] Sobre o tema: MENDES, Gilmar e VALE, André Rufino do. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do STF**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília IDP, Ano 2, 20082009. ISSN 1982-4564.

lidade, seja “a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito” (p. 152 de 166).

Entendeu haver desproporção no art. 594 do CPP, na dimensão “necessidade”, ao exigir prévio recolhimento ao cárcere para recorrer, podendo ser substituído pela prisão cautelar do art. 312 do CPP, se presentes motivos fáticos e assim fundamentar. Sintetizou que exigir o recolhimento à prisão, sem trânsito em julgado, se lesionaria “a um só tempo” a presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade em sentido estrito (p. 153 de 166).

E tratando especificamente sobre revisão da jurisprudência e mutação constitucional, e citando Karl Larenz, da obra “Metodologia da Ciência do Direito”, apontou como motivadores de suas ocorrências a mudança nas relações fáticas ou nos usos antevistos pelo legislador que fundamentaram a lei, os quais deixariam de se ajustar à nova realidade social (p. 154 de 166), mas que essa tensão poderia ser resolvida pela interpretação judicial.

Afirmou que os tribunais poderiam abandonar seus anteriores entendimentos se perceberem incorretos, fundados em falsas premissas ou em conclusões inseguras, ou simplesmente porque agora não mais seriam corretas (p. 155 de 166). E seria exatamente essa relação entre o que antes se entendia correto e o decurso do tempo que justificaria a mudança da jurisprudência.

Já da obra de Inocêncio Mártires Coelho, “Interpretação Constitucional”, trouxe o Ministro Gilmar Mendes (Presidente) como razão à mutação constitucional, a distinção no tempo entre o que fora previsto na lei e sua efetiva aplicação (p. 156 de 166). E citando mais uma vez Peter Häberle, da obra “Tempo e Constituição”, afirmou não haver norma jurídica bastante em si, pois sempre necessitaria ser interpretada (p. 156 de 166). E quando no momento de sua aplicação se permitiriam atualizações, pela necessidade de observância do que fora originalmente antevisto pelo legislador. E quando essa pré-compreensão do legislador não mais se adequasse à realidade fática pelo decurso do tempo, se permitiria aplicar outro comando, pois “o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro”.

E fundado em Häberle, entendeu sequer ser necessário um aprofundamento teórico a respeito do conceito de mutação constitucional, pois a interpretação

constitucional estaria aberta pelo tempo como categoria autônoma. E adotando esse fundamento, o Tribunal não mais precisaria fingir nunca ter entendido como antes, bastava agora afirmar a necessidade de ajustar a mudança dos valores ante as mudanças normativas ou à evolução na interpretação quanto à eventual constitucionalidade questionada (p. 157 de 166). Assim, o decurso do tempo é que seria o principal fundamento à mudança de entendimento (p. 158 de 166).

Por fim, e da jurisdição constitucional dos Estados Unidos, citou dentre outros casos, como exemplo de mutação constitucional o julgado *Plessy versus Ferguson* de 1896, quando a Suprema Corte americana afirmou constitucional a separação entre brancos e negros em espaços distintos validando a política de "iguais, mas separados", interpretação essa que fora superada em 1954 com o julgamento de um novo caso, *Brown versus Board of Education*, quando finalmente deixou de fazer essa distinção para afirmar, em definitivo, o valor igualdade entre as pessoas, independentemente de sua cor (p. 160 de 166).

5.4.3
O terceiro de quatro entendimentos do STF para o Estudo de Caso n. 02

Do segundo para o terceiro de quatro entendimentos do STF a respeito do Estudo de Caso n. 02, dos onze ministros que compunham o Tribunal, presentes nos dois momentos apenas cinco deles, e, portanto, diversos outros seis. Comuns nos dois momentos: o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes e a Ministra Cármen Lúcia, cujos votos merecem maior atenção com vistas a identificar possíveis mudanças de entendimentos.

Já presentes nos três momentos interpretativos, apenas o Ministro Celso de Mello e o Ministro Marco Aurélio. Lembrando que no julgamento do **HC 72.366**, em 07.06.1995, o Ministro Celso de Mello votou pela possibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, e contra essa orientação o Ministro Marco Aurélio. No entanto, a partir do julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, o Ministro Celso de Mello passou a acompanhar o Ministro Marco Aurélio na impossibilidade de execução de pena antes do trânsito em julgado, mantendo-o também no presente momento interpretativo.

E que quando do julgando do **HC 84.078**, em 05.02.2009, não só o Ministro Celso de Mello e o Ministro Marco Aurélio votaram pela impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, mas também, neste sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro Gilmar Mendes. Já a Ministra Cármen Lúcia votou por essa possibilidade.

Assim, julgando o **HC 126.292** em 17.02.2016, quatro dos onze ministros do Tribunal Pleno votaram pela impossibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Foram eles: a Ministra Rosa Weber, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Celso de Mello e o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Os demais sete ministros votaram pela possibilidade de cumprimento da pena, mesmo pendendo recurso especial ou extraordinário, e, portanto, antes do trânsito em julgado da condenação. Foram eles: o Ministro Teori Zavascki, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Roberto Barroso, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Dias Toffoli.

E alguns esclarecimentos preliminares antes da apresentação dos posicionamentos individuais: não consta no inteiro teor do acórdão do **HC 126.292** o voto do Ministro Dias Toffoli; e merece maior atenção o voto do Ministro Gilmar Mendes, pois alterou, mais uma vez, seu posicionamento, com voto escrito, do segundo para o terceiro momento interpretativo, como se verá.

Assim, abaixo a síntese dos fundamentos utilizados pelos onze ministros do STF, neste terceiro momento interpretativo a respeito do Estudo de Caso n. 02, e contidos no arquivo digital do inteiro teor do acórdão de 103 páginas no total:

5.4.3.1
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Teori Zavascki (Relator) no HC 126.292, em 17.02.2016

O Ministro Teori Zavascki (Relator) afirmou que a decisão que ordenou o cumprimento imediato da pena, pendendo recurso, estaria em desacordo com a jurisprudência do Pleno do STF no **HC 84.078**, julgado em 05.02.2009 (p. 4 de 103). E que antes daquele julgado prevalecia o entendimento de ser possível cumprir pena sem trânsito em julgado, sem que houvesse qualquer lesão à presunção de inocência, inclusive como condição para recorrer, como também por não haver efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. Portanto, a presunção de

inocência não inibiria a execução provisória da pena. E a partir do **HC 84.078**, a execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado passou a ser incompatível com a presunção constitucional de inocência (p. 5 de 103).

No entanto, entendeu que após a sentença penal condenatória, não haveria mais que se falar em presunção de inocência, pois já teriam sido analisados os fatos da acusação e atestada a culpa, sobretudo quando a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça, em recurso de apelação, ou apenas esteja pendendo recurso especial ou extraordinário, sem efeito suspensivo (p. 9 de 103).

Citou o inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 135 de 2010 (Lei da Ficha Limpa), que prevê hipóteses de inelegibilidades por condenações de órgãos colegiados da Justiça, mesmo sem trânsito em julgado. E rememorou o voto da Ministra Ellen Gracie no **HC 85.886**, julgado em 06.09.2005, que informava ser possível na Inglaterra, nos EUA, no Canadá, na Alemanha, na França, em Portugal, na Espanha e na Argentina, a execução provisória da pena, sem o prévio pronunciamento de suas Supremas Cortes. Interpretação essa que teria sido reforçada com a EC n. 45/2004, pela qual passou a exigir a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário interposto (p. 12 de 103).

Admitiu ainda que a execução penal antes do trânsito em julgado, é um meio de evitar a abusiva prática da interposição de inúmeros recursos para fins de atingir a prescrição penal da pretensão punitiva[235] (p. 18 de 103).

E por fim, votou pela restauração da jurisprudência da Corte, com a possibilidade de execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (p. 19 de 103).

---

[235] Observar que a partir da inclusão do inciso III ao art. 116 do CP pela Lei n. 13.964, de 2019 - *Pacote Anti Crime*, essa prática foi desestimulada. Observar ainda o julgado proferido pelo Pleno do STF nos autos do ARE 848.107/DF (Tema 788 RG), quanto à interpretação do inciso I do art. 112 do CP, pelo qual o Tribunal fixou a seguinte tese, em julgamento sob repercussão geral antes reconhecida: "O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo STF ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54".

5.4.3.2
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Edson Fachin no HC 126.292, em 17.02.2016

O Ministro Edson Fachin constatou que o STF, por não ter competência exclusiva como Corte Constitucional, ante o foro por prerrogativa de certas autoridades, acabou por se firmar como instância originária e recursal em várias situações (p. 21 de 103). E lia o inciso LVII do art. 5º, não pela literalidade de suas disposições, mas harmonizando com os arts. 102 e 105, que tratam dos recursos especial e extraordinário, por não mais analisarem os fatos do processo (p. 23 de 103).

Admitiu a execução penal sem o exaurimento dos recursos especial e extraordinário, pois assim também se estaria efetivando a razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º). Fez ver que a previsão constitucional da admissão do recurso especial e extraordinário se dá, excepcionalmente, para o exercício de seus papéis de pacificadores da jurisprudência nacional e de interpretação constitucional, mas não como terceira e quarta instância revisora (p. 22 de 103).

Apresentou incongruência normativa entre o impedimento à execução penal antes do trânsito em julgado dos arts. 147 e 164 da Lei n. 7.210 de 1984 - Lei de Execução Penal, com o advento da lei processual posterior, §2º do art. 27 da Lei n. 8.038 de 1990, que trata da ausência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário (p. 24 de 103).

E por fim, aduziu que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória decorre da inércia do condenado em não mais recorrer, e não da ausência de recursos, pois sempre caberia ao menos o recurso de embargos de declaração, e logo, não se mostraria razoável esperar do condenado sua plena conformação para o início do cumprimento da pena aplicada pelo juiz (p. 24 de 103).

5.4.3.3
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Roberto Barroso no HC 126.292, em 17.02.2016

O Ministro Roberto Barroso afirmou não ofender à presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º) a execução penal após decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, mesmo pendentes recursos especial ou extraordinário, e lembrou ter sido esta a orientação original após a Constituição de 88, como registrada no **HC 84.078**, a qual foi uma verdadeira mutação em 2009 (p. 30 de 103).

Já por mutação constitucional judicial entendeu quando há "tensão entre normatividade e facticidade", uma necessidade de ajustar, de concretizar o Direito com os novos fatos sociais (p. 31 de 103). Porém, com o julgamento deste **HC 126.292**, o Tribunal estaria se caminhando para uma segunda mutação, ante o "impacto traumático da própria realidade" criado como consequência da primeira. Percebeu, como consequências negativas da segunda mutação, três movimentos na Justiça Criminal do Brasil, que permitiram afastar a presunção de inocência, como fundamento a impedir a execução penal antes do trânsito em julgado: o primeiro seria o aumento no número de recursos protelatórios no âmbito do STF, pois seriam ínfimos os percentuais de provimentos dos recursos extraordinários, 1,5%, e menor ainda de absolvições, 0,1% dos 25.707 casos (p. 32 de 103); o segundo movimento, pela demora na conclusão dos processos, trazendo como únicos beneficiários os acusados abastados, que poderiam contratar os melhores advogados, pois seria mais fácil prender um "jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária" (p. 33 de 103); e o terceiro, o descrédito da justiça criminal, que fomentaria não só as prescrições mas o distanciamento entre o fato e a punição (p. 34 de 103).

Sugeriu uma segunda mutação para o inciso LVII, permitindo de sua leitura, sem alteração do texto escrito, a execução penal antes do trânsito em julgado, já a partir do julgamento de segunda instância, ou do órgão colegiado, se o acusado detiver foro por prerrogativa de função em tribunais (p. 34 de 103).

Afirmou que esse entendimento se amoldaria também aos incisos LXI e LXVI do art. 5º que exigem não só ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, para a hipótese de prisão antes do trânsito em julgado, como também que a liberdade provisória seria obstada, caso a lei assim expressamente a impedisse, enquanto o inciso LVII do art. 5º trataria apenas sobre a formação de culpa (p. 36 de 103).

Reforçou que a presunção de inocência do inciso LVII é um princípio, e não uma regra, e que, portanto, expressaria valores que se pretende manter ou atingir, "estados ideais", segundo Ronald Dworkin. Diferentemente seria se fosse uma regra, a partir da qual, em todas as hipóteses fáticas, haveria subsunção imediata e

exclusiva de sua aplicação (p. 38 de 103). Logo, em sendo princípio, e havendo colisão com outros de mesma envergadura, necessária uma ponderação.

E sendo um princípio e não uma regra, admitiria exceções em sua aplicação, como nas hipóteses das prisões cautelares (preventiva e temporária), além das prisões de estrangeiros para fins de extradição (decretada pelo STF), de expulsão (decretada por juiz federal ou estadual responsável pela execução penal) ou para fins de deportação (decretada por juiz federal) (p. 36 e 39 de 103).

Não sendo uma garantia constitucional absoluta, a presunção de inocência deveria conviver com outros objetivos constitucionais, como a tutela da vida, segurança e propriedade (art. 5º, *caput* da CR/88), além da razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º), e ainda a política de segurança pública, para fins de desestimular a atividade criminosa (art. 144 da CR/88) (p. 40 de 103).

E ainda como consequência de não ser um princípio absoluto, pela necessidade de ponderação com outros interesses e valores constitucionais, tal presunção iria diminuindo à medida que o processo criminal avança, quando as provas são analisadas e é formada a convicção judicial que julgará a causa (p. 41 de 103).

Já quanto a ponderação entre princípios e valores constitucionais, a aplicação do princípio da proporcionalidade não só se restringiria à 'vedação do excesso', como meio de se impedir restrições desarrazoadas à direitos fundamentais, mas uma dimensão mais positiva, de não haver uma "proteção estatal insuficiente" à direitos e princípios constitucionais. E por proteção estatal insuficiente compreendeu quando há omissão estatal na efetivação de direitos fundamentais, mesmo havendo um "modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes" (p. 42 de 103).

Além dos fundamentos constitucionais citados, apontou como justificativas da prisão para fins de cumprimento de pena a partir do julgamento de segunda instância, a busca da efetivação da garantia da ordem pública (art. 312 do CPP), evitando a reiteração criminal e valorizando as decisões judiciais, pois já estariam certas a materialidade e autoria criminosa, e sobretudo por não mais ser possível a rediscussão do mérito pelas instâncias superiores, STJ e STF (art. 637 do CPP e §5º do art. 1.029 CPC) (ps. 41 e 44 de 103).

Observou também a possibilidade de prescrição criminal como um fundamento à efetivar a prisão a partir da condenação em segunda instância, ante casos emblemáticos, e não raros, que exemplifica (p. 46 de 103), nos quais pela multiplicidade de recursos interpostos, acusados que mantém advogados por longos períodos em favor de suas defesas, tem o benefício de verem o trânsito em julgado de suas condenações se arrastarem por décadas.

Foi categórico em afirmar que "tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal" se o julgamento ocorrer após décadas do fato, mesmo se "condenado em todas as instâncias" (p. 47 de 103).

E que essa situação de descrédito da Justiça Criminal no Brasil já motivou, em 2012, uma recomendação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de que o país precisava implementar reformas no seu sistema recursal a fim de evitar a impunidade. E assim como fez o Ministro Menezes Direito, citando a Ministra Ellen Gracie, o Ministro Roberto Barroso fez questão também de mencionar não haver tantos recursos para efetivação da condenação em países como Estados Unidos, o Canadá, a França, Portugal, Espanha e Alemanha (p. 48 de 103).

Reconheceu que os casos difíceis julgados envolvem escolhas políticas, dentre "alternativas possíveis", com evidente "atuação criativa" do intérprete da Constituição, e que por isso traz muitas consequências práticas para o julgamento desses casos. Esclareceu não ser possível buscar o sentido abstrato da norma ou a vontade constitucional, mas apenas integrá-la à realidade presente, uma atividade concretizadora e pragmática (p. 49 de 103). E por atividade concretizadora entendeu a "interação entre o sistema, o intérprete e o problema".

Já por pragmatismo, seria a observância não só do "contextualismo", como uma valorização da realidade prática a ser decidida pela norma, como também do "consequencialismo", como uma atenção especial do intérprete ao resultado prático a ser tomada (p. 50 de 103). Sugeriu competir "ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo".

E a partir dos fundamentos acima, e especificamente como novos fundamentos à segunda mutação constitucional, propôs substituir o entendimento firmado no **HC 84.078** de 2009, como pragmatismo jurídico, visando o "equilíbrio e

funcionalidade do sistema de justiça criminal"; "redução da seletividade do sistema penal" e "quebra do paradigma de impunidade (p. 50 de 103).

O equilíbrio da justiça criminal seria então alcançado com a execução penal a partir do julgamento de segunda instância ou colegiado, com o desestímulo à multiplicidade de recursos, e o prestígio às decisões dos tribunais de segunda instância, deixando de serem instâncias de passagens (p. 51 de 103).

E como redução da seletividade do sistema penal, apontou que deixaria de prevalecer o entendimento a partir do qual apenas os condenados mais abastados teriam condições de indefinidamente não verem suas condenações serem iniciadas. Assim como serviria para permitir punições por crimes contra a administração pública, como a corrupção, o peculato e a prevaricação, além de outras espécies criminosas praticadas sempre pelos mais abastados, como a lavagem de dinheiro, a evasão de divisas e a sonegação fiscal (p. 52 de 103).

Por fim, e como terceiro fundamento fático a justificar a segunda mutação constitucional, propôs que haveria quebra do paradigma de impunidade em não mais se exigir o julgamento do STJ e do STF para o início de qualquer execução penal (p. 53 de 103).

5.4.3.4
Estudo de Caso n. 02 - Voto da Ministra Rosa Weber no HC 126.292, em 17.02.2016

A Ministra Rosa Weber, em sucinto voto, esclareceu que adotou como critério de julgamento a manutenção da jurisprudência da Corte, e que, portanto, não via razão para mudar o entendimento tão somente pela alteração de seus integrantes (p. 55 de 103).

Citou ainda os votos do Ministro Eros Grau, do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Celso de Mello no **HC 84.078**, que já teriam analisado com profundidade os fundamentos para a mudança de entendimento da Corte, votando pela manutenção daquele entendimento de só admitir a execução penal com o trânsito em julgado da condenação (p. 55 e 57 de 103).

5.4.3.5
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Luiz Fux no HC 126.292, em 17.02.2016

O Ministro Luiz Fux partiu do entendimento de que haveria uma deformação na interpretação do princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado, pois não se mostraria adequado que um condenado em primeira e segunda instâncias, e ainda condenado no STJ, chegasse ao STF "presumidamente inocente". Não seria essa a interpretação que se esperava da leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, pela qual exige-se apenas uma presunção de inocência até a prova da culpa, não do trânsito em julgado. E lembrou ser equivocada a análise que se faz da coisa julgada como algo imutável de todo o processo, quando na verdade se refere a capítulos do julgado, podendo ser considerada essencialmente imutável na parte fática, e mutável na parte que discute temas próprios dos recursos especial e extraordinário (p. 58 de 103).

Fez ver ainda que a sociedade não mais aceita a conduta do acusado que reiteradamente interpõe recursos com a finalidade de evitar o cumprimento da pena ou atingir a prescrição (p. 59 de 103).

E tratando sobre precedentes, citou a obra de Patrícia Perrone Campos Mello, pela qual devem estes serem abandonados quando houver uma "incongruência sistêmica ou social", uma "incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais" (p. 60 de 103). E da obra de Konrad Hesse, lembrou da necessidade de contínua adequação entre o texto constitucional e a "natureza singular do presente" (p. 60 de 103).

E finalizou acompanhando os fundamentos do Ministro Teori Zavascki (Relator), do Ministro Edson Fachin e do Ministro Roberto Barroso.

5.4.3.6
Estudo de Caso n. 02 - Voto da Ministra Cármen Lúcia no HC 126.292, em 17.02.2016

A Ministra Cármen Lúcia, em sucinto voto, apenas relembrou e reiterou seu posicionamento de ser sempre possível o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, e, portanto, não via motivos para assim alterá-lo (p. 61 de 103).

5.4.3.7
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 126.292, em 17.02.2016

O Ministro Gilmar Mendes iniciou recuperando seu voto no **HC 84.078**, em 05.02.2009, pelo qual não admitia a execução provisória enquanto não houvesse trânsito em julgado (p. 63 de 103). No entanto, e para fins de mudança desse entendimento, registrou preocupação não só com o uso exacerbado das prisões cautelares, como também quanto a demora na execução da pena, ante as "delongas que o sistema permite", pelo que "de uns tempos para cá, eu tenho me proposto a refletir novamente sobre aquela nossa decisão" (p. 64 de 103).

Citou como exemplos de morosidade a morte dos auditores fiscais do trabalho em Unaí - MG[236], que embora os mandantes tenham sido condenados há mais de cem anos, ainda estariam livres, o que seria "algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico" (p. 65 de 103).

Citou também o caso do jornalista Pimenta Neves[237], que matou sua ex-namorada e colega de trabalho, e continuava sem iniciar o cumprimento de pena.

E promovendo uma nova análise sobre o princípio da não culpabilidade, o entendeu como um princípio e não uma regra constitucional, a partir do qual exi-

---

[236] Em 28.06.2004 os Auditores-Fiscais do Trabalho, Eratóstenes de Almeida Gonsalves, João Batista Soares Lage e Nelson José da Silva, e o motorista Ailton Pereira de Oliveira foram mortos em Unaí - MG, a mando dos irmãos Antério e Norberto Mânica, produtores de feijão da região, tendo sido o primeiro ainda Prefeito da cidade entre os anos de 2004 a 2011. E mesmo condenados em 2015, a 100 anos de prisão, em novembro de 2018 o TRF-1ª Região anulou as condenações, por falta de provas e impôs novo julgamento. No segundo julgamento, Antério Mânica teve sua pena reduzida para 64 anos, porém mantida a do seu irmão. Ainda houve outras condenações no processo dos demais partícipes. E até o presente momento não constam informações de terem eles iniciado o cumprimento das penas. Para mais informações a respeito do caso, leia-se: BRIGATTI, Fernanda. **Chacina de Unaí: a origem do Dia Nacional de Combate ao Trabalho Escravo. Estado de Minas. Nacional.** Publicado em 28 de 01 de 2023 16:10, atualizado 28 de 01 de 2023 16:17. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2023/01/28/interna_nacional,1450327/chacina-de-unai-a-origem-do-dia-nacional-de-combate-ao-trabalho-escravo.shtml, acesso em 05 mai. 2023.

[237] O jornalista do Estado de S. Paulo, Pimenta Neves, no dia 20.08.2000 matou sua ex-namorada, Sandra Gomide, no haras da família dela em Ibiúna - SP, por não aceitar o fim do relacionamento. Permaneceu cautelarmente preso por sete meses, mas foi solto pelo STJ em 16.12.2006. E só foi iniciar o cumprimento da pena de 14 anos e 10 meses em 24.05.2011, após a 2ª Turma do STF confirmar sua condenação, mesmo ainda não transitado em julgado e contrariando o entendimento firmado no Pleno do próprio STF no HC 84.078, julgado em 05.02.2009, que assim exigia o trânsito em julgado (AI 795677 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 24 de 05 de 2011, DJe-194 DIVULG 07-10-2011 PUBLIC 10-10-2011 EMENT VOL-02604-04 PP-00624).

ge-se a formação da certeza da existência do crime e de quem teria sido seu autor, e não o exaurimento de todos os recursos previstos em lei (p. 67 de 103).

Reforçou que embora não houvesse trânsito em julgado formal, as "instâncias soberanas para análise dos fatos" já teriam formado a culpa constitucionalmente exigida com o julgamento da apelação, e que os recursos especial e extraordinário não serveriam ao "interesse do postulante", mas ao "interesse coletivo", pois visam a formação e o aprimoramento da jurisprudência (p. 68 de 103).

Recuperou o fundamento utilizado no julgamento conjunto da **ADC 29** e da **ADC 30**, a respeito da Lei da Ficha Limpa, quando disposições dessa lei foram mantidas constitucionais em 16.02.2012[238], e com isso a impedir candidaturas de condenados por órgãos colegiados, mesmo antes do trânsito em julgado, sem que com isso houvesse qualquer prejuízo à presunção de inocência (p. 68 de 103).

O Ministro Gilmar Mendes expressamente mencionou convenções internacionais e textos constitucionais que apenas consideram a formação da culpa a partir do julgamento, e não do exaurimento de eventuais recursos, a sugerir que a interpretação do princípio da não culpabilidade no Brasil estaria sendo deturpada: art. 8º, item 2 do Pacto de San José da Costa Rica; item 2 do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789); Constituição do Canadá (Seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e Constituição da Rússia (artigo 49 da Constituição) (p. 69 de 103).

Da experiência estrangeira, citou as normas processuais criminais dos Estados Unidos e da Alemanha, que admitem a execução provisória da pena. E por outro lado, as constituições da Itália, de Portugal, e demais países de língua portuguesa, Angola, Moçambique, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau e Timor Leste, que igualmente exigem o exaurimento dos recursos (p. 70 de 103).

Sintetizou que o princípio da não culpabilidade no Brasil impõe ao Estado o dever da prova da acusação e o tratamento de não culpado até o trânsito em julgado, sem garantir que o tratamento seja igual durante todo o processo, uma vez que

[238] Em 16.02.2012 o STF promoveu o julgamento conjunto da **ADC 29**, **ADC 30** e **ADI 4578**, sobre a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, a mantendo como aprovada pelo Parlamento.

à medida que "a culpa vai ficando demonstrada", tende a ser diferenciado. Portanto, não via violação na prisão "após a decisão do tribunal de apelação".

E para evitar eventuais abusos pelos tribunais de segundo grau, entendeu que o *Habeas Corpus* seria o remédio constitucional apto a ser utilizado pelas instâncias superiores (STJ ou STF), garantindo-se assim a harmonia da presunção constitucional da inocência (p. 72 de 103).

Mencionou ainda que o Ministro Cezar Peluso, enquanto Presidente do STF, teria proposto ao Parlamento em 2011, um texto para fins de Proposta de Emenda à Constituição, sem sucesso até então, visando acabar com a exigência do prévio trânsito em julgado para o início da execução penal ou civil (p. 72 de 103) [239] [240].

Finalizou justificando sua mudança de entendimento na "própria realidade institucional de difícil modificação"; na "possibilidade de execução provisória também no campo do Direito Civil" (p. 72 de 103); em razão de o controle concentrado de constitucionalidade europeu admitir "o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau"; na necessidade da prisão como garantia da ordem pública para os crimes graves, sobretudo os que vão à Júri, "crimes que causam desassossego nas comunidades e que o réu responde solto?", com riscos da "prescrição de crime de júri" (p. 73 de 103); mesmo que não se cogite na possibilidade "de repetição a justificar a prisão" (p. 75 de 103).

---

[239] Ainda tramita na Comissão Especial da Câmara dos Deputados a PEC 199 de 2019, que visa alterar "os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do STF e do STJ". Pela proposta se manteria como se encontra a redação do inciso LVII do art. 5º da CR/88, mas se admitiriam ações revisionais no STJ e STF "contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância", nas mesmas hipóteses hoje previstas para o RESP ou RE. E como uma das consequências diretas desta proposta, o trânsito em julgado se daria após o julgamento em segunda instância, permitindo-se a efetiva execução das sentenças judiciais.

[240] Na época, o Ministro Cezar Peluso fez questão de registrar que o "projeto não interfere em nenhum dos direitos garantidos pela Constituição", e o "que se veda é apenas a possibilidade da utilização dos recursos para perpetuar processos e evitar o cumprimento das decisões." Vê: PELUSO, Cezar. **Artigo do ministro Cezar Peluso sobre PEC dos Recursos,** publicado em 06.06.2011: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248&ori=1, acesso em 08 mai. 2023.

5.4.3.8
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Marco Aurélio no HC 126.292, em 17.02.2016

O Ministro Marco Aurélio externou preocupação com a nova mudança da jurisprudência que se desenhava, pois embora reconhecesse haver morosidade na justiça criminal, com risco de prescrições (p. 76 de 103), a sociedade não poderia viver "aos sobressaltos, sendo surpreendida" com tais entendimentos (p. 77 de 103).

Lembrou que havia poucos anos se decidira não ser possível a execução provisória por lesão ao direito de ir e ir, porém, "considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta", além do que o "caso não se mostra próximo de sugerir essa mudança substancial", pois trata-se de determinação da segunda instância para iniciar o cumprimento definitivo da pena, ainda pendendo recurso exclusivo da defesa, o que não seria nada de novo do que antes já decidira o Tribunal (p. 77 de 103).

Entendeu que a garantia constitucional da presunção de inocência não admitia outras interpretações senão a que exige o trânsito em julgado, como se encontra (p. 77 de 103) e suscitou expressamente a Corte à autocontenção, pois no seu entender o Tribunal já teria avançado e extravasado tanto seus limites que à semelhança de um "bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa" (p. 78 de 103).

Aduziu que o novo entendimento a que se estava chegando o Tribunal não só significava uma "verdadeira promulgação de EC", mas também que encontraria limites no próprio art. 60, por não ser possível emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais. E mesmo quando foi proposta formalmente uma emenda ao parlamento, como lembrou o Ministro Gilmar Mendes, a respeito da proposta de redação do ex-ministro Cezar Peluso, não se teria obtido qualquer sucesso. Deste modo, se nem mesmo o Parlamento teria conseguido alterar a Constituição como poderia agora o STF assim avançar? (p. 78 de 103).

Finalizou lembrando que mesmo se possível fosse admitir o início da execução penal a partir do julgamento de segunda instância, seja por EC ou por nova interpretação do STF, e como meio de evitar a morosidade nos julgamentos criminais, ainda assim caberiam volumosas impetrações de *Habeas Corpus* ao STJ ou ao STF, para impedir tal cumprimento de pena (p. 78 de 103).

5.4.3.9
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Celso de Mello no HC 126.292, em 17.02.2016

O Ministro Celso de Mello lembrou que a presunção de inocência seria uma garantia do cidadão contra a "permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder" (p. 80 de 103), e que não deveria ser desvirtuada para que a prova da inocência não ficasse pesando sobre o acusado (p. 81 de 103).

Citou acordos internacionais que valorizariam a presunção de inocência, como o art. XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948; o §2º art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969; o §2º do art. 6º da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950; o §1º do art. 48 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000; o item "b" do §1º art. 7º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de Carta de Banjul de 1981; item "e" do art. 19 da Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos de 199 e o §2º do art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966 (p. 81 de 103).

Acreditou, citando escolas de processualistas italianos, que a desvalorização da presunção de inocência teria origem no fascismo do século XIX, pelo qual o acusado não teria direitos (p. 82 de 103). Autoritarismo esse que não mais se coadunaria com o regime democrático que se quer instalar no Brasil com a Constituição de 88 (p. 83 de 103).

A presunção de inocência, segundo o Ministro Celso de Mello, seria um valor maior garantido pela constituição, independentemente da gravidade ou da hediondez do crime praticado, e que deveria prevalecer até o trânsito em julgado da condenação (p. 84 de 103).

E quanto às práticas e às experiências dos Estados Unidos e da França, que dispensam o trânsito em julgado para o início imediato das condenações, afirmou não serem adequadas ao Brasil, pois diferentemente de lá, o nosso texto constitucional expressamente assim o exige (p. 88 de 103).

Por outro lado, lembrou que a valorização da presunção da inocência não impede as prisões cautelares, quando expressamente autorizadas por lei, seja a

temporária ou a preventiva, quando presentes as razões concretas e fáticas às suas cominações (p. 89 de 103).

Fez questão, mais uma vez, de lembrar os fundamentos utilizados pelo Tribunal na **ADPF 144**, julgada em 06.08.2008, na qual fora relator, quanto à presunção de inocência como valor determinante ao entendimento de permitir candidaturas eletivas pendendo recursos contra decisões condenatórias (p. 93 de 103).

Recuperou os arts. 105 e 107 da Lei de Execução Penal, pelos quais também se exige o trânsito em julgado para o cumprimento das penas privativa de liberdade e restritivas de direitos (p. 95 de 103).

E por fim, o Ministro Celso de Mello fez questão de acompanhar os votos da Ministra Rosa Weber e do Ministro Marco Aurélio, e reiterar os fundamentos utilizados no **HC 84.078**, julgado em 05.02.2009, de ser frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, "de ser presumido inocente", a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado (p. 96 de 103).

5.4.3.10
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente) no HC 126.292, em 17.02.2016

Encerrando o julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente) reafirmou e manteve seus fundamentos utilizados no **HC 84.078**, julgado em 05.02.2009, quanto a textualidade do inciso LVII do art. 5º, em exigir o trânsito em julgado das condenações para o início do cumprimento das penas (p. 97 de 103).

Aduziu não serem fundamentos relevantes os números crescentes dos recursos contra decisões condenatórias para deixar de aplicar o citado dispositivo constitucional (p. 97 de 103), nem a necessidade de se analisar a constitucionalidade do art. 637 do CPP, que não atribuem efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, ante o fundamento constitucional do inciso LVII do art. 5º. E reiterou os fundamentos utilizados na **ADPF 347 MC** e no **RE 592.581**, quando se teria afirmado o "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário, a exigir condutas positivas de impedir sua continuidade, e que uma delas seria não permitir a multiplicação das prisões antes da pena definitiva (p. 98 de 103).

Criticou a valorização do direito de propriedade sobre a liberdade com o advento do Código Civil Francês de 1804, por ser uma vitória da burguesia liberal, que teria dado início à economia capitalista e consolidado a Revolução Industrial, fatos que influenciaram o Código Civil brasileiro de 1916. E com essa valorização do direito de propriedade, crimes como furto e roubos teriam penas até mais severas do que crimes contra a pessoa, de lesões corporais, ou crimes contra a honra, "claro que sopesados de forma relativa" (p. 99 de 103).

Encerrou seu voto, sem citar a fonte, que o Brasil teria a "quarta população de presos, em termos mundiais", atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia, e que dos 600 mil presos, 40% deles seriam provisórios. E com essa nova decisão do STF, a permitir a prisão a partir do segundo grau, "nós vamos acrescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos" (p. 101 de 103).

5.4.4
O quarto de quatro entendimentos do STF para o Estudo de Caso n. 02

Do terceiro para o quarto de quatro entendimentos do STF para sobre o tema do Estudo de Caso n. 02, foram comuns os seguintes dez dos onze ministros que compunham o Tribunal à época: o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Dias Toffoli, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Roberto Barroso e o Ministro Edson Fachin. Diversos apenas o Ministro Teori Zavascki, falecido em 19.01.2017.

E presentes nos quatro momentos interpretativos apenas o Ministro Celso de Mello e o Ministro Marco Aurélio. O Ministro Celso de Mello, no primeiro momento, votou pela possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. E a partir do segundo até o quarto momento interpretativo, passou a exigir o trânsito em julgado da condenação. Já o Ministro Marco Aurélio, desde o primeiro momento até o atual, manteve o entendimento de não admitir o cumprimento de pena, senão após o trânsito em julgado da condenação.

Afora os dois últimos ministros citados, presentes nos três últimos momentos interpretativos para o Estudo de Caso n. 02 estavam a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro Gilmar Mendes. A Ministra Cár-

men Lúcia manteve o entendimento, sem alteração, pelo cumprimento da pena antes do trânsito. O Ministro Ricardo Lewandowski também manteve, porém pelo não cumprimento da pena antes do trânsito.

Já o Ministro Gilmar Mendes alterou mais uma vez seu entendimento, pois no segundo momento votou pelo não cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. No terceiro, dispensou o trânsito em julgado, e agora voltou a exigir o trânsito em julgado para o cumprimento de pena.

E como esclarecido acima, o STF julgou conjuntamente três ações constitucionais do controle concentrado. A **ADC 43** e a **ADC 44** com liminares rejeitadas no dia 05.10.2016, e posteriormente no dia 07.11.2019, com o julgamento do mérito, quando também foi julgada a terceira ação constitucional, a **ADC 54**.

E para fins desta pesquisa, será utilizado apenas o inteiro teor do acórdão do julgamento do mérito da **ADC 43**, de 07.11.2019, como o registro da síntese dos entendimentos individuais de cada ministro, considerando serem os mesmos ministros e os mesmos fundamentos utilizados nos dois momentos processuais.

A síntese do julgado da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54** em 07.11.2019 foi que seis dos onze ministros do Tribunal Pleno votaram pela impossibilidade do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Foram eles: o Ministro Marco Aurélio (Relator), a Ministra Rosa Weber, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Celso de Mello e o Ministro Dias Toffoli (Presidente). E os demais cinco ministros votaram pela possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Foram eles: o Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Roberto Barroso, o Ministro Luiz Fux e a Ministra Cármen Lúcia.

Seguem abaixo a síntese dos fundamentos utilizados pelos ministros do STF neste quarto momento interpretativo a respeito do Estudo de Caso n. 02, e contidos no arquivo digital do inteiro teor do acórdão de 489 páginas no total:

5.4.4.1
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Marco Aurélio (Relator) na ADC 43, em 23.10.2019

O Ministro Marco Aurélio (Relator) manteve seu entendimento sobre o tema, como fizera não só no **HC 84.078**, em 05.02.2009, como no **HC 126.292**, em

17.02.2016 (p. 29 de 489). E esclareceu que o julgamento conjunto das ações, **ADC 43**, a **ADC 44** e a **ADC 54**, visava essencialmente analisar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, na parte que exigia para o cumprimento de pena que a sentença condenatória estivesse transitada em julgado[241]. Lembrou da literalidade do inciso LVII do art. 5º, que assim exige o trânsito em julgado para o cumprimento da pena, não abrindo "campo a controvérsias semânticas", e que por outro lado, a prisão antes só seria admissível nas hipóteses do art. 312 do CPP (p. 32 de 489).

Estranhou o fato de o Tribunal precisar analisar a questão, pois a redação do art. 283 do CPP, dada pela Lei n. 12.403/2011 apenas cumpria o que fora decidido no **HC 84.078** de 2009, e que quem se distanciara da Constituição não teria sido o Parlamento, mas sim o próprio STF, quando julgou o **HC 126.292** em 17.02.2016 (p. 33 de 489).

Não viu qualquer relevância na distinção entre a "presunção de inocência" e a "presunção de não culpabilidade", por expressarem apenas variações semânticas daquele que é inocente ou não culpável (p. 35 de 489). E buscou evitar a superlotação dos presídios e a inversão da ordem natural do processo, pois se tem primeiro prendido para depois se investigar, embora existam alternativas processuais à prisão nos arts. 312 e 319 do CPP (p. 36 de 489).

E finalizou afirmando não ser fundamento relevante a reescrever a Constituição ou a quebrar a harmonia e a independência entre os Poderes, os escândalos de corrupção na administração pública (p. 38 de 489).

5.4.4.2
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADC 43, em 23.10.2019

O Ministro Alexandre de Moraes preocupou-se com a importância e as consequências do julgamento conjunto dessas ações, pois estaria havendo "desinformação, o radicalismo político e as exacerbadas paixões ideológicas", gerando "um absurdo, inédito e ofensivo grau de desrespeito, ofensas e ameaças ao STF, a seus Ministros e a seus familiares, muito acima das necessárias e salutares manifestações imprescindíveis em uma democracia" (p. 50 de 489).

[241] Desde sua redação original até o presente momento, o art. 283 do CPP teve três redações, mas a questionada nas referidas ações constitucionais, é dada pela Lei n. 12.403, de 04.05.2011. Porém, atualmente, a redação em vigor é a que foi alterada pela Lei n. 13.964, de 24.12.2019.

Entendeu haver um alto grau de intolerância social e política com "discursos agressivos, populistas e demagógicos" além de "dados falsos, pesquisas direcionadas, manipulação de informações, *fake news* e ataques virtuais", e com isso um fomento ao não respeito "a independência do Poder Judiciário e de seus juízes", fruto de "tradicionais fórmulas autoritárias" que impedem "o livre debate de ideias, a íntegra interpretação da Constituição e a honesta valoração de princípios" (p. 51 de 489).

Não se impressionou com o "clamor das ruas", nem com o "populismo judicial", que buscavam agradar aos mais barulhentos ou a "setores midiáticos ideologicamente engajados" (p. 52 de 489), e que deveria o Judiciário exercer "sua missão constitucional com independência e altivez", com coragem "de pautar, de debater, de votar e de decidir questões complexas", mas baseada apenas na interpretação constitucional, e afastando-se do "populismo e as vaidades". Comungou dos argumentos utilizados pela Procuradoria da República de que se devia manter a higidez da jurisprudência do Tribunal, visando a segurança jurídica, e que apenas em "excepcionais e raríssimos os casos" se pode alterá-la (p. 53 de 489).

Lembrou que na vigência da Constituição de 88, o primeiro julgado do STF a respeito da execução penal antes do trânsito em julgado, a partir do julgamento de segunda instância, teria sido o **HC 67.245**, decidido pela 2ª Turma em 29.03.1989, fundado na falta de efeito suspensivo ao recurso extraordinário (p. 54 de 489). E do órgão plenário, a primeira ocorrência teria sido o **HC 68.726**, julgado em 28.06.1991, no mesmo sentido do decidido pela Turma.

No entanto, essa orientação teria sido alterada quando dos julgamentos do **HC 84.078** em 05.02.2009 e do **HC 126.292** em 17.02.2016, e que portanto, o impedimento à execução penal antes do trânsito em julgado só esteve obstaculizado pela jurisprudência do Tribunal no período de 05.02.2009 a 17.02.2019, e que desde a vigência da Constituição de 88 até aquele momento, dos 34 ministros que compuseram o Tribunal, apenas 09 seriam contrários a tese da execução penal antes do trânsito em julgado, embora desses, 04 ministros já haviam também assim se posicionado por essa possibilidade (p. 56 de 489).

Recordou que o STF já editara até mesmo súmulas a respeito do tema (Súmulas ns. 716 e 717), que partem do pressuposto de haver execução penal antes

do trânsito em julgado. Acreditou que durante os 31 anos da Constituição as alterações na jurisprudência do STF "não produziram nenhum impacto significativo no sistema penitenciário nacional", mas a permissão da execução antes do trânsito em julgado foi relevante "no efetivo combate à corrupção no Brasil" (p. 56 de 489).

Afirmou que não se deve tratar a presunção de inocência como regra absoluta, e que após o julgamento de mérito de segunda instância é possível se iniciar o cumprimento do julgado, até porque se cumpriu o devido processo legal e houve a formação da culpa a partir da análise das provas (p. 57 de 489).

Entendeu que a interpretação a respeito da presunção de inocência do inciso LVII do art. 5º não poderia ser isolada, precisava levar em consideração outras garantias constitucionais, como as da "tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório" presentes nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do mesmo art. 5º, numa busca pela interdependência e complementaridade de suas disposições (p. 58 de 489).

E à presunção de inocência se considerava a garantia constitucional do juiz natural (inciso LIII), pela qual a decisão condenatória observa a distribuição de competências entre os vários órgãos do Poder Judiciário, e com isso o respeito às decisões das primeiras instâncias que analisaram os fatos do processo. Assim como seria necessário observar a garantia constitucional da tutela judicial efetiva, pelo cumprimento das formalidades e regras processuais que deram suporte à decisão, e com isso a observância do devido processo legal (inciso LIV) e do contraditório e ampla defesa (inciso LV) (p. 59 de 489).

A presunção de inocência estaria contemplada se no processo tiverem sido observadas a distribuição do ônus da prova, a cargo da acusação quanto a imputação; a ampla atividade probatória, visando o convencimento do juiz, e a "absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas". Cumpridas tais formalidades, formada a culpa, julgado em primeira e segunda instâncias, não haveria mais que se falar em presunção de inocência (p. 60 de 489).

Foi categórico em afirmar que "as instâncias ordinárias não podem ser transformadas em meros juízos de passagem sem qualquer efetividade de suas decisões penais", e que a decisão tomada em segunda instância "esgota a possibilidade le-

gal de análise probatória", sem possibilidade de serem até mesmo analisadas pelo STJ ou STF, afastando assim a não culpabilidade do réu (p. 61 de 489).

Não via no art. 8, item 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) ou no art. 6º, item 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem qualquer exigência de prévio trânsito em julgado para o início da execução da pena (p. 63 de 489).

E finalizou votando pela necessidade de se interpretar conforme a constituição o art. 283 do CPP, "de maneira a se admitir o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após decisão condenatória proferida por Tribunal de 2º grau de jurisdição" (p. 64 de 489).

5.4.4.3
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Edson Fachin na ADC 43, em 23.10.2019

O Ministro Edson Fachin iniciou lembrando o voto do Ministro Teori Zavascki no **HC 126.292**, julgado em 17.02.2016, que registrava ser da tradição do STF a permissão da execução penal a partir do julgamento de segunda instância, ante a ausência de efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário (p. 68 de 489). Tradição quebrada com o julgamento **HC 84.078**, em 05.02.2009, que assim impediu o início da execução, fundado no art. 105 da Lei das Execuções Penais.

Percebeu que em decorrência do julgamento do **HC 84.078**, o Congresso Nacional editou a Lei n. 12.403/2011, que alterou a redação do art. 283 do CPP, para só permitir o início da execução penal com o trânsito em julgado da condenação. No entanto, esse entendimento não estaria de acordo com os recentes acontecimentos que envolvem a "corrupção e lavagem de dinheiro" (p. 68 de 489).

Rememorou a exposição de motivos da redação original da Constituição, quanto a crítica do uso da expressão "presunção de inocência", por não espelhar tecnicamente o que dela se esperava (p. 73 de 489), quando fora optada a expressão "não culpabilidade", a qual melhor expressaria a necessidade de se reconhecer ser o acusado sujeito de direitos.

Haveria com isso uma distinção entre "presunção de inocência" e presunção "de não-culpabilidade", pois se entendida como presunção de inocência o fato de o acusado não dever ser obrigado a produzir prova das excludentes de ilicitude

que alegasse. Já a acusação teria que provar até mesmo possível legítima defesa arguida pelo acusado, o que se mostrava desarrazoado (p. 75 de 489).

Deste modo, à época da elaboração da Constituição, a compreensão que se tinha a respeito da presunção de inocência seria que não se "exigiria da acusação a prova negativa de que o réu não tinha excludente de ilicitude", e portanto, nem sempre o acusado seria presumidamente inocente. E embora essa interpretação originalista, não desconsiderou que o intérprete atual deva examinar o princípio "à luz do atual contexto constitucional" (p. 75 de 489).

Trouxe do Direito Penal que a culpabilidade estaria atrelada à ideia de punição pela prática da infração, com múltiplos sentidos à palavra "culpado" contida no inciso LVII do art. 5º, e que não deveria assim ser interpretada apenas quando esgotados todos os recursos admitidos em lei (p. 76 de 489).

Rememorou que antes do julgamento do **HC 84.078**, o STF, quase à unanimidade, admitia a prisão antes do trânsito em julgado, ressalvados os entendimentos do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Sepúlveda Pertence, que só a admitiam se presentes os requisitos para a prisão cautelar. E aduziu que os precedentes a modificar esse entendimento na Corte foram as interpretações a que chegaram os ministros a respeito da aplicação do art. 147 da Lei de Execução Penal, que exigia o trânsito em julgado para o início da execução penal, e o julgamento da **ADPF 144**, sobre a lei das inelegibilidades (p. 79 de 489).

Também citou o art. 8, item 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o art. 6º, item 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o art. 14, item 2 do Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos, que não exigem prévio trânsito em julgado para da pena (p. 80 de 489).

E especificamente sobre o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da presunção de inocência, lembrou que esta o tem como atendido nas seguintes hipóteses: o acusado tenha sido julgado pelo órgão da acusação do país, seguindo regras pré-estabelecidas; for garantido o direito de também produzir provas; que a acusação tenha o ônus da prova para condenação; que o órgão julgador tenha liberdade para apreciar as provas; e que seja garantido ao condenado, não só a assistência de um defensor, como também o direito de não se

autoincriminar e de recorrer da decisão que lhe for contrária. Entendimentos esses também comungados pela Corte Europeia de Direitos Humanos (p. 81 de 489).

E apesar do elenco de todos esses direitos e garantias em favor do acusado nas Cortes Internacionais de Justiça, não haveria a garantia de que não seria preso senão após o trânsito em julgado (p. 82 de 489).

Reforçou o argumento a respeito da compreensão da presunção de inocência, de que "significa que os fatos devem ser provados para além de uma dúvida razoável", e não prova categórica de uma verdade, e que se assim remanescerem dúvidas "devem ser julgadas favoravelmente ao réu". Deste modo, tal presunção iria diminuindo ao longo do processo, e com isso não faria qualquer sentido impedir a execução penal quando apenas pendessem recursos sem efeito suspensivo, como o RE e o RESP (p. 84 de 489).

Afastou o argumento de que "entendimentos jurisprudenciais consolidados em favor do réu" pelo STF não poderiam mais serem alterados, ante a vedação do inciso XL do art. 5º, pois não se tratava de alteração de lei penal, mas sim de entendimento judicial (p. 89 de 489).

E por fim, não via incongruência entre o entendimento que admitia a prisão a partir do julgamento de segunda instância com a declaração firmada, quando do julgamento da **ADPF 347 MC**, julgada em 09.09.2015, sobre o "estado de coisas inconstitucional" dos presídios brasileiro, pois o Tribunal, na ocasião, apenas reconhecera e impôs "uma série de obrigações que se afiguram necessárias à humanização do sistema carcerário" (p. 92 de 489).

5.4.4.4
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Roberto Barroso na ADC 43, em 23.10.2019

O Ministro Roberto Barroso registrou que a discussão a respeito da constitucionalidade do art. 283 do CPP à luz do inciso LVII do art. 5º tem três pontos essenciais: a literalidade da redação do dispositivo constitucional; as consequências da mudança de entendimento do STF sobre os níveis de encarceramentos; e o impacto sobre os réus pobres (p. 96 de 489).

A respeito da primeira premissa, entendeu que a interpretação jurídica não se restringe à submissão dos fatos à norma, pois deve-se também levar em consi-

deração a realidade pelos “fins sociais e bem comum” (p. 97 de 489). E não aceitou que a procrastinação do acusado, interpondo indefinidamente recursos, atenderia aos fins sociais da norma processual.

E seria exatamente em razão de à norma se poder atribuir vários sentidos possíveis, que se teria mudado três vezes seu entendimento à respeito da interpretação do inciso LVII do art. 5º da Constituição de 88, um de 1988 a 2009, outro de 2009 a 2016, e em 2019 novamente estaria assim realizando sobre diferentes fundamentos e sustentados por diversos ministros do Tribunal. E sobre o argumento de que o impedir a execução penal, senão após o trânsito em julgado, diminuiria o encarceramento e com isso o problema da superlotação dos presídios, apresentou dados estatísticos, do Departamento Penitenciário Nacional de 2010 a 2018, com registros a partir do primeiro ano, após a primeira mudança de entendimento do STF, até o último ano, antes do julgamento que então votava (p. 98 de 489).

Pelos números, entre os anos de 2009 a 2016, e após a primeira mudança de entendimento do Tribunal, quando não se permitia a execução penal senão após o trânsito em julgado, a média percentual anual de aumento no número de presos, provisórios e definitivos, foi de 6,25%. E após 2016, quando muda novamente o Tribunal sua jurisprudência para permitir a execução penal independentemente do julgamento de eventuais recursos após o julgamento de segunda instância, a média caiu para 1,46%, ou seja, menos de um terço (p. 99 de 489).

Desses números, concluiu que os Tribunais teriam possivelmente adotado critérios mais parcimoniosos à determinação de cumprimento imediato da pena, e também possivelmente teria havido um efeito social dissuasório na criminalidade. E também teria caído o percentual médio de prisões provisórias entre os anos de 2010 a 2016, de 35,6% para 32,45%, entre os anos de 2017 e 2018. Assim, com a mudança na jurisprudência a partir do ano de 2016, o aumento na população carcerária teria sido em percentual menor do que nos anos anteriores, e ainda teria havido uma diminuição no número de presos provisórios (p. 100 de 489).

Já quanto ao argumento de que apenas os pobres é que são encarcerados, reforçou que permitir a execução penal a partir do julgamento de segunda instância inibiria a atuação dos acusados abastados, que podem contratar, por mais tempo, advogados em favor de suas defesas, que recorrem indefinidamente. E mais uma

vez, trazendo dados do Departamento Penitenciário Nacional, dentre os 744.216 presos do ano de 2018, 220.284 tinham vinculação a fatos que envolviam o tráfico de drogas, outros 173.390 ao crime de roubo, 66.777 por homicídio, e ainda outros 34.330 por furto, e, portanto, eram cometidos por pobres (p. 101 de 489).

Já quando compara os números em relação aos delitos de corrupção e peculato, são ainda mais modestos, pois encarcerados naquele momento haviam apenas 1.799 presos (p. 102 de 489). Afirmou, quanto a tais delitos, que não seriam cometidos por pessoas pobres, pois "Pobre não corrompe, não desvia dinheiro público, nem lava dinheiro".

Afirmou não se tratar de argumento populista ou apenas de agradar a opinião pública, pois quando assim apresentados o são por pessoas intolerantes, que não aceitam a opinião do outro, e visam "proteger os amigos ou os clientes, ou vivem da ganância de lucrar com crime alheio".

Haveria sordidez na premissa de que quem pensa diferente de mim não merece respeito, pois "Gritos e ofensas não mudam opiniões", além do que na sua visão, opinião pública "não serve de fundamento para interpretação de coisa alguma", apenas "justiça, direitos fundamentais e interesse público" (p. 103 de 489).

Acrescentou que permitir a execução penal a partir do julgamento de segunda instância, é privilegiar o interesse público, sem vê ofensa à democracia representativa, pois "todo poder é representativo".

Afirmou que nenhum juiz deve viver "isolado do mundo, encastelado em uma torre de marfim", devendo "ter olhos para a realidade e a capacidade de identificar o sentimento social, passando-o obrigatoriamente pelo filtro da Constituição", e que "Ninguém deve ser condenado por simpatia, por antipatia ou qualquer tipo de preferência política", e que se "Se violência, corrupção e impunidade são mazelas do seu tempo", deve o juiz "participar do esforço coletivo para enfrentar esses males". Afirmou que o STF é apenas o intérprete final da Constituição, mas não seu dono, pois a definição de seu sentido e alcance "cabe também à sociedade como um todo" (p. 104 de 489).

Já quanto a mutação constitucional que se operava, apresentou três critérios a permitir sua identificação : a mudança na percepção do Direito, pois o modo

como hoje se interpreta a igualdade não é o mesmo de anos atrás; a mudança na realidade fática, e os "impactos negativos produzidos por um determinado entendimento jurisprudencial" (p. 106 de 489).

E a respeito dos impactos sociais a partir dos entendimentos jurisprudenciais do STF, tem como impactos negativos, a partir de 2009, o aumento na interposição de recursos, em especial em favor dos que podem manter por longos anos um advogado em suas defesas, além do aumento no descrédito na Justiça, por ser a quarta vez que o tema vem sendo discutido no Tribunal (p. 107 de 489).

Já como impactos positivos, a partir do ano de 2016, elencou a não impunidade dos "crimes de colarinho branco", com as "colaborações premiadas" e os "acordos de leniência, por empresas". E citou inclusive a "Operação Lava Jato"[242], pela qual só em Curitiba teriam sido firmados 48 acordos de colaboração, 13 de leniência". Já no Rio de Janeiro foram 37 acordos de colaboração e 03 de leniência. E em São Paulo, 10 acordos e 2 de leniência, afora os havidos no âmbito do STF, 136 acordos de colaboração premiadas. Crimes que só puderam ser desvendados pela colaboração de um de seus executores, quanto a origem e o destino dos valores envolvidos, ante o temor real na efetiva punição dos criminosos, algo impensado antes de 2016 (ps. 108 e 109 de 489).

Reforçou que a Constituição apenas exige para a prisão que seja ordenada por autoridade judicial, desde que devidamente fundamentada, mas não que haja prévio trânsito em julgado (p. 109 de 489), e que o sistema penal antes de 2016 era ruim ao assim exigir, pois apenas os pobres iam presos.

Reiterou que em países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, não se exige o trânsito em julgado

---

[242] A expressão "Operação Lava Jato" designa o nome dado pela Polícia Federal a dezenas de operações policiais realizadas entre os dias 17.03.2014 a 01.02.2021, da qual decorreram várias ações penais nos Estados do Paraná, Rio de Janeiro e São Paulo, quando foram condenados governadores de Estado, deputados federais, ex-ministros de Estado, empresários e o então ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, tendo este sido preso no dia 07.04.2018. Os principais crimes que envolviam essa operação eram a corrupção, a lavagem de dinheiro e a associação criminosa por desvios de bilhões de reais da estatal brasileira de petróleo, a Petrobras. Vê: "**Caso Lava Jato**", disponível em: https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato, acesso em 22 mai. 2023. Já no âmbito do STF, e pelo **HC 193.726**, relatado pelo Ministro Edson Fachin, o ex-presidente teve suas condenações anuladas na Lava Jato, com soltura no dia 08.11.2019, exatamente em razão do julgamento do mérito desta **ADC 43**, em 07.11.2019.

para o início da execução penal, assim como nenhuma convenção internacional sobre direitos humanos (p. 112 de 489).

Reafirmou que a presunção de não culpabilidade é um princípio, e não uma regra, e assim deve compatibilizar-se com o interesse social da persecução penal, harmonizando-se com "direitos fundamentais dos acusados e de direitos fundamentais de outras pessoas" (p. 113 de 489). E que não estaria a defender "prender A, B ou C", mas que o processo criminal segue as provas colhidas e que a melhor tese fosse a que "produz melhores resultados para a sociedade". E relembrou os fundamentos trazidos quando do julgamento da medida liminar nesta **ADC 43**, quanto ao número de recursos extraordinários em matéria penal interpostos para o STF de 01.01.2009 a 19.04.2016, quando foram 25.707, dos quais apenas 2,93% foram acolhidos, e destes apenas 1,12% em favor dos acusados, o que leva a 09 casos de absolvição dentre os 25 mil recursos em matéria penal (p. 117 de 489).

E voltando aos processos da Operação Lava Jato, informou que no ano de 2015, 74 pessoas foram condenadas em segunda instância na Justiça do Paraná, das quais "36 fizeram acordos de colaboração premiada", e em relação às 38 restantes só 08 transitaram em julgado. Trouxe como números relevantes, que mesmo após o julgamento de segunda instância, os processos levam em média dois anos até chegarem à Brasília, o que só alimenta a morosidade, a prescrição e a impunidade (p. 119 de 489).

No seu entender, à época, o Brasil vivia uma crise de violência, sendo o mais violento do mundo, com 60 mil mortos por ano, segundo a Transparência Internacional. Já quando o crime é a corrupção, dos 180 países ranqueados, estaria na 105ª posição em nível decrescente de corrupção, ou seja, próximo de também vergonhosamente liderar esse *ranking* (p. 120 de 489).

Por outro lado, para aderir ao clube das nações desenvolvidas, sociedades capitalistas, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, seria necessário que o país demonstrasse "segurança jurídica, da confiança nas instituições e nos atores públicos e privados". Finalizou deixando claro valorizar "no espaço público, não desviar dinheiro; no espaço privado, não passar os outros para trás", e que nas democracias há "espaço para liberais, progressistas, conservadores", mas não para os desonestos 2019 (p. 122 de 489).

5.4.4.5
Estudo de Caso n. 02 - Voto da Ministra Rosa Weber na ADC 43, em 24.10.2019

A Ministra Rosa Weber registrou que o resultado do julgamento conjunto da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54** tem merecido polarizada atenção de toda a sociedade em razão das consequências da decisão a ser tomada (p. 134 de 489).

Esclareceu que a hermenêutica constitucional pressupõe diversos métodos de interpretação da norma, em razão desta comportar vários sentidos interpretativos, e que muitas vezes sua reinterpretação se impõe em razão "da dinâmica da vida, da impermanência do tempo e das próprias alterações semânticas e sociais". E que as "cláusulas abertas e conceitos indeterminados" presentes no texto constitucional a torna mais difícil de ser interpretada pela multiplicidade de caminhos possíveis (p. 135 de 489).

Rememorou quatro constituições históricas do Brasil, a de 1824, a de 1891 e a de 1937, quanto à adoção da expressão "culpa formada", que fora abandonada durante os debates constituintes da atual Constituição, e substituída pela locução "trânsito em julgado", como requisito para o início do cumprimento. E informou que também fora descartada a alternativa da expressão "declaração judicial de culpa" (ps. 139 e 141 de 489).

Na sequência, rememorou que a jurisprudência sobre a presunção de inocência e o início do cumprimento de pena, era de não ser inconstitucional o recolhimento à prisão para fins de recorrer e que também assim seria possível por não haver efeito suspensivo para os recursos além da segunda instância (HC 68726, de 28.6.1991; HC 69964, de 18.12.1992; HC 70363, de 08.6.1993; e **HC 72.366**, julgado em 07.06.1995) (p. 142 de 489).

No entanto, a partir do julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, "verdadeiro *overruling*", o Tribunal mudou e passou a exigir o prévio trânsito em julgado, vencidos o Ministro Menezes Direito, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie (p. 150 de 489).

Entendeu ter sido relevante e positiva a alteração do art. 283 do CPP em 2011, como uma das consequências do julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, que passou a exigir o prévio trânsito em julgado para o início do cumprimento de

pena, pelo que não deveria o Tribunal alterar a opção política, se arvorando em escolher "a melhor, o mais desejável, ou o mais afinado" (p. 159 de 489).

Lembrou que em 17.02.2016 o Tribunal assim o fez quando julgou o **HC 126.292**, voltando a permitir a execução penal, sem trânsito em julgado, e a partir do julgamento de segunda instância, e mais uma vez quando negou conjuntamente as liminares na **ADC 43** e **ADC 44** (p. 163 de 489).

E fundada na teoria de Frederick Schauer e Neil MacCormick, afirmou não serem fundamentos relevantes à mudança de entendimento do Tribunal, "a simples mudança de composição", pois tratava-se de uma instituição e não de pessoas, que precisava valorizar a segurança jurídica, a democracia, o estado de direito e o conceito de constituição, e, portanto, não se impressionava com "razões de natureza pragmática ou conjuntural" (p. 162 de 489).

Expôs que apesar de acatar o entendimento majoritário da Corte a partir do julgado de 2016, "em respeito ao princípio da colegialidade" (p. 164 de 489), não via adequada a utilização do *Habeas Corpus* como meio idôneo a firmar entendimentos mais profundos a respeito do controle de constitucionalidade (p. 166 de 489), e que teria chegado finalmente o momento de se manifestar ante o julgamento conjunto da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54** (p. 167 de 489).

A jurisprudência precisava ser revista, pois "a vida é dinâmica", e "até mesmo os consensos são sempre provisórios", e citando Alexis de Tocqueville, entendeu devesse ser respeitada a harmonia e a independência entre os poderes, não vendo assim óbice a que o parlamento exigisse o trânsito em julgado para o início do cumprimento de pena. E que não respeitar essa separação de poderes, fomentava-se a judicialização da política (ps. 170 e 171 de 489).

Para a interpretação constitucional, se deveria observar a "unidade textual", pois seu "sentido jurídico e coerência são encontrados nela própria", assim como "o caráter criativo da interpretação" precisa encontrar limites na separação de poderes, e ainda mais advinda da jurisdição constitucional (p. 173 de 489).

Deste modo, em razão da literalidade do dispositivo constitucional "não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade", ignorando a regra nele contida. E citando Rui Barbosa, no texto constitucional não haveria

disposições de “valor moral de conselhos, avisos ou lições”, mas apenas determinações imperativas (p. 175 de 489).

Não viu possibilidade de o intérprete juiz fazer suas escolhas pessoais, de acordo com seus interesses, pois a norma teria uma “intenção significativa”, como “balizas para o seu movimento”, e que a constituição merecia respeito pelo “consenso pragmático formado pela comunidade dos falantes e leitores da língua portuguesa, que dá significado às suas palavras” (p. 176 de 489).

Lia a presunção de inocência como uma garantia constitucional em favor do acusado de não “sofrer restrições desnecessárias a seus direitos antes de ser provada a sua responsabilidade criminal” (p. 179 de 489). E via clara distinção entre “prisão pena” da “prisão cautelar”, exigindo a Constituição o trânsito em julgado para a primeira e não para a segunda, por valorizar “resguardar determinados interesses humanos e sociais” do processo, e não a punição pelo mérito (p. 180 de 489).

Lembrou que “o STF é o guardião do texto constitucional, não o seu autor”, e que no Artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a presunção de inocência pressupõe que a culpa seja formada pela apreciação das provas de acordo com a lei. Já pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a formação da culpa pressupõe não haver dúvida razoável (p. 181 de 489).

Pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 em Bogotá, se exigiu para a prisão não só o respeito à legalidade, mas também seja provada a culpabilidade. No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, a culpa deve ser formada de acordo com o que dispõe a lei do país signatário; pelo Pacto de São José da Costa Rica de 1992, a culpa também precisa ser formada seguindo a lei. E na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950 a culpa decorre do cumprimento da lei (p. 182 de 489).

E ainda quanto ao Pacto de São José da Costa Rica, chamou atenção para o art. 29, “b”, pelo qual, em favor do acusado, deve ser aplicada a norma que lhe for mais favorável, mesmo que não prevista naquele tratado (p. 184 de 489).

E afirmou que a “maior parte das condenações transita em julgado nas instâncias ordinárias”, e que não se justificava assim o argumento de que as condenações só seriam efetivadas a partir do julgamento do STJ ou STF (p. 187 de 489).

E por fim, citando números do CNJ, pelos quais eventual declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP beneficiaria apenas 4,8 mil presos provisórios, correspondendo a 2,5% de um total de 190 mil deles, número que indicariam o baixo impacto negativo da medida (p. 188 de 489).

5.4.4.6
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Luiz Fux na ADC 43, em 24.10.2019

Antes do registro do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), o Ministro Luiz Fux suscitou a análise de questão preliminar da Procuradoria da República quanto a impossibilidade de a Corte mudar novamente seu entendimento sobre o tema num curto espaço de tempo, até porque ele tinha ajudado na elaboração do novo Código e nele haver uma exigência de a jurisprudência "ser íntegra, coerente e estável" (p. 23 de 489). No entanto, o Ministro Dias Toffoli (Presidente) entendeu não ser o momento de enfrentá-la e sim de ouvir o relator (p. 25 de 489).

Já em seu voto, o Ministro Luiz Fux fez uma digressão histórica sobre os três anteriores momentos interpretativos do Tribunal a respeito do início do cumprimento de pena e a presunção de inocência. Um de 1988 a 2009, quando entendia a Corte ser "constitucional a execução da pena a partir do exaurimento das instâncias ordinárias"; outro de 2009 até 2016, quando em *overruling*, passou a entender inconstitucional "dispositivos que autorizam a execução da pena antes do trânsito em julgado"; e por fim, a partir de 2016, quando retornou à primeira compreensão (ps. 203 e 212 de 489).

Rechaçou a ideia de que haveria literalidade na redação do inciso LVII do art. 5º, e que, portanto, seria necessário compreendê-lo e interpretá-lo sobretudo quanto ao alcance da expressão "ninguém será considerado culpado". E fundamentado em Friedrich Müller, entendeu haver distinção entre "texto vs. norma", pois embora aparente um sentido unívoco, toda norma precisa ser interpretada de modo diferente a depender do caso real ou fictício que se pretenda aplicá-la, ante as exigências sociais que se impõe (p. 206 de 489).

No mesmo sentido, citou Carlos Maximiliano, pelo qual "a palavra é um mau veículo do pensamento", e quando expressado como texto de lei nem sempre

corresponde ao conteúdo que dela se espera. E ainda Miguel Reale, como os anteriores citados, não prescinde da interpretação de qualquer norma (p. 207 de 489).

E na mesma perspectiva acima se referiu a Canotilho, para o qual a norma positiva "não compreende apenas o texto", compreende também um "pedaço de realidade social", exigindo concretização posterior pelo intérprete (p. 208 de 489). Assim, a missão do intérprete seria "analisar a vontade da lei". E adotou como critério hermenêutico para compreender a constituição, o da interpretação sistemática, visando a unidade de todo o texto constitucional, uma harmonização do conjunto, sobretudo quando aparentam duas disposições serem contraditórias. E assim ocorrendo seria necessária uma ponderação para solucionar, "atribuindo-se pesos relativos às normas em conflito" (p. 209 de 489).

E voltando ao princípio da presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º), entendeu devesse ser interpretado em harmonia com outras disposições que também tratam da prisão antes do trânsito em julgado, pois quando o legislador não a admitiu expressamente assim deixou registrado (§2º do art. 53; e §3º do art. 83).

Lembrou que no mesmo art. 5º há outras hipóteses que se admite a prisão antes do trânsito em julgado (incisos LIV e LXI), exigindo apenas seja a ordem decretada por juiz e devidamente fundamentada (p. 210 de 489).

Afirmou que a presunção de inocência fica assegurada se forem cumpridos outros dispositivos do mesmo art. 5º, como: o devido processo legal (inciso LIV); o do contraditório e da ampla defesa (inciso LV); o de que todas as provas para a condenação tenham sido lícitas (inciso LVI); sem tortura (inciso XLIII); ou tratamento desumano ou degradante (inciso III).

Afora tais observâncias constitucionais, o legislador ainda exige que a culpa seja formada por meio de atividade compulsória da acusação, quanto aos fatos criminosos, além da possibilidade de toda a atividade recursal em favor do condenado (p. 235 de 489).

Entendeu que a legitimidade da Constituição e da própria atividade do STF "depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular", não cabendo ao Tribunal "desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua

jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema". E que não acatar esses apelos populares se fomentaria a impunidade (ps. 236-237 de 489).

Por "presunção" entende um conceito estritamente vinculado à atividade probatória, pois só se presume apenas aquilo que ainda não se conhece ou não se sabe. E no processo acusatório, não se exige prova da defesa, mas do Estado. A presunção permaneceria então até provada a culpa em contrário (p. 238 de 489).

Fez distinção da presunção de inocência como "regra de tratamento" (até o trânsito em julgado), da "regra probatória" (ônus probatório da acusação em realizá-la licitamente) (p. 239 de 489).

Por fim, lembrou que o recurso extraordinário, por não ter efeito suspensivo (art. 637 do CPP), não impede o início do cumprimento de pena a partir do julgamento de segunda instância, e com isso se evitaria a impunidade (p. 241 de 489).

E em aditamento ao voto, lembrou que uma "viragem jurisprudencial a essa altura" importaria em insegurança jurídica e traria "danos incomensuráveis ao País e à sociedade brasileira", com perda da confiança popular, única a legitimar as decisões do Tribunal (p. 246 de 489).

5.4.4.7
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADC 43, em 24.10.2019

O Ministro Ricardo Lewandowski iniciou citando dados do CNJ a respeito das audiências de custódia realizadas entre os anos de 2015 a 2019. Pelos quais, nas 550.238 realizadas no período, 39,9% dos presos em flagrante nelas apresentados foram soltos, mediante o cumprimento de condições judiciais (p. 248 de 489).

Recordou que a rigidez do texto constitucional não deduz devam permanecer estáticas suas disposições, mas que precisam se adaptar à "dinâmica das sociedades que pretendiam ordenar, sujeitas a permanente transformação", sob pena de perda da eficácia de suas disposições, e que, portanto, a mutação constitucional seria uma necessidade (p. 250 de 489).

Entendeu que a Constituição pode ser alterada tanto formalmente pelo Parlamento como pelos juízes, mediante interpretação, ou informalmente pelo desuso, "quando não corresponder mais à realidade dos fatos", mas em ambos os casos

se deve garantir o respeito às cláusulas pétreas do §4º do art. 60, limites materiais a qualquer alteração. Assim, a presunção de inocência, por ser uma garantia fundamental, não poderia ser atingida pela mudança de entendimento. E sem citar uma fonte, afirmou que o país teria "aproximadamente 800 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais mais 40% são provisórios", em um "estado de coisas inconstitucional", contando com "a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias" (p. 251 de 489).

E afirmou, sem indicar a origem dos dados, que após o julgamento do **HC 126.292**, em 17.02.2016, teria havido "um grande número de prisões", decretadas "de forma automática, sem qualquer fundamentação idônea" (p. 253 de 489).

Rechaçou a ideia de que em países desenvolvidos se admitiria a prisão antes do trânsito em julgado, porque em tais não só "as garantias do cidadão em juízo são escrupulosamente asseguradas", como também haveria "um rigoroso controle externo da atividade judiciária" e "um estrito respeito às prerrogativas dos advogados" (p. 254 de 489).

E por fim, não só insistiu na leitura taxativa da redação do inciso LVII do art. 5°, por ser comando constitucional imperativo, como também lembrou que o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, veda o retrocesso nos direitos e garantias já assegurados, como na hipótese da presunção de inocência até o trânsito em julgado, motivos pelos quais vota na constitucionalidade do art. 283 do CPP (p. 256 de 489).

5.4.4.8
Estudo de Caso n. 02 - Voto da Ministra Cármen Lúcia na ADC 43, em 07.11.2019

A Ministra Cármen Lúcia reafirmou o conteúdo de seus votos quando dos julgamentos do **HC 84.078**, em 05.02.2009 (p. 261 de 489) e do **HC 126.292**, em 17.02.2016, de não ser absoluto o princípio da não-culpabilidade penal, pois admite as prisões preventiva e temporária (p. 272 de 489), assim como o Direito Penal pressupõe não só o estabelecer dos delitos como também a certeza do cumprimento das penas (p. 274 de 489), sob pena de se fomentar novos crimes e o enfraquecimento do sistema (p. 275 de 489).

Não trouxe voto impresso porque "se perdeu em um acidente de computador" (p. 267 de 489).

Afastou como argumento a impedir o início do cumprimento de pena quando pendente recursos, a declaração do "estado de coisas inconstitucionais" em relação a situação dos presídios no país, por ser possível fazer cumprir a pena readequando o sistema (p. 275 de 489).

E por fim, entendeu haver proporcionalidade entre a presunção de não culpabilidade e o início do cumprimento de pena após o pronunciamento das instâncias de prova (p. 278 de 489), sobretudo por ser mínima a possibilidade de reforma do julgado após a segunda instância (p. 279 de 489).

5.4.4.9
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADC 43, em 07.11.2019

O Ministro Gilmar Mendes, em voto escrito, rememorou os julgados do **HC 84.078** em 05.02.2009, a entender ser inconstitucional o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exatamente como dispõe o inciso LVII do art. 5º, e o **HC 126.292** em 17.02.2016, que mudou ele aquele entendimento, para assim permitir a partir do julgamento de segunda instância. Entendimento esse que teria sido mantido quando do julgamento conjunto das medidas cautelares na **ADC 43** e **ADC 44** em 05.10.2016 (p. 288 de 489).

Porém, informou que quando do julgamento do **HC 152.752** em 04.04.2018 teria ele votado no sentido de ser possível o início do cumprimento de pena a partir do julgamento pelo STJ, por ser a "opção que confere maior segurança à execução provisória da pena", em razão da possibilidade de o STJ alterar a aplicação da pena ao "corrigir questões relativas à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente" (p. 290 de 489) [243]. No entanto essa possibilidade seria casuística, e não aplicável a todos os casos.

[243] De fato, na página 112 das 464 páginas do inteiro teor do acórdão do **HC 152.752**, julgado pelo Pleno do STF em 04.04.2018, o Ministro Gilmar Mendes registrou que desde 11.05.2017 passara a votar como novo marco para o início do cumprimento de pena apenas quando julgado eventual recurso pelo STJ, e não apenas quando do julgamento de segunda instância, em razão de comportamento decisório do STJ, em vários casos que cita, de reduzir as antes penas impostas pelas duas primeiras instâncias.

Assim, por seu novo entendimento, a execução penal antes do trânsito em julgado só poderia iniciar a partir do julgamento de eventual recurso pelo STJ. No entanto, até admitiria o início da execução penal antes do seu julgamento, nas seguintes três situações excepcionais (p. 291 de 489):

1) quando ocorresse o trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória, com execução penal do capítulo não recorrido, ou seja, de sua parcela incontroversa;
2) quando denegado pelo STJ ou pelo STF eventual *Habeas Corpus* interposto, com fundamento que afastasse o conhecimento de possível recurso especial ou extraordinário; ou
3) quando o caso envolvesse "crimes graves", para garantir a "ordem pública ou da aplicação da lei penal, mediante uma nova interpretação do conceito de ordem pública".

Registrou que sempre foi contrário às prisões decretadas de modo automático, sem motivação (p. 291 de 489), pois a prisão após o julgamento de segunda instância seria apenas uma possibilidade, como consta no **HC 152.752** de 04.04.2018 (p. 292 de 489).

Como consequência do julgamento do **HC 126.292** em 17.02.2016, teria ocorrido um "cenário da persecução penal no Brasil", com ilegalidades sendo cometidos em "operações midiáticas", que exigem se estabeleçam "limites ao poder punitivo estatal". E refletiu melhor a respeito do voto que proferiu, quando foi favorável à execução penal antes do trânsito, ante as consequências de tal posicionamento, pois estaria acarretando "brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal" (p. 293 de 489).

Já quanto à compreensão do princípio da culpabilidade, e citando Arthur Kaufmann, entendeu ser "uma barreira constitucional contra a violência estatal" (p. 294 de 489), e que o exercício desse poder tende ao abuso, como advertido por Montesquieu, motivo pelo qual haveria de se estabelecer limites (p. 295 de 489).

Acrescentou que para o reconhecimento de uma democracia é necessário que eventual sanção penal só ocorra "após a obtenção de uma condenação definitiva com total respeito às regras do devido processo penal" (p. 296 de 489).

Citou o artigo 8, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que trata da presunção de inocência, bem como precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que exigem o cumprimento das regras legais para tal formação de culpa. E ainda o artigo 6º, 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no mesmo sentido; o art. 27 da Constituição da Itália e o art. 32, 2 da Constituição portuguesa, que exigem condenação definitiva. A presunção de inocência, por ser um direito fundamental, pressupõe uma regra de tratamento (sem tratamento de culpado antes do momento processual adequado), uma regra probatória (apenas à acusação compete provar o fato criminoso) e uma regra de juízo (decisão proferida por órgão judicial) (p. 297 de 489).

Passou a afirmar que a redação do inciso LVII do art. 5º é norma "auto evidente", sem possibilidade de se atribuir "interpretação diversa a um dispositivo com determinação tão clara" (p. 298 de 489).

Entende o CPP como estruturado numa lógica a permitir a prisão antes da formação da culpa, um "modelo fascista italiano", e para tanto cita os arts. 310, 312, inciso I do 393, §§1º e 2º do art. 408, 594, mas que no período da "Ditadura Militar" teria sido modernizado com a extinção da prisão obrigatória para a hipótese de recursos, ou a possibilidade de não prender se primário e de bons antecedentes, e restrições à prisão preventiva (p. 301 de 489).

E após a Constituição de 88, o CPP recebeu novas atualizações, nos anos de 2008 e 2011, com a revogação da prisão decorrente da pronúncia. No entanto, após o julgamento do **HC 84.078** em 05.02.2009, o CPP fora novamente alterado em 2011 para se adequar ao novo entendimento do Tribunal, que passara a não mais permitir a prisão decorrente de condenação sem trânsito em julgado. E que, portanto, a decisão tomada no **HC 126.292** de 17.02.2016 destoaria dessa orientação (ps. 302-303 de 489).

Lembrou que a decisão judicial tomada pelo STF nesse último julgado ultrapassou os interesses individuais, afetando até mesmo a política criminal, desconsiderando a "situação de penúria do sistema prisional do país", fato que teria sido declarado pelo Tribunal como um "estado de coisas inconstitucional", na **ADPF 347 MC**, em 09.09.2015 (p. 304 de 489). E com isso estaria havendo um encarceramento em massa.

Aduziu que a depender do julgamento dessa ação só seriam atingidos pela mudança de entendimento menos de 5 mil presos, e não 170 mil, como erroneamente noticiado (p. 308 de 489).

Afastou a tese de que os julgamentos proferidos pelo STJ e STF não interferem no mérito das condenações, ante as teses firmadas nesses tribunais sobre "insignificância, inconstitucionalidade de vedação à substituição por pena restritiva de direitos; fixação de regime inicial mais gravoso sem fundamentação concreta", além das "Súmulas 718 e 719 do STF, e 440, 443 e 444 do STJ" (p. 310 de 489).

Informou, lendo dados do CNJ, haver no país em 2019, 812 mil pessoas presas, contra 415 mil vagas disponíveis. E que não seria possível afirmar que esses números decorreriam nem da decisão tomada pelo Tribunal no ano de 2009, nem da decisão tomada no ano de 2016, pela multiplicidade de fatores possíveis, sobretudo porque a "diminuição das taxas de crescimento do sistema carcerário a partir de 2016", pode ser explicada pela declaração do "inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro"; pela exigência das audiências de custódia; pela Súmula Vinculante 56 do STF, que não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, quando não houver estabelecimento penal adequado (ps. 311-313 de 489).

Também rechaçou o argumento de que as poucas absolvições do STJ e do STF apenas beneficiam os criminosos do colarinho branco, e com isso não se justificaria impedir o início da execução provisória a partir do julgamento de segunda instância, pois segundo dados levantados pela *Folha de São Paulo* em 17 de outubro de 2019, "de todos os REsp e AResp criminais analisados pelo STJ entre 2009 e 2019, o percentual de provimentos foi dos recursos foi de 37%", ou seja, em mais de um terço dos casos haveria mudança de entendimento (p. 316 de 489).

Também apontou dados do Tribunal, pelo qual no ano de 2018 apenas 4% dos *Habeas Corpus* concedidos beneficiariam crimes de corrupção, lavagem de capitais e organização criminosa (p. 317 de 489).

Já quanto ao argumento de que as decisões, ao beneficiarem criminosos, afastaria o Brasil do rol de países desenvolvidos, como os do clube da OCDE, entendeu que "nenhuma entidade multilateral que respeita a autonomia das nações seria capaz de defender a estruturação de um aparato criminal em desrespeito aos

valores constitucionais" (p. 318 de 489). Inclusive em razão de o país, no ano 2000, ter ratificado a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, já demonstraria esse compromisso.

Já quanto ao abuso do uso das prisões cautelares, entendeu devesse ser melhor interpretada a premissa da "garantia da ordem pública", não sendo assim motivação idônea a "gravidade abstrata do delito imputado, o clamor social, eventual sentimento geral de insegurança" (p. 325 de 489).

Reiterou, a possibilidade de execução penal a partir da "formação progressiva do trânsito em julgado", como dito no início de seu voto (p. 328 de 489), e também propôs, a partir da experiência constitucional da Alemanha, Espanha e Itália, a possibilidade de execução penal se dá a partir do julgamento do STJ, proposta esta que demandaria uma alteração no texto constitucional (p. 334 de 489).

Finalizou votando pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, pela impossibilidade de execução penal antes do trânsito em julgado definitivo, mas permitindo a prisão preventiva, a depender do caso, e que fosse determinado a todos os juízos inferiores a análise da conveniência da decretação de prisão preventiva "a partir da publicação da ata deste julgado, sob pena de imediata expedição do alvará de soltura do paciente após o transcurso do referido prazo" (p. 334 de 489).

Em adendo a seu voto, afirmou que "O caso Lula, de alguma forma, contaminou todo esse debate, tendo em vista essa politização", inclusive estaria sendo chamado nas redes sociais "de um corifeu do petismo, já fui acusado de muita coisa". E também que a "Transparência Internacional atuou como verdadeira cúmplice da Força-Tarefa da Lava Jato nos abusos perpetrados no modelo de justiça criminal brasileiro" (ps. 338, 340 de 489). E durante o voto do Ministro Dias Toffoli, o Ministro Gilmar Mendes, quanto a Operação Lava Jato, criticou o posicionamento de "um procurador que comandava todo esse processo"[244], por pretender "constranger o Laus vazando informações contra ele, porque ele está demorando

[244] O Ministro Gilmar Mendes refere-se a Deltan Martinazzo Dallagnol, ex-Procurador da República entre os dias 30.01.2003 a 03.11.2021, quando chefiou a Força Tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba - PR. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/noticias-1-1/forca-tarefa-do-mpf-na-lava-jato-e-indicada-para-premio-internacional-de-investigacao acesso em 23 mai. 2023.

com o pedido de vista"[245], assim como criticou o posicionamento do "Juiz titular da 13ª Vara"[246], que teria demonstrado intenção de apressar um processo criminal em razão de um dos condenados na Lava Jato ter sido absolvido no STJ (p. 436 de 489).

5.4.4.10
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Celso de Mello na ADC 43, em 07.11.2019

O Ministro Celso de Mello iniciou citando a Operação Lava Jato, pela qual a corrupção contaminou agremiações partidárias e instituições estatais transformando a prática em método de governo e conduta administrativa, uma verdadeira "delinquência institucional". Acrescentou inclusive que tais condutas seriam uma "tentativa de captura do Estado e de suas instituições" que vem desde a época do "Mensalão"[247] (p. 342 de 489).

Afirmou que o STF "não julga em função da qualidade das pessoas ou de sua condição econômica, política, social ou funcional", mas quanto ao direito fundamental à liberdade, e que a resposta do Tribunal precisava pautar-se em regras quanto a isenção dos juízes, suas imparcialidades e independências, sem "as paixões exacerbadas das multidões" (ps. 352, 355 de 489).

Entendeu a garantia constitucional do devido processo legal em favor do acusado como o direito de acesso a um juiz isento e imparcial, a um julgamento

---

[245] A pessoa a que se refere o Ministro Gilmar Mendes é o Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=19292, acesso em 23 mai. 2023.

[246] O Ministro Gilmar Mendes refere-se a Sérgio Fernando Moro, atualmente exercendo o cargo de Senador da República pelo Estado do Paraná, e eleito no ano de 2022 pelo Bloco Parlamentar Democracia - UNIÃO. Foi também Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil de janeiro de 2019 a abril de 2020, no Governo Jair Bolsonaro. E antes, exerceu o cargo de juiz federal da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR, de 26.06.1996 a 19.11.2018, sendo o responsável pelos processos judiciais da Operação Lava Jato..

[247] O neologismo "Mensalão" é atribuído ao ex-deputado federal Roberto Jefferson, durante entrevista ao jornal *Folha de S. Paulo* em 06.06.2005, quando denunciou condutas criminosas imputadas a agentes do Governo Federal e a diversos partidos políticos, durante o primeiro mandato do então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, quanto à compra de apoio político de parlamentares no Congresso Nacional nas votações de interesse do governo. Vê: **O "MENSALÃO".** *Folha de S. Paulo,* Opinião de 07.06.2005, disponível em https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0706200501.htm, acesso 22 mai. 2023. Várias dessas práticas foram julgadas no STF pela Ação Penal **AP 470**, entre os anos de 2012 a 2018, sob a relatoria inicial do Ministro Joaquim Barbosa, e ao final pelo Ministro Roberto Barroso.

público e célere, ao contraditório e a plenitude de defesa, direito ao silêncio, a ser julgado em razão de prova lícitas, a igualdade de tratamento com a acusação e o de ser tratado presumidamente inocente até o trânsito em julgado (p. 362 de 489).

Reafirmou seus anteriores entendimentos a respeito da presunção de inocência, quando sempre exigiu o trânsito em julgado para o início da condenação, embora não fosse contra a prisão cautelar, quando presentes fatos concretos para tanto (ps. 363, 371 de 489).

Lembrou, como fizera em julgados anteriores, que o Decreto-lei n. 88/1937, que exigia do acusado a prova de sua inocência, não mais subsiste ante o advento da Constituição de 88 (p. 371 de 489).

Reforçou que a regra de tratamento da presunção de inocência impede a prisão antes do trânsito em julgado, ou só a admite nas hipóteses cautelares expressamente previstas (p. 375 de 489).

Fez questão de lembrar que se mantivera em posição minoritária quando o Tribunal fixou Tese fixada a partir do Tema 925 em 10.11.2016 no julgamento do **ARE 964.246**, permitindo a execução penal antes do trânsito em julgado, como antes já decidido no **HC 126.292** em 17.02.2016, assim como quando o STF julgou as medidas cautelares na **ADC 43** e na **ADC 44** (p. 371 de 489).

Inquietou-se com a utilização de dados estatísticos da justiça penal a justificar a prisão antes do trânsito em julgado por ser uma "inaceitável hermenêutica de submissão". E aduziu que eventual inefetividade dessa justiça penal não pode ser atribuída à garantia constitucional da presunção de inocência (ps. 378-379 de 489).

Voltou a citar, como fizera em julgamentos anteriores, os instrumentos internacionais sobre direitos humanos, que embora não mencionem o trânsito em julgado, garantem o devido processo e a presunção de inocência, como o art. 11 da Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana e 1948; o art. XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948; o 2º do art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica) de 1969; o §2º do art. 6º da Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de Roma de 1950; o §1º do art. 48 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; o item "b" do §1º do art. 7º da Carta Africana dos Direitos

Humanos e dos Povos/Carta de Banjul de Nairóbi de 1981; item “e” do art. 19 da Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos do Cairo de 1990; e o §2º do art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966 (ps. 381-382 de 489).

Reafirmou que apesar de em tais tratados não se mencionar expressamente o trânsito em julgado, deveria ser privilegiado o tratamento mais benéfico em favor do acusado, como o previsto na constituição brasileira (p. 383 de 489).

Afastou a utilização da prática internacional de outros países que assim permitem a prisão antes do julgamento de eventuais recursos, como o faz os Estados Unidos, a França e a Espanha, pois em tais países não há essa regra expressamente prevista em seus textos constitucionais (p. 394 de 489). Inclusive registrou que em países como Itália e Portugal também se exige o trânsito em julgado para o início da execução penal (p. 395 de 489).

Reiterou não ser incompatível com a presunção de inocência, a execução penal após o trânsito em julgado, e a possibilidade das prisões cautelares, pois também previstos na Constituição essa possibilidade (art. 5º, LXI) (p. 398 de 489).

Também afastou o argumento segundo o qual a presunção de inocência iria diminuindo à medida que o processo penal avança, pois mesmo após o julgamento de segunda instância ainda há de se cumprir o que está expressamente previsto no texto constitucional, quanto ao trânsito em julgado definitivo (p. 401 de 489).

Citou expressas disposições normativas que assim ainda exigem o trânsito em julgado da condenação para o início do cumprimento de pena (arts. 105 e 147 da LEP; arts. 50, 592, 594 e 604 do CPP) (p. 407 de 489).

E por fim, quanto ao cumprimento de pena decorrente dos julgamentos proferidos pelo Tribunal do Júri, embora o texto constitucional trata da soberania de seus veredictos, o inciso XXXVIII do art. 5º não garante irrecorribilidade de suas decisões. E inclusive é até possível, em revisão criminal, se alterar o efeito de uma condenação, como já o fez o STF em várias ocasiões (ps. 408, 413 de 489).

5.4.4.11
Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Dias Toffoli (Presidente) na ADC 43, em 07.11.2019

O Ministro Dias Toffoli (Presidente), em aparte ao voto do Ministro Roberto Barroso, apontou que por iniciativa do CNJ estava a ser implantado um banco de dados, o Sistema Eletrônico de Execução Unificada - SEEU, relativo às execuções penais definitivas, mas que ainda estariam de fora os presos provisórios, de responsabilidade dos juízes (p. 110 de 489).

Já em seu voto, esclareceu que o julgamento conjunto da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54** em relação ao art. 283 do CPP, este com redação dada pela Lei n. 12.403/2011, e na parte que exige o trânsito em julgado para o início do cumprimento de pena, tem como finalidade a análise abstrata de sua constitucionalidade em relação ao inciso LVII do art. 5º (p. 423 de 489).

Por outro lado, lembrou que o STF sempre analisou o tema em controle difuso de constitucionalidade, e ainda não de forma concentrada, pois o debate instaurado quando do julgamento do **HC 84.078** em 05.02.2009 era saber se seria possível o cumprimento de pena a partir do julgamento da apelação criminal.

Já o debate quando do julgamento do **HC 126.292** em 17.02.2016 era pela possibilidade de execução penal antes do trânsito em julgado e a partir de um dado do caso concreto. E por fim, o debate quando do julgamento da repercussão geral no **ARE 964.246** em 10.11.2016, era apenas reafirmar o entendimento fixado quando do **HC 126.292** e assim fixar uma tese (p. 424 de 489). Registrou que antes desses entendimentos se admitia até mesmo prisões administrativas, mas hoje são restritas às hipóteses de transgressões militares das Forças Armadas (p. 427 de 489).

Lembrou que a partir de 2006, houve um crescente movimento popular visando impedir candidaturas a cargos eletivos de pessoas condenadas em ações penais já a partir do julgamento de segunda instância ou de decisão colegiada, e que em razão desse movimento foi aprovada a Lei Complementar n. 135 de 2010 (“Lei da Ficha Limpa”), que alterou a Lei Complementar n. 64/90 (Lei das Inelegibilidades) (p. 428 de 489).

E apesar de a Lei da Ficha Limpa assim ter impedido tais candidaturas em 2010, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o STF

em 2009 já entendia ser inconstitucional o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado definitivo da condenação. No entanto, afirmou que quando o Tribunal julgou constitucional a Lei da Ficha Limpa distinguiu a presunção de inocência para fins penais e fins eleitorais[248] (p. 430 de 489).

Citou dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão do CNJ, pelos quais haveria no país 845.545 pessoas presas, sendo que dessas, 354.084 seriam de presos provisórios, outros 192.954 estariam em execução provisória e outros 294.090 seriam presos definitivos (p. 433 de 489). Esclarece ainda que haviam 2.169 presos civis por dívidas de alimentos.

Já quanto à alegação de impunidade, afirmou que desde a primeira Constituição Imperial do Brasil de 1824, até a EC n. 34/2001, da atual Constituição de 88, para se processar e julgar um parlamentar se exigia a prévia autorização da Casa Legislativa, e após assim ter sido alterado se permitiu importantes resultados, como o caso do "Mensalão", sem abusar das prisões cautelares, "sem pirotecnia, e se chegou à condenação de vários parlamentares, vários ex-parlamentares, vários empresários, inclusive uma dona de banco" (p. 435 de 489).

Afirmou que o STF tem reduzido o tempo de julgamentos dos recursos extraordinários em matéria penal a poucos meses de tramitação, e com relação à taxa de provimento desses recursos seria de 4,78% do total do ano de 2019, e que ainda 85% desses são providos em favor de teses arguidas pelo Ministério Público (p. 444 de 489).

Mencionou ter expedido ofícios ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados para que fosse aprovada "uma norma em que se suspenda a prescrição a partir do recurso especial e do recurso extraordinário" (p. 445 de 489). Aduziu que no ano de 2016 constatou-se 62.517 homicídios no país, dos quais 80% ficam sem solução, o que induz uma impunidade (p. 446 de 489). Já para o ano de 2019, os números seriam de 45 mil homicídios. E afirmou que "não é o momento da execução da pena que gera a violência", mas "a omissão dos agentes públicos em identificar autores" dos crimes, em especial os de homicídio (p. 450 de 489).

---

[248] O STF em 16.02.2012 julgou conjuntamente a **ADC 29,** a **ADC 30** e a **ADI 4578**, mantendo a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa para fins eleitorais.

E em razão disso, defendeu que haja execução penal a partir do julgamento do Tribunal do Júri, antes mesmo de qualquer recurso (p. 451 de 489).

Acrescentou que a solução do problema da criminalidade do país não é admitir a execução penal a partir do julgamento de segunda instância, mas a impunidade no elucidar os crimes. Lembrou do julgamento do Mensalão, promovido pelo STF, pelo qual "todos foram presos! Cumpriram pena ou ainda estão a cumprir pena" (p. 454 de 489).

Finalizou votando pela compatibilidade do art. 283 do CPP com a presunção constitucional de inocência, só a admitindo nas hipóteses de prisão cautelar, e após as decisões condenatórias do Tribunal do Júri (p. 460 de 489).

E com a juntada do voto escrito, citou também tratados internacionais sobre "liame entre a presunção de inocência e o princípio da legalidade", dentre os quais: a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (p. 481 de 489).

No tópico a seguir foram identificados quais critérios foram adotados pelos ministros do STF para realizarem as quatro mutações constitucionais judiciais havidas.

5.5
As mudanças jurídicas, políticas e sociais a partir das mutações constitucionais judiciais havidas no Estudo de Caso n. 02

Neste tópico foram analisadas as possíveis mudanças jurídicas, políticas e sociais a partir das mutações constitucionais havidas quando do julgamento do Estudo de Caso n. 02.

A importância dessa análise se dá por ser um relevante fator a considerar em eventual nova mutação, como será descrito no *Capítulo 8*, sobre uma proposta de sistematização para a mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF.

5.5.1
As mudanças jurídicas a partir do Estudo de Caso n. 02

E de logo, por obviedade, a principal mudança no cenário jurídico a partir da mutação constitucional judicial ocorrida no Estudo de Caso n. 02 foi o impe-

dimento do início do cumprimento de pena em favor dos condenados por crimes, enquanto pendente a análise de algum recurso interposto, cumprindo assim a literalidade da redação do inciso LVII do art. 5º da CR/88.

Interessante observar no ponto que o art. 594 do CPP, com redação dada pela Lei n. 5.941/1973, que exigia o prévio recolhimento à prisão para a hipótese de o sentenciado exercer o direito de apelar da condenação imposta pela primeira instância, fora revogado integralmente pela Lei n. 11.719, de 20.06.2008, após a primeira mutação constitucional, e quando do julgamento do **HC 72.366**, em 07.06.1995, mas antes da segunda, e quando do julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, mudança jurídica que deveria ter sido considerada quando do julgamento da segunda mutação constitucional, posto que o legislador inovara a ordem jurídica para a partir de então não mais condicionar o recolhimento ao cárcere do condenado caso apenas almejasse apelar da sentença condenatória.

Tal revogação do art. 594 do CPP foi citada apenas pelo Ministro Menezes Direito, vencido no resultado final do julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009 (p. 58 de 166), mas para manter a jurisprudência firmada no **HC 72.366** de 07.06.1995, não sendo citada tal revogação pelos demais ministros que formaram maioria naquela segunda mutação constitucional.

Uma outra mudança no cenário jurídico a partir das mutações constitucionais havidas, ocorreu com a vigência da Lei n. 12.403, de 04.05.2011, que alterou a redação do art. 283, e revogou o art. 393 e art. 595 do CPP, visando impedir qualquer efeito penal contra o condenado antes do trânsito em julgado, e com isso sintonizar com a segunda mutação constitucional havida no julgamento do **HC 84.078** em 05.02.2009.

Como também após o julgamento do **HC 126.292** em 17.02.2016, houve a fixação de tese a partir do Tema 925 no âmbito do STF, já sob a sistemática da repercussão geral antes reconhecida, quando o Tribunal julgou o **ARE 964.246**, em 10.11.2016, para permitir a execução penal antes do trânsito em julgado. E inobstante a tese firmada, o STF a desconsiderou e julgou o mérito da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54** em 07.11.2019 em sentido oposto às suas disposições.

E embora proposto pelo Ministro Gilmar Mendes, que a execução penal poderia se iniciar, como regra, antes do trânsito em julgado da condenação, e a partir

do julgamento da terceira instância, os demais ministros do STF não a acataram quando do julgamento da **ADC 43**, em 07.11.2019. E pela proposta do Ministro Gilmar Mendes, a execução penal poderia ser iniciada como regra quando o STJ julgasse o caso, mas excepcionalmente também nas hipóteses de: trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória, com execução penal do capítulo não recorrido ou parcela incontroversa; quando denegado pelo STJ ou pelo STF eventual *Habeas Corpus* interposto, com fundamento que afastasse o conhecimento de possível recurso especial ou extraordinário; ou ainda quando o caso envolvesse "crimes graves", para garantir a "ordem pública ou da aplicação da lei penal, mediante uma nova interpretação do conceito de ordem pública".

Relevante também registrar, que a última mutação, a de 2019, não alterou o mérito dos julgamentos anteriores havidos na **ADC 29** e **ADC 30** de 16.02.2012, quando o STF decidiu a respeito da Lei da Ficha Limpa - Lei Complementar n. 135/2010, e impediu a candidatura a cargo eletivo de pessoa condenada por crime por órgão judicial colegiado, mesmo antes do trânsito em julgado.

Também constatou-se alterações nas redações do art. 283 e art. 638 do CPP, pela Lei n. 13.964, de 24.12.2019, esta conhecida como a Lei do *Pacote anti crime*, para fins de manter sintonia com o julgamento conjunto da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54** em 07.11.2019, e assim impedir, pelo novo art. 283 do CPP, a prisão decorrente da condenação, ficando só autorizada após o trânsito .

Já a alteração do art. 638 do CPP visou deixar claro que os recursos especial e extraordinário seguiriam a dinâmica do CPC, mas sem efeito suspensivo.

Ainda decorrente da Lei n. 13.964/2019, e aventada no voto do Ministro Dias Toffoli (Presidente) em 07.11.2019 (p. 445 de 489), quando do julgamento da **ADC 43**, foi incluído o inciso III ao art. 116 do CP, que trata sobre as causas impeditivas da prescrição antes de passado em julgado a sentença final. E pela nova regra, não corre prescrição "na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis", o que tem potencial de reduzir eventual impunidade pelo decurso do tempo entre a condenação e a punição.

É que a contínua e infindável oposição de recursos protelatórios no processo penal conduziam à prescrição pelo tempo de tramitação dos recursos a partir do primeiro julgamento da causa.

A Lei n. 13.964/2019 tornou ainda mais expresso no §2º do art. 313 do CPP, não ser admissível a prisão preventiva com a finalidade de antecipar o cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. Este inclusive foi um dos fundamentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes (Presidente) no julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009 (p. 146 de 166), que impediu o cumprimento antecipado de pena.

De igual modo, após a Lei n. 13.964/2019, foram acrescidos os §§1º e 2º ao art. 315 do CPP, passando a exigir para a decretação da prisão preventiva a existência de fatos novos ou contemporâneos que justificassem a medida, não sendo motivação idônea fundamentações genéricas que apenas citam o teor da lei, como criticado pelo Ministro Ricardo Lewandowski (p. 253 de 489) e pelo Ministro Gilmar Mendes (p. 291 de 489), em seus votos na **ADC 4**3, em 24.10.2019.

Inclusive, e para fins de efetividade das exigências dos §§1º e 2º ao art. 315 do CPP, a Lei n. 13.964/2019 incluiu o inciso V ao art. 564 do CPP, como nova hipótese de nulidade da decisão judicial, caso esteja carente de fundamentação.

Outra relevante alteração ocorreu com a Lei n. 13.964/2019, ao dar nova redação à alínea 'e' do inciso I do art. 492 do CPP, e admitir, expressamente, a execução provisória da condenação proferida pelo Tribunal do Júri, mesmo se ausentes os requisitos para a prisão preventiva e mesmo se interposto algum recurso pelas partes, desde que aplicada pelo juiz "uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão". E mesmo se interposto algum recurso pelas partes, não teria efeito suspensivo, como regra (§4º do art. 492 do CPP).

A hipótese acima foi até mesmo defendida tanto pelo Ministro Gilmar Mendes, no **HC 126.292**, em 17.02.2016 (p. 73 de 103), quanto pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente), na **ADC 43**, em 07.11.2019 (p. 451 de 489), embora não tenham integrado os resultados das votações.

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello foi contra essa proposta ao julgar a **ADC 43**, em 07.11.2019 (p. 408 de 489), por entender não haver comando constitucional expresso que garantisse qualquer irrecorribilidade das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, apenas a soberania de seus veredictos.

Inclusive, a constitucionalidade da alínea ‘e’ do inciso I do art. 492 do CPP, trazida pela Lei n. 13.964/2019, já foi objeto de divergência jurisprudencial no âmbito do STF, pois a Primeira Turma, julgando o **HC 198.392 AgR** em 27.04.2021, admitiu a execução provisória da condenação pelo Tribunal do Júri, “independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso”, enquanto a Segunda Turma, julgando o **HC 174.759** em 10.10.2020, negou essa possibilidade, mesmo vigente o novo dispositivo processual por opção política do Parlamento, posterior inclusive ao julgamento da última mutação constitucional.

Também constata-se que embora as quatro mutações e as duas leis federais citadas, continua sem efeito suspensivo o recurso extraordinário interposto contra sentença ou acórdão condenatório, posto que não só foi mantida a redação do art. 637 do CPP, como também a concessão de efeito suspensivo, por não ser automático para os recursos especial e extraordinário, só poderá impedir o cumprimento de pena se expressamente autorizado, na forma do §5º do art. 1.029 do CPC.

E também continua sem qualquer alteração, e com isso mantida a redação original do inciso I do art. 669 do CPP, na parte que autoriza a execução penal do julgado condenatório antes do trânsito em julgado, para a hipótese de condenação por crime afiançável, enquanto não prestada a fiança.

Uma outra mudança jurídica, a partir da mutação constitucional havida na **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54** em 07.11.2019, ocorreu em outro julgamento do Pleno do STF, em 30.06.2023, ARE 848.107/DF, sob repercussão geral antes reconhecida, quanto a interpretação do inciso I do art. 112 do Código Penal Tese fixada no (Tema 788 RG) pelo STF.

Na ocasião o Tribunal fixou tese jurídica a partir da qual a prescrição da pretensão executória, pela pena aplicada, só se iniciaria havendo trânsito em julgado, tanto para a acusação quanto para a defesa, embora a literalidade do dispositivo questionado se refira tão somente à acusação. O objetivo da nova interpretação foi evitar a prescrição penal alcançada por recursos exclusivos da defesa, que tinha em seu favor o curso da prescrição da pretensão punitiva.

E por fim, a Lei Federal n. 14.661, de 23.08.2023, incluiu o art. 1.815-A ao CC de 2002, para prever, como efeito automático do trânsito em julgado da sentença penal que condena por crimes de indignidade do art. 1.814 do CC, a imedia-

ta exclusão do herdeiro ou legatário indigno, independentemente do ingresso da ação civil prevista no art. 1.815 do mesmo Código, que visa exatamente declarar essa indignidade. Esta ação cível pode ser proposta tanto pelo herdeiro prejudicado quanto pelo Ministério Público, em hipótese do inciso I do art. 1.814 do CC.

5.5.2
As mudanças políticas a partir do Estudo de Caso n. 02

Além da importância de analisar as mudanças jurídicas advindas a partir das mutações constitucionais neste Estudo de Caso n. 02, também se apresentaram relevantes as mudanças políticas, por representarem opções dos representantes do povo a respeito do tema em discussão. E no caso em estudo, aponta-se, sem dúvida, a prisão, no dia 07.04.2018, e posterior soltura, no dia 08.11.2019, do então ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva.

Neste sentido inclusive, tanto a Ministra Rosa Weber (p. 134 de 489), quanto o Ministro Gilmar Mendes (p. 338 de 489), quando do julgamento conjunto da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54**, em 24.10.2019, registraram um sentimento de polarização no país naquele momento, ante tais possíveis consequências políticas daquela decisão que tomavam, ou seja, a mencionada prisão cautelar.

O ex-presidente foi preso no dia 07.04.2018, para fins do início do cumprimento de pena, mesmo pendendo recursos no processo que o condenou em primeira e segunda instâncias por crimes no que ficou notoriamente conhecido como "Operação Lava Jato". Na ocasião, o STF denegou seu **HC 152.752** em 04.04.2018, e aplicou a jurisprudência da Corte firmada no **HC 126.292**, em 17.02.2016, ou seja, após o terceiro de quatro momentos interpretativos sobre a presunção de inocência do Estudo de Caso n. 02.

No entanto, o ex-Presidente foi solto no dia 08.11.2019, um dia após o julgamento do mérito da **ADC 43**, em 07.11.2019, quando do quarto momento interpretativo do Estudo de Caso n. 02 pelo STF. Após a soltura, e agora com a interposição de mais um *Habeas Corpus*, também julgado pelo Pleno do STF, o **HC 193.726**, em 14.04.2021, constatou-se as anulações de suas condenações, o que permitiu sua candidatura à Presidência da República nas eleições de outubro de 2022, pois deixou de ser inelegível pela Lei da Ficha Limpa, tendo sido por fim

eleito, em segundo turno, no dia 30.10.2022, vencendo as eleições contra o candidato à reeleição, Jair Bolsonaro.

E ainda quanto a atividade política a respeito da definição do momento a partir do qual se inicia a execução penal, não foi encontrada nenhuma proposta de emenda à constituição em trâmite na Câmara dos Deputados ou no Senado.

5.5.3
As mudanças sociais a partir do Estudo de Caso n. 02

Quanto às mudanças sociais advindas das mutações constitucionais do Estudo de Caso n. 02, embora não seja possível estabelecer um liame direto e imediato entre as decisões judiciais proferidas pelo STF e a população encarcerada no país, em razão da complexidade do tema e da multiplicidade de fatores a influenciar o resultado final, como mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes na **ADC 43**, em 07.11.2019 (p. 312 de 489), o certo é que a superlotação dos presídios foi apontada como um fator determinante a influenciar a tomada de decisão quanto ao início do cumprimento de pena tanto pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente) no **HC 126.292**, em 17.02.2016 (p. 101 de 103); quanto pelo Ministro Marco Aurélio (Relator) na **ADC 43**, em 23.10.2019 (p. 36 de 489); pelo Ministro Roberto Barroso na **ADC 4**3, em 23.10.2019 (p. 98 de 489) e pela Ministra Cármen Lúcia na **ADC 4**3, em 07.11.2019 (p. 275 de 489).

E a partir dos dados divulgados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN[249] do Ministério da Justiça, em cumprimento à Lei n. 12.714/2012 e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), quanto às informações de execução da pena, de prisão cautelar e de medida de segurança, foi possível demonstrar o comparativo do número de pessoas presas no Brasil, sejam em presídios estaduais ou federais ou em prisões domiciliares nos semestres imediatamente posteriores às quatro mutações constitucionais do Estudo de Caso n. 02. Assim:

---

[249] Através da página https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen é possível acessar dados semestrais, em dois ciclos, de janeiro a junho e de julho a dezembro de cada ano, a partir do ano de 1990, e relativos informações gerais sobre quantidade de encarcerados, tipificações penais, saúde no sistema prisional, trabalho e educação dos presos, inclusive a população feminina. Os paineis anteriores ao vigente estão disponíveis em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen/paineis-anteriores, acesso em 08 jun. 2023.

a) no segundo semestre do ano de 1994, e, portanto, anterior ao **HC 72.366**, em 07.06.1995, não há informações disponíveis no período;

b) no entanto, e segundo o levantamento divulgado pelo IPEA no segundo semestre de 1995, e portanto posterior ao **HC 72.366**, em 07.06.1995, existiam 148.760 pessoas presas no Brasil[250];

c) e segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, no segundo semestre do ano de 2009, e portanto posterior ao **HC 84.078**, em 05.02.2009, existiam 473.626 pessoas presas[251];

d) já segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, no segundo semestre do ano de 2016, e portanto posterior ao **HC 126.292**, em 17.02.2016, existiam 722.120 pessoas presas no país[252];

e) e segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, no primeiro semestre do ano de 2020, e posterior portanto à **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54** em 07.11.2019, existiam 702.069 pessoas presas, sendo 209.257 presos provisórios e 492.812 presos definitivos[253];

f) e por fim, já pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, os dados últimos e atuais são do segundo semestre do ano de 2022, existem 826.740 pessoas presas no Brasil, das quais 205.132 são provisórios e outros 621.608 são

---

[250] Dados disponíveis em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/9040-3765-anais-forum-cesec-ipea-37-50.pdf, acesso em 09 jun. 2023.

[251] Segundo os dados divulgados, não foram considerados os presos provisórios e nem os que cumpriam pena em prisões domiciliares. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-sinteticos/populacao-carceraria-dez-2009.pdf, acesso em 09 jun. 2023.

[252] Segundo os dados divulgados, não foram considerados os presos provisórios e nem os que cumpriam pena em prisões domiciliares. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-sinteticos/infopen-dez-2016.pdf, acesso em 09 jun. 2023.

[253] Dados disponíveis em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMi00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9, acesso em 09 jun. 2023.

definitivos[254], números que já levam em consideração também os que estão em prisões domiciliares, em razão de que em muitos estados as unidades de regime semiaberto não mais funcionam, e os presos são transferidos do regime fechado para o aberto domiciliar[255].

A partir das informações dos números absolutos acima, e fazendo uma relação da população presa no Brasil com a população total do país entre os anos de 2009 a 2022, numa proporção de quantidade de presos por 100 mil habitantes totais, e segundo os dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE[256], se tem que:

a) considerando a estimativa populacional para o ano de 1995, 155.822.440 habitantes, e a população total presa no mesmo ano, 148.760 pessoas, chega-se a uma relação de aproximadamente 96 pessoas presas por 100 mil habitantes no país;
b) considerando a estimativa populacional para o ano de 2009, 191.480.630 habitantes, e a população total presa no mesmo ano, 473.626, chega-se a uma relação de aproximadamente 247 pessoas presas por 100 mil habitantes no país;
c) considerando a estimativa populacional para o ano de 2016, 206.081.432 habitantes, e a população total presa no mesmo ano, 722.120, chega-se a uma relação de aproximadamente 350 pessoas presas por 100 mil habitantes no país;
d) considerando a estimativa populacional para o ano de 2019, 210.147.125 habitantes, e a população total presa no mesmo ano, 702.069, chega-se a uma relação de aproximadamente 334 pessoas presas por 100 mil habitantes no país; e

---

254 Dados disponíveis em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTQ2ZDc4NDAtODE5OS00ODZmLThlYTEtYzI4YTk0MTc2MzJkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectionb520cc726db6179d4e81, acesso em 09 jun. 2023.

255 A situação apontada advém inclusive de decisão proferida em outro julgamento plenário do STF, sob repercussão geral antes reconhecida inclusive, no **RE 641.320**, julgado no dia 11.05.2016, quando se fixou Tese a partir do Tema 423.

256 Dados disponíveis em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?edicao=17283&t=downloads, acesso em 09 jun. 2023.

e) considerando a estimativa populacional em 2022, 207.750.291 habitantes, e a população total presa no mesmo ano, 826.740, chega-se a uma relação de aproximadamente 398 pessoas presas por 100 mil habitantes no país.

Ficou demonstrado haver um contínuo crescimento da população de presos entre os anos de 1995 a 2022, sejam em números absolutos, de 148.760 para 826.740 pessoas presas, seja em números relativos, de 96 presos/100 mil habitantes para 398 presos/100 mil habitantes.

O relevante nesses dados é que caso se almeje fundamentar nova mutação constitucional sobre o tema, deverá ser aprofundado o estudo a respeito do efetivo impacto do momento a partir do qual se deve iniciar o cumprimento de pena.

No ponto, ainda há de se considerar, que com a alteração da redação do alínea 'e' do inciso I do art. 492 do CPP, trazida pela Lei n. 13.964/2019, as condenações criminais por homicídios a penas superiores a 15 (quinze) anos de reclusão, devem ser consideradas a partir do julgamento pelo Tribunal do Júri, independentemente de recursos interpostos, sobretudo por tratar-se da terceira maior quantidade de pessoas presas por incidência de crimes, perdendo apenas para os delitos contra o patrimônio e o relacionados às drogas[257].

No próximo Capítulo serão analisados os critérios acima identificados, bem como as mudanças jurídicas, políticas e sociais deste Estudo de Caso n. 02 com vistas a propor uma sistematização à mutação constitucional promovida pelo Pleno do STF.

[257] Ver dados disponíveis em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYjBhODYxYjAtOWJmNC00Mzg1LWI5ZWEtNzA4NTk1NGNhZWEyIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectiond75a46556ebea50b9b57, acesso em 09 jun. 2023.

6 Capítulo
Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar *(Caso 3)*

6.1
Delimitação do Estudo de Caso n. 03

O Estudo de Caso n. 03 trata a respeito do reconhecimento como entidade familiar da união estável entre pessoas do mesmo sexo. E a controvérsia residiu em saber se seria constitucional estender o tratamento jurídico, e a extensão de seus efeitos, em favor das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, semelhante ao tratamento já dispensado às uniões estáveis entre um homem e uma mulher.

E embora a literalidade da redação original do §2º do art. 226 da CR/88, que apenas reconhece em favor da união estável entre um homem e uma mulher, como entidade familiar, para fins de proteção do estado, entendeu o STF, por unanimidade, conferir interpretação conforme ao art. 1.723 do CC, para excluir qualquer interpretação que trate de forma desigual a união estável homoafetiva da união estável heteroafetiva.

6.2
A norma constitucional da redação original paradigma da mutação constitucional e o objeto sob controle de constitucionalidade questionado no Estudo de Caso n. 03

A norma da redação original da CR/88, paradigma da análise neste Estudo de Caso n. 03, foi o §2º do art. 226, pela qual: "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".

Já o objeto do controle de constitucionalidade foi o art. 1.723 do CC, pelo qual "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".

6.3
Os processos judiciais paradigmas julgados no STF e relacionados ao Estudo de Caso n. 03 (ADPF 132 e ADI 4.277)

Constitui-se como objeto de análise a **ADPF 132 e ADI 4.277** julgados pelo Pleno do STF.

O primeiro, a **ADPF 132**, julgada em seu mérito no dia 05.05.2011, com acórdão publicado no dia 14.10.2011 e data do trânsito em julgado em 17.10.2014. E os Ministros que participaram do julgamento foram: o Ministro Ayres Britto (Relator), o Ministro Luiz Fux, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Cezar Peluso (Presidente) e a Ministra Ellen Gracie. O Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de atuar no feito.

O segundo processo, a **ADI 4.277**, julgada também em seu mérito no dia 05.05.2011, com acórdão publicado no dia 14.10.2011 e data do trânsito em julgado em 24.11.2014. E os Ministros que participaram do julgamento foram: o Ministro Ayres Britto (Relator), o Ministro Luiz Fux, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Cezar Peluso (Presidente) e a Ministra Ellen Gracie. O Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de atuar no feito.

E desde já alguns esclarecimentos preliminares:

a) o STF entendeu encampar os fundamentos utilizados na **ADPF 132** na **ADI 4.277**, embora aquela tenha sido proposta antes desta, pois um dos temas centrais da ADI, era a análise do art. 1.723 do CC, a qual já estava na referida ADPF, convergindo assim com a mesma finalidade, inclusive havia pedido subsidiário de conversão da ADPF em ADI, como apontado pelo Ministro Ayres Britto (Relator) (p. 15 de 270);

b) o Ministro Marco Aurélio também esclareceu em seu voto (p. 198 de 270), que a **ADPF 132** fora extinta, em parte, pela posterior publicação de nova Lei do Estado do Rio de Janeiro, que estendeu em favor dos servidores homossexuais os mesmos benefícios conferidos aos heterossexuais;

c) as referências aos números de páginas em cada voto dos ministros dizem respeito ao arquivo digital do inteiro teor do julgado disponível na página do STF na *internet*, acessado pelo número do processo ou clicando no respectivo *link* do julgado mencionado, sendo o primeiro número referente a página respectiva citada, seguido da palavra "de", e em seguida o número total de páginas do documento eletrônico. Assim, foram observadas todas as 270 páginas do inteiro teor do acórdão da **ADI 4.277** do Estudo de Caso n. 03;

d) e em razão da votação unânime, foram identificados os critérios contidos nos votos de todos os Ministros do STF que participaram do julgamento, exceto quanto ao Ministro Dias Toffoli, impedido de votar[258], e quanto ao voto da Ministra Ellen Gracie, que embora tenha participado do julgamento, não constam as razões escritas de seu voto no arquivo digital do inteiro teor do julgado[259]; e

e) eventuais aditamentos de votos, manifestações em debates, aclaramentos ou confirmações de votos já proferidos e que foram relevantes à mutação constitucional estão disponíveis no destaque do voto de cada ministro, com vistas a facilitar a localização e a compreensão de seu posicionamento, embora possa não ter ocorrido na mesma sessão de julgamento.

6.4
Identificação dos critérios adotados pelos ministros do STF para a mutação constitucional havida no Estudo de Caso n. 03

A seguir, a síntese dos fundamentos utilizados pelos ministros do STF a respeito da mutação constitucional havida no Estudo de Caso n. 03, e contidos no arquivo digital do inteiro teor do acórdão de 270 páginas no total:

---

[258] O impedimento se deu pelo exercício do cargo de Advogado Geral da União no período de março de 2007 a outubro de 2009, como informa seu *curriculum vitae* disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/CV_Min_DiasToffoli_2023_maio_18.pdf, acesso em 12 jun. 2023, e nesta condição processual assinou os pareceres favoráveis na **ADPF 132** em 06.06.2008 e na **ADI 4.277** em 19.08.2009.

[259] Nas as atas da **ADPF 132** (p. 273 de 274) e **ADI 4.277** (p. 270 de 270), em data de 04.05.2011, consta que a Ministra Ellen Gracie esteve ausente, justificadamente, no dia sessão, porém do dia seguinte, 05.05.2011, embora não conste seu voto, todos votaram de forma unânime.

6.4.1
Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Ayres Britto (Relator) na ADI 4.277, em 04.05.2011

O Ministro Ayres Britto (Relator) buscou efetivar a garantia fundamental da igualdade do art. 5º, entre a união estável homoafetiva com a união estável heteroafetiva (p. 15 de 270). Também fundamentou no efetivar o objetivo fundamental do inciso IV do art. 3º, que é a promoção do bem de todos, sem preconceitos quanto ao sexo, ou quaisquer outras formas de discriminação (p. 20 de 270). No evitar o tratamento discriminatório ou desigualitário tão somente em razão do sexo das pessoas (p. 21 de 270).

Também fundamentou não haver expressa proibição constitucional para promover a união estável entre pessoas do mesmo sexo (ps. 24, 29 de 270). Não ofender a nova interpretação o disposto no inciso IV do §4º do art. 60 da CR/88, que trata das cláusulas pétreas, pois efetiva os direitos e as garantias individuais. A ausência de limitação na constituição para o conceito de família, devendo esta ser entendida como uma organização social mínima, base da sociedade, mas não apenas entre pessoas do mesmo sexo (p. 33 de 270).

O Ministro Ayres Britto (Relator) entendeu estar contido no conceito geral de família não só o formado pelo casamento civil, como o do casamento religioso e das demais entidades familiares (p. 41 de 270).

E durante o voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ayres Britto (Relator) não viu hipótese de preenchimento de lacuna normativa na Constituição, apenas afirmação da igualdade de tratamento às duas hipóteses de uniões estáveis (p. 33 de 270). E por fim, durante o voto do Ministro Celso de Mello, citou o número de mais de sessenta mil uniões homossexuais autodeclaradas por ocasião do Censo Demográfico de 2010 pelo IBGE (p. 262 de 270).

6.4.2
Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Luiz Fux na ADI 4.277, em 05.05.2011

O Ministro Luiz Fux entendeu ser a homossexualidade um fato da vida, advinda de uma orientação e não de uma opção sexual, mas como uma característica da personalidade do indivíduo (p. 56 de 270), além de não ser uma ideologia ou uma

crença individual. E ainda ser possível haver entre os homossexuais, de forma contínua e duradoura, relações de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Não haver expressa vedação às uniões homoafetivas no direito brasileiro. Haver mais de 60 mil uniões homoafetivas auto declaradas no censo do IBGE do ano de 2010 (p. 57 de 270).

Também na necessidade de o STF exercer o papel contramajoritário em defesa dos direitos fundamentais de minorias (p. 58 de 270). Entendeu em estender o conceito de família para além da família tradicional, pai, mãe e filhos, tutelando também as famílias monoparentais (contando só com o pai ou a mãe), além das famílias sem filhos, a família com filhos adotivos, todas as uniões onde hajam "relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo" (p. 60 de 270). Fundamentou em não haver hierarquia entre o casamento civil e a união estável heterossexual, e, portanto, não pode haver distinção com a união homossexual, pois esta também pode ser baseada no afeto (p. 61 de 270).

Entendeu em efetivar a garantia fundamental da igualdade do art. 5º, entre a união estável homoafetiva com a união estável heteroafetiva. Efetivar o objetivo fundamental do inciso IV do art. 3º, que é a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos quanto ao sexo, ou quaisquer outras formas de discriminação (p. 62 de 270). Garantir segurança jurídica às relações sociais decorrentes das uniões homossexuais. Constatar haver mudança na "aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares" (p. 68 de 270). E igualmente fundamentou em haver mudança jurídica no tratamento previdenciário pelo INSS[260], no tratamento tributário pela Procuradoria da Fazenda Nacional, em favor das uniões entre pessoas do mesmo sexo[261], e ainda em razão

[260] O Ministro Luiz Fux citou a Portaria INSS/DC n. 25, de 07.06.2000 e a Portaria MPS n. 513, de 09.12.2010, porém hoje vigente é a **Instrução Normativa PRES/INSS n. 128, de 28.03.2022**. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446, acesso em 16 jun. 2023.

[261] O Ministro Luiz Fux citou também o **Parecer a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional/CAT n. 1503, de 19.07.2010,** Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/atos-da-pgfn-1/pareceres-da-pgfn-aprovados-pelo-ministro-da-fazenda/2010/Parecer%201503-2010.pdf/@@download/file, acesso em 16 jun. 2023.

de leis estaduais que igualmente já conferiam direitos em favor de servidores públicos na mesma situação fática[262] (p. 69 de 270).

Buscou conferir interpretação conforme ao art. 1.723 do CC, visando compatibilizar "com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade", em razão de "mudança das relações fáticas", que podem "provocar mudanças na interpretação da Constituição", tudo visando oferecer "segurança jurídica às uniões homoafetivas" (p. 70 de 270).

Já quanto a expressão contida no §3º do art. 226 da CR/1998, de que as uniões seriam apenas "entre homem e mulher", entendeu que o texto constitucional almeja deixar claro a equiparação da união estável com o casamento civil, mas não como forma de excluir as uniões homoafetivas. Citou precedentes do STF a respeito do tema, como meio de manter sintonia com a jurisprudência da Corte[263], embora extintos, sem resolução do mérito (p. 71 de 270).

Mencionou tratados internacionais que garantem a igualdade entre todos (Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos) (p. 76 de 270). E por fim, manter sintonia com a experiência estrangeira, em especial à Espanha,

---

[262] O Ministro Luiz Fux citou expressamente as leis estaduais de cinco Estados brasileiro: a **Lei do Estado da Paraíba, n. 7.517, de 30.12.2003**, disponível em: http://pbprev.pb.gov.br/wp-content/uploads/2021/11/301203-LEI-No.-7.517-de-30-12-2003-e-suas-atualizacoes..pdf, acesso em 16 jun. 2023; a **Lei Complementar do Estado do Rio Grande do Norte n. 308, de 25.10.2005,** disponível em: https://asspmbmrn.org.br/assets/arquivos/legislacao/leicom308.pdf, acesso em 16 jun. 2023; a **Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 5.034, de 29.05.2007**, disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/01f879fc4f1b7fc2832572f1005c70be?OpenDocument&Highlight=0,5034, acesso em 16 jun. 2023; a **Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 1.012, de 05.07.2007**, disponível em https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2007/lei.complementar-1012-05.07.2007.html#:~:text=%E2%80%9C%C2%A7%201%C2%BA%20%2D%20O%20enteado%20e,a%20invalidez%20ou%20a%20incapacidade, acesso em 16 jun. 2023; e a **Lei Complementar do Estado de Santa Catarina, n. 412, de 26.06.2008**, disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2008/412_2008_Lei_complementar.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20do,Catarina%20e%20adota%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=E%20DOS%20CONCEITOS-,Art.,nos%20termos%20desta%20Lei%20Complementar, acesso em 16 jun. 2023.

[263] O Ministro Luiz Fux cita os seguintes julgados: a Pet 1.984, tendo como Relator, o Ministro Marco Aurélio, porém extinta, sem resolução do mérito, no dia 10.02.2003, em razão da existência da ADPF 132, julgada em 05.05.2011; e ADI 3.300, tendo como Relator, o Ministro Celso De Mello, porém extinta, sem resolução do mérito, no dia 03.02.2006, por atacar norma posteriormente revogada.

que contempla em seu CC desde 2005, expressamente, a tutela das uniões homoafetivas (p. 81 de 270).

6.4.3
Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pela Ministra Cármen Lúcia na ADI 4.277, em 05.05.2011

Já a Ministra Cármen Lúcia fundamentou no efetivar direitos fundamentais, como os da liberdade e da igualdade (art. 5º da CR/88), e dentre os quais, a liberdade sexual (ps. 85, 90 de 270). Além de evitar o preconceito contra os homossexuais (inciso III do art. 3º da CR/88) (ps. 86, 91 de 270). Efetivar direitos e evitar o preconceito no desconsiderar as uniões homossexuais, para assim manter sintonia com as várias disposições constitucionais (p. 89 de 270).

E por fim, quanto ao conceito de entidade familiar do art. 226 da CR/88 entendeu não se restringir ao do casamento (p. 92 de 270). E visou garantir o pluralismo político e social do inciso V do art. 1º da CR/88, quanto às escolhas afetivas (p. 93 de 270).

6.4.4
Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 4.277, em 05.05.2011

Para fundamentar a mutação constitucional havida, o Ministro Ricardo Lewandowski estendeu o conceito de família para além da formação tradicional do casamento civil entre um homem e uma mulher, reconhecendo também a união estável e a monoparental (p. 99 de 270). Também entendeu haver deliberações da assembleia constituinte a respeito do §3º do art. 226 da CR/88, quando expressamente foi optado apenas a união estável entre um homem e uma mulher, deixando intencionalmente de fora as uniões entre pessoas do mesmo sexo (p. 101 de 270).

Não via possibilidade de realizar uma mutação constitucional no caso, ante a expressa vedação do inciso III do §4º do art. 60 da CR/88, cláusula pétrea da separação entre os poderes, que garante ao legislador a autonomia e independência (p. 102 de 270). No entanto, enquadrou a união entre pessoas do mesmo sexo como uma quarta possibilidade de entidade familiar, não expressamente prevista no texto constitucional (ps. 103, 109 de 270). Almejava assim uma interpretação integrativa das várias disposições constitucionais, evitando a discriminação (p. 104 de 270).

E por fim, citou haver mais de 60 mil uniões homoafetivas auto declaradas no censo do IBGE do ano de 2010, e não haver expressa vedação constitucional às uniões entre pessoas do mesmo sexo, sendo o rol do art. 226 meramente exemplificativo (p. 108 de 270).

6.4.5
Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Joaquim Barbosa na ADI 4.277, em 05.05.2011

Garantir efetividade aos direitos fundamentais, em especial a igualdade e a não discriminação. E não estar o fundamento para o reconhecimento das uniões homoafetivas no §3º do art. 226 da Constituição, mas sim em no evitar o tratamento desigual e a discriminação (p. 116 de 270).

6.4.6
Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI 4.277, em 05.05.2011

Necessidade de o Judiciário vir a corrigir falhas ou omissões do legislador, inclusive "substituir ao próprio sistema político", pois até mesmo com a declaração de inconstitucionalidade proposta por Kelsen se estaria assim agindo (p. 118 de 270). Garantir também um modelo mínimo de proteção à igualdade e a não discriminação (p. 119 de 270). Haver mora legislativa há quinze anos a respeito de emendas à Constituição ou de leis infraconstitucionais sobre o tema[264], o que autorizaria o Judiciário a decidir sobre essa inércia (p. 120 de 270).

Fundamentou ainda ser a opção sexual um exercício do direito fundamental à liberdade (p. 121 de 270), apesar de constatar haver literalidade na redação do §3º do art. 226 da CR/88, quanto a união estável ser apenas entre homem e mulher, e não pretender que o STF transforme-se em um tribunal de "voluntarismo" e de "interpretação ablativa", em dizer o que quiser a respeito do texto constitucional, porém reconhece à união estável, entre pessoas do mesmo sexo, como um meio de garantir o direito fundamental à igualdade (ps. 121, 124 de 270).

---

[264] O Ministro Gilmar Mendes cita expressamente vários projetos de lei sobre a união homoafetiva: o PL 1151/1995; a PEC n. 139/1995; o PL n. 1.151/1995; a PEC n. 66/2003; a PEC 70/2003; o PL n. 2.383/2003; o PL n. 6.297/2005; o PL n. 2.285/2007; o PL n. 674/2007; o PL n. 4.508/2008; PL n. 7.018/2010; o PL n. 4.914/2009; o PL n. 580/2007; e o PLC 122/2006 (p. 161-162 de 270).

E o fato de a Constituição proteger a união estável entre um homem e uma mulher não significa haja expressa negativa de proteção às uniões entre pessoas do mesmo sexo (p. 128 de 270), pois vislumbra lacuna na proteção constitucional às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, corrigível com a interpretação por analogia (p. 118 de 270).

Preocupou-se, no entanto, com a solução encontrada, de "equiparação pura e simples das relações", pois o futuro poderia "preparar surpresas as mais diversas", ante a "complexidade do fenômeno social envolvido", sobretudo no "exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos" (p. 135 de 270), uma dessas surpresas seria a possível conversão da união estável em casamento, e os efeitos penais, eleitorais, e as vedações quanto ao nepotismo (p. 192 de 270).

Registrou também haver mais de 60 mil uniões homoafetivas auto declaradas no censo do IBGE do ano de 2010 (ps. 138, 158 de 270), e afirmou não haver leis federais ou locais que disciplinem o tema, o que acabaria por levar o Judiciário a assim fazê-lo (p. 159 de 270). Apontou também que as leis de vários Estados que buscam enfrentar a discriminação pela orientação sexual (p. 163 de 270).

Considerou a experiência internacional, a distinguindo em três categorias: estados "repressores", dentre os quais, à época, haveriam 76 deles, e que assim puniam o homossexualismo[265] (Jamaica, Angola, Nepal, Iêmen, Irã, Arábia Saudita, Mauritânia e Sudão (p. 165 de 270); além de outros que seriam "indiferentes", e outros mais "avançados". E que haveria na União Europeia um incentivo aos países membros de editarem leis de proteção, e que a Organização das Nações Unidas, apoiada pelo Brasil, também defendia tal reconhecimento. E que dentre essas proteções internacionais haveria o de não só relativo às uniões entre pessoas do mesmo sexo, como também o reconhecimento do casamento (p. 166 de 270).

Fundamentou também no cumprir os fundamentos da República (cidadania e dignidade da pessoa humana - incisos II e III do art. 1º da CR/88); além dos objetivos fundamentais para uma sociedade livre e justa, sem preconceitos (inciso I e IV do art. 3º da CR/88); observância do primado dos direitos humanos no âmbito

[265] O Ministro Gilmar Mendes se baseia em informações divulgadas pela organização "*The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*", Disponível em: https://ilga.org/", acesso em 23 jun. 2023.

das relações internacionais (inciso II do art. 4º da CR/88); efetivação dos direitos fundamentais da igualdade e da liberdade (caput do art. 5º da CR/88); garantia de repressão a qualquer forma de discriminação (inciso XLI do art. 5º da CR/88); aplicação imediata de direitos humanos previstos em tratados internacionais (§1º do art. 5º da CR/88), e garantia do mínimo dos direitos humanos, sem retrocesso (§2º do art. 5º da CR/88) (p. 166 de 270).

Haver mudança jurídica no tratamento previdenciário pelo INSS a respeito das uniões entre pessoas do mesmo sexo, a qual só ocorreu em razão de decisão judicial que assim a obrigava (p. 172 de 270); no tratamento sobre planos de saúde[266]; no tratamento tributário (p. 173 de 270); e no tratamento aos estrangeiros[267]. A Lei Maria da Penha de 2006 que igualmente protege pessoas em uniões, independentemente da orientação sexual (p. 174 de 270).

Existir acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, sobre a declaração de inelegibilidade de candidata a cargo eletivo em união estável homossexual com então prefeita no exercício do cargo[268] (p. 176 de 270).

E por fim, não haver expressa vedação no texto constitucional para o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo (p. 178 de 270).

6.4.7
Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Marco Aurélio na ADI 4.277, em 05.05.2011

E durante o voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Marco Aurélio registrou que esperava do Congresso Nacional deliberação a respeito do tema, e não deixando de se omitir a respeito, após o julgamento desta ação (p. 118 de 270). E citou haver mudanças sociais no Brasil e no Mundo, como ocorrido na Inglaterra,

---

[266] O Ministro Gilmar Mendes citou expressamente a Súmula Normativa n. 12, de 4 de maio de 2010 da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2010/sum0012_04_05_2010.html, acesso em 23 jun. 2023.

[267] O Ministro Gilmar Mendes citou expressamente a Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração – CNI, vinculado ao Ministério da Justiça, n. 77, de 29 de janeiro de 2008, porém já se encontra revogada após o advento da Lei de Imigração n. 13.445/2017, e seu regulamento, o Decreto n. 9.199/2017.

[268] Recurso Especial Eleitoral n. 24.564 - BA, julgado em 02/10/2004 pelo TSE.

quando em 1957 ainda se criminalizava a prática, enquadrando-a como sodomia (p. 200 de 270).

E criticou também o que seria um "juízo moral de uma pessoa comum" (p. 200 de 270), pois citando o autor H. L. A., da obra "*Law, Liberty and Morality*", de 1963, entendia não dever ser criminalizada qualquer conduta particular que não ofendesse a interesses alheios, ante a autonomia privada, o livre arbítrio e a liberdade. Por outro lado, preocupou-se não só que do Direito fossem excluídas as análises dos valores morais, ante o que houve no nazismo, quando se legitimou "atrocidades impronunciáveis" pelo puro cumprimento da lei aprovada pelo Parlamento, como também quando o direito religioso, puramente moral, condenava pessoas igualmente a atrocidades na Idade Média pelos Tribunais da Santa Inquisição (p. 201 de 270).

Sintetizou afirmando que Direito e Moral devem andar juntos, seja não só com o reconhecimento do casamento, no âmbito civil, como com a criminalização de algumas práticas contra os costumes, no âmbito penal. Preocupou-se também em evitar práticas discriminatórias de perseguições a homossexuais (p. 202 de 270). E efetivar direitos fundamentais previstos na Constituição em favor dos homossexuais, em especial a dignidade da pessoa humana (p. 203 de 270).

E por fim, não ser suficiente o reconhecimento como uma "sociedade de fato" às uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois expressaria um preconceito de apenas ser tratada como uma comunhão voltada à tutela patrimonial, semelhante a uma sociedade irregular do art. 987 do CC, como a empresária, quando ao contrário, o que se almeja é tutelar as relações de afeto, as emocionais e não as relações patrimoniais (p. 206 de 270).

6.4.8
Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Celso de Mello na ADI 4.277, em 05.05.2011

Rememorou o tratamento histórico e cruel dos homossexuais desde as ordenações do reino de Portugal aplicadas no Brasil, quando se criminalizava a conduta e se impunham até mesmo condenações em fogueiras da Inquisição, tudo visando inibir a prática e desestimular sua aceitação (p. 216 de 270).

Citou o art. 235 do Código Penal Militar brasileiro, que até então ainda tratava discriminatoriamente os homossexuais.

Reconhecia em favor das uniões homossexuais o tratamento jurídico de entidade familiar já conferido às uniões estáveis heterossexuais, por expressar o princípio da igualdade, sem preconceitos ou discriminação (p. 223 de 270). Efetivar valores como a liberdade, igualdade e a não discriminação (p. 224 de 270), além de promover a busca da felicidade em favor dos homossexuais (ps. 225, 235 de 270), garantir o tratamento previdenciário em favor dos respectivos parceiros (p. 226 de 270) e promover a segurança jurídica (p. 234 de 270).

Entendeu não haver silêncio eloquente do legislador constitucional em favor das uniões homossexuais, como uma das hipóteses de entidade familiar, ao garantir apenas em favor das uniões heterossexuais (p. 231 de 270), por não haver expressa vedação em favor daquelas. Além de o STF dever exercer sua competência contramajoritária em favor de minorias sociais, como a dos homossexuais, não permitindo que a legislação formada pelos representantes da maioria política desconsidere os interesses daquelas minorias, seja por eventuais excessos ou por omissões. E ao assim promover, o STF estaria realizando uma democracia constitucional. Citou também haver mais de 60 mil uniões homoafetivas auto declaradas no censo do IBGE do ano de 2010 (p. 236 de 270).

Promover a felicidade, como um direito constitucional implícito decorrente da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem estar de todos, ante a omissão legislativa da maioria política em não tutelar os interesses da minoria dos homossexuais (p. 247 de 270). E buscar a felicidade, como nos julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos (p. 249 de 270), além da Constituição do Japão, da França e do Reino do Butão (p. 250 de 270).

Ser o afeto um novo paradigma no reconhecimento das entidades familiares, como um "princípio jurídico implícito", por se basear na solidariedade e promoção do bem comum entre os parceiros, pelo que não se sustentaria qualquer discriminação contra homossexuais (p. 251 de 270).

E por fim, reconheceu no STF um papel ativista, por ser "uma necessidade institucional", ante a omissão legislativa em tutelar os interesses da minoria dos homossexuais (p. 258 de 270), papel fortalecido pelo desempenho da jurisdição

constitucional em dar a última palavra sobre o controle de constitucionalidade (p. 260 de 270), e ser o guardião último da Constituição (p. 261 de 270).

6.4.9
Estudo de Caso n. 03 - Critérios adotados para a mutação constitucional pelo Ministro Cezar Peluso (Presidente) na ADI 4.277, em 05.05.2011

Entendeu que a tutela constitucional das uniões estáveis em favor de homem e mulher contida no §3º do art. 226 da CR/88, como entidade familiar, não seria excludente às uniões homossexuais, por ser meramente exemplificativa p. 264 de 270). E reconheceu o afeto como o fundamento básico das uniões estáveis, sejam héteros, ou homossexuais (p. 265 de 270). E advertiu que a solução jurídica da equiparação às duas situações jurídicas impostas pelo STF devolveria ao Parlamento a regulamentação das demais questões de Direito de Família decorrente deste reconhecimento (p. 266 de 270).

6.5
As mudanças jurídicas, políticas e sociais a partir da mutação constitucional judicial havidas no Estudo de Caso n. 03

Neste tópico foram analisadas as mudanças jurídicas, políticas e sociais a partir da mutação constitucional ocorrida quando do julgamento do Estudo de Caso n. 03. E como dito, a importância desta análise se dá por serem, possivelmente, relevantes fatores a considerar em eventual nova mutação constitucional judicial, como descrito no *Capítulo 8*, uma proposta de sistematização para a mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF.

6.5.1
As mudanças jurídicas a partir do Estudo de Caso n. 03

Tanto a união estável quanto o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo continuam sem expressa previsão na Constituição ou em leis federais[269], sendo admitida a primeira apenas em razão do julgado promovido pelo STF, e a segunda, em razão de Resolução n. 175, de 14/05/2013 do CNJ do ano de 2013. Inclu-

[269] ARAÚJO, Janaína. **Garantia do casamento homoafetivo no país ainda não foi concedida por lei**. 18 jan. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/01/18/garantia-do-casamento-homoafetivo-no-pais-ainda-nao-foi-concedida-por-lei. Acesso em: 20 jun. 2023.

sive, nos considerandos para a edição da mencionada resolução, o CNJ citou expressamente as decisões judiciais havidas tanto na **ADPF 132** quanto na **ADI 4.277**, além do julgado promovido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, **RESP 1.183.378/RS**, pelo qual, sem observar a cláusula de reserva de plenário, e com isso sem remeter previamente o feito à 2ª Seção do STJ, reconheceu constitucional o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

A falta de tratamento jurídico específico foi expressamente mencionada inclusive pelo Ministro Gilmar Mendes (p. 135 de 270) e pelo Ministro Cezar Peluso (Presidente) (p. 266 de 270), seja em relação ao direito sucessório, direito de família (guarda, alimentos, direito de visitas), direito tributário e direito administrativo.

Constatou-se que até o momento, nenhuma das vinte e seis constituições dos Estados Federados brasileiros e a Lei Orgânica do Distrito Federal, contemplam expressamente algum tratamento jurídico em favor de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. E em razão desse vácuo legislativo, por analogia, tem-se aplicado o disciplinamento já conferido às uniões heterossexuais, ou seja: a Lei n. 8.971/1994, que regula o direito dos companheiros heterossexuais a alimentos e à sucessão; a Lei n. 9.278/1996, que regulamenta o §3° do art. 226 da Constituição Federal; e o art. 1.514 e art. 1.723 do CC de 2002, quanto à equiparação da união estável ao casamento civil.

E mesmo após o julgamento da **ADI 4.277**, em 05.05.2011, novas leis federais foram promulgadas, mas não disciplinaram especificamente o tema, como a Lei Federal n. 13.058, de 22.12.2014, que trata sobre a guarda compartilhada no direito de família, e com isso sem mencionar as possíveis relações jurídicas quanto a guarda de filhos nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, limitando-se a refererir a conceitos de pai e de mãe.

Também não consta qualquer disciplinamento jurídico específico às uniões estáveis homossexuais no CPC de 2015, seja na seção "Do Divórcio e da Separação Consensuais, da Extinção Consensual de União Estável e da Alteração do Regime de Bens do Matrimônio", seja no capítulo específico "Das Ações de família" (art. 693 a 699), que tratam dos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Já no âmbito do direito previdenciário nacional, e especificamente quanto ao regime geral da previdência social, continua sem disciplinando próprio as relações previdenciárias das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. E igualmente sem disciplinamento próprio no âmbito do direito tributário da União[270] e na Lei dos Registros Públicos[271].

Afora os ramos do Direito já citados, outras leis federais e decretos publicados após o julgamento da **ADI 4.277**, apesar de tratarem direta ou indiretamente sobre a união estável, não fizeram qualquer referência às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo[272]. Exceto quanto a menção indireta na nova Lei de Imigração de 2017, que garante no inciso I do art. 37, o direito de reunião familiar em favor do companheiro "sem discriminação"[273].

---

[270] A Lei Federal n. 7.713/1988, que trata do imposto de renda da pessoa física, sequer menciona a existência do regramento jurídico das uniões estáveis em geral, muito menos da união estável por casais homossexuais. Por outro lado, em seu decreto regulamentador, o Decreto n. 9.580/2018, contempla uma seção específica intitulada "Da sociedade conjugal ou da união estável".

[271] Ver Lei Federal n. 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), mesmo alterada pela Lei Federal n. 14.382/2022, sobre o regramento dos sobrenomes dos conviventes em união estável (§§2º e 3º-A do art. 57), sua conversão em casamento civil (art. 70-A), e até registro de sentença judicial que assim reconhece (art. 94-A), não menciona expressamente as uniões homoafetivas.

[272] Ver o §2º do art. 10 da Medida Provisória n. 1.162/2023, que trata sobre o "Programa Minha Casa, Minha Vida"; os arts. 10, 12 e 30 do Decreto n. 10.742/2021, que dispõe sobre as pensões dos militares da União; o art. 17 do Decreto n. 10.592/2020, que trata sobre a regularização fundiária das áreas rurais situadas em terras da União, no âmbito da Amazônia Legal; os §§2º e 5º do art. 50, o §4º do art. 122, o art. 144-A da Lei n 6.880/1980 (Estatuto dos Militares) e art. 3º-C e art. 7º da Lei n. 3.765/1960 (Lei das Pensões Militares), alteradas pela Lei n. 13.954/2019; o inciso III do §2º do art. 9º, o inciso V do art. 11, o art. 14-A e o inciso II do art. 18 da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), alterada pela Lei n. 13.894/2019, que trata da propositura de ação de divórcio e dissolução de união estável em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher; o §1º do art. 7º do Decreto n. 9.311/2018, que trata sobre o processo de seleção, permanência e titulação das famílias beneficiárias do Programa Nacional de Reforma Agrária; o §13 do art. 18 e o §1º do art. 20 da Lei n. 8.629/1993, alterado pela Lei n. 13.465/ 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana; o inciso III do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, alterado pela Lei n. 13.144/2015, sobre o bem de família; o art. 35-A da Lei n. 11.977/2009, incluído pela Lei n. 12.693/2012, também sobre o "Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV"; e art. 68 da Lei n. 12.594/2012, sobre Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, garantir visita íntima em favor do adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável.

[273] Ver também outras referências na mesma Lei Federal n. 13.445/2017: alínea "b" do inciso II do art. 55, o direito a não extradição; no inciso III do art. 66 e no inciso I do art. 68, prazos mais vantajosos para fins de naturalização em favor de uniões estáveis. Assim como em seu Decreto Federal n. 9.199/2017, que regulamenta a Lei de Imigração, igualmente estabelece disposições de tratamento igualitário às duas hipóteses de uniões, seja para fins de concessão de visto (inciso I do art. 45 e inciso II do art. 57); para fins de autorização de residência (inciso I do art. 153); para não extradição (alínea b do inciso II do art. 193); e prazos menores para fins de naturalização (inciso II do art. 235 e inciso I do art. 240).

Assim, ante a falta de normas jurídicas específicas advindas do parlamento, decisões do STF e do STJ vem suprindo e estabelecendo posições sobre os temas relacionados às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Foi assim quando dos julgamentos do **RE 607.562 AgR**, pela Primeira Turma do STF em 18.09.2012 e **RE 1.031.268 AgR**, pela Segunda Turma do STF em 08.08.2017, quando o Tribunal estendeu o direito previdenciário de pensão por morte em favor dos casais homossexuais. Já a partir do julgamento do **RE 898.060**, sob a sistemática da repercussão geral reconhecida, o Pleno do STF em 21.09.2016, decidiu o mérito do Tema 622, equiparando a paternidade socioafetiva à paternidade biológica, para fins de ampla proteção às várias modalidades de entidades familiar, inclusive em favor das uniões estáveis por pessoas do mesmo sexo.

E ainda em julgamento havido no dia 10.05.2017, e sob nova repercussão geral antes reconhecida, e nos autos do **RE 646.721**, também fixou outra tese, a partir do Tema 498, declarando inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, equiparando portanto o tratamento jurídico sucessório do casamento e das uniões estáveis. O tema central da tese em julgamento era inclusive o "Alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva".

Já em 13.09.2019, mais uma vez, o Pleno do STF, agora nos autos da **ADI 5.971**, declarou inconstitucional Lei do Distrito Federal, que visava a implantação de políticas públicas de valorização da família, para garantir o reconhecimento, como entidade familiar, de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

E no julgamento do **RE 1.211.446 RG**, também sob a sistemática da Repercussão Geral, Tema 1.072, o Pleno do STF, em 07.11.2019, admitiu o tema, embora ainda não o tenha julgado no mérito, sobre a possibilidade de concessão de benefício previdenciário de licença-maternidade em favor de companheira em união estável homossexual que engravidou por inseminação artificial.

E ainda em outro julgamento, agora no **RE 1.045.273**, sob a sistemática da Repercussão Geral, Tema 529, o Tribunal, em 21.12.2020, fixou nova tese pelo mérito, impedindo o reconhecimento simultâneo de união estável entre pessoas do mesmo sexo, semelhante ao tratamento já dispensado às uniões heterossexuais, com consequências inclusive para o direito previdenciário.

Já no âmbito do STJ, as possíveis uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo foram inicialmente tratadas como sociedades de fato (RESP 323.370/RS, julgado pela Quarta Turma em 14.12.2004), a serem decididas na origem por varas cíveis, e não por varas de família (RESP 502.995/RN, julgado pela Quarta Turma em 26.04.2005). No entanto, em 13.12.2005 a Sexta Turma do STJ, julgando o RESP 395.904/RS, não só reconheceu como entidade familiar as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, como garantiu direito previdenciário de pensão por morte em favor de um dos companheiros, citando a Instrução Normativa do INSS, n. 25 de 07.06.2000, quanto aos procedimentos para a concessão deste benefício em favor dos conviventes homossexuais, que atendia determinação liminar proferida pela Justiça Federal de Porto Alegre, nos autos da Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0.

Na sequência, o STJ passou a deferir outros direitos em favor dos casais homossexuais[274]. Inclusive foi além em 25.10.2011, quando admitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, julgando o **RESP 1.183.378/RS**, pela Quarta Turma, e citando, como precedentes, os acórdãos da **ADPF 132** e da **ADI 4.277**, garantindo assim não só a *status* da união estável, mas também o do casamento civil em favor dos homossexuais.

Ainda quanto às mudanças no cenário jurídico a partir da mutação constitucional havida neste Estudo de Caso n. 03, constatou-se que o art. 235 do Código Penal Militar teve parte de sua redação não recepcionada pela vigente Constituição, após outro julgamento plenário do STF em 28.10.2015, quando da **ADPF 291**, e referente as expressões originais lá utilizadas de "pederastia" e "homosse-

[274] Ver julgados do STJ sobre plano de assistência médica (RESP 238.715/RS e AgRg no Ag 971.466/SP julgados pela Terceira Turma em 07/03/2006 e 02/09/2008, respectivamente); plano de previdência privada complementar (RESP 1.026.981/RJ, julgado pela Terceira Turma em 04.02.2010); adoção de menores (RESP 889.852/RS, julgado pela Quarta Turma em 27.04.2010); meação pelo patrimônio comum (RESP 1.199.667/MT, julgado pela Terceira Turma em 19.05.2011); meação e alimentos (RESP 1.085.646/RS, julgado pela 2ª Seção em 11.05.2011 e RESP 1.302.467/SP, julgado pela Quarta Turma em 03.03.2015); direitos sucessórios (RESP 930.460/PR, julgado pela Terceira Turma em 19.05.2011); pensão por morte de servidor público (RESP 932.653/RS, julgado pela Sexta Turma em 16.08.2011); adoção unilateral (RESP 1.281.093/SP, julgado pela Terceira Turma em 18.12.2012); mudança da competência para julgamento, passando das varas cíveis para as varas de família (RESP 1.291.924/RJ, julgado pela Terceira Turma em 28.05.2013); concessão de visto definitivo em favor de estrangeiro (RESP 1.370.542/DF, julgado pela Terceira Turma em 05.11.2013); e direito real de habitação (RESP 1.204.425/MG, julgado pela Quarta Turma em 11.02.2014).

xuais", por serem pejorativas e discriminatórias, ficando assim reconhecido o direito à liberdade de orientação sexual.

Por sua vez, a Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ publicou o Provimento n. 141 em 16.03.2023, alterando o Provimento n. 37, de 07.07.2014, após a publicação da Lei Federal n. 14.382/2022, que por sua vez havia alterado a Lei dos Registros Públicos, para tratar do termo declaratório de reconhecimento e dissolução de união estável perante o registro civil de pessoas naturais e dispor sobre a alteração de regime de bens na união estável e a sua conversão extrajudicial em casamento.

E por fim, o art. 1º do Provimento n. 37/2014, já dispunha ser "facultativo o registro da união estável prevista nos artigos 1.723 a 1.727 do CC, mantida entre o homem e a mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo".

6.5.2
As mudanças políticas a partir do Estudo de Caso n. 03

Já quanto a atividade política a respeito do tema união estável entre pessoas do mesmo sexo, seja antes ou após o julgamento da **ADI 4.277**, em 05.05.2011, mas limitada a partir da vigência da Constituição de 88, constavam duas propostas de emenda à constituição em trâmite no âmbito do Senado Federal[275] e uma na Câmara dos Deputados.

No Senado, havia a **PEC 70/2003**, que alterava o §3º do artigo 226 da Constituição Federal, para permitir a união estável entre casais homossexuais, apresentada em 02.09.2003, porém arquivada em 20.10.2006 a pedido de senador autor, em caráter definitivo. E a **PEC 111/2011**, que alterava o art. 3º da Constituição Federal para incluir entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos à identidade de gênero ou orientação sexual. E embora apresentada em 08.11.2011 foi arquivada em 21.12.2018, nos termos do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal.

Já no âmbito da Câmara dos Deputados, ainda tramita apenas a PEC 158/2015, que visa dar nova redação ao §3º do artigo 226 da Constituição Federal.

[275] Pesquisa realizada a página "Pesquisa de Matérias" do Senado Federal com os termos: "união estável" e "mesmo sexo". Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias, acesso em 10 jul. 2023.

No entanto, apesar de a proposta ter sido apresentada em 21.10.2015, desde 24.08.2023, e mesmo após parecer pela admissibilidade da "Proposta de Emenda à Constituição n. 158, de 2015", encontra-se "Pronta para entrar na pauta de votações na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania".

No ponto há de se considerar também que a falta de disciplinamento jurídico sobre o tema pelo parlamento não significa necessariamente haver uma oposição da maioria de seus membros quanto ao reconhecimento de direitos em favor de pessoas homossexuais, uma vez que não é impossível supor possa estar havendo uma acomodação em disciplinar juridicamente algo que os Tribunais já o fizeram.

E por fim, neste tópico , não foram citadas propostas legislativas infraconstitucionais, por só interessar eventual andamento de Proposta de Emenda à Constituição de dispositivo da redação original da Constituição.

6.5.3
As mudanças sociais a partir do Estudo de Caso n. 03

Como foram mencionados no julgamento da **ADI 4.277** dados do Censo Demográfico de 2010 do IBGE, a respeito de haver mais de 60 mil uniões conjugais entre pessoas do mesmo sexo, assim autodeclaradas pelos entrevistados pelo Ministro Luiz Fux (p. 57 de 270), pelo Ministro Ricardo Lewandowski (p. 108 de 270), pelo Ministro Gilmar Mendes (ps. 138, 158 de 270), pelo Ministro Celso de Mello (p. 236 de 270) e pelo Ministro Ayres Britto (Relator) (p. 262 de 270), é necessário alguma análise desta informação.

De fato, no Censo IBGE 2010, se autodeclararam em uniões conjugais por pessoas do mesmo sexo mais de 67 mil pessoas[276]. No entanto, até o momento desta pesquisa, não estão disponíveis os dados do Censo Demográfico 2022, em especial quanto ao critério de nupcialidade, o qual, quando divulgado, deverá ser considerado como um relevante fator social para fins de eventual nova mutação constitucional sobre o tema.

No entanto, o que se tem de mais recente divulgado pelo IBGE é que os casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo, dados de 2021, apontam serem

[276] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Censo democrático 2010 do Brasil**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9750&t=resultados, acesso em 20 jun. 2023.

3.600 entre cônjuges do mesmo sexo masculino, 5.602 entre cônjuges do mesmo sexo feminino, e 923.300 entre cônjuges do sexo oposto[277]. E comparando tais dados com os divulgados no ano de 2019[278], constatou-se haver pequenas alterações nos números absolutos, para mais e para menos, seja quanto aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo masculino 3.707, do mesmo sexo feminino 5.349, e de sexos opostos, 1.015.620.

Por fim, e encerrando este Capítulo, e a análise do Estudo de Caso n. 03, e quanto às mudanças sociais a partir do seu julgamento, há de se considerar a dificuldade em apontar se tais mudanças decorrem essencialmente do julgado proferido pelo STF, ou se este apenas constatou uma mudança no costume social, como apontado no *Capítulo 3*, sobre a mutação constitucional judicial sem norma constitucional.

[277] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Número de casamentos por sexo dos cônjuges, 2021**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html, acesso em 22 jan. 2024.

[278] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Sistema de Estatísticas Vitais de 2019**. Dados disponíveis em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=29639&t=resultados, acesso em 05 jul. 2023.

7 Capítulo
Foro por prerrogativa de função para julgamento *(Caso 4)*

7.1
Delimitação do Estudo de Caso n. 04

O Estudo de Caso n. 04 trata a respeito da interpretação quanto ao foro por prerrogativa de função para o julgamento de certas autoridades públicas brasileiras, quando acusadas da prática de crime comum. E foram três as mutações constitucionais judiciais identificadas, sendo as duas primeiras a respeito dos agentes públicos com foro por prerrogativa de função no âmbito do STF, e a outra, sobre as demais autoridades de competência dos Tribunais nos Estados.

A primeira mutação constitucional judicial ocorreu em 1999 em razão do entendimento do STF em afirmar não subsistir o foro por prerrogativa em favor de ex-detentores dos cargos, embora assim não esteja excluída tal competência pela redação original da alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88, quando foi inclusive cancelada a Súmula 394 do STF de sua jurisprudência dominante.

Já a segunda mutação constitucional identificada, ocorrido em 2018, e atual entendimento do Pleno do Tribunal sobre o foro por prerrogativa de função de certas autoridades públicas lá julgadas, diz respeito a interpretação restritiva desse mesmo foro tão somente para os "crimes praticados no cargo e em razão do cargo", desde que tais competências jurisdicionais estejam estabelecidas diretamente no texto constitucional de 1988. Restrição esta também não contemplada na alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88.

E por fim, quanto à terceira mutação constitucional judicial identificada, refere-se ao entendimento a respeito das demais autoridades com foro por prerrogativa no âmbito dos Tribunais dos Estados e no Distrito Federal. Quando em 2021 o STF entendeu ser "inconstitucional norma de constituição estadual que estende o foro por prerrogativa de função a autoridades não contempladas pela Constituição Federal de forma expressa ou por simetria". Esse entendimento restritivo não encontra consonância com a literalidade do §1º do art. 125 da CR/88.

No entanto, um esclarecimento prévio para melhor compreensão dos votos dos ministros quanto à segunda mutação constitucional judicial. É que apesar de a tese firmada no acórdão paradigma ser exatamente como acima destacado, a ementa do julgado do processo e a redação final lá posta destoam dos fundamentos nela utilizados, como se verá. Explicando melhor. Apesar de mais abrangente a ementa do acórdão e as teses firmadas na segunda mutação constitucional do Estudo de Caso n. 04, a interpretação restritiva do foro por prerrogativa de função a que chegaram os ministros do STF aplica-se tão somente aos membros do Congresso Nacional, ou seja, apenas aos deputados federais e aos senadores da república, e a nenhum outro cargo.

7.2
As normas constitucionais da redação original paradigmas das três mutações constitucionais no Estudo de Caso n. 04

A norma da redação original da CR/88, paradigma das duas primeiras mutações constitucionais identificadas neste Estudo de Caso n. 04 é a alínea 'b' do inciso I do art. 102, que atribui expressamente ao STF a competência para "processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República". Já a norma da redação original da constituição, e paradigma da terceira mutação constitucional é o §1º do art. 125 da CR/88, pelo qual, também expressamente, se remete à Constituição do Estado estabelecer "a competência dos tribunais", observada o que dispuser "a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça", sem o estabelecimento de qualquer restrição.

7.3
Os processos judiciais paradigmas julgados no STF e relacionados ao Estudo de Caso n. 04 (**Inq 687 QO**, **AP 937 QO** e **ADI 6.515**)

Foram três os processos judiciais paradigmas julgados pelo Pleno do STF, e relacionados ao Estudo de Caso n. 04. O primeiro, o julgamento da questão de ordem no **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, com acórdão publicado no dia 09.11.2001 e trânsito em julgado em 22.11.2001. E os Ministros que participaram deste julgamento foram: o Ministro Sydney Sanches (Relator), o Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Moreira Alves, o Ministro Nelson Jobim, o Ministro Carlos Vel-

loso, o Ministro Maurício Corrêa, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Octávio Gallotti, o Ministro Néri da Silveira, o Ministro Celso de Mello (Presidente) e o Ministro Ilmar Galvão.

O segundo julgamento, também outra questão de ordem, desta vez na **AP 937 QO**, julgada em 03.05.2018, com acórdão do mérito publicado em 11.12.2018, e trânsito em julgado em 17.05.2019[279]. Já os Ministros que participaram deste julgamento foram: o Ministro Sydney Sanches (Relator), o Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Moreira Alves, o Ministro Nelson Jobim, o Ministro Carlos Velloso, o Ministro Maurício Corrêa, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Octávio Gallotti, o Ministro Néri da Silveira, o Ministro Celso de Mello (Presidente) e o Ministro Ilmar Galvão.

E por fim, o terceiro e último processo relacionado foi o julgamento da **ADI 6.515**, em 23.08.2021, com acórdão publicado no dia em 16.09.2021, e trânsito em julgado em 24.09.2021. E os Ministros que participaram deste julgamento foram: o Ministro Roberto Barroso (Relator),o Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Dias Toffoli, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Nunes Marques e o Ministro Luiz Fux (Presidente).

7.4
Identificação dos critérios adotados pelos ministros do STF para as três mutações constitucionais havidas no Estudo de Caso n. 04

Neste tópico foram identificados os critérios adotados pelos ministros do STF durante os julgamentos dos processos vinculados ao Estudo de Caso n. 04, e que fundamentaram as três mutações constitucionais na interpretação da redação original da Constituição de 88.

E alguns outros esclarecimentos preliminares se fazem necessários antes da demonstração dos critérios individuais de cada mutação constitucional identificada. É que embora o julgamento da **AP 937 QO**, em 03.05.2018 também se refira a

[279] A partir de 17.05.2019 não constatou-se mais recursos sobre a Questão de Ordem, não sendo ainda o trânsito em julgado do mérito da ação penal respectiva. O feito foi remetido para a 256ª Zona Eleitoral de Cabo Frio – RJ, juízo competente, pois fora Deputado Federal, e o fato criminoso seria anterior ao mandato, ante a renúncia para assumir o cargo de Prefeito de Cabo Frio - RJ. Ver relatório do Ministro Roberto Barroso (Relator) na **AP 937 QO**, em 31.05.2017 (p. 4 de 429).

alínea ‘c’ do inciso I do art. 102 da CR/88, este Estudo de Caso n. 04 se limitou a análise dos fundamentos judiciais tão somente quanto aos critérios da alínea ‘b’, pois a alínea ‘c’ já havia sofrido alteração da redação original pela EC n. 23, de 02.09.1999, e por opção metodológica justificada no *Capítulo 3*, não foram objeto de análise dispositivos da Constituição de 88 alterados por emendas constitucionais.

Já com relação ao julgamento da **ADI 6.515**, de 23.08.2021, apesar de ter sido unânime a votação, só constam no arquivo digital do inteiro teor do acórdão os votos escritos do Ministro Roberto Barroso (Relator), do Ministro Edson Fachin e do Ministro Alexandre de Morais.

E as referências aos números de páginas em cada voto diz respeito ao arquivo digital do inteiro teor do julgado disponível na página do STF na *internet*, acessado pelo número do processo ou clicando no respectivo *link* do julgado mencionado, sendo o primeiro número referente a respectiva página citada, seguido da palavra “de”, e em seguida o número total de páginas do documento eletrônico.

Assim, foram analisadas todas as 104 páginas do inteiro teor do acórdão do **Inq 687 QO**, julgada em 25.08.1999, todas as 429 páginas do inteiro teor do acórdão do **AP 937 QO**, em 03.05.2018 e todas as 32 páginas do inteiro teor do acórdão da **ADI 6.515**, julgada em 23.08.2021.

E por fim, eventuais aditamentos de votos, manifestações em debates, aclaramentos ou confirmações de votos já proferidos, e que foram relevantes às mutações constitucionais, estão disponíveis nos destaques dos votos de cada ministro, com vistas a facilitar a localização e a compreensão de seu posicionamento, embora possa não ter ocorrido na mesma sessão de julgamento.

7.4.1
Os critérios da primeira mutação do STF para o Estudo de Caso n. 04: Inq 687 QO, julgado em 25.08.1999

Na primeira mutação constitucional judicial identificada, e durante o julgamento do **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, todos os ministros do Pleno do STF votaram pelo cancelamento da Súmula 394 do Tribunal, embora o Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Nelson Jobim, o Ministro Ilmar Galvão e o Ministro Néri da Silveira tenham se oposto a edição de outro verbete, como se verá abaixo.

A seguir, a síntese dos critérios adotados a respeito da primeira mutação constitucional judicial identificada no Estudo de Caso n. 04, e contidos no arquivo digital do inteiro teor do acórdão de 104 páginas no total.

7.4.1.1
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Sydney Sanches (Relator) no Inq 687 QO, em 30.04.1997

O Ministro Sydney Sanches (Relator) justificou a alteração da jurisprudência em cancelar a Súmula 394 STF, pois esta interpretava a Constituição de 1946, e as Leis Federais n. 1.079/1950 e n. 3.258/1959 (p. 23 de 104). E lembrou que a CR/1946, diferentemente da atual, não estipulava foro por prerrogativa de função em favor de deputados federais e senadores, muito menos previa a manutenção do foro após eventual término de mandato, e que, portanto, perdera sua finalidade (p. 25 de 104). E registrou que em razão dessa opção política do constituinte de 46, o Tribunal editara a Súmula 398, em 03.04.1964 para textualmente declarar que o Tribunal não detinha essa competência.

Citou como precedente de seu entendimento, o julgamento da também questão de ordem no **Inq 427 QO**, em 12.08.1992, quando se afirmou não mais ser competente para julgar ex-Ministro de Estado, então eleito para cargo de governador de Estado, passando à competência do Superior Tribunal de Justiça, como previsto na alínea "a' do inciso I do art. 105 da CR/88 (p. 29 de 104). E justificou ainda a mudança de entendimento, no fato de que a prerrogativa de ser julgado pelo STF visa proteger o exercício do mandato eletivo, e não seu ocupante.

Fundamentou também no direito comparado, embora sem citar qualquer país ou tratado internacional, que não tenha estabelecido tal prerrogativa em favor de parlamentares (p. 35 de 104).

Por fim, concitou o tribunal a repensar o tema, pois realizar uma interpretação ampliativa de suas competências não se mostraria adequado, já que o STF não estaria conseguindo nem mesmo dar conta das várias outras atribuições constitucionais, "com um mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade", além do que tais processos contra parlamentares serem 'trabalhosíssimos, exigindo dos relatores que atuassem como verdadeiros juízes de 1º grau' (ps. 36-38 de 104).

E em confirmação de seu voto, e após voto do Ministro Néri da Silveira, esclareceu que já teria deixado claro que seriam mantidos válidos os atos processuais praticados durante a vigência do entendimento anterior (p. 93 de 104).

7.4.1.2
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Sepúlveda Pertence no Inq 687 QO, em 12.05.1999

Em crítica ao apontado pelo Ministro Sydney Sanches (Relator), o Ministro Sepúlveda Pertence citou do direito comparado previsões constitucionais sobre a prerrogativa de foros nos Estados Unidos, na Argentina, na Espanha, na França, na Itália, em Portugal, e na Venezuela, embora sem esclarecer tratar-se de foro em favor de parlamentares. Constatou que o número de ações penais no STF aumentou significativamente após a assunção desta competência quanto aos parlamentares, embora também não tenha apontado números neste sentido (p. 44 de 104).

Apresentou crítica ao aparente 'voluntarismo arbitrário' judicial em decidir por conta própria, à revelia do parlamento, e afastar a competência do STF de julgar parlamentares federais, quando a Constituição assim não dispõe (p. 45 de 104). E lembrou que a garantia da imunidade em favor dos parlamentares é que lhes daria tranquilidade no exercício da legislatura (p. 47 de 104).

Entendeu, porém, devesse ter sido mantida a Súmula 394 do STF, pois embora editada por precedentes anteriores à vigente constituição, ainda seria útil em razão de nela mesma existir o condicionante necessário, o exercício da jurisdição do Tribunal ser apenas quando houvessem crimes praticados no exercício do mandato parlamentar, e portanto, irrelevante que esse deixasse posteriormente de exercê-lo, mantendo assim a competência do Tribunal (p. 50 de 104). Por outro lado, citou da experiência estrangeira as constituições da Itália, da França e da Espanha, que apesar de restringirem os foros, ainda os mantém para poucas autoridades, e sem citar que as admitiam para parlamentares, ou ex-parlamentares.

E concluiu propondo a edição de uma nova súmula, para que "cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo", prevalecesse a competência do Tribunal, "ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional" (p. 52 de 104).

E após seu voto, e já em debates, afirmou que "toda interpretação teleológica parte da busca da inspiração política da norma constitucional", e que "chamar de argumento jurídico, o argumento legitimamente político", "sempre foi uma forma de esconder a verdadeira natureza da razão de decidir" (p. 65 de 104). E ainda em adendo a seu voto, fez questão de registrar não ter feito defesa de manutenção de privilégio em favor de nenhum ex-parlamentar, apenas que a imunidade formal já o protegeria para o livre exercício de seu cargo, não sendo assim necessário um foro especial (p. 86 de 104).

7.4.1.3
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Moreira Alves no Inq 687 QO, em 25.08.1999

O Ministro Moreira Alves afirmou que optou por realizar uma interpretação lógica da constituição, sem se descuidar de não ser aberrante à letra da lei (p. 57 de 104). E não via razão para temer as demais jurisdições da justiça brasileira ao não garantir a permanência do parlamentar com foro no STF, quando cessado o cargo público respectivo (p. 59 de 104). E por fim, justificou o cancelamento da Súmula 394 do STF pelo fato de que quando o parlamentar deixa o cargo, não haveria mais pressão sobre ele a tal respeito (p. 61 de 104).

7.4.1.4
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Nelson Jobim no Inq 687 QO, em 12.05.1999

Em sucinto voto, o Ministro Nelson Jobim apenas acompanhou integralmente o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, e portanto, não só pelo cancelamento da Súmula 394 mas também pela edição de novo verbete (p. 75 de 104).

7.4.1.5
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Carlos Velloso no Inq 687 QO, em 25.08.1999

O Ministro Carlos Velloso acompanhou o voto do Ministro Sydney Sanches (Relator) tão somente pelo cancelamento da Súmula, mas não com a edição de novo verbete, pois entendeu o foro por prerrogativa como um privilégio do ocupante, e não como uma proteção ao cargo, pelo que mantê-lo haveria infringência

do princípio da igualdade. E que sua origem remontaria ao fato de o Brasil ter tido um período imperial, diferentemente da experiência dos americanos, que sempre foram república (p. 78 de 104). E finalizou, aduzindo ser necessário realizar uma interpretação restritiva das hipóteses de foro por prerrogativa, por ser apenas um privilégio, sem possibilidade de ampliação, e que quando essa ampliação existia, eram ainda poucos os casos que chegavam no Tribunal 1997 (p. 79 de 104).

7.4.1.6
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Maurício Corrêa no Inq 687 QO, em 25.08.1999

O Ministro Maurício Corrêa acompanhou o voto do Ministro Sydney Sanches (Relator) tão somente pelo cancelamento da súmula, mas não com a edição de novo verbete (p. 81 de 104).

7.4.1.7
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Marco Aurélio no Inq 687 QO, em 25.08.1999

O Ministro Marco Aurélio também votou acompanhando o relator, pelo cancelamento da Súmula 394 do STF, por interpretar que o foro por prerrogativa visa proteger o cargo, a função desempenhada, e não a pessoa do ex-parlamentar, pelo que deveria ser privilegiado apenas o interesse público, e não o particular (p. 82 de 104).

7.4.1.8
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Octávio Gallotti no Inq 687 QO, em 25.08.1999

O Ministro Octávio Gallotti também votou, sucintamente, acompanhando o relator, e tão somente pelo cancelamento da Súmula 394 do STF (p. 88 de 104).

7.4.1.9
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Néri da Silveira no Inq 687 QO, em 25.08.1999

O Ministro Néri da Silveira preocupou-se quanto ao cancelamento da Súmula 394, por equivaler a dizer que os processos até então julgados pelo STF, e a

partir da vigência da atual Constituição de 88, seriam nulos, já que o Tribunal nunca teria sido o competente para julgá-los quando cessado o respectivo mandato. E chegou a reconhecer que a Corte, na ocasião, estava realizando de fato uma mudança na leitura da Constituição, sem alterar sua redação, mesmo após vigente havia dez anos, e ainda haveriam outras consequências para as demais instâncias do Poder Judiciário, que também tem foro por prerrogativa em tribunais locais, os quais seriam atingidos pelo novo entendimento (p. 90 de 104).

E por fim, votou acompanhando o voto do Ministro Sydney Sanches (Relator) (p. 101 de 104), mas também pela edição de nova súmula, como proposto pelo Ministro Sepúlveda Pertence (p. 102 de 104).

7.4.1.10
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Celso de Mello (Presidente) no Inq 687 QO, em 25.08.1999

Não consta voto escrito do Ministro Celso de Mello (Presidente), pois ausente, justificadamente, na sessão do dia 12.05.1999. E mesmo presente na sessão do dia 25.08.1999, não há registro de sua manifestação escrita nesta data, embora no extrato da ata conste apenas que todos votaram à unanimidade no sentido do voto do ministro relator (p. 103 de 104).

7.4.1.11
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a primeira mutação constitucional pelo Ministro Ilmar Galvão no Inq 687 QO, em 25.08.1999

Também não consta voto escrito do Ministro Ilmar Galvão, embora no extrato da ata mencione todos terem votado à unanimidade com o relator, salvo quanto a edição de nova súmula, pois vencidos o Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Nelson Jobim, o Ministro Ilmar Galvão e o Ministro Néri da Silveira (p. 103 de 104).

Encerrados aqui os critérios adotados pelos ministros para a primeira mutação constitucional judicial do Estudo de Caso n. 04. Partindo agora para a segunda mutação constitucional identificada.

7.4.2
Os critérios da segunda mutação do STF para o Estudo de Caso n. 04: AP 937 QO, julgada em 03.05.2018

Da primeira para a segunda mutação constitucional judicial a respeito do Estudo de Caso n. 04, e em razão de ambas se referirem ao mesmo dispositivo da constituição, dos onze ministros que compunham o Tribunal, presentes nos dois momentos interpretativos, apenas dois membros, o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello, cujos votos, merecem, portanto, maior atenção para identificação de possíveis mudanças de entendimentos.

A seguir, a síntese dos critérios adotados pelos ministros do STF a respeito da segunda mutação constitucional judicial identificada no Estudo de Caso n. 04, e contidos no arquivo digital do inteiro teor do acórdão de 429 páginas no total.

7.4.2.1
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Roberto Barroso (Relator) na AP 937 QO, em 31.05.2017

O Ministro Roberto Barroso (Relator) iniciou afirmando haver "gente demais" com foro por prerrogativa de função no Brasil, cerca de 37 mil autoridades, das quais só no STF seriam mais de 800 agentes (ps. 6, 27 de 429), e que nenhum país no mundo teria um modelo equiparável e que em países desenvolvidos, como Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Canadá, sequer se adotava algo parecido. Apenas na França e em Portugal se preveem o foro, mas o limitam a poucas autoridades (ps. 7, 28 de 429).

Justificou a alteração que propôs, de restringir o foro por prerrogativa no Brasil quanto a "crimes praticados no cargo e em razão do cargo", e desde que essas autoridades tenham sido diretamente mencionadas no texto constitucional, pois o STF não seria vocacionado, e nem teria estrutura, para julgar tantas autoridades públicas assim. E que apenas na **AP 470**, o Tribunal teria consumido 69 sessões de seu órgão plenário, deixando de deliberar sobre outros graves assuntos de sua competência (ps. 8, 29 de 429).

E também fundamentou a mudança nas muitas declarações de prescrição criminais (ps. 10, 32 de 429).

Mencionou haver tratados internacionais que garantem o duplo grau de jurisdição, os quais não estariam sendo atendidos pela jurisdição do STF, como instância única (ps. 10 de 429).

Afirmou ainda que esta questão de ordem seria "como uma mutação constitucional em sentido técnico", que é quando o Tribunal, embora não considere errado o entendimento anterior, adota sentido interpretativo diverso, baseado na mudança da "realidade fática", ou na mudança da "percepção social do Direito" ou também "porque as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial revelaram-se negativas" (p. 12 de 429). E como mudança da realidade fática a justificar, indicou que o legislador constituinte em 1988 jamais imaginou serem mais de quinhentos processos criminais em trâmite no STF (ps. 12, 30 de 429).

Também fundamentou a mudança nos resultados negativos do exercício dessa jurisdição penal originária, que fomentaria a "impunidade e o desprestígio" do Tribunal. E propôs que a competência do STF fosse limitada às condutas criminosas praticadas pelo agente público durante o exercício do cargo expressamente mencionado no art. 102 da CR/88, e também em razão do exercício desse cargo (p. 12 de 429).

Citou pesquisa da Fundação Getúlio Vargas sobre a ineficiência da jurisdição criminal do STF, pela qual, se acatada a restrição do foro, menos de 10% dos processos permaneceriam no Tribunal (ps. 15, 34 de 429). E registrou também haver precedentes no sentido do que propõe, a **ADI 2.587**, julgada em 01.12.2004, na qual se declarou a inconstitucionalidade da "Constituição estadual que reconheça foro por prerrogativa a Delegado de Polícia" (p. 15 de 429), como também no julgamento havido no dia 25.08.1999 da questão de ordem do inquérito policial **Inq 687 QO**, quando foi cancelada a Súmula 394 do STF (p. 14, 37 de 429).

Justificou a alteração na promulgação da EC n. 35, de 20.12.2001, que alterou o processamento de parlamentar federal, dispensando a prévia autorização da respectiva casa legislativa, para fins de instauração do processo no âmbito do STF, embora preveja hipótese de suspensão do processo (ps. 16, 39 de 429).

Fundamentou sua proposta de interpretação restritiva do foro por prerrogativa tanto na doutrina de Karl Larenz, pela possibilidade de uma 'redução teleológica', quanto na doutrina Riccardo Guastini, por uma interpretação de 'dissocia-

ção'(p. 41 de 429)[280]. Pois a partir de ambas as teorias, seria possível buscar proteger o sentido original e a essencial da norma, mas restringindo seu campo de aplicação a "uma ou algumas das situações de fato" nela previstas. E que poderia completar a lacuna ou omissão com a adoção de um certo sentido interpretativo, visando adequar seu melhor sentido teleológico (p. 42 de 429).

Já em adendo a seu voto, e após os votos do Ministro Alexandre de Moraes, do Ministro Marco Aurélio, da Ministra Rosa Weber e da Ministra Cármen Lúcia (Presidente), reiterou que os acusados tentavam a todo custo manter seus processos no Tribunal, pois segundo estudos da Fundação Getúlio Vargas, de cada três ações penais privativas, duas tinham suas competências alteradas no curso do feito para outras instâncias, ou eram atingidas pela prescrição, o que gerava impunidade das acusações (p. 42 de 429).

E em mais um adendo, após outro do Ministro Alexandre de Moraes e à pedido de esclarecimento do Ministro Dias Toffoli, esclareceu que sua proposta de mutação constitucional na interpretação restritiva do foro por prerrogativa de função teria como foco exclusivo tão somente os parlamentares federais, detentores de foro no STF (ps. 154, 255 de 429). E por fim, após nova provocação do Ministro Dias Toffoli, quanto a outras hipóteses de aplicação da questão de ordem proposta, foi categórico em afirmar que trouxe apenas a solução de um caso concreto, e "Eu não fiz uma teoria geral do foro privilegiado" (p. 228 de 429).

7.4.2.2
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Alexandre de Moraes na AP 937 QO, em 23.11.2017

O Ministro Alexandre de Moraes afirmou inicialmente haver disfuncionalidade no sistema ao admitir tantos foros por prerrogativa de função (p. 62 de 429), e aduziu não haver pesquisas científicas que eventualmente tenham comparado o "grau de efetividade de ações penais contra altas autoridades da República, antes e depois do aumento das hipóteses de "foro privilegiado", nem pesquisas similares

[280] O Ministro Roberto Barroso (Relator) citou expressamente em seu voto a obra de Karl Larenz, "Metodologia da ciência do direito", e a obra de Riccardo Guastini, "*Estudios sobre la interpretación jurídica*", traduzido por Marina Gascón.

comparando a efetividade da jurisdição do STF em matéria penal com a justiça de primeiro grau (p. 63 de 429).

Entendeu que a impunidade dos detentores de foro por prerrogativa não se deve à ineficiência do STF, como não ocorreu com o julgamento do "Mensalão" (p. 65 de 429). E citou a EC n. 35/2001, que alterou o processamento dos parlamentares federais quando da prática de crimes comuns (p. 70 de 429), chamando atenção para eventuais incongruências do resultado final, caso a solução sugerida pelo relator fosse a adotada: como na hipótese de o parlamentar já se encontrar diplomado, e cometesse um crime, mas sem nexo com a atividade desempenhada.

Arguiu, como consequência da decisão a ser tomada, como ficariam os foros privilegiados nos Estados e no Distrito Federal, ante a possibilidade de se ampliar ilimitadamente as hipóteses do art. 125, §1º, da CF/1988. E ainda outras hipóteses: como a questão dos investigados e acusados que cometessem crimes conexos ou continentes com os que forem mantidos no STF; os fatos praticados por parlamentares em mandato anterior ao vigente; a impossibilidade de magistrados das instâncias inferiores declararem a perda de cargos de magistrados das instâncias superiores; e a eventual modulação dos efeitos das delações e diligências então em curso nos processos ainda da competência do Tribunal (ps. 72-74 de 429).

As incongruências apontadas também estão em adendo ao voto do Ministro Alexandre de Moraes a partir da página 133 das 429 que integram o inteiro teor do acórdão da **AP 937 QO**, no qual acrescenta "alerta a sociedade", de que não se deveria nem comparar o exercício da jurisdição do STF com a da Justiça Criminal de 1ª instância em Curitiba, nem esperar a prisão imediata de parlamentares por aquela instância, ante a imunidade que ainda existiria. E registrou preocupação quanto ao comportamento do Tribunal nessas interpretações restritivas, por limitarem as opções políticas do legislador (p. 74 de 429).

Afirmou que a pesquisa da FGV, citada pelo relator, seria "comprovadamente errônea", por confundir pedidos de arquivamento contra parlamentares, em razão da falta de "prévias licenças das casas parlamentares", com prescrições e outros temas (p. 134 de 429). E também questionou a opção do Tribunal, por ser 'inapropriado' mudar a jurisprudência a respeito do foro por prerrogativa de função em 'questão de ordem', quando o correto seria ou em recurso extraordinário,

sob repercussão geral antes reconhecida, ou em súmula vinculante, ou em controle concentrado de constitucionalidade (p. 141 de 429).

E ainda quanto a preocupação de o Tribunal estar legislando e desconsiderando as opções políticas do parlamento (p. 149 de 429), votou pela interpretação que restringe o foro por prerrogativa, mas mantendo as competências estabelecidas no texto constitucional, por eventual crime cometido a partir da diplomação, e que a partir da data da intimação das partes para alegações finais essa competência não deveria mais sofrer alteração no curso de eventual lide (p. 151 de 429), hipóteses essas não contempladas pelo Ministro Roberto Barroso (Relator).

E já nos debates, propôs como resultado final do julgamento, que fosse cancelada a Súmula 704 do STF, para também restringir o foro em favor de conexão ou continência (p. 168 de 429).

7.4.2.3
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Marco Aurélio na AP 937 QO, em 01.06.2017

O Ministro Marco Aurélio citou a decisão tomada em 25.08.1999, quanto a questão de ordem do inquérito policial **Inq 687 QO**, quando foi cancelada a Súmula 394 do STF, deixando o Tribunal de julgar ex-parlamentares, posto não mais serem membros do Congresso Nacional, e afastou o argumento de que à época o Tribunal reescrevera a Constituição, pois tão somente afastou a interpretação que pudesse conferir foro privilegiado a ex-parlamentar (p. 89 de 429).

Estranhou ainda o fato de o parlamento brasileiro ter aprovado a Lei n. 10.628, de 24.12.2002, que alterou a redação do art. 84 do CPP, para lá incluir o §1º, visando restabelecer a competência do STF, mesmo após o fim do mandato do parlamentar, e mesmo após o Tribunal ter cancelado a mencionada Súmula 394 do STF (p. 81 de 429).

E por fim, criticou a busca do Tribunal, em mais uma vez, de alterar sua competência, pois estaria criando um "verdadeiro elevador processual" em favor dos acusados, ante a possibilidade da assunção ou eleição em diferentes cargos, que levariam os processos a várias instâncias, superiores ou inferiores, trazendo impunidade (p. 93 de 429).

7.4.2.4
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pela Ministra Rosa Weber na AP 937 QO, em 01.06.2017

A Ministra Rosa Weber registrou preocupação com a quantidade excessiva de pessoas com foro por prerrogativa no STF, mais de 800 delas. E assim como o relator, também entendeu tratar-se o caso de verdadeira mutação constitucional, tanto "pela mudança da realidade fática", quanto pela mudança na percepção do direito, como também "pelas consequências práticas" e negativas do entendimento então dominante, que geraria impunidade e desprestígio ao Judiciário (p. 95 de 429).

7.4.2.5
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pela Ministra Cármen Lúcia (Presidente) na AP 937 QO, em 01.06.2017

No sentido da conclusão a que chegou o Ministro Roberto Barroso (Relator) e a Ministra Rosa Weber, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente) também entendeu tratar-se de hipótese de mutação constitucional, pois o foro por prerrogativa de função não pode trazer privilégios a seus ocupantes, necessitando de um limite "durante o exercício do cargo relacionados às funções desempenhadas" (p. 97 de 429). E igualmente citou o cancelamento da Súmula 394 do STF, quando do julgamento da questão de ordem no **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, e por sua vez, o movimento legislativo de tentar restabelecer suas disposições pelo §1º do art. 84 do CPP, o que acabou gerando o julgamento da **ADI 2.797**, em 19.12.2006, que manteve o entendimento de 1999 (p. 109 de 429).

Aderiu ainda a conclusão da interpretação mais restritiva do Ministro Roberto Barroso (Relator), para que, a partir de então, o foro por prerrogativa de função só prevalecesse se o crime fosse praticado no exercício do cargo e em razão deste (p. 115 de 429). E optou pelo método da interpretação sistemática, visando compatibilizar a garantia constitucional da igualdade em favor dos acusados em geral, e a relevância do cargo ocupado pelos agentes públicos (p. 118 de 429).

E por fim, em aparte após o voto do Ministro Celso de Mello, registrou que o STF estaria demonstrando confiança na magistratura de primeiro grau ao submeter seus membros a tal instância, na hipótese do cometimento de algum crime comum (p. 249 de 429).

7.4.2.6
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Edson Fachin na AP 937 QO, em 23.11.2017

O Ministro Edson Fachin iniciou afirmando que já teria havido uma verdadeira mutação constitucional quando do julgamento da questão de ordem do inquérito policial **Inq 687 QO** em 25.08.1999, pois o Tribunal fizera leitura diversa do que dispõe a constituição, a interpretando no sentido de não prevalecer o foro quando não mais subsistisse o cargo (p. 178 de 429).

Citou também não só o tratado internacional, "Pacto de São José da Costa Rica", art. 8º, item h, pelo qual se garante o direito de recorrer aos condenados em geral, o qual não ficaria contemplado com o exercício da jurisdição em única instância (p. 180 de 429), como também citou parecer do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, pelo qual se extrairia o Artigo 14, parágrafo 5, quanto a impossibilidade de não se prever recursos em favor de condenado por instância única (p. 183 de 429).

Votou no sentido de que a prerrogativa de ser julgado no STF se limitasse a atos praticados por parlamentares federais durante o exercício do mandato, pois a proteção é do mandato, e não da pessoa (p. 197 de 429). E por fim, acompanhando o relator, votou para que caso houvesse alteração na condição do titular do cargo privilegiado no STF, que não mais se alterasse a competência quando intimadas as partes para alegações finais (p. 200 de 429).

7.4.2.7
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Luiz Fux na AP 937 QO, em 23.11.2017

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, igualmente afirmando tratar-se o caso de uma hipótese de mutação constitucional, semelhante ao julgamento havido quanto a união estável homoafetiva[281](ps. 201, 205 de 429), acompanhou o relator em todas as suas conclusões (p. 201 de 429).

[281] O Ministro Luiz Fux se refere ao julgamento da **ADI 4.277**, de 05.05.2011, aqui estudado no *Capítulo 6*, intitulado: "Estudo de Caso n. 03 - Reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar - 01 mutação constitucional judicial associada".

Citou os autores Paul Laband, George Jellinek e Hsü Dau-Lin, como precursores da compreensão da mutação constitucional em geral (p. 204 de 429), e igualmente como os demais ministros, justificou a mudança de entendimento na necessidade de atender o clamor social no combate à impunidade (p. 209 de 429). E por fim, afirmou que o STF não teria estrutura para julgar tantas autoridades com foro por prerrogativa em tribunais, assim como ocorreu com o julgamento da **AP 470** (p. 210 de 429).

7.4.2.8
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Celso de Mello na AP 937 QO, em 23.11.2017

O Ministro Celso de Mello informou haver poucos países que ainda adotam a prerrogativa de foro, como a Argentina, Bolívia, Colômbia, Espanha, Estados Unidos, França, Itália e Portugal (p. 234 de 429), e registrou esperar do Congresso Nacional que extinga todos os foros por prerrogativa, mantendo apenas o do Presidente da República, do Presidente do Senado, da Câmara dos Deputados e do STF. E enquanto isso não ocorre, acompanha integralmente a proposta do relator, a fundamentando no princípio da igualdade de todos perante a lei. E justificou também na possibilidade de o Tribunal poder alterar a interpretação da Constituição ao garantir efetividade a 'força normativa da Constituição' (p. 235 de 429).

Citou o julgamento da **ADI 2.797** em 15.09.2005, como a correta medida de impedir o legislativo de tentar impor, por lei infraconstitucional, modelo de interpretação ao STF (p. 243 de 429) e votou com o relator, inclusive quanto à redação das teses já propostas. E por fim, concordou com o aparte da Ministra Cármen Lúcia, de que a interpretação a que chegou o Tribunal nessa mutação constitucional poderia sujeitar, eventualmente, algum dos ministros a julgamento, por crime comum, perante a magistratura de primeiro grau (p. 245 de 429).

7.4.2.9
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Dias Toffoli na AP 937 QO, em 02.05.2018

O Ministro Dias Toffoli informou haver proposta de emenda à constituição em trâmite na Câmara dos Deputados, já aprovada no Senado, a respeito do tema

do foro por prerrogativa de função[282] (p. 213 de 429). E provocou o Ministro Roberto Barroso (Relator) quanto a várias hipóteses de aplicação desta questão de ordem, e possivelmente não resolvidas com a solução proposta (p. 228 de 429).

E em voto vista escrito, consignou que, historicamente, o foro por prerrogativa no Brasil se justificaria para evitar a pressão das oligarquias sobre os juízes de primeiro grau (p. 261 de 429).

Citou o precedente firmado em 25.08.1999, **Inq 687 QO**, que havia revogado a Súmula 394 do STF (p. 264 de 429). Votou pela manutenção do foro no STF das mais altas autoridades da República, ante a escolha da própria Constituição, que visa garantir a independência do exercício desses cargos, como meio de evitar manipulações políticas e subversão da hierarquia (p. 266 de 429).

Entendeu não ser adequada a alegação de impunidade como fundamento a justificar a mudança do foro por prerrogativa, pois da vigência da Constituição até a EC n. 35/2001, era o parlamento que não autorizava o processamento criminal de seus membros, e que a partir de 2002 até o ano de 2018 já haviam 661 ações penais em trâmite no STF (p. 268 de 429).

Citou uma sucessão de leis processuais que contribuíram para a melhor apuração de crimes sobre organizações criminosas e combate à corrupção[283], afora a maior independência funcional dos magistrados, membros do Ministério Público e fortalecimento institucional da Polícia Federal (p. 270 de 429).

Não admitiu a restrição do foro dos parlamentares federais no STF, pois a leitura que faz da Constituição é que ela assim não restringiu, simplesmente mandou que fosse lá julgados os deputados federais e os senadores desde a diplomação. Entendeu que o termo inicial da competência do STF para julgar os membros do Congresso Nacional se dá a partir da diplomação, não podendo assim alterar para o momento da prática do crime. E que ao assim fazer estaria subtraindo sua

---

[282] O Ministro Dias Toffoli refere-se a PEC 333/2017, e sobre essa proposta ver, neste Capítulo, tópico "7.5.2 - As mudanças políticas a partir do Estudo de Caso n. 04".

[283] O Ministro Dias Toffoli se refere à Lei Federal 12.850/2013, que aprimorou as investigações policiais, e instituiu a "colaboração premiada", além da Lei Federal n. 12.846/2013, que admite acordos de leniência.

própria competência para julgar os parlamentares federais, algo não autorizado pela Constituição (p. 273 de 429).

No entanto, apesar do entendimento pessoal, aderiu ao voto de consenso do Ministro Alexandre de Moraes, de que os processos criminais só deveriam permanecer na competência do Tribunal se os eventuais crimes comuns praticados por parlamentares federais o fossem a partir da diplomação, independentemente de estarem relacionados ao exercício do cargo (p. 279 de 429).

E no sentido do já registrado pelo Ministro Alexandre de Moraes, que admitia a restrição como proposta pelo Ministro Roberto Barroso (Relator), haveria casuísmo interpretativo em se analisar "caso a caso", e só remeter às instâncias inferiores os processos crimes que não entendesse competente 2018 (p. 280 de 429).

Apresentou hipóteses não previstas na solução jurídica adotada pelo Tribunal, como crimes praticados por deputado federal que atualmente já não mais o sejam, mas que se torna senador (p. 298 de 429). Apontou eventual incongruência do juiz de primeiro grau em ter que afastar do cargo magistrado de instância superior (p. 299 de 429). E sugeriu que a nova sistemática do foro por prerrogativa proposta pelo Ministro Roberto Barroso (Relator) fosse aplicada a todos os agentes públicos, com vistas a evitar múltiplas interpretações divergentes a respeito do tema pelos milhares de juízes de direito, federais e eleitorais com jurisdição penal no país (p. 300 de 429), sob pena de grave insegurança jurídica.

E por fim propôs as seguintes teses (p. 301 de 429):

> i) fixar a competência do STF para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão;
>
> ii) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais agentes públicos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão;
>
> iii) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem;

iv) reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria. Nesses casos – que englobam 16.559 autoridades estaduais, distritais e municipais -, os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem; e

v) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal.

E após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, e debate a respeito da extensão do julgado a outras autoridades públicas, não só parlamentares federais, como defendida pelo Ministro Roberto Barroso (Relator), o Ministro Dias Toffoli propôs alteração da conclusão de seu voto para fazer consignar que votava agora por manter as competências jurisdicionais previstas na Constituição Federal, não só em favor de parlamentares federais, mas também em favor das demais autoridades, por prática de crime a partir da diplomação ou posse, conforme o caso, "independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão" (p. 355 de 429).

Propôs por fim fossem declaradas inconstitucionais normas das constituições dos Estados e da Lei Orgânica do Distrito Federal que estendam o foro em favor de outras autoridades públicas não expressamente previstas na Constituição Federal, vedada a utilização do instituto da simetria. E por fim, eventual renúncia ou cassação de mandato do detentor do foro seria ineficaz a partir da intimação para alegações finais" (p. 356 de 429). E registrou que sua nova proposta visava atingir mais de dezesseis mil cargos com foro por prerrogativa.

7.4.2.10
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Ricardo Lewandowski na AP 937 QO, em 02.05.2018

O Ministro Ricardo Lewandowski externou preocupação, seguindo o Ministro Alexandre de Moraes, de que não deveria a mudança da interpretação do foro

por prerrogativa de função ser resolvida em questão de ordem, mas sim em recurso extraordinário, sob repercussão geral antes conhecida, ou em súmula vinculante, ou ainda em controle concentrado de constitucionalidade, pois seriam meios mais aptos ao efeito vinculante (p. 321 de 429). Pois não ser o caso de se alterar a longa tradição do Tribunal em processar as altas autoridades mencionadas expressamente na Constituição, por ser uma clara opção política do constituinte (p. 326 de 429).

Concordou mais uma vez com o Ministro Alexandre de Moraes, de inexistir estudos empíricos sobre a suposta ineficiência do STF em julgar ações penais, quando comparados com a primeira instância (p. 328 de 429). Afastou a alegação de impunidade no âmbito do STF, quanto aos detentores do foro por prerrogativa, pois o processamento se reveste de matriz constitucional (p. 329 de 429). E mencionou o julgamento da questão de ordem no **Inq 687 QO**, que havia revogado a Súmula 394 do STF, decisão a partir do qual o Tribunal só deixava de ser competente, caso o parlamentar não mais exercesse o cargo (p. 333 de 429).

Citou também a **AP 396**, julgada em 28.10.2010, na qual o Tribunal afastou a renúncia de mandato de parlamentar no exercício do cargo, que visava deslocar a competência do STF, mesmo após o feito ser incluído em pauta de julgamento (p. 334 de 429).

Votou pelo não acatamento da interpretação restritiva de excluir do STF a competência para continuar julgando ex-parlamentares, quando o feito já estivesse sob a jurisdição do Tribunal, embora entendesse sequer ser o caso de admiti-la para definir as teses propostas pelo relator (p. 337 de 429).

E em adendo, registrou preocupação em se alterar as regras constitucionais sobre competências de julgamentos das altas autoridades públicas, pois mexer numa peça desequilibraria todo um sistema (p. 340 de 429). E por fim, em adendo a seu voto, não aceitou a possibilidade de se fazer mutação constitucional no tema baseado em pesquisa da FGV sobre suposta ineficiência do STF em julgar certas autoridades públicas (p. 349 de 429).

7.4.2.11
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a segunda mutação constitucional pelo Ministro Gilmar Mendes na AP 937 QO, em 03.05.2018

O Ministro Gilmar Mendes, em aparte aos debates, e após pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, preocupou-se com a imagem do STF, após a pesquisa divulgada pela FGV, de que o Supremo seria um tribunal da impunidade (p. 77 de 429). E logo após o voto do Ministro Celso de Mello, demonstrou também preocupação de que a partir do resultado final do julgamento da **AP 937 QO**, algum juiz poderia inventar alguma coisa e mandar prender "um dos comandantes militares" "lá no Forte Apache" "pela Lei Maria da Penha (p. 246 de 429).

Também após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que se a decisão do Tribunal for ampla na alteração do foro por prerrogativa não só os ministros do STF, como os ministros do STJ e até mesmo os comandantes militares poderiam receber intimações de um juiz lá de Cabrobó - PE, afirmando que "isso vai dar muito errado" (p. 340 de 429).

E mais a frente, voltou a mencionar, em caso hipotético, que um comandante militar poderia ser processado na primeira instância por crime ambiental por ter feito uma fogueira no seu quintal, algo que entendeu inadmissível, já que obviamente "isso dá um poder imenso para essa gente toda, claro!" (p. 344 de 429).

Sugeriu ainda, em aparte após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que poderia nas instâncias inferiores haver combinações de 'esconder' julgados contra certas autoridades, como teria ocorrido na Justiça Federal do Rio de Janeiro, sobre o auxílio moradia em favor de juízes federais, pois não teria sido recorrido de propósito para evitar que o processo chegasse ao STF (p. 346 de 429).

Já em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a preocupação da Constituição em estabelecer o foro por prerrogativa dos parlamentares federais no âmbito do STF se deu em razão do período político anterior, não democrático. E após a EC n. 35/2001, em autocrítica do Congresso Nacional, e também após o próprio Tribunal ter cancelado sua Súmula 394, chegou o momento de se alterar o entendimento a respeito do foro por prerrogativa de função (p. 361 de 429).

Registrou haver em trâmite no Congresso Nacional proposta de emenda à constituição para alterar o foro por prerrogativa de função (p. 362 de 429). E sem apresentar números e nem dados de pesquisa científica, demonstrou um cenário de caos da jurisdição criminal do primeiro grau, baseado tão somente em visitas que fez aos Estados do Piauí e de Alagoas (ps. 362-363 de 429). E criticou ainda as acusações de ineficiência vindas da "Terceira Turma" do Tribunal "lá da Globo *News*", em especial de que o problema da justiça criminal no Brasil seria o foro privilegiado no STF (p. 364 de 429).

Afirmou que a justiça de primeiro grau, em especial, a estadual, seria "um macrocéfalo com perna de pau", por ser só dotada de servidores sem especializações (p. 365 de 429). Apontou a falta de juízes e promotores no primeiro grau, além da ausência de informações estatísticas sobre sua justiça. E que apenas acabando as férias de dois meses dos juízes já se ganharia 10% da força de trabalho (p. 366 de 429).

Entendeu ainda que a limitação do foro por prerrogativa seria incompatível com a Constituição, por não trazer a "almejada perspectiva de uma melhora na persecução penal". Citou o julgamento da **ADI 2.587**, de 01.12.2004, um dos precedentes da terceira mutação constitucional identificada neste Estudo de Caso n. 04, que afastou o foro por prerrogativa de delegados de polícia estabelecidos em constituição estadual (p. 369 de 429).

Afirmou também competir ao Poder Legislativo refletir sobre as más escolhas do constituinte originário (p. 370 de 429). E lembrou que antes da Constituição de 88, vigia não só a Súmula 394 do STF, quanto a Súmula 451 do STF, a partir das quais se interpretava competir ao Tribunal julgar apenas as autoridades que cometessem delitos no exercício do cargo ou da função. Já fatos anteriores ficavam a cargo das instâncias inferiores. E a competência não se alterava em razão de o inquérito policial ou a ação penal ser iniciada após o fim dos respectivos cargos ou mandatos. E ainda não se admitia o foro no Tribunal caso o crime fosse praticado após o fim do cargo ou do mandato (p. 372 de 429).

No entanto, após o julgamento da questão de ordem no **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, primeira mutação constitucional identificada neste Estudo de Caso n. 04, o Tribunal passou a entender não mais ser o competente, caso houvesse o tér-

mino do mandato, ainda que o crime tivesse sido praticado em seu curso. Na ocasião, lembrou que ficaram vencidos o Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Nelson Jobim, o Ministro Ilmar Galvão e o Ministro Néri da Silveira, que entendiam em manter a competência do STF, caso o delito tivesse sido praticado em razão do cargo (p. 373 de 429).

Lembrou que o Ministro Roberto Barroso (Relator) utilizara em sua fundamentação da técnica de hermenêutica defendida por Larenz, 'redução teleológica', e da proposta de Guastini, redução do campo de aplicação da norma a poucas situações previstas em interpretação literal, tudo com vistas a restringir seu campo de aplicação (p. 374 de 429). E a partir dessas análises, entendeu que o Ministro Roberto Barroso (Relator) fundamentara a nova leitura do foro por prerrogativa a partir de uma "lacuna oculta" do texto constitucional. No entanto, criticou essa opção por esbarrar aparentemente em um suposto tratamento isonômico para os acusados em geral, algo não contemplado nas constituições desde 1964 (p. 375 de 429).

Portanto, não entendeu houvesse no texto constitucional qualquer lacuna oculta quanto ao foro por prerrogativa a ser corrigida por meio de interpretação judicial, e que admiti-la seria apenas em hipótese de mutação constitucional, mas para isso seria necessária a demonstração de "uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma", ou na "força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade". E que na hipótese, como única mudança jurídica percebida seria a EC n. 35/2001, que dispensou a autorização para processamento de parlamentares. Assim, entendeu não ser o caso de mutação constitucional a mudança do entendimento a respeito do foro por prerrogativa, por lhe faltar uma mudança fática posterior ao anterior entendimento (p. 377 de 429).

Fundamentou ainda a manutenção do foro no STF como meio de equilibrar as forças políticas, sobretudo quando "forças políticas ganham interesse direto em ações judiciais". Advertiu que a Corte, em quatro outros julgados, havia se utilizado de "voluntarismo" quando julgou a **ADI 4.357** e a **ADI 4.425** sobre os precatórios, e quando julgou a **ADI 4.650**, sobre o financiamento empresarial de campanha das Eleições 2016, e quando homologou a "delação premiada dos irmãos Batista" no **PET 7.003** (p. 392 de 429). Inclusive, classificou esse movimento do Tribunal de um "avanço ativista do STF" (p. 396 de 429).

Apresentou ainda vários questionamentos de aplicação prática, caso se operasse a mudança de entendimento a respeito do foro por prerrogativa em relação aos membros do Congresso Nacional, dentre os quais: a partir de qual momento se consideraria, para efeito de definição de competência, bem como o que fazer com as medidas processuais necessárias à investigação criminal, que não estivessem no mesmo juízo da competência para julgar aquelas autoridades (p. 397 de 429).

Também via dificuldade de conciliar a restrição do foro, a outras previsões de foros especiais, como as das constituições dos estados e as dos magistrados e membros do Ministério Público, pois todas também deveriam sofrer as mesmas limitações. Inclusive, ao final, propôs exatamente essa solução, de declarar inconstitucionais normas dessas categorias (ps. 401-402 de 429).

Por fim, acompanhou em parte o voto do Min. Roberto Barroso (Relator) para definir o momento a partir do qual não mais se alteraria o foro por prerrogativa em relação aos parlamentares, quando da intimação do Ministério Público para fins de alegações finais (p. 401 de 429). Por outro lado, acompanhou o voto do Ministro Alexandre de Moraes para que a prerrogativa de foro alcançasse "todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício".

Encerrados aqui então os critérios adotados pelos ministros na segunda mutação constitucional do Estudo de Caso n. 04, partindo agora para a terceira e última mutação constitucional nele identificada.

7.4.3
Os critérios da terceira mutação do STF para o Estudo de Caso n. 04: **ADI 6.515**, julgada em 23.08.2021

E como acima esclarecido, no julgamento desta **ADI 6.515**, de 23.08.2021, apesar de ter sido unânime a votação, só constam no arquivo digital do inteiro teor do acórdão os votos escritos do Ministro Roberto Barroso (Relator), do Ministro Edson Fachin e do Ministro Alexandre de Morais.

A seguir, a síntese dos critérios adotados pelos ministros do STF, em votação unânime, e que registram votos escritos, a respeito da terceira mutação constitucional judicial identificada no Estudo de Caso n. 04, e contidos no arquivo digital do inteiro teor do acórdão de 32 páginas no total:

7.4.3.1
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a terceira mutação constitucional pelo Ministro Roberto Barroso (Relator) na ADI 6.515, julgada em 23.08.2021

O Ministro Roberto Barroso (Relator) votou pela declaração de inconstitucionalidade de normas das constituições dos Estados que estendem o foro por prerrogativa de função em favor de autoridades públicas não contempladas, por simetria, na Constituição. Citou como precedente a influenciar esse novo entendimento, o julgado na **AP 937 QO** de 03.05.2018, quando passou o Tribunal a restringir o foro por prerrogativa de parlamentares federais tão somente nas hipóteses de "crimes praticados no cargo e em razão do cargo" (p. 8 de 32).

Demonstrou a evolução da jurisprudência da Corte a respeito do tema, pois quando julgada a medida cautelar na **ADI 541**, em 25.10.1991, bem como seu respectivo mérito em 10.05.2007, não interpretava o Tribunal qualquer inconstitucionalidade na Constituição do Estado da Paraíba que estendia o foro por prerrogativa em favor de seus Procuradores do Estado. No entanto, esse entendimento não se manteve em 20.02.2002, quando julgou a medida cautelar na **ADI 2.553**, e posteriormente seu mérito em 15.05.2019, quanto à mesma categoria profissional, mas desta vez na Constituição do Estado do Maranhão. E de igual modo, quando na **ADI 2.587**, não só o pedido cautelar em 15.05.2002 quanto seu mérito em 01.12.2004, quando foram declaradas inconstitucionais normas da Constituição do Estado de Goiás que estendia o foro por prerrogativa em favor de delegados de Polícia Civil, porém no mesmo julgado manteve em favor dos Procuradores daquele Estado.

Afirmou, no entanto, que desde o julgamento do mérito da **ADI 2.553**, em 15.05.2019, que o Tribunal vem mantendo coerência interpretativa para restringir hipóteses de extensão do foro por prerrogativa não contempladas, por simetria, na CR, inclusive quanto aos Procuradores do Estado (p. 9 de 32). E dentre os julgados posteriores a **ADI 2.553**, nos quais já se aplicou a restrição acima, citou a **ADI 3.294**, relativo a Constituição do Estado do Pará, julgada em 22.03.2021, quanto ao foro em tribunal local do "delegado-geral de polícia civil"; a **ADI 5.591**, julgada em 22.03.2021, sobre a Constituição do Estado de São Paulo, também sobre a categoria profissional "delegado-geral de polícia civil"; a **ADI 6.514**, julgada em 29.03.2021, e referente a Constituição do Estado do Ceará, quanto aos "membros

da Defensoria Pública" e **ADI 6.518**, julgada em 22.03.2021, do Estado do Acre, também quanto aos "Defensores Públicos (p. 12 de 32).

E em razão desses precedentes, entendeu não ser possível estender o foro por prerrogativa de função em favor dos membros da "Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública" do Estado do Amazonas, de que trata a **ADI 6.515**, julgada em 23.08.2021, por não haver qualquer simetria com cargos assemelhados na Constituição Federal (p. 18 de 32).

E embora a EC n. 80/2014, que inseriu o §4º ao art. 134 da CR/88, e assim tenha garantindo aos membros da Defensoria Pública não só o tratamento dispensado aos magistrados (art. 93 da CR/1998), como também "a iniciativa para propor ao respectivo Poder Legislativo alterações institucionais" (inciso II do art. 96 da CR/88), não vislumbrou tenha tal emenda estendido o foro por prerrogativa a tal categoria profissional, semelhante ao concedido em favor dos juízes e membros do Ministério Público. É que para o Ministro Roberto Barroso (Relator), o foro por prerrogativa em favor dos magistrados e membros do Ministério Público está previsto no inciso III do art. 96 da CR/88, não expressamente referido pela mencionada EC, e com isso teria havido um silêncio eloquente do legislador constituinte em relação a essa extensão de foro (p. 19 de 32).

7.4.3.2
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a terceira mutação constitucional pelo Ministro Edson Fachin na ADI 6.515, julgada em 23.08.2021

Iniciou votando com o relator, e reconhecendo, como precedente, um dos julgados citados pelo Ministro Roberto Barroso (Relator), a **ADI 5.591**, julgada em 22.03.2021, e com isso restringindo o foro por prerrogativa em tribunais dos Estados aos casos de simetria com a CR. E por fim, entendeu que a regra constitucional deveria ser de não haver qualquer foro por prerrogativa (p. 22 de 32).

7.4.3.3
Estudo de Caso n. 04 - Critérios adotados para a terceira mutação constitucional pelo Ministro Alexandre de Morais na ADI 6.515, julgada em 23.08.2021

Iniciou acompanhando o voto do relator, no entanto, afirmou não haver no texto constitucional, qualquer garantia de duplo grau de jurisdição quando do julgamento de crimes (p. 26 de 32).

Afirmou que a partir do princípio da igualdade do *caput* e do juiz natural dos incisos XXXVI e LIII do art. 5º, seria possível induzir haver uma esperada regra constitucional para julgamentos em duas instâncias, mas não que isso fosse uma obrigatoriedade, por haver exceções estabelecidas no próprio texto constitucional (p. 27 de 32).

Como exceções à regra do julgamento em duas instâncias, lembrou das competências originárias do STF previstas nas alíneas "b" e "c" do inciso I do art. 102 e do STJ na alínea "a" do inciso I do art. 105 da CR/88 (p. 28 de 32).

E por fim, citou o precedente indicado pelo relator, o julgamento da **ADI 2.553**, em 15.05.2019, a partir do qual passou o STF a exigir simetria entre a constituição do ente federado e a CR, para a hipótese de definição de foro por prerrogativa em tribunal local (p. 29 de 32).

7.5
As mudanças jurídicas e políticas a partir das três mutações constitucionais judiciais havidas no Estudo de Caso n. 04

Neste tópico foram analisadas as possíveis mudanças jurídicas e políticas a partir das três mutações constitucionais judiciais havidas no julgamento do Estudo de Caso n. 04. E como dito, a importância desta análise se dá por ser um relevante fator a considerar em eventual nova mutação constitucional, como descrito no *Capítulo 8*, uma proposta de sistematização para a mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF.

7.5.1
As mudanças jurídicas a partir do Estudo de Caso n. 04

Como mudanças jurídicas a partir da primeira mutação constitucional, julgamento da questão de ordem no **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, torna-se relevante registrar que o §1º do art. 84 do CPP, incluído pela Lei n. 10.628, de 24.12.2002,

a que se referiu o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente) e o Ministro Celso de Mello, teve sua existência cancelada pelo julgamento da **ADI 2.797** em 15.09.2005, e com efeitos a partir dessa data.

Entenderem tratar-se de "evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394", algo que não poderia assim dispor, pois pretendia o parlamento impor, por lei ordinária, "uma interpretação da Constituição", e com isso "que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador".

E por fim, ainda como mudanças jurídicas a partir da terceira mutação constitucional, julgamento da **ADI 6.515**, em 23.08.2021, constatou-se que o Tribunal vem declarando inconstitucionais a concessão de foros por prerrogativa de função em tribunais dos Estados e do DF para as carreiras da Procuradoria Geral do Estado e Defensoria Pública (**ADI 6.515**-AM, 23.08.2021); Defensor Público Geral e Chefe Geral da Polícia Civil (**ADI 6.502**-PE, 23.08.2021); Defensor Público-Geral do Estado, Delegado Geral da Polícia Civil e Procurador do Estado (**ADI 6.504**-PI, em 25.10.2021); membros da Procuradoria Geral do Estado e Procuradoria da Assembleia Legislativa, da Defensoria Pública e Diretor-Geral da Polícia Civil (**ADI 6.506**-MT, em 11.11.2021); Chefe da Polícia Civil (**ADI 6.510**-MG, 22.04.2022); Defensor Público-Geral do Estado, Procuradores do Estado e membros da Defensoria Pública (**ADI 6.507**-MS, em 16.05.2022); Defensor Público Geral do Estado (**ADI 6.509**-MA, em 16.05.2022); membros das Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia (**ADI 6.505**-RJ, em 16.05.2022); Reitor da Universidade Estadual e Diretores Presidentes das entidades da Administração Estadual Indireta (**ADI 6.511**-RR, em 14.09.2022); membros da Defensoria Pública (**ADI 5.674**-ES, em 03.11.2022); e membros da Procuradoria Geral do Estado e da Assembleia Legislativa (**ADI 2.820**-ES, em 05.06.2023).

7.5.2
As mudanças políticas a partir do Estudo de Caso n. 04

Já como mudanças políticas da primeira mutação constitucional de 1999, relevante registrar a condenação, por crime comum, em 28.10.2010, do então deputado federal Natan Donadon, após o julgamento da questão de ordem no **Inq 687 QO**, e após a EC n. 35/2001, sendo o primeiro parlamentar no exercício do man-

dato, a cumprir pena por condenação do STF, como constatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, quando do julgamento da questão de ordem na **AP 937 QO**, em 02.05.2018. Inclusive, foi lá julgado antes mesmo da Ação Penal **AP 470**, a do 'Mensalão", lá julgada entre os anos de 2012 a 2018.

No entanto, não se mostraram relevantes aos objetivos específicos desta tese a demonstração de outros julgamentos de parlamentares federais pelo STF, ou mesmo o afastamento desta competência, apenas que o cenário político ficou alterado com o novo entendimento a respeito do foro por prerrogativa de função.

Já com relação a segunda mutação constitucional judicial aqui identificada, na **AP 937 QO**, tanto o Ministro Dias Toffoli, quanto o Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro Gilmar Mendes se referiram a uma proposta de emenda à constituição que estaria tramitando no Congresso Nacional, por ocasião daquele julgamento, sobre o foro por prerrogativa de função. Trata-se da PEC 333/2017, em trâmite na Câmara dos Deputados, e já aprovada em segundo turno no Senado Federal desde 31.05.2017, quando recebera o número de ordem PEC 10/2013, que dentre outros assuntos, altera tanto a redação da alínea "b" do inciso I do art. 102, quanto do §1º do art. 125 da CR/88, normas da redação original da Constituição, e paradigmas das três mutações constitucionais judiciais identificadas neste Estudo de Caso n. 04, quanto a restrição do foro por prerrogativa de função.

Pela proposta, se aprovada, pois está "Pronta para entrar na pauta de votações no Plenário" na Câmara dos Deputados desde 11.12.2018, a competência do STF, para processar e julgar certas autoridades por crimes comuns, ficaria restrita ao "Presidente da República, o Vice Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do STF".

Já a competência dos tribunais dos Estados continuaria a ser definida na respectiva Constituição local, sendo porém "vedado o estabelecimento de foro especial por prerrogativa de função para crimes comuns", indo assim além do decidido na terceira mutação constitucional judicial **ADI 6.515**, em 23.08.2021, pois não seria permitida qualquer extensão de foro para crime comum.

Inclusive, um trecho do voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), contido na **AP 937 QO**, em 31.05.2017, foi expressamente mencionado no parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, pela aprovação da PEC 333/2017

em 11.12.2018, na parte que não via o ministro qualquer semelhança em outro país com a manutenção do privilégio de certas autoridades públicas serem julgadas por tribunais especiais.

Por fim, e encerrando este Capítulo, e a análise do Estudo de Caso n. 04, e quanto às mudanças políticas a partir do julgamento da **AP 937 QO**, se mostrou que o problema do foro por prerrogativa não está solucionado "pois não são apenas os membros do Congresso Nacional que gozam do foro chamado foro privilegiado", mas diversas outras autoridades lá mencionadas.

Para o próximo Capítulo, ficou reservada a demonstração de uma proposta de sistematização para a caracterização de uma mutação constitucional judicial pelo STF, com a apresentação de condições indispensáveis e circunstâncias irrelevantes à ocorrência do fenômeno.

III Parte
Formulação da teoria de mutação constitucional judicial

Contendo uma breve introdução quanto ao objeto, metas e revisão de fundamentos teóricos na descrição e análise de casos, cuja ordenação desses capítulos ajuda à consolidação da pesquisa/Tese ora apresentação.

8 Capítulo
Uma proposta de sistematização para a mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF

A proposta de sistematização da mutação constitucional judicial, de que trata este Capítulo, não visa uma reestruturação da organização administrativa do Supremo Tribunal Federal, seja para alteração de seus membros, formas de ingresso, ou tempo de permanência, nem redução ou ampliação de sua competência jurisdicional já estabelecida, muito menos qual seria o melhor caminho hermenêutico à interpretação de normas da Constituição, apenas um técnica hermenêutica mais objetiva, e que se espera seja mais segura, transparente e confiável, a realizar uma mutação constitucional judicial por seu Pleno, quando da interpretação de normas constitucionais.

E para tanto, foi aqui demonstrado não só um conceito para a mutação constitucional judicial, que difere, em parte, do entendido pelos ministros do Tribunal, e tratado no *Capítulo 2*, como também foram descritas certas condições indispensáveis à sua ocorrência, visando garantir maior segurança jurídica ao texto constitucional, sob a premissa da necessária e indispensável harmonia e independência entre os três poderes da República.

E como primeira dessas condições foi proposto que houvesse ao menos um entendimento judicial diverso da norma constitucional escrita ou a afirmação de uma norma constitucional oculta. E como segunda condição, que se demonstrasse quais teriam sido as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas ocorridas a partir da vigência da norma constitucional controversa ou do entendimento judicial anterior. Esta proposta buscou minorar o voluntarismo decisório, o casuísmo interpretativo, e não só garantir a esperada segurança jurídica das decisões judiciais, como também a força e a autoridade das decisões pretéritas.

E como última condição indispensável, constatou-se ser relevante observar o conteúdo material das cláusulas pétreas do §4º do art. 60 da CR/88, como limites implícitos à mutação constitucional judicial informal. É que desconsiderá-las, mesmo que supostamente para corrigir eventual omissão do Estado na efetivação de direitos e garantias fundamentais, não tornam mais democráticas as decisões do STF, ou o transforma em um guardião maior da Constituição, apenas demonstra-

ria a excessiva concentração de poder político em mãos de poucos juízes e o uso abusivo e arbitrário da jurisdição constitucional.

Já no Capítulo seguinte foram propostas certas circunstâncias que se mostraram irrelevantes à ocorrência do fenômeno, embora algumas delas, como o tempo e manter sintonia com a experiência constitucional estrangeira, tenham sido comumente apontadas como relevantes pelos ministros do STF, conforme consta no *Capítulo 2*.

E por circunstâncias irrelevantes à mutação constitucional judicial foram identificadas: o meio processual por onde se afirmou, não se exigindo seja apenas por demanda processual própria para o controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; haver significativa mudança na composição dos membros do Tribunal; ter decorrido certo período de tempo entre os entendimentos judiciais diversos; buscar seguir um precedente de sua jurisprudência ou manter sintonia com a experiência constitucional estrangeira ou a tratado internacional.

Assim, abaixo, e iniciando este *Capítulo*, como se desenvolveu um conceito próprio para mutação constitucional para o direito constitucional brasileiro.

8.1
Um conceito de mutação constitucional judicial para o Pleno do STF

Iniciando pela proposta de um novo conceito para a mutação constitucional judicial promovida pelo Pleno do STF, se faz necessário não só distingui-lo especificamente do conceito de mutação constitucional em geral, como também de uma simples interpretação judicial da constituição.

A mutação constitucional em geral, originalmente idealizada para o direito alemão, como desenvolvido no *Capítulo 1*, visava contornar circunstanciais entraves burocráticos advindos da rigidez constitucional e das aparentes omissões ou lacunas do texto da Constituição Imperial Alemã de 1871, servindo como um meio criativo de solucionar problemas concretos da gestão executiva do Estado, sem deixar de aplicar o texto constitucional vigente, e sem esperar uma emenda formal pelo parlamento, ante os possíveis riscos políticos envolvidos à época.

Já a mutação constitucional judicial, de que trata esta tese, é um desenvolvimento da mutação constitucional em geral, e centra-se numa nova interpretação

da norma constitucional escrita ou a afirmação de uma norma até então oculta, a cargo do Pleno do STF, sobretudo a partir dos modernos métodos de hermenêutica constitucional tratados no *Capítulo 3*, de uso cada vez mais crescente.

Mostrou-se estreita ligação entre a mutação constitucional judicial e o modo como se interpreta a Constituição. Portanto, compreender como se realiza essa tarefa a tornará não só conhecida, quando oculta, como exigível, quando escrita, sobretudo por influenciar as demais ações do Estado.

O ato de interpretar as normas constitucionais não só aclara os sentidos que ora se atribui aos textos escritos, como também revelam as normas constitucionais até então ocultas, em um processo informal, nem sempre lento, que não pressupõe a contribuição concomitante do parlamento, porém mantém intacto o texto até então escrito, como meio criativo de evitar o processo legislativo mais dificultoso para as emendas formais, ante a rigidez e a perenidade de suas disposições.

A rigidez constitucional, que decorre do processo legislativo mais dificultoso para sua alteração, quando comparado ao ordinário, remonta a própria ideia de constituição, surgida com os ingleses a partir da "Magna Carta" de 1215, e para fins de estabelecer em um documento político, a existência mínima, de pelo menos, alguns direitos e garantias individuais, embora assim ainda não fossem percebidas, como também a estrutura e organização do Estado, visando evitar o exercício arbitrário e abusivo do poder político.

A lógica da rigidez constitucional então é que quanto mais dificultoso for o meio de se alterar a constituição pelo parlamento, mais rígido, perene e seguro se tornaria o texto constitucional. No entanto, no caso brasileiro, apesar desse processo legislativo ser bastante rígido, não se impediu as 138 alterações formais até o momento.

É que pelo art. 60 da Constituição, para sua formal alteração por emenda, quando comparado ao processo legislativo ordinário, atribui-se a iniciativa legislativa a poucos e certos legitimados, quóruns qualificados de deliberação e aprovação por mais de uma casa legislativa, e ainda que não se realiza em dados momentos históricos ou sobre certas matérias, ou temas sensíveis.

E embora todo esse processo legislativo mais dificultoso, a atual Constituição já foi formalmente alterada pelo Parlamento 138 vezes, sendo 132 delas por emendas constitucionais e outras 06 por emendas de revisão, o que dá uma média de cerca de quatro emendas por ano, não indicando com isso esteja justificado o comportamento ativista do STF em realizar tantas mutações como o faz, e sobretudo em temas sensíveis, como demonstrado nos capítulos anteriores.

A mutação constitucional judicial se multiplicou na jurisdição constitucional do STF, com ocorrências até mesmo de mutações sobre mutações anteriores, e sem qualquer indicação de que haja um auto reconhecimento da necessidade de assim ser limitada, transformando o texto constitucional escrito em mero ponto de partida para se alcançar qualquer resultado que almejem os ministros.

E é aqui que se delineiam os primeiros elementos do conceito de mutação constitucional judicial que ora se propõe, uma atividade interpretativa promovida pela maioria dos ministros que compõem o Pleno do STF, sem a participação do parlamento, quando interpretam de modo diverso, o mesmo texto constitucional escrito, ou afirmam uma norma constitucional até então oculta, ao resolverem uma questão jurídica pendente.

E como se viu no início desta tese, apesar da construção doutrinária da mutação constitucional geral ser um atalho para solucionar problemas jurídicos concretos na aplicação da constituição alemã, o uso recorrente desta técnica pelo judiciário brasileiro, quando aliado aos modernos métodos de hermenêutica constitucional, se mostrou com resultados deturpados e inseguros.

Admitir que a atual Constituição esteja sempre aberta a qualquer interpretação, sobretudo pelo modo como os atuais ministros se utilizam da mutação constitucional judicial, para livremente lerem o que nela esteja ou não escrita, não só se deixa de efetivar a necessária segurança jurídica que se espera de um Tribunal Constitucional, como também se perde a utilidade de se ter uma constituição escrita, e supostamente rígida.

Assim, e partindo dos elementos da mutação constitucional em geral tratados no *Capítulo 1*, da síntese conceitual de mutação constitucional judicial extraída das manifestações dos ministros do STF, como demonstrado no *Capítulo 2*, da influência da moderna hermenêutica constitucional tratada no *Capítulo 3*, da pes-

quisa empírica realizada nas dez mutações constitucionais judiciais analisadas nos quatro estudos de casos de que tratam os *Capítulos 4, 5, 6 e 7*, proponho como conceito de mutação constitucional judicial ser uma mudança na Constituição, promovida por interpretação judicial pelo Pleno do STF, seja de norma constitucional escrita, ou a afirmação de uma norma constitucional oculta, sem formal emenda pelo parlamento, desde que demonstradas as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, ocorridas da vigência da norma constitucional controversa ou do entendimento judicial anterior, e observadas, necessariamente, como limites materiais implícitos, as cláusulas pétreas da Constituição.

Para este conceito, não se exigiu que tal atividade ocorresse, necessariamente, em um processo constitucional próprio para o controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, e com isso, estivesse acobertada pelo efeito vinculante, como se verá no próximo Capítulo desta tese.

Também não integram esta base conceitual, eventual mudança na composição da maioria dos membros do Tribunal, ou ter decorrido certo período mínimo de tempo entre os entendimentos judiciais diversos, ou ainda buscar, eventualmente, seguir um precedente de sua própria jurisprudência ou manter certa sintonia com alguma experiência constitucional estrangeira ou a um tratado internacional antes firmado.

O conceito ora proposto não se confunde com uma simples mudança de entendimento do Tribunal quanto à interpretação ou a aplicação de demais normas ou atos públicos, objetos de eventuais controles de constitucionalidade, mas sim uma mudança de como a própria norma constitucional passou a ser entendida pela maioria de seus membros, sem uma formal alteração pelo parlamento.

E uma vez constatada uma mutação constitucional judicial realizada pelo Pleno do STF, não é mais possível deixar de considerá-la, pois se torna leitura obrigatória para se entender o direito constitucional vigente e aplicável, sobretudo quando se afirma uma nova norma constitucional até então oculta. A nova interpretação judicial dada pelo Tribunal, seja do mesmo texto constitucional escrito, ou a afirmação de uma nova norma oculta, passarão a ser o novo paradigma de

eventual controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, quanto às demais normas e atos jurídicos.

O conceito proposto não encontra similaridade ou unanimidade em outros já produzidos no Brasil, pois o fenômeno não é daqui exclusivo, seja por não distinguirem a mutação constitucional geral da judicial, ou por não consideraram todos os limites implícitos que ora se propõe, ou por nada se reportarem a afirmação das normas constitucionais até então ocultas.

Vejamos então os conceitos até então produzidos para a mutação constitucional no direito constitucional brasileiro.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, em primeira tese de doutorado sobre o tema em 1986, e tratando especificamente sobre os "Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais", atrelou seu conceito ao de decurso do tempo, e nada se reportou a afirmação de normas constitucionais ocultas:

> [..] consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, 'se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas (Ferraz, 2015, p. 9).

Já Uadi Lammêgo Bulos, em artigo científico intitulado "Da reforma à mutação constitucional", do ano de 1996, e decorrente de seus estudos de mestrado sobre o tema, conceituou o fenômeno de modo mais abrangente, sem restringi-lo à atividade judicial:

> [..] o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais (Bulos, 1996, p. 27).

Para Soraya Regina Gasparetto Lunardi e Dimitri Dimoulis, também em também artigo científico, do ano de 2008, intitulado "Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil", que tratava sobre a estrutura do processo constitucional brasileiro, e mais especificamente sobre a ampliação do papel criativo da jurisprudência do STF, sequer reconheceram relevância em conceituar a mutação constitucional, mas mesmo

assim o fizeram associando-o a dois elementos essenciais: o fator tempo e as mudanças sociais decorrentes. Vejamos:

> Primeiro, um elemento (ou dimensão) temporal. A modificação na atribuição de sentido ocorre em determinado momento histórico do ordenamento. Segundo um elemento social. Trata-se da atribuição de relevância interpretativa a elementos externos aos enunciados interpretados. Pode se tratar de modificação de elementos econômicos, de posicionamentos ideológicos em temas morais, de mudanças políticas (Lunardi e Dimoulis, 2008, p. 8).

Apontaram os autores citados que para o Direito Constitucional alemão, o fenômeno da mutação constitucional se caracterizaria de "insatisfatória generalidade", "falta de especificidade" e "inadmissibilidade jurídica", pois estaria intimamente associado aos vários métodos de hermenêutica constitucional, e com isso não haveria qualquer distinção de uma simples mudança de entendimento (Lunardi e Dimoulis, 2008, p. 9). Tal argumento reforça o já desenvolvido nesta tese, de que tais modernos métodos hermenêuticos, quando postos à jurisdição constitucional, e sem o estabelecimento de limites, tem o potencial efeito de produzir decisões judiciais baseadas no voluntarismo de seus intérpretes, sem qualquer segurança jurídica ou garantia de independência e harmonia entre os poderes.

Inclusive, por tal constatação, mostrou-se como condição indispensável a uma mutação constitucional judicial, a necessária e prévia demonstração pelos ministros do Tribunal, de quais teriam sido as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais e econômicas ocorridas após a vigência da norma constitucional controversa ou do anterior entendimento judicial sobre o tema.

Em outra tese de doutorado, defendida por Adriano Sant'Ana Pedra, no ano de 2009, com o tema "Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da Teoria da concretização", não só associou o conceito de mutação constitucional a mudança informal do texto, ante o decurso do tempo, como registrou a influência dos métodos hermenêuticos modernos quanto a ocorrência do fenômeno. Vejamos:

> A mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) consiste em um processo informal de alteração da Constituição, que não se encontra previsto expressamente no texto constitucional. Tal mudança informal ocorre mediante o desenvolvimento da norma, embora o texto constitucional permaneça o mesmo. [..]. De acordo com a obra de Friedrich Müller, acerca da estrutura das normas constitucionais, é possível tomar a incorporação da realidade na norma. Isto significa que a realidade constitucional é uma realidade complexa e englobante, na qual confluem e aparecem interrelacionadas a facticidade e a normatividade (Pedra, 2009, p. 308).

E em mais uma tese de doutorado, desta vez do ano de 2019, intitulada “Os limites dos processos informais de alteração da constituição”, seu autor, Lucas Fonseca e Melo, por preocupar-se em distinguir a mutação constitucional de uma mera interpretação judicial, sendo esta apenas um gênero daquela, acabou por retornar ao conceito de mutação constitucional em sua acepção mais geral, realizada até mesmo pelos demais poderes, sem limitar à atividade jurisdicional, objeto deste tese ora apresentada (Melo, 2019, p. 46, 63).

Já no ano de 2020, e com o título “Mutação constitucional: limites e possibilidades”, o pesquisador Gilmar Madalozzo da Rosa, também em tese de doutorado no Brasil, apresentou sua conceituação, muito próxima da adotada nesta tese, porém associando à “construção de uma norma constitucional”, o que nem sempre ocorre na jurisprudência do STF, salvo quando há alegada omissão ou lacuna do texto escrito, como já desenvolvido no *Capítulo 3*. O que propôs:

> A mutação constitucional consiste na construção de uma norma constitucional nova a partir da interpretação do texto constitucional, diante da identificação de um fato novo que tenha surgido no meio da sociedade. Esse fato novo, que pode ser um fato jurídico, político, econômico ou social, só foi identificado após a promulgação da Constituição, sendo necessário para atualizar a Constituição, sem a necessidade de emendar a Lei Maior (Rosa, 2020, p. 16).

É que não sendo caso de lacuna ou omissão do texto constitucional escrito, e com isso não afirmando o Tribunal nenhuma norma até então oculta, o fato de se interpretar o mesmo dispositivo não significa que se esteja construindo uma nova norma constitucional, apenas realizando uma nova leitura.

Registrar também que o pesquisador associou a mutação constitucional às práticas hermenêuticas que almejam concretizar uma norma constitucional, em especial às teorias de Konrad Hesse, Friedrich Müller e Robert Alexy (Rosa, 2020, p. 50, 57, 66), algumas dessas já tratadas em itens anteriores no *Capítulo 3*.

Assim, demonstrado o conceito e suas distinções com outros já produzidos no Brasil, sagora como a atividade interpretativa do STF precisa considerar certas condições indispensáveis à constatação de uma mudança da constituição.

8.2
Condições indispensáveis à ocorrência de mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF

Por esta proposta, se mostraram indispensáveis à ocorrência de uma mutação constitucional ser uma mudança informal na Constituição vigente, promovida por interpretação judicial pelo Pleno do STF; haver sido demonstrada quais teriam sido as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas ocorridas a partir da vigência da norma constitucional controversa ou após o entendimento judicial anterior; e a observância das cláusulas pétreas (§4º do art. 60 da CR/88).

Relevante registrar ainda, que a clara demonstração dos fatores que influenciaram uma mutação constitucional judicial permite, na sequência, identificar toda a constituição brasileira exigível, não só a escrita e já publicada pelo parlamento, com todas as suas emendas, como também a constituição oculta, não escrita, que surgiu da interpretação do Tribunal Constitucional, e que será então exigida no país.

A seguir foram demonstrados, individualmente, como cada uma dessas condições se apresentou indispensável à ocorrência do fenômeno.

8.2.1
Uma mudança informal na constituição vigente, promovida por interpretação judicial do Pleno do STF

Iniciando com Carl Schmitt, quando em artigo publicado originalmente em alemão em 1978, sobre "A revolução legal mundial: superlegalidade e política", constatou uma interessante mudança na política em nível global, de abandono dos métodos violentos de uso da força física a impor vontades autoritárias, como fizeram os comunistas na Revolução Russa de 1917, para a adoção de métodos mais pacíficos de controle social, pela legalidade. Para Schmitt, o controle social deixou de ser exercido primeiro pelo temor das armas revolucionárias para ser exercido de modo legítimo pelo Estado, exigindo obediência e disciplina de todos, sobretudo em modelos constitucionais 'superlegais', os quais dão aparência de legalidade a eventuais abusos (Schmitt, 1997, p. 99-100).

E para evitar o uso das constituições para legitimar tais abusos pelo Estado, Carl Schmitt valorou as disposições normativas que dificultavam os processos legislativos de formais alterações das constituições pelo parlamento, pois se deve-

ria “dificultar ou fechar a entrada pela porta da legalidade” (Schmitt, 1997, p. 108). No entanto, não anteviu Schmitt que o poder que se conferia às jurisdições constitucionais, de alterarem as constituições, sem a participação popular, poderia trazer um caminho alternativo de obediência e disciplina social.

O exercício ativista da jurisdição em tribunais constitucionais, como o STF brasileiro, que não só detém a capacidade de fazer cumprir a Constituição, mas também de até mesmo mudá-la informalmente, sem qualquer participação do parlamento, tem o potencial de manipular ideologias, pelo jogo de palavras. E é para evitar essa possibilidade que se deve apresentar limites à atividade interpretativa da constituição, sobretudo em mutação constitucional judicial.

Assim, mostrou-se indispensável à ocorrência de uma mutação constitucional judicial que haja ao menos, pelo Pleno do STF no Brasil, um entendimento diferente da leitura do mesmo texto constitucional escrito, ou uma interpretação judicial diversa da anteriormente firmada, ou ainda a afirmação de uma norma constitucional até oculta, não escrita. E são apenas três essas possibilidades do fenômeno. Não devendo assim ser considerada a primeira interpretação da norma constitucional escrita, por um dos métodos hermenêuticos clássicos, em especial, o gramatical, por ser mera interpretação literal da Constituição.

Após a primeira leitura diversa da literalidade do dispositivo, as demais podem até afirmar mutações constitucionais distintas das anteriores. E a razão é lógica, a primeira interpretação literal da constituição não se enquadra em mutação constitucional judicial exatamente por não haver ainda qualquer alteração em sua leitura, apenas a afirmação de sua existência. É de uma leitura diferente, não usual, e até inesperada, que se faz surgir a mutação.

É fato que não houve, até o momento, uma uniformidade no modo como a mutação constitucional se apresentou na jurisprudência do STF, em razão do uso de diversos termos ou expressões vagas, muitas vezes sequer se utilizando das palavras ‘mudança’ ou ‘mutação’.

Essa constatação também se deu na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como afirmado pela pesquisadora Katharina Stock, em tese de doutorado com o título já traduzido “*Mudança constitucional na constituição estrangeira. Desenvolvimento do direito constitucional em texto e contexto*”,

quando estudou o uso e o emprego das forças armadas alemãs em missões no exterior a partir da leitura da constituição daquele país (Stock, 2017, p. 163, 186). E observou a pesquisadora que o Tribunal Alemão igualmente fundamenta em mudança de entendimento a partir de 'fatos novos e imprevistos', o que sugere haver certa similitude na forma como a questão é abordada.

De fato, tecnicamente, a mutação constitucional pode até ser entendida como uma mera mudança no entendimento da Corte a respeito do mesmo dispositivo da norma constitucional (Stock, 2017, p. 188), uma síntese deduzida entre a rigidez da norma e as novas necessidades sociais, uma alternativa de atualização (Clève e Lorenzetto, 2016, p. 179). No entanto, o que a distingue de uma simples interpretação não é o método hermenêutico adotado, ou o modo como a constituição foi entendida, mas a consequência advinda, por não mais ser possível deixar de considerar o resultado alcançado de leitura obrigatória da Constituição vigente.

Com a mutação constitucional judicial, e no caso brasileiro, a partir da interpretação pelo Pleno do STF, pode surgir uma leitura diversa da norma constitucional escrita, ou mesmo uma nova norma constitucional, até então oculta.

E ao contrário do defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, citando Peter Häberle, ainda há relevância em se entender o fenômeno, pois nem toda interpretação constitucional a que se chegue, mesmo se utilizando dos modernos métodos hermenêuticos, importa em mudança da Constituição. Pois há princípios constitucionais como o da 'igualdade', 'liberdade', 'dignidade da pessoa humana' ou 'força normativa da constituição' que podem ser continuamente reinterpretados de vários modos diferentes, e em centenas de casos diversos, a depender de como o Tribunal almeje solucionar dada controvérsia, sem significar, necessariamente, que houve em cada uma dessas múltiplas e infindáveis interpretações, uma mudança no texto constitucional escrito.

Será, porém, mutação constitucional judicial a nova interpretação da constituição que desconsiderou o texto constitucional escrito, ou a que mudou o entendimento judicial anterior, ou a que afirmou uma norma constitucional oculta. Inclusive, quando a mutação constitucional decorre de mudança do entendimento judicial, também se faz necessário observar os fundamentos que justificaram a

decisão anterior, sob pena de não se ter ciência jurídica em nenhuma das duas soluções jurídicas encontradas.

Uma velha teoria, para ser substituída, deverá levar em consideração as razões que ensejaram a primeira, senão os fatos por aquela regidos não teriam sido válidos. E o que garantirá que a nova decisão judicial do Pleno do STF mudou a leitura da constituição serão as demonstrações de que novas mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, ocorreram a partir da vigência da norma constitucional controversa ou após o entendimento judicial anterior, como será desenvolvido no próximo tópico deste Capítulo.

Abaixo foram trazidos momentos dessas interpretações do STF, que demonstram a mudança da constituição, e não uma mera mudança de entendimento.

8.2.1.1
Mutação constitucional por um entendimento judicial diferente da leitura do mesmo texto constitucional escrito

No Estudo de Caso n. 02, e durante a primeira de quatro mutações constitucionais afirmadas pelo STF, a primeira interpretação do Tribunal já foi no sentido diverso da literalidade da redação do inciso LVII do art. 5º da CR/88, quando do julgamento do **HC 72.366**, em 13.09.1995. Na ocasião, já se tratou de uma mutação constitucional judicial, pois embora essa expressão não tenha sido utilizada pelos ministros quando de seus votos, o resultado final é que se passou a interpretar de modo diverso a literalidade do inciso LVII do art. 5º, sem reduzi-lo, desconsiderá-lo ou mesmo revogá-lo.

Assim, embora vigente o inciso LVII do art. 5º, e considerasse que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", entendeu o Pleno do STF ao julgar o **HC 72.366**, em admitir o início do cumprimento de pena criminal, mesmo pendendo recursos, desconsiderando a exigência de prévio trânsito em julgado, pois tais recursos interpostos não teriam efeito suspensivo, segundo a legislação processual penal infraconstitucional[284].

[284] No ponto, constata-se que o método de hermenêutica clássica se apresentaria supostamente mais adequado quando se pretende limitar direito ou garantia constitucionalmente assegurados. Já a hermenêutica moderna, se apresentaria aparentemente mais adequado quando o Tribunal pretende estender seu âmbito de eficácia. Porém, no caso acima, o Tribunal optou por um método mais moderno para restringir a literalidade do dispositivo que garantia um direito do acusado em geral, mesmo sem apontar especificamente o nome do método moderno adotado.

Já no Estudo de Caso n. 04, e durante a primeira mutação constitucional lá identificada, julgamento da questão de ordem no **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, houve mutação constitucional pela primeira interpretação diversa da redação original da alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88, a respeito do foro por prerrogativa de função para o julgamento de certas autoridades públicas, quando acusadas da prática de crime comum.

Entendeu o Tribunal em não mais subsistir o foro por prerrogativa em favor de ex-detentores dos cargos, cancelando até mesmo o entendimento sumulado da interpretação da Constituição de 1946.

E apesar da mudança de entendimento, essa mutação enquadra-se como um entendimento judicial diferente da leitura do mesmo texto constitucional escrito, e não como uma interpretação judicial diversa da anteriormente firmada, pois o que fora então interpretado de modo diverso foi a literalidade da alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88, enquanto que o entendimento judicial anterior se firmara a partir de Súmula erigida para interpretar uma constituição pretérita.

8.2.1.2
Mutação constitucional por uma interpretação judicial diversa da anteriormente firmada

Já no Estudo de Caso n. 01, e na primeira de duas mutações constitucionais lá identificadas, julgamento do pedido de extradição **Ext 855**, em 26.08.2004, houve mutação constitucional pela mudança do entendimento então dominante, desde a vigência da Constituição de 88, a respeito da extradição de estrangeiro.

É que até antes daquele julgado, não se exigia qualquer condicionamento a governo requerente em comutar pena de prisão perpétua por outra mais branda aplicável. Foi a partir do pedido de extradição **Ext 855**, em 26.08.2004, que o Tribunal mudou sua jurisprudência e passou a exigir, para fins de extradição, o formal compromisso do governo requerente em comutar a pena de prisão perpétua, embora assim não exija o inciso LII do art. 5º, pois este apenas exige que "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião".

O entendimento acima, mesmo que fosse afirmado como primeira interpretação do Tribunal, ainda assim se enquadraria em mutação constitucional, mas na

forma do tópico precedente, ou seja, como leitura diversa da literalidade da norma constitucional escrita.

Já no Estudo de Caso n. 02, e durante a segunda, a terceira e a quarta mutações constitucionais lá identificadas, percebeu-se mudanças dos entendimentos anteriores a respeito da leitura do mesmo dispositivo constitucional, sobre o momento a partir do qual se iniciava o cumprimento de pena no Brasil (**HC 84.078**, em 05.02.2009; **HC 126.292**, em 17.02.2016 e o julgamento conjunto da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54**, em 07.11.2019).

E embora distintos os quatro momentos interpretativos, não só remanesceu intacta a redação original do inciso LVII do art. 5º, como também não acresceu o Tribunal nenhuma outra norma oculta à solução jurídica encontrada, apenas sucessivos e diversos os entendimentos a respeito do tema.

Por sua vez, no Estudo de Caso n. 04, e durante a segunda mutação constitucional lá identificada, quando do julgamento da questão de ordem na **AP 937 QO**, em 03.05.2018, a respeito do foro por prerrogativa de função de certas autoridades públicas lá julgadas, constatou-se uma mudança de entendimento quando se passou a adotar uma interpretação mais restritiva do foro, para só declarar competente o STF para julgar parlamentares federais se e quando cometessem "crimes praticados no cargo e em razão do cargo".

Deste modo, houve não só uma mudança da Constituição ao interpretar de modo diverso da primeira mutação constitucional firmada na questão de ordem no **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, embora mantida a redação original da alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88, como também se acresceu uma expressão até então inexistente ao texto consttiuticonal escrito.

Na ocoasião, o Ministro Marco Aurélio, durante o julgamento da **AP 937 QO**, em 01.06.2017, tentou afastar eventual acusação ao Tribunal de que estariam reescrevendo a Constituição, pois no seu entender apenas interpretavam diferentemente a questão do foro por prerrogativa de função do modo como se via no passado.

Porém, não considerar o atual entendimento do Tribunal a respeito da interpretação da alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88, faz supor que os Deputa-

dos Federais e os Senadores seriam sempre julgados, por crimes comuns, no âmbito do STF, o que não está mais correto, pois lá não mais serão assim julgados, caso o fato de que sejam acusados não esteja atrelado ao cargo ou a seu exercício.

8.2.1.3
Mutação constitucional pela afirmação de uma norma constitucional oculta.

No Estudo de Caso n. 01, e durante a segunda das duas mutações constitucionais lá identificadas, quando do julgamento do pedido de extradição **Ext 855**, em 26.08.2004, houve mutação constitucional com a afirmação de uma norma constitucional oculta, quando o Tribunal passou a entender que caberia ao Presidente da República decidir pela conveniência da entrega ao país requerente, mesmo após formal julgamento pelo STF, de pedido de extradição formulado por governo estrangeiro.

A nova norma constitucional até então oculta e incluída pelo STF no art. 84 da CR/88, atribui uma prerrogativa privativa ao Presidente da República de decidir pela entrega ou não de estrangeiro, mesmo após formal julgamento de mérito de pedido de extradição pelo Tribunal. Pois o constituinte originário apenas conferiu ao Presidente da República expulsar esse estrangeiro, por conveniência administrativa, e não desconsiderar a decisão do STF em pedido de extradição.

E o estranho nessa solução é que partiu do próprio Tribunal a decisão de não preservar "sua competência e garantia da autoridade de suas decisões", o que é taxativamente vedado pela alínea 'l' do inciso I do art. 102 da CR/88.

No entanto, caso se desconsidere o resultado final do julgado do pedido de extradição **Ext 855**, em 26.08.2004, pela simples leitura das disposições do art. 84, não é possível entender que o Presidente da República no Brasil tenha a prerrogativa de deixar de extraditar, mesmo quando assim esteja expressamente autorizado pelo STF.

Já no Estudo de Caso n. 03, julgamento da **ADI 4.277** em 05.05.2011, a mutação constitucional lá identificada também se refere a uma afirmação de uma norma constitucional oculta, e não a um simples entendimento judicial diverso da leitura literal de uma norma constitucional escrita, ou de uma interpretação judicial diversa da anteriormente firmada, por não haver qualquer posicionamento do

Tribunal a respeito, passando a ser o primeiro sobre o tratamento dispensado, como entidade familiar, em favor de casais homossexuais em união estável.

Surgiu do entendimento acima então uma nova norma constitucional oculta no §2º do art. 226 da CR/88, que estende em favor das uniões estáveis homossexuais, o mesmo tratamento jurídico dispensado às famílias heterossexuais. E não se trata de uma leitura diversa da mesma norma constitucional escrita, como no conceito tradicional de mutação constitucional, nem uma mudança de entendimento anterior, mas sim a inclusão, no texto constitucional brasileiro, de uma nova norma constitucional, até então oculta, que garante um novo tratamento jurídico lá dispensado.

Assim, o resultado final do julgamento da **ADI 4.277** em 05.05.2011 não pode ser também desconsiderado quando da leitura do §2º do art. 226 da CR/88, sob pena de não se compreender como o Brasil trata as famílias formadas por casais em uniões estáveis homossexuais, uma vez que pela disposição constitucional escrita apenas se garante tal tratamento às uniões estáveis formadas entre um homem e uma mulher.

Por sua vez, no Estudo de Caso n. 04, e durante a terceira mutação constitucional lá identificada, e quando do julgamento da **ADI 6.515**, em 23.08.2021, entendeu o Tribunal, quando interpretou o §1º do art. 125 da CR/88, ser "inconstitucional norma de constituição estadual que estende o foro por prerrogativa de função a autoridades não contempladas pela Constituição Federal de forma expressa ou por simetria". E apesar de se tratar de uma primeira mutação constitucional a respeito da literalidade de uma norma constitucional escrita, e portanto, aparentemente uma hipótese de 'mutação constitucional por um entendimento judicial diferente da leitura do mesmo texto constitucional escrito', houve um acréscimo de uma norma constitucional oculta ao §1º do art. 125 da CR/88, a exigência de simetria de cargos estaduais aos nacionais, como condição não prevista na redação original da Constituição, para que os entes federados assim estabeleçam um foro especial nos tribunais locais.

É que apenas lendo o §1º do art. 125 da CR/88 não é possível de plano entender não ser possível aos Estados e ao Distrito Federal estender o foro por prerrogativa de função a autoridades não contempladas pela Constituição Federal de

forma expressa ou por simetria em seus tribunais locais. Apenas quando se sabe do entendimento do STF que acresceu ao texto constitucional vigente uma norma oculta, que se pode compreender não poder as unidades federadas assim disporem em suas constituições locais.

E por fim, apesar de na segunda mutação constitucional identificada no Estudo de Caso n. 04, julgamento da questão de ordem na **AP 937 QO**, em 03.05.2018, ter se enquadrado como mutação constitucional decorrente de mudança de entendimento do Tribunal, não estaria incorreto também apresentá-la como uma mutação constitucional por afirmação de uma norma constitucional oculta, ante a inclusão na alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88 da expressão "crimes praticados no cargo e em razão do cargo", igualmente não mencionada pelo legislador constituinte originário.

A relevância em se detectar as normas constitucionais ocultas na Constituição brasileira, mas exigíveis a partir de mutações constitucionais por interpretação do Pleno do STF, assemelha-se ao detectado por Laurence Tribe, quando escreveu em 2008 "*The invisible constitution*", a respeito de disposições invisíveis da constituição dos Estados Unidos (Tribe, 2008, p. 10). E embora sua obra não trate especificamente de quais decisões da Suprema Corte dos EUA mudaram a leitura da constituição daquele país, mas sim o modo como entende certos conteúdos invisíveis daquele texto, contribui para a compreensão do que ora se propõe, a existência de normas constitucionais ocultas afirmadas pelo STF.

Deste modo, a mudança da Constituição por interpretação judicial promovida pelo Pleno do STF pressupõe inicialmente uma interpretação em sentido diverso da literalidade da norma constitucional escrita, podendo as que se seguirem mudarem esse entendimento, ou afirmarem uma norma constitucional oculta.

Por fim, os casos de mutações constitucionais acima indicados, poderiam não ter sido julgados pelo Pleno do STF, caso consideradas todas as circunstâncias indispensáveis à ocorrência do fenômeno, na forma conceituada nesta tese, por pressupor, previamente, a indispensável observância das cláusulas pétreas, como se verá ainda neste Capítulo.

8.2.2
A demonstração de relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, ocorridas a partir da vigência da norma constitucional controversa ou após o entendimento judicial anterior

Também se mostrou indispensável à caracterização de uma mutação constitucional judicial, a indicação de quais teriam sido as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, ocorridas a partir da vigência da norma constitucional controversa ou do entendimento anterior.

Esta condição parte do pressuposto que apenas os relevantes novos fatos justificam uma mudança na leitura da Constituição vigente, até porque, caso remanesçam as mesmas razões fáticas que ensejaram a norma vigente ou o entendimento judicial anterior, não se justificaria tal alteração do conteúdo político ou jurídico já decidido.

E por 'mudança jurídica' entenda-se alguma alteração normativa, em especial, a advinda do parlamento, por formal emenda parlamentar, sobre o tema em discussão, ou mesmo o surgimento de um novo modelo constitucional, por processo revolucionário social, base do poder constituinte originário.

Já por relevante 'mudança política', e para fins de aplicação nesta tese, ante as inúmeras acepções possíveis desta expressão, como constatado por Norberto Bobbio em obra conceitual sobre "Dicionário de política" (Bobbio, 1998b, p. 954), compreende-se qualquer alteração nas relações sociais de poder, de âmbito nacional, por movimentos advindos de lideranças que tenham ou possam ter a capacidade de influenciar, ou mesmo de decidir pelo Estado brasileiro, pois garantido pelo uso legítimo da força, e em especial pelo poder de alterar formalmente a constituição vigente, sobre o tema controverso, e por emenda do Parlamento.

E por relevante 'mudança social' a justificar uma alteração na leitura da constituição, compreende-se uma perene e constante transformação da sociedade em âmbito nacional, do seu modo de organização, mas que afeta seu desenvolvimento, sem que se trate de uma mudança provisória ou passageira. É a perenidade dessa mudança em toda a nação, algo que não mais deixará de existir, que poderá ser um fundamento da mudança constitucional.

Esclarece porém a pesquisadora Maria José de Rezende, em obra específica sobre as "Teorias da mudança social: as perspectivas lineares e as cíclicas", que tais movimentos de mudanças ocorrem em "cíclicos históricos", e não de modo linear, pois os pontos de partida dos comportamentos individuais, dos grupos ou das instituições são sempre baseados em "repetições, oscilações e retornos", buscando às experiências anteriores para trazer novos significados, num ritmo não homogêneo, não linear, dessas múltiplas experiências (Rezende, 2002, p. 374). Adverte que esse ritmo não é homogêneo, por haver inúmeras variáveis a considerar, como condições sociais, tempo e sociedades diferentes envolvidas.

Já por 'mudança econômica', o que se espera é a demonstração tão somente de algum fato, ou um conjunto desses, que se vincule a qualquer dos princípios da ordem econômica estabelecidos no art. 170 da CR/88, em especial relativo ao trabalho humano, à propriedade privada ou à livre iniciativa.

É que apesar de também ser um fundamento jurídico, e evidentemente social, por se atrelar às relações humanas e ao texto constitucional, tal limitação se deve a possibilidade que uma desnecessária ampliação do uso conceitual possa suscitar, seja quanto às inúmeras práticas que visam o lucro, ou a possível abrangência para além do âmbito nacional, ou a eventual discussão ideológica subjacente, entre capitalismo e socialismo. O foco é se ater às eventuais mudanças econômicas, de âmbito nacional, que justifiquem uma mudança na Constituição.

E como observado no tópico precedente, toda essa mudança constitucional pode se dar não só 'por um entendimento judicial diferente da leitura do mesmo texto constitucional escrito', 'por uma interpretação judicial diversa da anteriormente firmada' ou ainda 'pela afirmação de uma norma constitucional oculta'. Tudo almejando a clara demonstração de que teriam sido as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, que fundamentam esse 'entendimento diferente', essa nova 'interpretação diversa' ou essa afirmação de uma nova 'norma constitucional oculta'.

Sem tais demonstrações, não se mostra justificada uma mudança na Constituição, mas sim um casuísmo interpretativo, ou voluntarismo decisório, por parte do Tribunal, que é quando o intérprete apenas almeja registrar seu entendimento

pessoal a respeito do resultado final do julgado, em razão de exercer o poder estatal da jurisdição.

Deve-se considerar que enquanto a visão política é estratégica, para o futuro, almejando direcionar a sociedade e o Estado para alcançar objetivos estabelecidos, mas ciente do passado histórico, e com isso formatando o Direito posto, a visão judicial deve se limitar a resolver problemas do passado, para o direito vigente e para os fatos já ocorridos.

Foi assim que se manifestou o Ministro Dias Toffoli inclusive, enquanto Presidente do STF, em artigo publicado no "Anuário da Justiça Brasil" no ano de 2019, com o título "A Suprema Corte que mais julga no mundo", advertindo na ocasião, que a constante judicialização da política no Tribunal "passou a ser a *prima ratio*, e não a última", em razão do papel cada vez mais intenso do STF "na vida social, econômica e política brasileira" (Toffoli, 2019, p. 12).

Portanto, se o panorama jurídico, político, social ou econômico remanesceu inalterado, os novos posicionamentos judiciais não se mostram justificados a uma mudança da Constituição, por não se garantir qualquer segurança jurídica em suas futuras manutenções.

Em assim não se considerando, a segurança jurídica estaria continuamente em risco, pela eventual pequena alteração na composição dos membros do Pleno do STF, que a qualquer tempo, poderiam mudar o entendimento judicial anterior, reiteradamente, sem nenhum critério jurídico.

Essa constatação não só se baseia nos estudos empíricos desta tese, a seguir demonstrados, como também na doutrina de Karl Larenz, pela qual a alteração da situação normativa pode conduzir à modificação, seja para fins restritivos ou de extensão do significado de uma norma até então prevalecente (Larenz, 1997, p. 498), e na doutrina de Karl Loewenstein, pela qual a reforma da constituição poderá ocorrer caso mude "a situação de equilíbrio", pois o valor do texto constitucional está na capacidade de mais facilmente se adaptar às mudanças sociais, mas "sem alterar a mecânica do processo político" (Loewenstein, 1979, p. 199).

Na linha deste entendimento, Larenz recomendava até mesmo que os tribunais deveriam abandonar entendimentos passados, quando se apresentarem incor-

retos, sob premissas falsas ou em conclusões não seguras (Larenz, 1997, p. 498). No entanto, apesar de Larenz citar o fator tempo como preponderante a tais mudanças, para esta tese, como ficou demonstrado no *Capítulo 9*, o fator tempo não se apresentou indispensável à ocorrência de uma mutação constitucional judicial.

E essa necessidade de demonstração das novas circunstâncias ou mudanças fáticas foram também mencionados por Peter Badura (Badura, 1992, p. 61) e por Virgílio Afonso da Silva (Silva, 2005b, p. 143), este como uma contribuição à formação de uma teoria para a hermenêutica constitucional no Brasil, ante a necessidade de se apontar "se as mudanças constitucionais ocorridas desde então alteraram seus fundamentos políticos, sociais e econômicos".

Portanto, o que se propõe é que os ministros, caso almejam alterar informalmente a Constituição, que demonstrem claramente, quais foram as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional ocorreram desde a vigência da norma constitucional controversa ou do entendimento judicial anterior, levando em consideração fatos da vida cotidiana não pensados, ou não abordados pelo legislador original ou pelos juízes anteriores, mas que precisam ser considerados no momento da nova decisão.

Embora a relevância de tais demonstrações, as mutações estudadas nesta tese indicaram que nem sempre foram assim apresentadas pelos ministros.

No Estudo de Caso n. 01, *Capítulo 4*, por exemplo, julgamento da extradição **Ext 855**, em 26.08.2004, assim ocorreu quando, por não terem sido demonstradas quais teriam sido as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas ocorridas a partir da vigência da Constituição de 88. O Tribunal porém condicionou o governo requerente, para entregar o estrangeiro, ao prévio e formal compromisso de comutar duas penas de prisões perpétuas por uma privativa de liberdade de até 30 (trinta) anos, sem qualquer previsão constitucional.

E no mesmo julgado, o Tribunal foi além, pois conferiu ao Presidente da República uma nova prerrogativa privativa de, mesmo autorizada a extradição, deixar de extraditar o estrangeiro, por mera conveniência política, fato igualmente não previsto na Constituição.

Ainda no julgamento, **Ext 855**, em 26.08.2004, retomou sua jurisprudência para antes do julgamento de outro pedido de extradição, o **Ext 426**, decidido em 04.09.1985, voltando assim a exigir compromisso do Governo estrangeiro de comutar a pena de prisão perpétua.

E não só deixaram de demonstrar as relevantes mudanças no julgamento do **Ext 855**, em 26.08.2004, como ainda deixou claro o Ministro Gilmar Mendes que não acompanhava a jurisprudência firmada no pedido de extradição **Ext 426**, de em 04.09.1985, pois "Não consegui, de fato, me convencer das razões que levaram a Corte a fazer a mudança da jurisprudência em 1985", assim como o fez o Ministro Sepúlveda Pertence quando afirmou que "jamais me conformei com a orientação vigente desde 1985".

As duas citações recuperadas apontam para um voluntarismo decisório, pois deixaram de se fundamentar em relevantes mudanças fáticas, de âmbito nacional, e se firmaram na vontade individual dos dois membros da Corte em alterar o precedente firmado, sobretudo porque a redação original do inciso LII do art. 5º e do art. 84 da CR/88 permaneceram inalteradas entre os anos de 1988 a 2004, e portanto, não haviam razões jurídicas para uma nova leitura da Constituição.

Já no Estudo de Caso n. 02, e quando do julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, segunda de quatro mutações constitucionais lá identificadas, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), citou a doutrina de Karl Larenz, que já fazia referência a necessidade de ficar demonstrada uma "alteração na situação normativa", como fator histórico a considerar na mudança de entendimento.

No entanto, no Estudo de Caso n. 02, entre uma mutação e outra, dentre as quatro lá identificadas, não ficaram expressos nos votos quais teriam sido as mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, aptas a justificar cada mudança. Melhor explicando. Quando da segunda mutação, julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, embora tenha sido adotado como critério comum a impedir o início do cumprimento de pena, o evitar a incongruência na jurisprudência do Tribunal, desde o ano de 1991, já havia precedente firmado no sentido da possibilidade de se cumprir a pena antes do trânsito em julgado, que era o **HC 72.366**, em 13.09.1995, paradigma da primeira mutação constitucional.

Logo, o fundamento utilizado não evitava a incongruência do Tribunal, mas sim a criava, pois havia 14 anos do precedente, além do que não se descreveu em 2009, o que teria ocorrido de tão relevante, desde 1995, a justificar a mudança. O que lá ficou foi apenas a vontade dos ministros de então em mudarem o entendimento anterior.

Por outro lado, o Ministro Menezes Direito, durante o julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, chegou a afirmar, mesmo vencido, que a revogação do art. 594 do CPP pela Lei n. 11.719 de 2008, em 22.08.2008, não seria fundamento razoável para alterar seu posicionamento, pois a redação anterior permitia a prisão do condenado reincidente desde a sentença, mesmo que não estivessem presentes os motivos fáticos da prisão cautelar.

E embora tal posicionamento, e pelos fundamentos ora adotados, deveria ter sido relevante considerar essa alteração no cenário jurídico, pois o parlamento em 2008, registrava, peremptoriamente, que mantinha as mesmas justificações para a redação original do inciso LVII do art. 5º do CR/88, de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Ora, o constituinte fez uma expressa opção política em forma de regra para o início do cumprimento de pena, não se preocupando com isso em conceituar processualmente o instituto da coisa julgada, por mais injusta socialmente possa parecer tanta demora em iniciar o cumprimento de uma pena.

Outro argumento fático comumente utilizado no julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, foi buscar atrelar, como 'mudança social', a questão da superlotação dos presídios, que lesionaria direitos fundamentais dos presos. No entanto, não poderia ser assim associado tão somente ao suposto excesso de prisões cautelares judiciais, como reflexo de uma "cultura de prisões", como apontado pelo Ministro Marco Aurélio, Relator da **ADPF 347 MC** (p. 28 de 210), ante as múltiplas possibilidades de suas causas, seja pelo desinteresse político em construir unidades prisionais; haver graves problemas sociais fora dos presídios; impossibilidade de inércia dos agentes do Estado quando diante de práticas criminosas; fechamento generalizado pelo país de unidades prisionais de regime semiaberto; e ainda eventual demora no julgamento do primeiro fato criminoso.

As mudanças que justificam uma alteração constitucional precisam ter relação direta, e tão somente, com o tema objeto da mutação, e não múltiplos fatores.

E ainda há outras questões a serem observadas no Estudo de Caso n. 02, pois não foram apontados o que teria ocorrido de mudança normativa a respeito da prisão cautelar e da prisão definitiva para o início do cumprimento de pena. É que desde 88, o texto sempre autorizou ambas as hipóteses (inciso LXI do art. 5º, para as prisões cautelares, e inciso LVII do art. 5º, para a prisão definitiva). Como também não foram apontados quando do julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, quais novos tratados internacionais sobre direitos humanos teriam sido adotados pelo Brasil entre os anos de 1988 até o ano de 2009 que impedissem o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado.

A falta de indicação de quais mudanças jurídicas, políticas, sociais e econômicas, de âmbito nacional, teriam ocorrido a justificar uma mutação constitucional enseja o que foi apontado pela Ministra Ellen Gracie, quando do julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, de que simplesmente estariam "equivocados todos aqueles que nos antecederam durante vinte anos".

Sem tais demonstrações pode se justificar também o apontado pelo Ministro Gilmar Mendes (Presidente), quando votou no **HC 84.078**, em 05.02.2009, de que "as composições anteriores não nos vinculam"[285], e que eventual mudança no entendimento da Corte não significaria estarem incorretas as decisões anteriores.

Relevante registrar no ponto, que no Estudo de Caso n. 02 o Ministro Gilmar Mendes foi o único a alterar, por três vezes, seu posicionamento nos quatro momentos interpretativos do Tribunal sobre o início da execução penal.

E ainda do Estudo de Caso n. 02, mas agora na terceira de quatro mutações constitucionais lá identificadas, e quando do julgamento do **HC 126.292**, em 17.02.2016, ocasião em que o Tribunal passara a admitir a prisão antes do trânsito em julgado, o Ministro Marco Aurélio estranhou a alteração da jurisprudência do Tribunal, pois "considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma

[285] Sobre o tema: MENDES, Gilmar e VALE, André Rufino do. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do STF**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília IDP, Ano 2, 20082009. ISSN 1982-4564.

diametralmente oposta", sem qualquer demonstração de que o "caso não se mostra próximo de sugerir essa mudança substancial" **HC 126.292**, em 17.02.2016.

Há de se destacar também o voto do Ministro Roberto Barroso no **HC 126.292**, em 17.02.2016, quando expressamente consignou entender ter havido consequências negativas a partir do julgamento do **HC 84.078** em 05.02.2009, dentre as quais o aumento no número de recursos protelatórios, a baixa eficácia de seus provimentos em favor dos acusados em geral, bem como a capacidade de os mais abastados manterem advogados por mais tempo em favor de suas defesas. No entanto, apesar do importante registro, aparentemente indicando mudanças relevantes, o que se propõe nesta tese é que tais mudanças sociais ocorram, em âmbito nacional, após o entendimento anterior, e, logicamente, que já não existiam durante o entendimento pretérito.

Dos fundamentos utilizados, observa-se que sequer foram indicados os dados de eventuais recursos interpostos ou a propositura de recursos em número maior por advogados contratados, quando comparados com os interpostos pela Defensoria Pública, seja num período similar ou anterior ao julgado atacado, para que com isso se demonstrasse a necessidade da mudança do entendimento.

Em sentido oposto ao voto, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), no mesmo julgamento, **HC 126.292**, em 17.02.2016, não viu qualquer influência dos números crescentes de recursos contra decisões condenatórias interpostos por advogados de defesa, para deixar de aplicar a garantia constitucional da presunção de inocência. O curioso neste registro é que durante o mesmo julgamento, viu influência do aumento da população carcerária para além dos 600 mil presos, a fundamentar o impedimento do início do cumprimento de pena criminal.

E ainda em 2016, embora um dos fundamentos comuns utilizados para admitir o início do cumprimento de pena, mesmo pendendo recursos, tenha sido evitar o uso abusivo e protelatório de recursos extraordinários, mesmo com baixa porcentagem de provimento em favor dos condenados. Tal constatação não reflete adequadamente se o reduzido percentual foi significativo ou meramente ocasional, uma vez que não se comparou com o período imediatamente anterior, de 1988 a 2009, e nem se levou em consideração o aumento populacional no país e o quanti-

tativo médio de processos judiciais ativos em trâmite na Justiça em todo o país, nos dois períodos.

E mais uma vez do Estudo de Caso n. 02, mas agora em sua quarta de quatro mutações lá identificadas, julgamento da **ADC 43**, em 07.11.2019, quando o tribunal retomou o entendimento de dez anos antes, ou seja, para impedir o início do cumprimento de pena senão após o trânsito em julgado definitivo da condenação, de igual forma, não foram mencionados especificamente quais novas mudanças fáticas, sejam jurídicas, políticas, sociais e econômicas, de âmbito nacional, teriam ocorrido que já não estivessem presentes desde o ano de 2016. Ou seja, não foram indicadas quais relevantes mudanças ocorreram entre os julgamentos do **HC 126.292**, em 17.02.2016 e da **ADC 43**, em 07.11.2019, a fundamentar uma nova mutação constitucional.

No ponto, embora possível possam ocorrer tais mudanças em um curto período de tempo, o fato é que não foi tão somente o tempo decorrido ou a mudança da composição entre ambos os entendimentos que fundamentou a nova mutação constitucional, e muito menos a indicação de novos fatores até então não considerados, mas sim, e tão somente, a vontade da maioria dos membros do Tribunal.

Constatou-se em 2019 uma repetição dos fundamentos da mutação de 2009, tais como: evitar a incongruência na jurisprudência do Tribunal; garantir efetividade dos direitos fundamentais em favor dos condenados; realizar interpretação literal da constituição; evitar o uso abusivo das prisões; distinguir prisões cautelares de prisões definitivas; respeitar tratados internacionais; manter sintonia com entendimentos similares em outros países; e manter sintonia com as previsões de leis infraconstitucionais.

E ainda do Estudo de Caso n. 02, durante o julgamento da **ADC 43**, em 07.11.2019, apenas o Ministro Celso de Mello e o Ministro Dias Toffoli (Presidente) fizeram expressas referências à existência de apenas um Projeto de Lei, o **PL 4.208/2011**, que havia alterado, em 2011, a redação do art. 283 do CPP, mas apenas porque estava em sintonia com seus entendimentos lá firmados, de não admitirem o início da execução penal antes do trânsito em julgado.

Indica-se assim que não houve qualquer relevante alteração no cenário jurídico, desde a Constituição a justificar as mutações havidas quanto à leitura do

inciso LVII do art. 5º. Este inciso, pois, deveria ter sido cumprido, como anunciado, desde o início de sua vigência, por tratar-se de norma constitucional garantidora de direito fundamental da pessoa condenada, a impedir qualquer atividade persecutória penal do Estado, e com isso a ser interpretado, restritivamente, pelo método clássico da hermenêutica em geral, e não por um dos modernos métodos de interpretação constitucional.

Já no Estudo de Caso n. 03, e durante o julgamento da **ADI 4.277**, em 05.05.2011, sobre o reconhecimento como entidade familiar em favor das uniões estáveis por pessoas do mesmo sexo, apenas o Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Marco Aurélio fizeram referências às proposições legislativas em trâmite, mesmo que não aprovadas pelo parlamento.

Tal constatação indica que não havia mudanças políticas relevantes a considerar no período, apenas a redação original da Constituição. E posteriormente ao julgamento da **ADI 4.277**, em 05.05.2011, atualmente consta a PEC 158/2015, que visa dar nova redação ao §3º do art. 226 da Constituição Federal, a qual embora proposta em 21.10.2015 encontra-se "Pronta para entrar na pauta de votações na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania".

A ausência de mudanças políticas relevantes, de âmbito nacional, não impediu, como ocorreu no julgado acima, que eventuais mudanças sociais justificassem a alteração lá havida, desde que respeitada a harmonia e a independência entre os poderes. E foi o que ocorreu, pois tanto o Ministro Luiz Fux quanto o Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da **ADI 4.277**, em 05.05.2011, preocuparam-se em demonstrar um cenário nacional de aceitação do novo comportamento entre casais do mesmo sexo, o que de fato se mostra um relevante critério como aqui adotado, pois caso a mudança social detectada foi perene, logo não transitória, e de âmbito nacional, pelo que deveriam levá-la em consideração, sem se descuidarem porém opções políticas dos representantes do povo.

Por sua vez, no Estudo de Caso n. 04, e quando do julgamento da questão de ordem no **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, primeira mutação lá identificada, o Ministro Carlos Velloso, votando para justificar o cancelamento da Súmula 394 do STF, e com isso a restringir o foro dos parlamentares naquele Tribunal, justificou seu entendimento no fato de que à época de sua edição eram poucos os casos crimi-

nais que chegavam ao Tribunal, e em razão de seu aumento significativo, justificada estaria a mudança de entendimento.

Embora o argumento fático de mudança da realidade social, não só o Ministro Carlos Velloso não trouxe os números que o justificassem, como não demonstrou o que teria efetivamente mudado na dinâmica dos julgamentos a ponto de alterar informalmente a competência do STF, à revelia do parlamento.

Já quando do julgamento da também questão de ordem na **AP 937 QO**, em 31.05.2017, e ainda no Estudo de Caso n. 04, o Ministro Roberto Barroso (Relator) entendeu que se encontrava devidamente fundamentada a mutação constitucional pela alteração da realidade fática, em razão de o constituinte jamais ter suposto haver mais de quinhentos processos criminais em trâmite no Tribunal, bem como nas muitas declarações de prescrição das acusações criminais, afora o fomento da "impunidade e o desprestígio" do Tribunal.

Inclusive, o Ministro Roberto Barroso (Relator) chegou a afirmar que entendia haver mutação quando o Tribunal, embora não considerasse errado o entendimento anterior, adotava sentido interpretativo diverso, baseado na mudança da "realidade fática", ou na mudança da "percepção social do Direito" ou ainda "porque as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial revelaram-se negativas".

Justificou ainda no fato de haver em tratados internacionais a garantia do duplo grau de jurisdição, não atendida pela jurisdição única exercida pelo STF.

Inclusive constatou ainda tratar-se tecnicamente o julgado de uma mutação constitucional, a qual não pressupunha uma afirmação de estar errado o entendimento pretérito, apenas que haveria mudanças na "realidade fática", na "percepção social do Direito", ou por se ter detectado serem negativas as "consequências práticas de uma orientação jurisprudencial" anterior.

Ainda no mesmo Estudo de Caso n. 04, e durante a segunda mutação constitucional judicial lá identificada, mas em momentos processuais distintos, tanto o Ministro Roberto Barroso (Relator) na **AP 937 QO**, julgada em 31.05.2017, quanto o Ministro Alexandre de Moraes em 23.11.2017 entenderam justificada a mudança de entendimento do Tribunal, em razão de alteração da circunstância jurídi-

ca do entendimento anterior. No caso, a promulgação da EC n. 35/2001, quanto ao modo de processamento criminal dos parlamentares federais, que passara a ser dispensada a prévia autorização da casa legislativa respectiva.

De igual modo, a Ministra Rosa Weber, no mesmo Estudo de Caso n. 04, **AP 937 QO**, em 01.06.2017, também entendeu fundamentada a mutação pela ocorrência de "mudança da realidade fática", ou mudança na percepção do direito.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes não entendeu ser o caso de mutação a alteração do entendimento a respeito do foro por prerrogativa de função, por lhe faltar uma condição prévia, a demonstração da mudança fática posterior ao anterior entendimento.

Por sua vez, o Ministro Roberto Barroso (Relator), ainda na segunda mutação constitucional da **AP 937 QO**, em 31.05.2017, chegou a citar as doutrinas de Karl Larenz e Riccardo Guastini, como meios para reduzir o campo de aplicação da norma em favor de um sentido oculto não expressamente escrito na norma.

Deste modo, a proposta que ora se apresenta nesta tese, como um dos critérios indispensáveis à fundamentação de uma mutação constitucional judicial, encontra-se em sintonia com o fundamento utilizado pelo Ministro Roberto Barroso (Relator) de alteração da realidade fática, em âmbito nacional, e não porque haveria mais de 800 agentes com foro no STF, posto que essas pessoas já se encontravam sob a mesma jurisdição do Tribunal desde quando promulgada a constituição.

No entanto, o quantitativo e a qualidade dessas autoridades não só já estavam definidas desde a vigência da Constituição de 88, como também não foram alteradas significativamente até o momento por emendas formais do parlamento. Embora seja certo, que foram conferidos aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica o foro por prerrogativa no STF pela EC n. 23, de 02.09.1998, incluídos assim na alínea 'c' do inciso I do art. 102 da CR/88, por não estarem assim sujeitos a julgamento pelo STF, por crime comum, quando da promulgação da Constituição em 05.10.1988.

No entanto, embora tal acréscimo, não se afeiçoou claramente justificada a mudança, por dois fatores: primeiro, não se demonstrou uma considerável elevação na carga de trabalho dos ministros com tais novos foros, até porque sendo

oficiais militares das mais altas patentes de suas respectivas armas, não é usual serem acusados por crimes comuns. E segundo, quando do julgamento da **AP 937 QO**, em 03.05.2018 já havia se passado quase vinte anos da vigência da EC n. 23/1998, tempo mais do que suficiente para se demonstrar ter sido essa alteração legislativa a causadora de eventual mudança no entendimento da Corte.

Essa incongruência já havia sido apontada pelo Ministro Alexandre de Morais ao julgar a **AP 937 QO**, em 23.11.2017, quando seguiu o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, quanto a inexistência de pesquisas empíricas que comparassem o "grau de efetividade de ações penais contra as altas autoridades da República, antes e depois do aumento das hipóteses de "foro privilegiado", como outras que comparassem a efetividade da jurisdição do STF em matéria penal com a da justiça de primeiro grau.

Inclusive, no Estudo de Caso n. 04, a temática da impunidade foi bastante citada pelos ministros que participaram dos julgamentos, como relevante mudança social a justificar a interpretação mais restritiva quando os agentes públicos detentores de foro especial estavam sendo acusados de crime comum. Na ocasião, em 2018, auge da "Operação Lava Jato", como lá mencionado, o STF buscava se distanciar da pecha de ser um Tribunal da impunidade, sentimento compartilhado por grande parte da sociedade, de que a primeira instância seria mais ágil e eficiente em puni-los, como ocorrera com o então ex-Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, preso em 07.04.2018, e posteriormente solto 08.11.2019, após o julgamento do mérito da **ADC 43**, em 07.11.2019.

No entanto, esse 'sentimento de impunidade', ou o eventual 'desprestígio do STF', não se mostrou suficientemente apto a indicar uma mudança social perene, e, portanto, não provisória, do comportamento decisório do Tribunal, ao ponto de ser utilizada para alterar a competência da Corte por mutação constitucional, sobretudo quando o parlamento não se mostrava assim tão distante ou inerte em mudar formalmente a Constituição.

Além do que, essa alteração da competência de Tribunal, por mutação constitucional, traz embutida diversas hipóteses excepcionais, não devidamente refletidas pelos ministros, como se apresentaram nos debates que se seguiram ao julgamento da **AP 937 QO**, em 03.05.2018, em hipóteses como: o parlamentar que

era detentor de cargo com foro por prerrogativa no STF, mas que posteriormente deixava de exercê-lo, ou que posteriormente voltava a assim ocupar, durante o trâmite da ação penal respectiva.

E essa dificuldade de estar legislando por jurisprudência foi expressamente mencionada pelo Ministro Dias Toffoli, uma vez que o Tribunal estaria assumindo a posição de legislador constituinte, e por mera interpretação da Constituição, deixando de se manter competente para julgar parlamentares federais, tão somente pela alegação de impunidade no trâmite das ações penais que lá tramitam. Entendeu ainda o Ministro Dias Toffoli, que o Tribunal estaria usurpando sua própria competência, transferindo para o primeiro grau, processos criminais para os quais o constituinte direcionou ao STF desde a diplomação dos eleitos, e não a partir de outro momento processual, como o da prática criminosa

Em finalização deste tópico, o que ora se propõe, é que para uma mutação constitucional judicial necessárias sejam demonstradas claramente no voto de cada ministro quais foram as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, que teriam ocorrido da vigência da norma constitucional controversa ou do entendimento judicial anterior, a justificar uma mudança na constituição.

Esta proposta conta com singular sintonia histórica na tradição do Direito Processual Civil brasileiro, desde o CPC de 1939, inclusive. É que o atual CPC de 2015, em seu inciso I do art. 505, repetindo anterior redação do inciso I do art. 471 do CPC de 1973, e também anterior redação similar no inciso II do art. 289 do CPC de 1939, sempre garantiu que a "relação jurídica de trato continuado", mesmo acobertada por sentença transitada em julgada, poderia ser revista, caso sobreviesse "modificação no estado de fato ou de direito". E aplicado esse fundamento, apenas novos e relevantes motivos seriam aptos a justificar uma informal mudança da Constituição, já que se trata de uma norma que se pretende ser perene, enquanto não alterado o modelo constitucional.

Por sua vez, e por analogia, nas ações de alimentos, eventual mudança na decisão judicial que os fixou poderá ser revista, 'a qualquer tempo', desde que justificadas em mudanças na necessidade de quem pede, ou na capacidade financeira de quem deve (arts. 13 e 15 da Lei n. 5.478/1968 - Lei de Alimentos). Inclu-

sive, essa possibilidade continuou no art. 1.699 do CC de 2002, que assim igualmente permite se “sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe”.

De igual modo, na Lei n. 11.340/2006 - Lei Maria da Penha, já alterada pela Lei n. 14.550/2023, ao incluir o §6º ao art. 19, e consignar taxativamente que as medidas protetivas de urgência em favor das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar vigorarão “enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes”, também encontra assim sintonia.

Deste modo, e por equiparação, enquanto não alterados os cenários jurídico, social, político ou econômico, não haverá razão para deixar de considerar a autoridade da norma constitucional vigente ou da decisão judicial anterior. E dito de outro modo, enquanto persistirem os mesmos motivos fáticos ensejadores da norma constitucional como aprovada pelo Parlamento, ou do anterior entendimento judicial firmado pelo Pleno do STF, deverão permanecer intactas as interpretações das normas constitucionais.

8.2.3
A observância das cláusulas pétreas (§4º do art. 60 da CR/88)

Outra relevante condição indispensável à mutação constitucional judicial é a observância do conteúdo material das cláusulas pétreas de que trata o §4º do art. 60 da CR/88. E embora essa disposição esteja vinculada ao processo legislativo especial para a formal alteração da Constituição por emenda do parlamento, deixar o Tribunal de considerar equivale a mudar o núcleo essencial da formatação política adotada em 88.

Assim como não há no texto qualquer previsão normativa para que o STF possa realizar uma mutação constitucional por via interpretativa judicial, também não há qualquer limite a essa atividade. Ocorre que em razão da crescente movimentação do Tribunal como instância solucionadora das várias questões políticas que envolvem a concretização de direitos fundamentais, como identificado por Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando, em artigo publicado no ano de 2016, com o título “Dispersão de Fundamentos no STF. Direito, Estado e Sociedade”, no qual analisam as causas da proeminência do ativismo judicial do Tribu-

nal, e concluem que suas decisões se apresentam com uma "dispersão de fundamentos", e não como uma síntese do entendimento coletivo (Leite e Brando, 2016, p. 139), afeiçoa-se necessário compreender como se estabelecer limites a esta atividade jurisdicional.

Na conclusão do estudo acima inclusive, Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando afirmam que o modelo de julgamento adotado pelo STF "permite que alguém afirme ter a melhor solução para um problema sem submetê-la a um efetivo teste público" (Leite e Brando, 2016, p. 162).

Já nesta tese de doutorado, constatou-se que a prevalência dos modernos métodos de interpretação da Constituição, como tratado no *Capítulo 3*, quando associado à mutação constitucional judicial, e quando desconsideradas as cláusulas pétreas, explicam as motivações por trás dessa atividade criativa dos ministros. E a não observância pela Corte de tais cláusulas pétreas abre caminho interpretativo para driblar as opções políticas dos demais poderes, e com isso a mudar informalmente a Constituição.

E até mesmo a escolha aleatória ou deliberada de algum método de interpretação das normas constitucionais altera o resultado final, como advertiu Konrad Hesse, quanto à eventual escolha de um método de interpretação literal, sistemática ou teleológica (Hesse, 1998b, p. 58). O autor inclusive já advertia quanto ao uso do método teleológico, por se afeiçoar a uma verdadeira "carta branca" ao intérprete, que pode chegar a diversos resultados, a depender de que sentido se almeja apontar a norma.

Por outro ângulo, Virgílio Afonso da Silva, tratando sobre a técnica da interpretação conforme à constituição, igualmente advertia que seu uso reiterado não só traria o inconveniente de tornar impossível a leitura da norma senão no sentido interpretado pelo STF, como também aumentava a concentração de poder em favor do Tribunal, pelo risco de qualquer desobediência (Silva, 2006a, p. 205). E o mesmo autor, em outra obra, sobre a dificuldade de conciliar o papel do STF durante o controle de constitucionalidade, seja como o maior guardião da Constituição, e com isso líder das decisões contramajoritárias do Parlamento, ou mesmo reservando-se um papel mais contido, e com isso deixando a cargo do legislativo a tomada das decisões políticas, sugere expressamente um diálogo entre as instân-

cias, valorizando assim o papel do Senado Federal durante o controle de constitucionalidade, na forma do inciso X do art. 52 (Silva, 2009c, p. 220).

Detectou-se nesta tese que os métodos clássicos de interpretação das normas podem ainda ser usados para afirmar a literalidade de uma norma, e dela extrair o efeito que se pretenda, sobretudo para evitar a limitação da aplicação de um direito ou de uma garantia fundamental, assim como se recomendaria utilizar um dos modernos métodos hermenêuticos para em sentido inverso, estender ou garantir um maior 'efeito integrador'.

Foi neste sentido que a Ministra Rosa Weber, formando maioria decisória durante o quarto de quatro momentos interpretativos do Estudo de Caso n. 02, e quando do julgamento conjunto da **ADC 43**, da **ADC 44** e **ADC 54** em 05.10.2016, afirmou que não lhe era "dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade", referindo-se na ocasião à redação original do inciso LVII do art. 5º. De igual modo, o Ministro Ricardo Lewandowski, no mesmo acórdão optou, como regra de julgamento, a interpretação literal do inciso LVII do art. 5º. Porém, assim não o fez quando julgou a **ADI 4.277**, em 05.05.2011, objeto do Estudo de Caso n. 03, e desconsiderou a literalidade do §3º do art. 226, para lhe conferir interpretação mais extensiva em favor das uniões estáveis por pessoas do mesmo sexo, e com isso garantir o tratamento de família, algo só conferido expressamente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher.

Logo, a escolha do método interpretativo, como já analisado, caso a caso, pode favorecer a manutenção da jurisprudência da Corte, ou instaurar um novo posicionamento, a depender dos interesses de seus integrantes, motivo pelo qual impõe-se a necessidade de se estabelecer limites a esta atividade.

E desde já, por limites aqui entenda-se onde deva parar o exercício da jurisdição constitucional, sua contenção, algo que se espera deva ocorrer para que se paralise a atividade de contínua interpretação do texto, e a partir de então se considere um extrapolar dessa jurisdição, visando garantir a autonomia e a independência entre os poderes.

E de logo, denota-se do próprio texto escrito haver expressos limites às mudanças formais da constituição quando desempenhadas pelo parlamento, visando

garantir sua força normativa, supremacia constitucional e princípio democrático (Pedra, 2009, p. 197).

E apesar de a constituição ser omissa em assim estabelecer limites à mutação constitucional judicial, muitos e relevantes são os argumentos daqueles que defendem sejam os mesmos das emendas ou revisões formais pelo Parlamento, ou seja, as cláusulas pétreas do §4º do art. 60 da CR/88 (Leite, 2006a, p. 150; Pedra, 2009, p. 222; Ferraz, 2015, p. 106; Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2019, p. 161; Rosa, 2020, p. 189; Baini, 2021, p. 571), pois se nem mesmo os legisladores poderiam desempenhar o poder reformador, igualmente não poderia o Judiciário.

E considerando também que um tribunal constitucional existe exatamente para proteger a constituição (López Cadena, 2007, p. 312), seu contínuo exercício abusivo tende a não se auto conter e a extrapolar a interpretação razoável, desestabilizando o equilíbrio entre os poderes (Bulos, 2015b, p. 442), apresentando risco real à democracia representativa (Melo, 2019, p. 267; Baini, 2021, p. 674), podendo até mesmo configurar um 'governo de juízes' (Ferraz, 2015, p. 111) ou um 'Império dos Tribunais' (Abboud, 2021, p. 6).

Por outro ângulo, há quem não vislumbre quaisquer limites às mutações, nem mesmo o texto constitucional, pois deveria ser continuamente interpretado, cabendo apenas à consciência do intérprete ou às pressões externas aos órgãos do Estado vindas da própria sociedade (Bulos, 1996a, p. 42; Bulos, 1997c, p. 89; Bulos, 2015b, p. 439), ou também que tais limites, por serem tênues, arrisca-se a democracia, e com isso seu exercício deve ser moderado, cauteloso, sobretudo pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário (Melo, 2019, p. 269, 281; e Ramos, 2013, p. 155).

Porém, para os autores que admitem a limitação, impediriam a mutação constitucional a atividade interpretativa do STF que tenda a abolir a forma federativa de Estado (art. 1º da CR/88); a harmonia e a independência entre os poderes (art. 2º da CR/88); a garantia dos direitos fundamentais, sejam os individuais, sociais ou os coletivos (arts. 5º, 6º e 7º da CR/88), ou até mesmo o não retrocesso quanto aos direitos adquiridos (Rosa, 2020, p. 189); e ainda os direitos políticos dos cidadãos e seus representantes, e com isso a possibilidade de alternância do

poder político pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto , com valor igual para todos (art. 14 da CR/88).

Como consequência caberia ao parlamento exercer a prerrogativa de ser aquele que altera o rumo político do Estado, embora deva observar, assim como o próprio STF, às cláusulas pétreas do §4º do art. 60 da CR/88[286]. E embora no §1º do art. 60 haja outro limite circunstancial à reforma ou a emenda pelo parlamento, quando da vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (Duarte Neto, 2009, p. 215), tal não se aplica à mutação judicial, posto não haver no texto qualquer disposição que suspenda ou impeça a contínua e permanente atividade do Poder Judiciário, nem mesmo na vigência de Estado de Defesa ou Estado de Sítio (arts. 136 e 137 da CR/88).

Virgílio Afonso da Silva, em trabalho monográfico sobre o papel do STF no controle de constitucionalidade, e em crítica a suposta dualidade para ver quem melhor defenderia a Constituição (Silva, 2009c, p. 204), entende que o modelo adotado no Brasil, de guarda precípua da Constituição a cargo do STF, não se ajusta aos modelos europeus para o controle de constitucionalidade. Entende carecer de maior clareza as decisões do Tribunal, pela falta de troca de argumentos entre os ministros, uma vez que o debate não é valorizado, mas sim, e tão somente, a leitura de votos previamente escritos, bem como por não haver uma decisão colegiada, mas sim a soma das decisões individuais sintetizadas no acórdão final, o que leva a falta de clareza e objetividade nessas decisões (Silva, 2009c, p. 217).

E apesar de sugerir um diálogo entre os três poderes para a tomada de decisões judiciais que envolvem a escolha de opções políticas, com propostas que vão de alteração regimental no âmbito do STF para privilegiar o debate (Silva, 2009c, p. 220), não apresenta o autor um modo como assim deva ocorrer.

Já Luiz Guilherme Marinoni, quando publicou em 2022 o artigo científico "Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor", não só sugeriu o mesmo diálogo institucional proposto por Virgílio Afonso da

[286] Ainda em 1954, Nelson de Sousa Sampaio, sob a vigência da Constituição de 1946, já advertia para os riscos dessa atividade interpretativa desmedida de buscar o 'espírito da constituição', seja pela imprecisão e vagueza do que isso viesse a gerar, como também pela possível inércia dos encarregados de guardar o guardião da constituição, pois se adormecidos no posto ficariam de 'mãos atadas' (Sampaio, 1954, p. 112).

Silva, como propôs, objetivamente, que o STF deveria se abster de decidir sobre dada controvérsia constitucional sensível a respeito de direitos fundamentais que ainda careça de deliberação pelo parlamento, deixando de se "aprofundar a discussão teórica da questão à luz dos direitos fundamentais, afirmando a qualidade (provisória) da sua decisão em sua parte dispositiva" (Marinoni, 2022d, p. 78).

Sugere ainda Marinoni, expressamente, a partir da experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos, que a Corte brasileira poderia adotar a técnica decisória lá denominada de 'segundo olhar', a partir da qual, sem se aprofundar sobre o tema constitucional controverso, deixa margem à deliberação política do parlamento quando realiza seu julgamento, anunciando inclusive "prazo para a retomada do julgamento da questão não decidida" (Marinoni, 2022d, p. 79).

No entanto, essa técnica decisória não é adotada pelo STF, e quando muito alguns ministros até reconhecem a importância de observância das cláusulas pétreas, como limites à jurisdição constitucional, mas nunca como paralisação dessa atividade, ou mesmo seu postergar, como sugere Marinoni. Foi assim quando o Ministro Edson Fachin reconheceu haver cláusulas pétreas implícitas no Direito Constitucional brasileiro, desde a Constituição Imperial de 1824, ante o estabelecimento de "quórum qualificado para a alteração de matérias constitucionais específicas", fato que se sucedeu em todas as demais.

Inclusive, o mesmo ministro remeteu a origem histórica da construção doutrinária das cláusulas pétreas ao Direito Alemão, quando assim foi esboçado na Constituição de Weimar de 1919[287]. No entanto, após o fim da II Guerra, na Constituição Alemã de 1949 foram estabelecidas disposições constitucionais emendáveis e outras imutáveis (*Ewigkeitsklausel*)[288]. E a partir desse modelo, outras constituições a adotaram mundo afora[289].

Já o Ministro Ricardo Lewandowski, quando do julgamento da **ADC 43**, em 24.10.2019, no Estudo de Caso n. 02, fez expressa referência às cláusulas pétreas,

---

[287] Ver **Verfassung des Deutschen Reichs [Constitution of the German Reich],** Aug. 11, 1919, RGBI. I at 1382, Artigo nº 76.

[288] Ver PREUSS, Ulrich K. The implications of Eternity Clauses: The German Experience. **Israel Law Review**, v. 44:429, p. 429-448, 2011.

[289] Ver ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea. **American Journal of Comparative Law**, v. 61, p. 657-719, 2013.

como limites materiais às mutações constitucionais. Assim como o Ministro Marco Aurélio, quando do terceiro de quatro momentos interpretativos do Estudo de Caso n. 02, julgamento do **HC 126.292**, em 17.02.2016, ao entender que a literalidade do dispositivo do inciso LVII do art. 5º, que assim vedava expressamente, seria um limite material de direito e garantia individual do cidadão que não poderia o STF transpor, e que no seu entender já teria avançado e extravasado tanto seus limites, à semelhança de um "bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa".

O Ministro Marco Aurélio, afirmou inclusive que o resultado do julgamento importava numa "verdadeira promulgação de Emenda Constitucional". No entanto, apesar de aparentar fundamentar no sentido do que ora se propõe nesta tese, como um dos requisitos indispensáveis à uma mutação constitucional, o mesmo, quando do julgamento do Estudo de Caso n. 01, sobre a extradição de estrangeiro para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua no estrangeiro, votou por desconsiderar a literalidade do disposto no inciso LII do mesmo art. 5º, o qual apenas não permite a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião, e não para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua no exterior.

Logo, o Ministro Marco Aurélio participou formando maioria decisória na mutação constitucional do Estudo de Caso n. 02, e também na do Estudo de Caso n. 01, porém nesta última, diferentemente daquela outra, desconsiderou a literalidade da redação original do texto constitucional.

Afora isso, uma outra questão que precisa ser considerada quanto ao limite à mutação constitucional, é como se exigir do próprio do Tribunal, caso o infrinja, já que não haveria a quem recorrer.

A ausência de qualquer limite às mudanças informais da constituição promovida pelo STF aflora voluntarismo em decisões meramente políticas, influenciáveis por interesses momentâneos e casuísticos, "o que resulta em contradições argumentativas e perda de coerência interna do Colegiado" (Teixeira e Nascimento, 2017, p. 455). Neste sentido, Oscar Vilhena Vieira, em artigo intitulado "Supremacia", chegou a propor já em 2008, após descrever como a instituição havia chegado a essa posição de proeminência na vida política do Brasil, que deveria o STF não só tornar mais pública e transparente sua agenda de julgamentos, como

até mesmo adotar um novo modelo de pauta, que lá propôs, deixando os julgados de serem apenas o somatório de onze decisões diferentes para uma decisão mais colegiada e uniforme (Vieira, 2008a, p. 459). E afirmou ainda que os voluntarismos nas decisões tomadas pelos ministros decorreriam do não privilegiar o debate, da ausência de critérios claros nas decisões lá tomadas (Silva, 2009c, p. 220).

Por tais constatações, afeiçoa-se indispensável ao STF considerar esta implícita limitação para eventual mudança da leitura do mesmo texto constitucional escrito, ou a afirmação de uma norma constitucional oculta, sob pena de o julgado final desarmonizar a essência ou o núcleo básico da Constituição.

Por fim, a ideia de proteger o núcleo do texto constitucional é proscrever eventuais tentativas de "alterações tão drásticas que cheguem a ocasionar a ruptura da ordem", como se acautelou a pesquisadora Adriana Zawada Melo em artigo científico sobre "A limitação material do poder constituinte derivado" (MELO, 2008, p. 50).

Abaixo então como tais limitações do §4º do art. 60 da CR/88 se aplicam às mutações judiciais, iniciando pela previsão de que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado.

8.2.3.1
A forma federativa de Estado, como limite à mutação constitucional judicial (inciso I do §4º do art. 60 da CR/88)

Como mencionado no *Capítulo 3*, quando se tratou da importância dos métodos hermenêuticos clássicos para certas espécies de normas constitucionais, a forma federativa de Estado, de que trata o inciso I do §4º do art. 60 da CR/88, limita a atividade interpretativa do STF em mutação, por ser uma cláusula pétrea que remonta à época do Brasil Império (arts. 2º, 40 e 71 da CI/1824).

E sem um aprofundamento histórico a respeito dos diversos tratamentos jurídico constitucionais ao longo das constituições brasileiras, quanto a divisão política do país, nem uma análise teórica sobre o conceito de soberania, mas apenas registrando que a divisão em unidades menores foi assim mantida, sucessivamente, tanto no art. 2º da CR/1891, quanto no art. 1º da CR/1934, art. 3º da CR/1937, art. 1º da CR/1946, art. 1º da CR/1967 e art. 1º da CR/88, os Estados federados no Brasil nunca exerceram por si qualquer soberania no plano internacional, apenas

limitada autonomia política no âmbito interno, apesar de dotados das três funções básicas (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário), mas sempre seguindo certos comandos contidos na Constituição nacional, conforme lição de José Afonso da Silva (Silva, 2008, p. 100).

No entanto, a cláusula pétrea do inciso I do §4º do art. 60 da CR/88, "forma federativa de Estado", não se limita a garantir a "união indissolúvel" das unidades federadas de que trata o art. 1º, como algo a impedir a separação de alguma delas do conjunto das demais, mas sim, tornar claro que o modelo constitucional adotado exige do STF que observe, em eventual mutação constitucional, não só essa autonomia das unidades, como também suas opções políticas, visando a unidade e a integração nacional.

A partir de tais premissas, e analisando a terceira mutação constitucional identificada no Estudo de Caso n. 04, quando do julgamento da **ADI 6.515**, em 23.08.2021, constatou-se que assim não observou o Tribunal com a solução final lá adotada. É que não admitiu o estabelecimento de foros por prerrogativas em Constituições dos Estados e em Lei Orgânica do DF, caso o cargo desempenhado não guardasse simetria com outro estabelecido na Constituição de 88. No entanto, embora essa decisão possa parecer atender ao caráter nacional das competências jurisdicionais nos Estados, não observou a autonomia político-administrativa dos entes federados, de que trata o art. 18 da CR/88, que permite a regência por constituições estaduais, na forma do art. 25.

Melhor desenvolvendo. Considerando que o texto constitucional vigente garante não só aos entes federados a mesma autonomia político-administrativa que confere à União, e até mesmo admite que se organizem e se regulem por constituições próprias, facultando-lhes estabelecerem, expressamente, certas competências jurisdicionais em tribunais locais, não estaria com isso demonstrada que a decisão do STF extrapolara a cláusula pétrea da forma federativa dos Estados, e com isso invadira a competência legislativa dos entes federados?

Por outro ângulo, onde no texto se exige das constituições dos Estados que observem simetria no estabelecer competências jurisdicionais dos tribunais locais? O que exige o §1º do art. 25 é tão somente que os Estados e o DF não atribuam para seus tribunais competências jurisdicionais "que não lhes sejam vedadas por

esta Constituição". Ora, apenas não poderiam, em suas constituições locais e lei orgânica próprias, conferir foro por prerrogativa para certa autoridade, que já estivessem contempladas na CR/88, ou não poderiam estabelecer em seus textos quaisquer regras de exclusão ou de restrição a foros já garantidos na CR.

Curiosamente o STF já havia assim entendido em 03.05.2017, quando julgou a **ADI 5.540**, ao não permitir que constituição estadual exigisse prévia autorização da Assembleia Legislativa para o recebimento de denúncia ou queixa em ação penal contra Governador de Estado, por crime comum, posto ser esta autoridade julgada no STJ, conforme alínea 'a' do inciso I do art. 105 da CR/88.

Caso fosse admitida essa restrição estabelecida na Constituição estadual para processar e julgar Governador de Estado, uma unidade federada poderia impedir o livre exercício de uma competência jurisdicional do STJ, que é estabelecida pela Constituição Federal.

E finalizando este tópico, e por não ser um dos objetivos desta tese a análise pormenorizada de toda a jurisprudência do STF para fins de suposta conferência de sua aplicação, passa-se para a análise da próxima cláusula pétrea que se espera limite as mutações constitucionais judiciais a cargo do Tribunal.

8.2.3.2. O voto direto, secreto, universal e periódico , como limite à mutação constitucional judicial (inciso II do §4º do art. 60 da CR/88)

Também deve limitar a atuação do STF, mesmo em mutação constitucional judicial, qualquer decisão que de algum modo desconsidere "o voto direto, secreto, universal e periódico", por serem garantias da soberania popular estabelecidas no art. 14 da CR/88. E a razão é simples, e óbvia, é a partir do voto que se elegem os representantes políticos nos parlamentos, nacional e nos Estados, no DF e nos Municípios, além dos gestores executivos da União, dos Estados e dos Municípios, e portanto, a base do modelo de democracia representativa adotado na Constituição.

E, portanto, não se fará aqui qualquer aprofundamento da origem ou evolução histórica do voto, seja para fins de descrever sua importância ou indispensabilidade, por não se tratar de um dos objetivos específicos desta tese, apenas de que se parte do pressuposto de ser o voto a base da democracia representativa.

A cláusula pétrea do inciso II do §4º do art. 60 da CR/88 se liga intimamente à cláusula seguinte, a do inciso III, da "separação dos Poderes", por deixar claro que os cargos políticos nos Poderes Legislativo (Deputados Federais, Deputados Estaduais, Deputados Distritais e Vereadores) e Executivo (Presidente da República, Governador de Estado e do Distrito Federal e Prefeito, com seus respectivos cargos de Vice) são elegíveis, periodicamente, a partir de livres escolhas populares, enquanto que para os cargos do Judiciário, não se estabelece essa regra.

Logo, os ocupantes dos cargos do Poder Judiciário, inclusive os ministros do STF, não expressam a vontade política do povo, e, portanto, não representam a visão de democracia no Brasil.

O grande debate acadêmico que poderia a partir de então se instalar é sobre os dois modelos de democracia possíveis, o de 'democracia representativa', a cargo dos políticos eleitos, e o de 'democracia contramajoritária', exercida a partir de decisões do STF, quando eventualmente desconsidera as opções e as escolhas dos parlamentares e chefes dos executivos dos demais poderes, supostamente para efetivar direitos e garantias individuais e coletivas em favor de minorias que não teriam força de influenciar as deliberações dos demais poderes.

Embora haja argumentos a favor e contra ambos os lados, serão melhor desenvolvidos no próximo tópico, quando da análise da "separação dos Poderes", como limite à mutação constitucional, por se ater melhor a essa limitação. No entanto, uma singular mutação havida na vida jurisprudencial do STF, e que curiosamente respeitou, implicitamente, a cláusula pétrea do "voto direto, secreto, universal e periódico" (inciso II do §4º do art. 60), por expressar a escolha do eleitor, se deu quando do julgamento do tema sobre a "Fidelidade Partidária".

O Pleno em 04.10.2007 julgou conjuntamente três Mandados de Segurança (**MS 26.602**; **MS 26.603** e **MS 26.604**), interpostos por partidos políticos contra a mesa da Câmara dos Deputados, para dar posse a respectivos suplentes, por troca voluntária de deputados federais entre as agremiações, após as eleições. Entendiam os partidos que com tais mudanças suas respectivas bancadas sofriam prejuízos, sobretudo porque as deliberações da Casa levavam em consideração o tanto de força política que representavam.

A solução dada pelo STF foi ler o inciso V do §3º do art. 14 da CR/88, redação original da Constituição inclusive, que trata das condições de elegibilidade, dentre as quais a "filiação partidária", como se nele estivesse sendo exigido do parlamentar não só essa filiação, mas também a fidelidade ao partido após eleito.

Na ocasião, foi citado o §1º do art. 17, que desde sua redação original, embora tenha "assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento", sempre a condicionou à necessidade de estabelecerem "normas de fidelidade e disciplina partidárias".

Como se viu, tratou-se de hipótese de mutação constitucional judicial, por mudar o anterior entendimento da Corte sobre o tema, como apontado tanto pelo Ministro Menezes Direito no **MS 26.602** (p. 45 de 234), como pelo Ministro Celso de Mello (Relator) (p. 93 de 234), e pela Ministra Cármen Lúcia (Relatora) (p. 77 de 234), pois até então não se entendia essa exigência de fidelidade partidária, caso o deputado federal mudasse de partido após eleito.

Tal mudança também se enquadraria, como uma afirmação de uma norma constitucional até então oculta, pois afirmara a necessidade de não só o candidato se filiar a partido político, como também a este se manter fiel.

E por fim, interessa à proposta de sistematização o apontado pela Ministra Cármen Lúcia (Relatora) no **MS 26.604** (p. 56 de 335), quando relacionou que o eleitor não era de todo livre para escolher quem quisesse como seu parlamentar, pois ficava condicionado à lista de candidatos disponibilizada pelos partidos políticos para o cargo respectivo, assim como o candidato não estaria livre para, após eleito, mudar deste partido.

Em síntese, no caso da fidelidade partidária, o STF não só realizou uma mutação constitucional, como atendeu ao inciso II do §4º do art. 60 da CR/88.

8.2.3.3
A separação dos Poderes, como limite à mutação constitucional judicial (inciso III do §4º do art. 60 da CR/88)

"*Qualquer sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição*". (Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).

Dentre as cláusulas pétreas, a separação dos Poderes é a que mais merece atenção em eventual mutação constitucional judicial pelo STF, pelas múltiplas possibilidades de uma atividade criativa por parte do Tribunal. E embora não seja necessário um maior aprofundamento teórico e uma demonstração de sua origem histórica, mas algumas premissas se impõem.

E a lógica por trás dessa separação sempre foi evitar uma concentração de poder nas mãos de poucos, sobretudo em modelos constitucionais cuja vontade popular se baseia nas contribuições democráticas . No entanto, o modelo de democracia baseado na separação das funções estatais vem recebendo críticas há pelo menos cem anos, desde quando Léon Duguit, em 1926, lecionava direito público em Paris, e a entendia como um impedimento histórico à necessária e maior valorização do parlamento, em detrimento do sistema presidencialista (Duguit, 1926, p. 191).

Há quem sequer vislumbre mais alguma utilidade nessa separação, como Paulo Bonavides em sua obra "Do Estado Liberal ao Estado Social", propondo-o como solução, uma alteração no sistema de governo, para o parlamentarismo, com vistas a um maior diálogo entre os poderes, mas sem nada propor quanto ao Poder Judiciário, especificamente (Bonavides, 2011b, p. 86).

Porém, para o Brasil de agora e por ora, e para evitar eventual concentração de poder, sobretudo em mãos do STF, se faz necessária a valorização de um meio eficaz do sistema de "freios e contrapesos" (Camargo, 2017, p. 29; e Alves e Santos, 2017, p. 19). O próprio texto de 88 assim não só previu essa separação, como também estabeleceu um intrincado sistema para contrabalancear eventual proeminência de algum dos três poderes.

Percebe-se desde a leitura do art. 2º, quanto a serem os "Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", que o núcleo essencial do dispositivo é exatamente a harmonia e a independência, a partir do qual se pressupõe uma esperada contenção no agir de cada um deles.

Essa harmonia e independência ficam ainda mais evidentes quando os campos de atribuições de cada Poder estão bem delineados, sendo atribuições do Legislativo os dispostos nos arts. 44 a art. 75, atribuições do Poder Executivo do art.

76 ao art. 91 e atribuições do Poder Judiciário, do art. 92 ao art. 126, dentre várias outras disposições dispersas em seu texto.

Logo, observar a harmonia e a independência não se trata de meramente observar a organização administrativa do Estado brasileiro, mas também de que quaisquer deles deverão exercer, com independência, suas missões, sem a interferência dos demais, e de forma harmoniosa. No entanto, não vem assim se contendo o Tribunal, como constatado nas mutações estudadas nesta tese, pois desconsidera, reiteradamente, as opções políticas dos demais poderes. Vejamos.

Observou-se no Estudo de Caso n. 03, e durante o julgamento da **ADI 4.277**, em 05.05.2011, sobre o reconhecimento como entidade familiar da união estável entre pessoas do mesmo sexo, que o Ministro Ricardo Lewandowski fez expressa referência ao inciso III do §4º do art. 60, quanto a impossibilidade de se realizar uma mutação constitucional pela cláusula pétrea que garante a separação entre os poderes e com isso a autonomia e a independência do Poder Legislativo em inovar a ordem jurídica. Na ocasião, deixou claro que quando da interpretação jurídica não se deve "desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos". No entanto, votou pelo reconhecimento, mesmo sem previsão no texto constitucional. E no mesmo julgamento, o Ministro Marco Aurélio esperava deliberação do Congresso Nacional a respeito das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Constatou-se não haver no texto constitucional tal reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Inclusive, até o momento, não houve esse formal reconhecimento pelo parlamento seja por emenda constitucional ou por leis ordinárias. O que não significa, necessariamente, seja uma prova de alguma recusa ao tema, mas uma possível acomodação da situação fática já consolidada socialmente, sobretudo após a decisão do STF em 2011, o que não mais demandaria um disciplinamento jurídico.

Da constatação acima deduz-se que o STF desconsiderou o 'silêncio eloquente' da opção política do legislador em não tratar o tema. No entanto, mesmo se houvesse tal formal emenda à Constituição, ou uma lei federal em sentido oposto ao reconhecimento como entidade familiar das uniões estáveis entre pessoas

do mesmo sexo, não haveria qualquer garantia de que o Tribunal assim se contivesse em declarar eventual inconstitucionalidade de tais reformas.

O relevante dessa constatação, é que o mesmo 'silêncio eloquente' não foi considerado quando da terceira mutação constitucional identificada no Estudo de Caso n. 04, julgamento da **ADI 6.515** em 23.08.2021, a respeito do foro por prerrogativa em favor dos defensores públicos prevista em Constituição de Estado Membro. Na ocasião, o Ministro Roberto Barroso (Relator) não estendeu em favor dos Defensores Públicos o foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça do Estado, por observar que o §4º do art. 134 da CR/88, acrescido pela EC n. 80/2014, ao não mencionar expressamente o inciso III do art. 96 da CR/88, mas sim, e tão somente, o "art. 93 e no inciso II do art. 96", não seria possível estender o foro conferido em favor dos magistrados e membros do Ministério Público.

Portanto, nos dois estudos de casos, foram diversos os tratamentos dispensados ao 'silêncio eloquente' do legislador constituinte pelos ministros do STF. Enquanto no Estudo de Caso n. 03 não foi óbice a estender em favor dos casais homossexuais o conceito de 'entidade familiar' pelo §3º do art. 226 da CR/88, no Estudo de Caso n. 04, foi óbice o 'silêncio eloquente' do §4º do art. 134 da CR/88 em estender aos Defensores Públicos o foro por prerrogativa de função em tribunais, já garantido em favor de magistrados e membros do Ministério Público.

Ocorre que desconsiderar as opções políticas dos legisladores traz dificuldades hermenêuticas quanto a necessidade de continuamente encontrar outras soluções jurídicas criativas para solucionar outros problemas fáticos que surgem. Foi o que ocorreu quando do Estudo de Caso n. 02, quanto a dificuldade por anos de encontrar um meio de pacificar as necessidades sociais de sensação de impunidade, com a limitação imposta no inciso LVII do art. 5º da CR/88, de só admitir a execução da pena senão após o trânsito em julgado.

É que na terceira de quatro mutações constitucionais identificadas no Estudo de Caso n. 02, julgamento do **HC 126.292**, em 17.02.2016, o Ministro Luiz Fux chegou a propor fosse adotado como critério para o início da execução da pena, a formação de uma coisa julgada parcial do processo penal, e referente tão somente aos capítulos do julgado condenatório não recorridos. E em sentido similar, o Ministro Gilmar Mendes sugeriu até mesmo a formação da coisa julgada progressiva.

No entanto, ambas as propostas não foram consideradas pela maioria dos demais ministros para a formação da parte dispositiva do acórdão.

A falta de uma melhor disciplina jurídica a respeito dos diversos e possíveis conceitos de "trânsito em julgado" contribuiu para as distorções apontadas no Estudo de Caso n. 02, sobretudo porque no texto não é só utilizada para fins penais[290], mas também como critério para definir outros momentos processuais a partir dos quais certas consequências jurídicas são impostas como definitivas por decisões judiciais.

Do exposto, o tratamento constitucional para o trânsito em julgado tem sido uniforme para os vários ramos do direito, ou seja, o momento processual a partir do qual se tornam imutáveis os efeitos de uma decisão de mérito. No entanto, o Tribunal tratou de modo diverso quando realizou duas das quatro mutações constitucionais sobre o início do cumprimento de pena criminal no Estudo de Caso n. 02, sendo a primeira em 13.09.1995, com o **HC 72.366**, e a segunda em 17.02.2016, com o **HC 126.292**.

E em outra oportunidade, ao julgar improcedente a **ADPF 144** em 06.08.2008, sobre a lei das inelegibilidades, manteve válida lei eleitoral sobre a inelegibilidade de candidato condenado criminalmente, sem trânsito em julgado, por entender ser necessária uma "*nova interpretação que reforça a exigência ético-jurídica de probidade administrativa e de moralidade para o exercício de mandato eletivo*".

Logo, o trânsito em julgado foi impedimento para iniciar o cumprimento definitivo de pena de criminosos, mesmo quando os fatos já foram decididos pelas três instâncias inferiores da justiça brasileira, mas o mesmo trânsito em julgado não foi óbice para exigir o afastamento de certos políticos quando condenados por crimes comuns por decisões colegiadas.

---

[290] Também há para fins de Direito Civil - inciso XIX do art. 5º da CR/88; para fins de Direito Penal - inciso LVII do art. 5º da CR/88; para fins de Direito Processual - art. 100 da CR/88; incisos I e VI do art. 167-A da CR/88; art. 86 do ADCT; inciso II do §9º do art. 97 do ADCT; e incisos I, VI e IX do art. 109 do ADCT; para fins de Direito Constitucional - inciso XXXVI do art. 5º da CR/88; inciso X do art. 52 da CR/88; §2º do art. 102 da CR/88); para fins de Direito Eleitoral inciso I do art. 15 da CR/88; III do art. 15 da CR/88; inciso VI do art. 55 da CR/88); e para fins de Direito Administrativo - inciso I do §1º do art. 41 da CR/88); inciso I do art. 95 da CR/88; alínea "a" do inciso I do §5º do art. 128 da CR/88; incisos VI e VII do §3º do art. 142 da CR/88.

Deste modo, até mesmo a literalidade das regras constitucionais não são óbices às mutações constitucionais judiciais promovidas pelo STF.

E voltando ao Estudo de Caso n. 02, embora a literalidade do inciso LVII do art 5º da CR/88 expressamente vede o início do cumprimento de pena, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o STF a desconsiderou em duas das quatro mutações lá identificadas. Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes, quando julgou o **HC 126.292**, em 17.02.2016, terceira das quatro mutações constitucionais identificadas no Estudo de Caso n. 02, embora tenha justificado sua mudança para permitir a execução penal, entendeu tratar-se de uma garantia da não culpabilidade, e pois, seria um princípio e não uma regra constitucional.

A mudança de entendimento do Ministro Gilmar Mendes, apenas reforça que a interpretação de princípios constitucionais, e sua aplicação direta em casos concretos, pelos modernos métodos hermenêuticos, abre-se caminho para casuísmos. E ainda o Ministro Gilmar Mendes, apenas três anos após o julgamento acima, e quando julgou a **ADC 43**, em 23.10.2019, não viu no mesmo princípio qualquer empecilho a mudar seu entendimento, pois passou a exigir o trânsito em julgado da condenação para o início das penas criminais.

De igual modo, apesar de o Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento da **ADC 43**, em 23.10.2019 ter fundamento na leitura do inciso LVII do art. 5º, não adotou o mesmo critério quando leu a literalidade do §3º do art. 226, ao julgar a **ADI 4.277**, em 05.05.2011, objeto do Estudo de Caso n. 03, pois buscou harmonizar este último dispositivo com a garantia fundamental da "dignidade da pessoa humana".

Mais uma vez, duas regras foram lidas de modos diversos, por dois ministros do STF, o que induz lerem o que lhes aprouver no dispositivo escrito.

Inclusive, durante a primeira e a segunda mutação constitucional do Estudo de Caso n. 04, tanto o Ministro Sepúlveda Pertence no **Inq 687 QO**, em 12.05.1999, quanto o Ministro Gilmar Mendes, na **AP 937 QO**, em 03.05.2018, expressamente se referiram ao voluntarismo nas decisões dos próprios ministros do Tribunal. O primeiro tratou como 'voluntarismo arbitrário' judicial a decisão do Tribunal de, por conta própria, à revelia do parlamento, afastar sua própria competência de julgar parlamentares federais, quando a Constituição assim não

dispõe. E o segundo ministro, quando se reportou a outros três casos na jurisprudência do Tribunal, nos quais teria havido não só "voluntarismo", como também "avanço ativista do STF".

O Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da questão de ordem no **Inq 687 QO** em 12.05.1999 já tinha ido até além disso, pois já afirmava que "toda interpretação teleológica parte da busca da inspiração política da norma constitucional", e ocultaria a verdadeira intenção do juiz que é "chamar de argumento jurídico, o argumento legitimamente político". Porém, em defesa dessa interpretação teleológica, se manifestava o Ministro Moreira Alves no mesmo **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, afirmando ser necessária, desde que não trouxesse nenhuma aberração à letra da lei.

Ainda no Estudo de Caso n. 04, e durante a segunda mutação constitucional judicial lá identificada, julgamento da **AP 937 QO**, em 02.05.2018, tanto o Ministro Alexandre de Moraes quanto o Ministro Dias Toffoli, alertaram o Tribunal de que alterar informalmente a Constituição, para restringir o foro por prerrogativa dos parlamentares federais tão somente por crimes eventualmente praticados no cargo e em razão deste, seria o mesmo que admitir casuísmo interpretativo de o Tribunal poder escolher os casos que almejasse julgar, por sempre pressupor uma prévia análise da Corte a respeito da acusação.

Na mesma **AP 937 QO**, julgada em 02.05.2018, o Ministro Gilmar Mendes também advertiu a Corte que alterar o foro por prerrogativa de função tão somente em desfavor de membros do Congresso Nacional não traria tratamento isonômico com os demais foros por prerrogativas previstos nas constituições dos Estados, e de certas categorias profissionais, como a dos magistrados e membros do Ministério Público, pelo qual sugeriu até mesmo fosse restringidos todos os foros.

Já no Estudo de Caso n. 01, **Ext 855**, em 26.08.2004, sobre a extradição de estrangeiro para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua, e quando da segunda mutação constitucional lá identificada, embora a literalidade do inciso LII do art. 5º, apenas vede a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião, o STF acresceu uma nova hipótese lá não prevista, de não permitir a extradição de estrangeiro para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua.

E igualmente foi assim no Estudo de Caso n. 04, quando da segunda mutação constitucional lá identificada, pois embora a alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88 estabeleça claramente ser da competência do STF julgar membros do Congresso Nacional por crime comum, entendeu o Tribunal em afastá-la, caso a conduta praticada por parlamentar federal não o fosse no cargo e em razão deste.

A partir dos resultados dos casos acima conclui-se ser irrelevante para o Supremo Tribunal, quando realiza mutações constitucionais judiciais, a distinção entre princípios e regras constitucionais, pois as normas paradigmas citadas apenas se referem a regras e não a princípios constitucionais, posto que deveriam ser aplicadas na exata medida de suas disposições.

E ainda quanto a distinção entre princípios e regras, no Estudo de Caso n. 02 o Tribunal valeu-se da leitura literal do inciso LVII do art. 5º para assentar seu entendimento, no segundo e quarto momentos interpretativos, desconsiderou esse valor hermenêutico clássico de interpretação constitucional no Estudo de Caso n. 03, quando da análise do §3º do art. 226 para adotar um efeito integrador com outras garantias fundamentais em favor dos casais homossexuais.

A dificuldade de vencer a literalidade do texto constitucional foi expressamente mencionada pelo Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do Estudo de Caso n. 03, **ADI 4.277**, em 05.05.2011, pelo risco de o Tribunal adotar a interpretação que quisesse, mesmo contra o sentido literal de suas disposições. Registrou ainda preocupação quanto a "equiparação pura e simples das relações", em razão de no futuro ocorrerem "surpresas as mais diversas", ante a "complexidade do fenômeno social envolvido", em especial pelo "exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos".

Evidentemente que tanto no Estudo de Caso n. 02 quanto no Estudo de Caso n. 03, o STF desconsiderou duas regras impostas pelo Parlamento que não permitiriam uma interpretação extensiva para além de suas expressas disposições. E esse desconsiderar não atende a distinção conceitual entre princípio e regra apresentado por Alexy (Alexy, 2012, p. 86, 90), para o qual um princípio expressaria uma norma com "grau de generalidade relativamente alto", já as regras um grau relativamente baixo. O princípio seria um mandamento constitucional de otimiza-

ção aplicável “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.

E embora no Estudo de Caso n. 03, tanto o Ministro Ayres Britto (Relator), quanto o Ministro Luiz Fux, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Celso de Mello terem fundamentado a mutação constitucional havida no julgamento da **ADI 4.277**, em 05.05.2011, em reconhecer como entidade familiar as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, mesmo sem expressa autorização do parlamento, o que se observa é que mesmo se houvesse uma regra constitucional literal no sentido oposto, ou seja, que vedasse tal equiparação, não haveria qualquer garantia de que seriam por eles assim considerada, uma vez que tanto no Estudo de Caso n. 02, quanto no Estudo de Caso n. 03, duas regras constitucionais expressas foram deliberadamente desconsideradas.

O Ministro Ricardo Lewandowski, no Estudo de Caso n. 03, chegou até mesmo a inverter palavras de uma mesma expressão para tentar afastar a possível literalidade do texto constitucional, sugerindo não uma “união estável homoafetiva”, mas sim uma “união homoafetiva estável”, o que evidentemente não traz qualquer relevância semântica à solução encontrada.

Logo, o Tribunal, e para fins de mutação constitucional judicial, desconsidera até mesmo a construção doutrinária que distingue princípios de regras constitucionais, e admite interpretações extensivas para além das disposições literais.

O Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do Estudo de Caso n. 03, na **ADI 4.277**, em 05.05.2011, buscando enfrentar as críticas apontadas de ser um Tribunal ativista, por desconsiderar as opções políticas do Parlamento, afirmou ser uma obrigação da Corte corrigir eventuais lacunas legislativas, mesmo que precisassem decidir politicamente sobre certos temas, ante a “inércia legislativa”. Já o Ministro Celso de Mello sequer repeliu a qualificação ativista atribuída ao Tribunal, por ser “uma necessidade institucional” ante a omissão do parlamento.

E citando Lenio Streck registrou ele que a equiparação das duas situações jurídicas no Estudo de Caso n. 03, pela alteração do sentido literal do texto constitucional, poderia ser entendido como uma mutação constitucional, com eventual prejuízo ao modelo de democracia adotado no país. Inclusive, Lenio Streck , citado pelo Ministro Gilmar Mendes, teria afirmado que o contínuo preenchimento de

eventuais lacunas no texto constitucional, não só conferiria ao STF “poderes permanentes de alteração da Constituição”, como se estaria criando “uma Constituição "paralela", uma verdadeira ‘Constituição do B’”, pela interpretação subjetiva e aleatória dos juízes.

E mais à frente em seu voto, e ainda no Estudo de Caso n. 03, **ADI 4.277**, julgado em 05.05.2011, o Ministro Gilmar Mendes confessou que “não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar”, e “que a decisão do Supremo não significa óbice à atuação do Poder Legislativo”.

Ante tais constatações, a questão merece algumas reflexões: o não deliberar do Parlamento já não seria uma escolha política? Ou o Parlamento só estaria exercendo seu poder de legislador democrático quando deliberasse e votasse sempre no sentido da última interpretação do STF?

A dificuldade em se admitir o comportamento de legislador positivo ao STF é que pressupõe deva o Parlamento, ou o chefe do Poder Executivo, sempre adotar a solução jurídica encontrada pelo Tribunal, independentemente de outras opções políticas dos representantes eleitos.

Inclusive, alguns partidos políticos, em sendo minorias no Parlamento, encontraram no STF um caminho alternativo de fazer valer seus interesses, sem precisar deliberar no Congresso Nacional, pois quando lá demandam costumam alterar as opções políticas dos demais poderes.

Neste sentido, e em estudo empírico por mim realizado no ano de 2022, sobre o “Comportamento decisório do STF nos mil primeiros dias de governo dos sete Presidentes da República eleitos a partir de 1988 em demandas propostas por partidos políticos”, foi constatado que o STF, em 131 ações constitucionais para o controle concentrado de constitucionalidade propostas por partidos políticos, com destaque para os que mais se utilizaram desse meio, o Partido dos Trabalhadores, o Partido Democrático Trabalhista, o Partido Socialista Brasileiro, o Partido Comunista do Brasil e o Partido Rede Sustentabilidade, foram mantidas as opções políticas dos presidentes Collor, FHC, Lula, Dilma e Temer em 58,33% dos casos estudados.

No entanto, quando observado o comportamento jurisdicional do STF tão somente quanto às opções do Presidente Bolsonaro, o Tribunal, de modo atípico, manteve apenas 21,05% de suas opções políticas, as alterando em outras 76,31% das ocorrências pesquisadas (LIMA, 2022, p. 42).

Tais constatações, que nem sempre se revestiram de mutações constitucionais, indicam que o comportamento do STF nem sempre foi de autocontenção quanto às opções políticas dos demais poderes.

E voltando aos estudos de casos desta tese, e concentrando atenção agora ao Estudo de Caso n. 01, mutação constitucional em atribuir competência privativa ao Presidente da República para decidir pela entrega de estrangeiro após formal julgamento por governo estrangeiro de pedido de extradição, apesar de aparentar atender a cláusula pétrea da separação entre os Poderes, desconsiderou a formação e a obrigatoriedade dos tratados internacionais, além de validar confusa autorização ao Chefe de Estado em participar de um tratado internacional de extradição, para logo depois deixar de cumpri-lo por disposição nele não ressalvada.

Já durante a segunda mutação constitucional do Estudo de Caso n. 04, o Ministro Alexandre de Moraes registrou preocupação quanto ao comportamento do STF em impor interpretações restritivas por mutação constitucional, visando substituir as opções políticas do legislador. E no mesmo sentido, e no mesmo julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski também registrou preocupação em se alterar as regras constitucionais sobre competências de julgamentos das altas autoridades públicas previstas na Constituição, não só por ser a opção política do constituinte originário, como também pela possibilidade de se desequilibrar todo um sistema.

Porém, no mesmo julgamento, o Ministro Marco Aurélio citou outro julgamento, a **ADI 2.797**, de 15.09.2005, pelo qual foi declarado inconstitucional o §1º do art. 84 do CPP, por entender ser uma reação do parlamento ao julgamento da **Inq 687 QO** no dia 25.08.1999, quando fora afastado o foro por prerrogativa de função em favor de ex-parlamentar e cancelada a Súmula 394 do STF, e com isso estaria o Parlamento tentando impor ao STF uma sujeição do controle de constitucionalidade ao “referendo do legislador”.

Afora a aparente incongruência nas duas votações, o registro do julgamento da **ADI 2.797**, de 15.09.2005 ainda deixou claro que a cláusula pétrea do inciso III do §4º do art. 60, não se mostrou um verdadeiro limite à atuação do Tribunal em controle de constitucionalidade.

Ainda do Estudo de Caso n. 04, observou-se uma curiosa incongruência na afirmação da segunda mutação constitucional, pois apesar de a norma constitucional paradigma do julgamento da questão de ordem na **AP 937 QO** ser a alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88, o Ministro Roberto Barroso (Relator) registrou que sua proposta de mutação constitucional restritiva se dava tão somente em relação aos parlamentares federais, detentores de foro no STF. No entanto, nem na ementa do julgado da **AP 937 QO**, e nem na redação da tese erigida a partir desse julgamento, há qualquer restrição a se limitar a eventuais crimes cometidos apenas por parlamentares federais.

Deste modo, e considerando a conclusão a que chegou o Tribunal, não se estaria respeitando, mais uma vez, a cláusula pétrea da separação entre os Poderes, além de gerar insegurança jurídica, pois se estaria interpretando restritivamente a competência do STF quando fosse julgar os demais detentores de foro da alínea 'b', como "o Presidente da República, o Vice-Presidente", "seus próprios Ministros" e o "Procurador-Geral da República".

O Ministro Dias Toffoli inclusive expressamente mencionou essa condição de insegurança jurídica em adotar a interpretação restritiva da competência do STF tão somente aos parlamentares federais, deixando de fora os outros cargos que tem competência estabelecida na constituição federal e estaduais.

Na segunda mutação constitucional do Estudo de Caso n. 04 foi citado tanto pelo Ministro Dias Toffoli, quanto pelo Ministro Ricardo Lewandowski e pelo Ministro Gilmar Mendes o trâmite no Congresso Nacional de uma proposta de emenda à constituição referente ao foro por prerrogativa.

Não se pode desconsiderar, porém ser politicamente confortável ao parlamento deixar ao STF o desgaste social de eventual decisão política quanto a tema socialmente sensível, retardando, deliberadamente, o trâmite de suas proposições legislativas, para evitar eventuais pressões sociais.

É que o tempo da política não pode ser equiparado ao tempo das soluções jurídicas, pois a Constituição exige apenas da jurisdição e não dos políticos que não permaneça inerte por tempo desarrazoado quando provocada pelo direito fundamental de petição (alínea 'a' do inciso XXXIV, inciso XXXV e inciso LXXVIII do art. 5º e inciso XV do art. 93 da CR/88), porém não é impossível supor possa a ausência de deliberação do parlamento também ser uma decisão política.

E é da tradição do direito ocidental, desde as *Institutas* do Direito Romano, como mencionado no *Capítulo 3*, que a ausência, a omissão ou a lacuna na lei não pode ser fundamento válido para o juiz deixar de tomar uma decisão em um processo judicial. E em razão dessa tradição, a jurisdição é uma função estatal fadada a agir e a não se conter em não decidir. Porém, quando essa decisão importa em mudança da constituição, algo diverso precisa acontecer.

A proposta que ora se apresenta nesta tese é, portanto, que havendo no Parlamento processo legislativo em trâmite para alterar formalmente o texto constitucional, não se mostraria adequado ao STF, se antecipando a qualquer deliberação política, impor uma alteração informal no texto da Constituição.

O não aguardar o tempo da política só traz como conclusão que o Tribunal não aceita que uma das respostas seja o não deliberar sobre o tema, ou que a decisão seja um não a uma das pretensões dos interessados. Logo, a decisão judicial assim não só fica eivada de parcialidade desde seu início, como deixa claro que está exigindo do parlamento um efeito vinculante, não autorizado.

Esse aguardar das deliberações das proposições legislativas pelo parlamento enquanto pendentes demandas judiciais no STF já foi objeto de análise quando do julgamento dos mandados de injunções sobre a falta de regulamentação do direito de greve em favor dos servidores públicos civis, assegurado pelo inciso VII do art. 37 da CR/88[291]. Na ocasião, se afastou a necessidade de se sobrestar o andamento dos feitos judiciais ou mesmo de tão somente conferir prazos ao parlamento para deliberar sobre o assunto, já que não poderiam executar essa ordem, ante a har-

[291] Tratam-se do **MI 485**, julgado em 25.04.2002; **MI 585**, julgado em 15.05.2002; **MI 712**, julgado em 25.10.2007; **MI 708**, julgado em 25.10.2007; e o **MI 670**, julgado em 25.10.2007, que não só reconheceu a omissão legislativa do parlamento nacional em regulamentar a Constituição, como também, por analogia, mandou fossem observadas as disposições da Lei 7.783/1989, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos.

monia e independência entre os poderes, e passou a utilizar, por analogia, da lei federal que trata sobre o direito de greve próprio da iniciativa privada, visando efetivar o direito constitucional em favor dos servidores públicos civis.

No sentido do ora apontado, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente), quando do julgamento da **AP 937 QO**, segunda mutação constitucional identificada no Estudo de Caso n. 04, assim se reportou a esse momento da jurisprudência do Tribunal, para concluir que eventual tramitação de projeto de lei no parlamento "não alterava a nossa obrigação de prestar a jurisdição".

Logo, a proposta que ora se apresenta nesta tese, de aguardar a deliberação do parlamento, não se refere à paralisação da jurisdição do STF quanto à efetivação de direito individual ou coletivo, mas sim, e tão somente, quando a decisão judicial a ser tomada de pretender realizar uma mudança informal da Constituição.

E antes que se alegue haver situações de graves omissões ou lacunas do parlamento na efetivação de direitos fundamentais, e, portanto, campo aberto para assim agir o STF, não se pode supor tenham sempre os membros de um Tribunal Constitucional a melhor visão política em efetivá-los para o futuro. Há de se recordar o julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso "*Plessy v. Ferguson*", de 1896, bastante citado na jurisprudência do STF, sobretudo quando associado a sua continuidade em 1954, no qual o Tribunal americano validou uma segregação racial, por entender que os brancos teriam direito de não conviverem nos mesmos espaços públicos com os negros, embora a estes também tenham sido reconhecido os direitos previstos na Constituição, instituindo assim a política do "iguais, mas separados". Tal decisão legitimou um *apartheid* social por 58 anos!

Essa decisão judicial embora visasse garantir aos negros os mesmos direitos constitucionais não expressamente previstos no texto americano, acabou por legitimar uma segregação racial por decisão judicial. E só veio a ser desfeita em 1954, quando o mesmo Tribunal reanalisou a questão e julgou o caso *Brown v. Board of Education*, em 1954, abandonando, em definitivo, aquele precedente.

No entanto, mesmo após a decisão da Suprema Corte dos EUA de 1954 a luta pelos direitos civis em favor das pessoas negras americanas não se findou, pois muitas foram as disputas que se sucederam, não só em fóruns judiciais, como nas vias públicas, nas artes, nos esportes, nas escolas, nos restaurantes, no trans-

porte público, luta essa inclusive culminou na morte do ativista Martin Luther King Jr em 28.08.1963, e em especial, na política, com a aprovação de várias leis estaduais e duas nacionais, a Lei dos Direitos Civis de 1964 e da Lei dos Direitos de Voto de 1965, que aos poucos foi efetivando essa igualdade.

E embora esses dois julgados sejam bastantes citados na jurisprudência do STF[292], como um exemplo de "bom ativismo judicial" em favor dos direitos fundamentais, por buscar atender minorias não representadas no parlamento, não se registra tenham sido as decisões judiciais de 1868 e de 1954 a solução do *apartheid* social, mas sim que este só veio a ser extinto pela ação do povo ao pressionar os políticos a mudarem as leis de segregação.

Na jurisprudência do STF também se pode extrair caso assemelhado de grave ativismo judicial no julgamento da ADO 26 em 13.06.2019, ao criminalizar a homofobia por analogia aos crimes de "preconceito de raça ou de cor" de que trata a Lei n. 7.716/1989, sob a premissa de mutação no conceito de racismo.

Em finalizando este tópico, são distintas as situações de quando a falta de uma norma regulamentadora foi motivação para o STF efetivar o direito de greve dos servidores públicos civis, por analogia à lei da iniciativa privada, da decisão judicial lá tomada de criminalizar a homofobia por analogia à lei de racismo, por não haver comando constitucional para tal expressa criminalização na Constituição de 88, mas sim um direito fundamental em favor da pessoa de não ser tratada por qualquer modo discriminatório.

Na primeira hipótese, não precisava o Tribunal aguardar a norma regulamentadora, por inviabilizar o exercício do direito de greve, e por isso proveu os pedidos de mandados de injunção, mas necessitava do parlamento para criminalizar a homofobia, até porque o próprio texto constitucional assim exige lei em sentido formal e literal no inciso XXXIX do art. 5º do CR/88.

---

[292] Foram encontrados 49 julgados do STF, nos quais se utilizou como argumento decisório o caso **Brown v. Board of Education**, de 1954 da Suprema Corte dos EUA. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=true&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=250&queryString=%22Board%20of%20Education%22&sort=date&sortBy=asc&isAdvanced=true, acesso em 30 out. 2023.

Porém, mesmo quando possível assim agir, não significa que a solução tenha sido suficientemente bem refletida a todas as hipóteses, por haver situações que fogem as reflexões próprias dos parlamentares, como a constatada na **Rcl 6.568**, julgada em 21.05.2009, na **Rcl 11.246 AgR**, julgada em 27.02.2014, no **MI 774 AgR**, julgado em 28.05.2014 e no **ARE 654.432**, julgado em 05.04.2017, quando o STF não estendeu o mesmo direito em favor dos policiais civis, por entender exercerem serviços análogos aos dos militares, uma corporação de pessoas armadas.

Encerrado este tópico, no próximo será tratada a cláusula pétrea do §4º do art. 60, como mais uma condição à mutação constitucional judicial pelo STF.

8.2.3.4

Os direitos e garantias individuais, como limites à mutação constitucional judicial (inciso IV do §4º do art. 60 da CR/88)

A importância dos direitos e garantias individuais do texto constitucional remonta historicamente à primeira Constituição do Império do Brasil de 1824, quando em seu art. 178, se atribuia alta significância a valores constitucionais como "*Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos*", e "*aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos*". E embora à época não se tenha garantido aos direitos individuais uma cláusula de imutabilidade, foi previsto um processo legislativo mais dificultoso de reforma quanto a esse tema, diverso inclusive do processo legislativo ordinário das demais disposições constitucionais.

Já na Constituição republicana de 1891, em seu art. 6º, inciso II, alínea 'l', incluído pela EC n. 26, de 03.09.1926, o Governo Federal poderia intervir nos Estados para assegurar "a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretá-la", visando assegurar o poder de reforma formal do texto, em razão de o art. 90 atribuir iniciativa legislativa às "Assembléias dos Estados".

Porém é no §4º do art. 90 da CR/1891 que consta a cláusula pétrea de não admitir emendas "tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado", e nada mencionando quanto a direi-

tos ou garantias individuais, pois o foco era impedir o retorno da Monarquia e evitar movimentos separatistas.

Na outorgada Constituição de Vargas de 37, em seu art. 178, também não se atribuiu aos direitos individuais qualquer cláusula de imutabilidade, apenas que não seria admitida qualquer reforma constitucional em relação à "forma republicana federativa", e também quanto à estrutura política do Estado e a separação dos poderes. O receio continuava então sendo impedir o retorno da Monarquia e evitar movimentos separatistas.

Já na Constituição de 37, e ainda na *Era Vargas*, e em seu art. 174, seja da redação original, ou da alterada pela EC n. 9, de 1945, não se atribuiu a qualquer tema uma reserva de imutabilidade.

E tanto no §6º do art. 217 da CR/46 quanto no §1º do art. 50 da CR/67 não se admitiu qualquer emenda cujo objetivo fosse uma deliberação parlamentar tendente "a abolir a Federação ou a República". E em ambas, também nada se tratou a respeito de garantir a imutabilidade de direitos e garantias individuais.

Foi só a partir da CR/88, que os 'direitos e garantias individuais' foram erigidos à condição de cláusulas imutáveis, as quais sequer se admite tentativa de suas exclusões como normas constitucionais. Inclusive a menção do inciso IV do §4º do art. 60 da CR/88 pretendeu proteger qualquer tentativa dessa abolição do texto constitucional brasileiro, quanto aos 'direitos e garantias individuais'.

E outra premissa que se impõe para a constatação dos direitos e garantias individuais, e olhando tão somente para a sociedade brasileira, é não ser possível uma ordenação de direitos e valores constitucionais de modo uniforme, ante as múltiplas origens étnicas e necessidades sociais decorrentes das três influências continentais que aqui ocorreram, os indígenas originários, os europeus colonizadores e os africanos traficados e escravizados.

E analisando especificamente a cláusula pétrea do inciso IV do §4º do art. 60 da CR/88, entendia Oscar Vilhena que o constituinte não pretendia fazer qualquer distinção entre direitos e garantias individuais, de direitos fundamentais, e muito menos de direitos sociais e coletivos, ante o que dispõe o §2º do art. 5º, que assim estende amplamente o reconhecimento de direitos e garantias individuais a

outros estabelecidos não só na Constituição, mas também em tratados internacionais, o que por si só traz dificuldades hermenêuticas de compatibilização a tantos interesses, como ele mesmo reconhece (Vieira, 1997b, p. 96).

E ainda quanto a distinção de direitos e garantias individuais em relação a direitos fundamentais, confirma-se de logo o que fora constatado pelo pesquisador Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha, quando em 2009 escrevera artigo científico sobre os "Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: Uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88", e afirmara não haver uma boa técnica legislativa no modo como foi redigido o dispositivo constitucional de 88 (Pessanha, 2009, p. 145).

A expressa associação a direitos fundamentais hoje contida na Constituição, quando se refere a direitos e garantias individuais, não veio de sua proposta original de redação na Assembleia Constituinte, pois na ocasião o tratamento era tão somente quanto a 'direitos e garantias individuais'. E é por essa razão que a cláusula pétrea do inciso IV do §4º do art. 60 não se refere a 'direitos fundamentais', no sentido mais amplo da acepção, como hoje se entende.

A 'confusão', ou a falta de melhor técnica, surgiu na Assembleia Nacional Constituinte, pois o art. 15 de seu Regimento Interno (Projeto de Resolução n. 2, de 1987), instituiu originalmente a "Comissão da Declaração dos Direitos e Garantias"[293] para tratar especificamente sobre o tema 'direitos e garantias individuais', e ainda não se referia a 'direitos fundamentais'. Na ocasião, os 'direitos e garantias' foram tratados como um bloco único, formado não só pelos direitos e garantias individuais, mas também pelos direitos sociais e direitos coletivos, estudados em dezenas de subcomissões.

Foi a partir da proposta de redação da "Comissão de Sistematização", sob a relatoria do parlamentar constituinte Bernardo Cabral, que em 28.10.1987, o Título II da futura Constituição de 88 passou a ser denominado: "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", e nele já incluído não só o Capítulo I "Dos Direitos Individuais e Coletivos", como também o Capítulo II "Dos Direitos Sociais", o Capí-

[293] Ver Ata da 3ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 03 de Fevereiro de 1987, publicada no Diário da Assembleia Constituinte, Ano 1, n. 003, de 04 de fevereiro de 1987. Ver página 26 de 625. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N001.pdf, acesso em 07 de nov. 2023.

tulo III "Da Nacionalidade", o Capítulo IV "Dos Direitos Políticos" e o Capítulo V "Dos Partidos Políticos"[294].

Um relevante registro histórico deve ser relembrado, quanto a rejeição no dia 23.08.1988 da proposta de emenda do constituinte Oswaldo Trevisan, que visava suprimir o inciso IV do §4º do art. 60, para permitir uma futura proposta de emenda visando suprimir direitos e garantias individuais. Na ocasião, sua proposta contou com o constituinte Bernardo Cabral, que a justificou na possibilidade de no futuro se precisar alterar as penas impostas aos condenados, seja para "melhorar, ampliar ou reduzir", ou para "extirpar, possa cortar, possa amputar o que ficar anacrônico e ampliar aquilo que se fizer necessário, com dinamismo". No entanto, a proposta foi rejeitada por 145 votos NÃO, contra 112 votos SIM, e 06 ABSTENÇÕES, totalizando 263 votos computados[295].

No entanto, a votação foi repetida no dia seguinte, sob o argumento de não haver quorum mínimo no dia anterior, tendo o relator acrescido como justificação buscar "melhorar e nunca para reduzir, nunca para retirar". Na ocasião, o Deputado Amaral Netto votou pela alteração, por entender ser possível no futuro que "os crimes horríveis que estão acontecendo exigem a pena de morte. Se, amanhã eu quiser voltar com a pena de morte, estarei impedido".

No entanto, em segunda votação, e apesar de a proposta ter recebido mais votos, 214 votos SIM, 144 votos NÃO, 04 ABSTENÇÕES, totalizando assim 362 votos computados, "A Emenda foi rejeitada", por não atingir o *quorum* mínimo da "maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte", conforme exigia o art. 3º da EC n. 26, de 27.11.1985[296].

---

[294] Ver Ata da 161ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 28 de Outubro de 1987, publicada no Diário da Assembleia Constituinte, Ano 1, n. 146, de 29 de outubro de 1987. Ver página 499 de 560. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N009.pdf, acesso em 07 de nov. 2023.

[295] Ver Ata da 322ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 23 de agosto de 1988, publicada no Diário da Assembleia Constituinte, Ano II, n. 297, de 24 de agosto de 1988. Ver página 104 de 638. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N023.pdf, acesso em 07 de nov. 2023.

[296] Foram 559 os parlamentares constituintes, sendo 72 senadores e 487 deputados federais. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituinte/index.html, acesso em 07 nov. 2023.

Nesta perspectiva, apesar de ter utilizada a expressão ‘garantias individuais’ no inciso IV do §4º do art. 60 de modo distinto dos ‘direitos individuais’, constatou-se da leitura das demais disposições constitucionais que ora tratam as garantias como sinônimos de direitos individuais, ora como meios de assegurar direitos, e ainda como meio de organizar o Estado brasileiro.

E mesmo quando trata como meio de organizar o Estado, indiretamente se refere a algum direito constitucional expressamente previsto. Logo, por essas perspectivas, deve-se compreender ‘garantias individuais’ como todas as previsões constitucionais que visem não só efetivar direitos constitucionais, como as que são sinônimos de direitos individuais, e ainda as que visam organizar o Estado

No entanto, apesar de toda essa descrição, há garantias que podem sofrer restrições temporárias, e por conseguinte, os respectivos direitos que visam proteger. Trata-se da leitura do art. 139 da CR/88, pelo qual durante o Estado de Sítio até mesmo algumas garantias poderão ser suspensas pelo Presidente da República, se decretado com fundamento em “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” (inciso I do art. 137 da CR/88).

Decretado o Estado de Sítio, na modalidade do inciso I do art. 137, poderá o Presidente da República, após expressa autorização do Congresso Nacional, e na forma do art. 139, restringir a permanência de pessoas em localidade determinada; deter pessoas em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restringir à inviolabilidade de correspondência, sigilo das comunicações, direito de acesso a informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão; suspensão do direito de reunião; promover a busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos; e requisitar bens de particulares.

Já os demais direitos e garantias individuais não expressamente previstos no art. 139 não poderão sofrer qualquer limitação, bem como o livre exercício da difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa (parágrafo único do art. 139).

Há, porém, uma situação excepcional. Caso o Estado de Sítio seja declarado pelo Presidente da República na forma do inciso II do art. 137, em razão de “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”, nenhum

direito ou garantia individual ficará a salvo de restrições, por ausência de previsão no texto constitucional.

Embora tais permissões não poderão as restrições acima serem utilizadas pelo STF em eventuais mutações judiciais, por não haver previsão constitucional para assim agirem nem mesmo durante o Estado de Sítio. É que sendo vedado ao parlamento emendar formalmente a Constituição na vigência "de estado de defesa ou de estado de sítio" (§1º do art. 60 da CR/88), de modo similar não faria sentido o Tribunal se utilizar deste momento político excepcional para realizar uma mutação constitucional judicial visando abolir um dos direitos e garantias individuais.

Em suma, nem mesmo o STF pode atingir direitos e garantias do texto constitucional, sejam em suas perspectivas individuais, sociais, coletivas ou até mesmo quando advindos de tratados internacionais que o Brasil seja parte. E quanto aos direitos individuais previstos em tratados internacionais, há de se observar também o disposto no §2º do art. 5º, que sem precedente em constituições anteriores, nivela os direitos previstos em "tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", com os "direitos e garantias expressos nesta Constituição", afora "outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

A menção foi incluída na proposta de redação da "Comissão de Sistematização", sob a relatoria do constituinte Bernardo Cabral, que em 28.10.1987, já referida neste tópico[297], a qual foi mantida até sua redação final.

E distanciando-se, por outro lado, da discussão sobre a primazia do direito constitucional interno frente aos direitos previstos em tratados internacionais, como defendido por Ingo Wolfgang Sarlet (Sarlet, MarinonI e Mitidiero, 2019, p. 120), e como deveriam ser cumpridos quando diverso do direito interno, como registrado por Valério Mazzuoli (Mazzuoli, 2018, p. 31), sobre as teorias monistas e dualistas, ainda não há consenso sobre o tema.

Pois o que interessa para este estudo é que o constituinte brasileiro incluiu os direitos e as garantias previstos até mesmo em tratados internacionais no rol

[297] Ver Ata da 161ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 28 de Outubro de 1987, publicada no Diário da Assembleia Constituinte, Ano 1, n. 146, de 29 de outubro de 1987. Ver página 499 de 560. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N009.pdf, acesso em 07 de nov. 2023.

das cláusulas pétreas insuscetíveis de mudança por emendas formais, desde que atendidas duas condições. A primeira, que o tratado internacional no qual conste o direito nele previsto, tenha sido formalmente aderido pelo Brasil (§2º do art. 5º da CR/88), e a segunda condição, que esse tratado tenha sido ao menos aprovado pelo Congresso Nacional com o *quorum* qualificado para as emendas constitucionais (§3º do art. 5º da CR/88).

Cumpridas ambas as condições, o direito ou a garantia prevista em tratado internacional sobre direitos humanos, no qual o Brasil seja parte, e que tenha sido aprovado pelo Congresso Nacional com *quorum* de EC, terá a mesma cobertura de cláusula pétrea do inciso IV do §4º do art. 60 da CR/88.

Neste sentido assim defende Flávia Piovesan quando escreveu "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", para a qual "basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil para que se possa delimitar, delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente assegurados" (Piovesan, 2009, p. 58).

Também se apresenta relevante o registro de que o Brasil adotou expressamente como um dos princípios em suas relações internacionais a "prevalência dos direitos humanos", na forma do inciso II do art. 4º da CR/88, o que reforça a posição de destaque desses direitos em tratados internacionais.

Já no âmbito da jurisprudência do STF, ainda se mostra relevante e atual o posicionamento adotado pela Corte quando do julgamento do **HC 90.450**, em 23.09.2008, quando estabeleceu uma hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, adotados pelo Brasil. A solução encontrada foi, sinteticamente, considerá-los acima das normas infraconstitucionais, e equivalentes ao texto, se aprovados com o quórum qualificado, já referido.

Na ocasião, a discussão que se instalou era saber se seria ainda possível a prisão civil do depositário infiel, expressamente autorizada pelo inciso LXVII do art. 5º da CR/88, mesmo conflitando com o disposto no item 7 do art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado internamente pelo Decreto n. 678/1992, que contempla apenas a prisão civil do devedor de alimentos.

O Tribunal já observando o disposto nos §§2º e 3º do art. 5º da CR/88, este último acrescido pela EC n. 45/2004, fez leitura estensiva do inciso LXVII, por ser "mais favorável à pessoa humana", ante o que dispõe o mencionado tratado.

E o Tribunal citou o Pacto de São José da Costa Rica quando julgou a **ADC 43,** em 07.11.2019, objeto do Estudo de Caso n. 02, e durante a quarta e última mutação constitucional lá identificada, afastando a possibilidade de a execução penal senão após o trânsito em julgado da condenação, pois a presunção de inocência estaria expressamente mencionada no item 2 do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica[298].

Porém, embora a expressa menção ao referido pacto, não se pode deixar de observar que este não garantiu que o condenado só iniciaria o cumprimento de sua pena após esgotados todos os possíveis recursos previstos no direito interno, mas sim que a presunção de inocência seria até a formação da culpa, segundo o que dispusesse a legislação interna, e desde que fosse garantido o direito de recorrer da decisão.

E no caso da legislação brasileira, os condenados em primeiras instâncias não só se submetem ao mesmo regramento processual penal em todo o território nacional, como também a todos são garantidos os recursos a tribunais respectivos nos Estados, além dos recursos às instâncias superiores, chegando em alguns casos a quatro instâncias de julgamento.

Logo, não haveria cobertura deficitária no Brasil quando alguém, sendo condenado criminalmente pela primeira instância, e após recorrer à segunda, e novamente condenado, necessite cumprir sua pena.

O texto constitucional chega a ser mais benéfico que o próprio Pacto por expressa decisão política do constituinte, ao estabelecer que para o início do cumprimento de pena, se exigiu o trânsito em julgado definitivo da condenação.

---

[298] O Pleno do STF tem afirmado não serem absolutos ou ilimitados 'os direitos e garantias individuais', admitindo suas restrições, sobretudo para impedir sejam utilizados como meios de fuga de responsabilizações, ou mesmo quando em situações de aparentes colisões com outros direitos e garantias. Neste sentido: **ADI 3565**, Julgamento: 03.07.2023; **ADPF 964**, Julgamento: 10.05.2023; **ADI 4905**, Julgamento: 18.03.2023; **RE 796939**, Julgamento: 18.03.2023; **ADI 4709**, Julgamento: 30.05.2022; **RE 1224374**, Julgamento**:** 19.05.2022; **ADI 4017**, Julgamento: 19.05.2022; **ADI 6138**, Julgamento: 23.03.2022.

Assim, aplicar o mencionado Pacto na forma estrita como se encontra redigido, a própria competência penal originária do STF prevista nas alíneas ‘b’ e ‘c’ do inciso I do art. 102 da CR/88, estaria em desconformidade, por não haver a quem recorrer da decisão originária criminal do Pleno do Tribunal, por ser instância única para as autoridades públicas lá mencionadas.

E ainda do STF, embora já citado no tópico precedente, o julgamento da ADO 26 em 13.06.2019, ao criminalizar a homofobia por analogia aos crimes de “preconceito de raça ou de cor” de que trata a Lei n. 7.716/1989, sob a premissa de que houve mutação constitucional do conceito de racismo, quando aqui já se demonstrou haver lesão à “separação dos poderes’, por excluir a independência dos demais poderes sobre o tema, não se pode aqui utilizar-se do direito internacional, por não haver qualquer acordo internacional visando tal criminalização.

No julgamento da ADO 26, apesar de ter mencionado o disposto no §5º do art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, como fundamento à criminalização da homofobia por jurisprudência, e portanto, sem lei formal que previsse o crime e a pena, não se observa tal determinação acordada no instrumento.

O que aduz o Pacto internacional firmado é que no direito interno haja ao menos uma lei que proíba toda propaganda, ou toda “apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”, mas não que haja uma lei criminalizando a conduta.

Com isso não se está a legitimar qualquer conduta homofóbica, mas sim a privilegiar a própria garantia do “Princípio da Legalidade” estabelecido no art. 9º do mesmo Pacto, pois expressamente exige que “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável”.

Logo, no caso da criminalização da homofobia, o STF não só deixou de atender a separação dos poderes, quando em mutação constitucional lá havida na interpretação da palavra racismo, desconsiderou a cláusula pétrea do inciso III do §4º do art. 60, como também ao autorizar o processamento criminal de alguém pelo crime de homofobia, estabelecido por jurisprudência pelo próprio Tribunal, também lesionou o direito individual do acusado em geral, assegurado constitucionalmente pelo inciso XXXIX do art. 5º, de que “não há crime sem lei anterior

que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", desconsiderando também a cláusula pétrea do inciso III do §4º do art. 60, e por fim, como se já não bastasse, contrariou expressamente o disposto em tratado internacional, ante o que prevê o art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica.

Já no Estudo de Caso n. 01, julgamento do pedido de extradição **Ext 855**, de 26.08.2004, relevante mencionar quanto à observância das cláusulas pétreas, o já referido voto do Ministro Gilmar Mendes, quando registrou ter abandonado anterior jurisprudência do STF no pedido de extradição **Ext 426**, de em 04.09.1985, por não ter se convencido "das razões que levaram a Corte a fazer a mudança da jurisprudência em 1985", de autorizar a extradição para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua, uma vez que almejava garantir o núcleo essencial da Constituição de 88, em especial os direitos fundamentais.

Por fim, e finalizando este Capítulo, embora tal registro do referido Ministro, não se afeiçoa justificada a mutação constitucional havida, pois apesar de aparentar garantir a não perpetuidade da pena de privação de liberdade em favor do extraditando residente no Brasil, em aparente observância à cláusula pétrea do inciso IV do §4º do art. 60 da CR, que veda qualquer disposição que tenda a abolir direitos e garantias individuais, a decisão do Tribunal não poderia assim impor à uma nação estrangeira.

No próximo Capítulo serão tratadas finalmente certas circunstâncias que se mostraram irrelevantes à ocorrência de uma mutação constitucional judicial, como ser afirmada apenas em demanda processual própria do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, haver significativa mudança na composição dos membros do Tribunal, ter decorrido certo período de tempo entre os entendimentos judiciais diversos, seguir um precedente de sua jurisprudência e manter sintonia com a experiência constitucional estrangeira ou a tratado internacional.

9 Capítulo
Circunstâncias irrelevantes à caracterização de mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF

No Capítulo anterior não só foi apresentado o conceito de mutação constitucional judicial para uso pelo Pleno do STF, como também foram descritas certas condições indispensáveis à sua ocorrência. Ficou certo ser necessário ao menos um entendimento judicial diverso, pela maioria dos membros do Pleno do Tribunal, quanto à leitura de norma constitucional escrita, do anterior entendimento judicial, ou mesmo uma afirmação de uma norma constitucional oculta; que se demonstrasse quais seriam as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas ocorridas a partir da vigência da norma constitucional controversa ou do entendimento judicial anterior; e por fim, fosse observado o conteúdo das cláusulas pétreas de que trata o §4º do art. 60 da CR/88, como limites materiais implícitos à mutação constitucional judicial informal.

Já para este último Capítulo, ficou reservada a indicação de certas circunstâncias que se mostraram irrelevantes à caracterização de uma mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF.

E de logo, não se mostraram relevantes a caracterizar uma mutação constitucional judicial fosse afirmada apenas em demanda processual própria para o controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; que houvesse necessariamente uma significativa mudança na composição dos membros do STF; que tivesse decorrido certo período mínimo de tempo entre os entendimentos judiciais diversos; que buscasse o Tribunal seguir um precedente de sua jurisprudência; e por fim, que o Pleno do STF almejasse manter sintonia com alguma experiência constitucional estrangeira ou a tratado internacional.

9.1
Ser afirmada apenas em demanda processual própria do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade

Constatou-se que o Pleno do STF não só realiza mutações constitucionais judiciais em demandas processuais próprias do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, como também em outros procedimentos de sua competência jurisdicional, pelo que se mostrou irrelevante o meio utilizado.

E por demanda processual própria para o controle difuso de constitucionalidade pelo STF entenda-se preferencialmente o recurso extraordinário, de que trata o inciso III do *caput* e o §3º do art. 102 da CR/88, e art. 1.029 e seguintes do CPC, ante os efeitos obrigatórios advindos do texto constitucional e do art. 927 do CPC.

No recurso extraordinário, como se sabe, o STF não é a instância originária de conhecimento do tema constitucional controverso, mas passa a ser em razão de recurso voluntário de qualquer das partes do processo, em demandas advindas das demais instâncias inferiores do Poder Judiciário nacional.

No entanto, o STF só poderá assim analisar o tema constitucional caso o recurso extraordinário lá chegue, após prévia demonstração de repercussão geral do tema constitucional discutido, em razão do filtro processual incluído pela EC n. 45/2004. Esse filtro foi criado para controlar o volume de demandas que chegavam à Corte (Couto, 2009, p. 232).

O tema constitucional controverso conhecido como repercussão geral é que será analisado em tese pelo Tribunal, e se a partir de sua solução afirmar uma mudança informal na Constituição, aí se terá uma mutação constitucional.

Já por demanda processual própria para o controle concentrado de constitucionalidade entenda-se a ação direta de inconstitucionalidade - ADI, inclusive a ADI por omissão - ADO, a ação direta de constitucionalidade - ADC, e a ação de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 102 e art. 103 da CR/88 e a Lei Federal n. 9.868/1999 e Lei Federal n. 9.882/1999. Nessas ações, diferentemente do controle difuso, a discussão base é a própria análise da constitucionalidade de norma infraconstitucional, quando interpretada à luz do texto da Constituição vigente. Inclusive, por um certo período de tempo, foi esse o meio mais utilizado para o controle de constitucionalidade desde a vigência da Constituição de 88 (Clève, 2010b, p. 99).

Afora tais demandas, também se inclui neste grupo o procedimento processual que faz surgir a Súmula Vinculante, quando houver “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” proferidas pelo Pleno do Tribunal (art. 103-A da CR/88 e art. 354-A a art. 354-G do Regimento Interno do STF). E o objetivo primordial na edição de uma Súmula Vinculante é estender o ‘efeito vinculante’ próprio do controle concentrado “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à adminis-

tração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal". Há inclusive quem associe sua edição também ao combate da lentidão do Judiciário (Velloso, 1999, p. 23), embora empiricamente não se tenha tal comprovação.

Deste modo, o resultado final do julgamento de mérito nas ações para o controle concentrado, e o verbete decorrente da edição de Súmula Vinculante a que chegar o Pleno do STF importarão em "efeito vinculante". E se afirmarem uma mutação da Constituição, sua observância será obrigatória.

Já o resultado final a que chegar o Pleno do Tribunal, ao julgar eventual recurso extraordinário, com repercussão geral antes conhecida, e apesar de não ser dotado do mesmo efeito vinculante, também é dotado de observância obrigatória pelos demais juízes ou tribunais, como exige o inciso III do art. 927 do CPC.

Portanto, o 'efeito vinculante' faz surgir um precedente de observância obrigatória pelo Poder Executivo e demais instâncias do Poder Judiciário, quando o entendimento aplicado é compartilhado pela maioria dos membros do Tribunal (Marinoni, 2022d, p. 72). Tal efeito, embora não aplicável ao parlamento, traz os inconvenientes já tratados no *Capítulo 8*, quando não se observa a cláusula pétrea da separação dos poderes, uma vez que restringe o campo político já expresso em uma dada norma, o qual deixa de ser exigido por decisão de desconformidade do STF, em evidente prejuízo à democracia representativa (Souza Neto, 2006, p. 3).

Já a 'eficácia contra todos', ou efeito *erga omnes*, como seu sinônimo, de que trata o §2º do art. 102 da CR/88, por outro lado, diferentemente do efeito vinculante, transcende as partes do processo objetivo nas ações para o controle concentrado, e atinge todos os substituídos processuais (Marinoni, 2016c, p. 970). No entanto, a questão que ora merece maior atenção, é a análise de como em outras demandas, aparentemente impróprias ou atípicas para o controle de constitucionalidade, o STF pode afirmar uma mutação constitucional judicial, e assim exigir seu cumprimento, posto que não dotadas do mesmo efeito vinculante.

No ponto, e apesar de ser até intuitivo que o Pleno possa, em demandas próprias do controle difuso ou concentrado afirmar uma mutação constitucional, e assim exigir seu cumprimento, também assim realiza em outras demandas, como em questões de ordem seja em Inquérito Policial ou em Ação Penal originária, como ocorreu nas duas primeiras mutações constitucionais do Estudo de Caso n.

04, bem como em Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, *Habeas Corpus*, Petição para fins de extradição, e até mesmo na própria Reclamação.

No sentido desse estranhar, e durante o julgamento da questão de ordem da **AP 937 QO**, em 02.05.2018, segunda mutação constitucional identificada no Estudo de Caso n. 04, assim se manifestaram o Ministro Alexandre de Moraes e o Ministro Ricardo Lewandowski, por entenderem que não deveria o Tribunal mudar a Constituição nessas circunstâncias.

O Tribunal também afirmou mutações constitucionais judiciais não só nas duas questões de ordem mencionadas como o fez quando julgou os três *Habeas Corpus* do Estudo de Caso n. 02 (**HC 72.366**, em 13.09.1995; **HC 84.078**, em 05.02.2009 e o **HC 126.292**, em 17.02.2016), além das duas mutações constitucionais da **Ext 855**, em 26.08.2004 - Estudo de Caso n. 01[299].

Ainda há outros registros na jurisprudência do Tribunal, quanto a tais mutações constitucionais em demandas atípicas, embora não analisadas em estudos de casos específicos desta tese, mas captadas quando da coleta de possíveis casos de mutação constitucional no *Capítulo 3*. São exemplos, a Reclamação **Rcl 4.374**, julgada em 18.04.2013, que decidiu as questões relativas aos critérios para o pagamento de benefícios previdenciários da assistência social do Governo Federal, e a Reclamação **Rcl 4.335**, julgada em 20.03.2014, quando foram definidos critérios para a progressão de regime de cumprimento de pena para os condenados por crimes hediondos.

Também foi possível identificar outras hipóteses de mutações em demandas atípicas, como: no **MS 31.816 MC-AgR**, de 13.05.2013, sobre a questão da apreciação prejudicial de vetos presidenciais pelo parlamento; no **MS 27.931**, de 28.10.2020, sobre a limitação do uso de medidas provisórias pelo Presidente da República; no **MS 35.812**, de 10.05.2021, sobre a possibilidade de o Judiciário analisar as decisões do Tribunal de Contas que aprecia aposentadorias voluntárias de servidores; e no **MI 4.733**, de 29.09.2020, sobre a declaração de mora do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia.

[299] As questões de ordem em inquéritos policiais ou em ações penais também tem amparo no caput do art. 22 do RISTF, quando atribui ao ministro relator a possibilidade de submeter a julgamento pelo Plenário algum feito se entender haver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

No entanto, a obrigatoriedade de observância dos julgados acima, em eventual mutação constitucional, não decorre nem do efeito vinculante, posto que não previsto, e nem da observância obrigatória pelos juízes e tribunais, por ausência de previsão nos incisos I a IV do art. 927 do CPC.

É que os incisos I e II do art. 927 do CPC, que manda os juízes e tribunais observarem não só "as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade" como também "os enunciados de súmula vinculante", sequer precisavam existir, uma vez que o efeito vinculante decorre da constituição, já bastante tratado nesta tese. Já com relação aos incisos III e IV, e caso o Tribunal eventualmente afirme uma mutação constitucional em "acórdãos … em julgamento de recursos extraordinário …" ou editando "os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional", também se percebe a necessária tal observância pelos juízes e tribunais.

No entanto, os quatro incisos referidos não explicam a observância de acórdãos proferidos em julgados não afetos ao controle concentrado (ADI, ADC e ADPF) ou a Súmula Vinculante, ou ao controle difuso típico (Recurso Extraordinário e Súmulas não vinculantes).

É aqui que surge o principal instrumento de defesa do STF para a preservação de sua competência e autoridade de suas decisões, a Reclamação, expressamente prevista na alínea 'l' do inciso I do art. 102 do CR/88, como também no art. 988 do CPC e no art. 156 do Regimento Interno do STF - RISTF. E a Reclamação só foi assim constitucionalmente assegurada a partir do texto de 88, pois em nenhuma anterior houve tal previsão de competência originária a cargo do STF.

E embora abaixo não se faça um apanhado histórico aprofundado de sua existência, importância, e aplicação a todos os tribunais, apenas como surgiu e foi aplicado o instituto no Tribunal. Iniciando por Ada Pellegrini Grinover, em artigo científico intitulado "A Reclamação para garantia da autoridade das decisões dos Tribunais", do ano de 2000, observou que a Reclamação é uma construção próprio do STF, da leitura que fizeram os ministros da teoria dos poderes implícitos advindos da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA (Grinover, 2000, p. 12). E lembrou que foi o próprio Tribunal que a incluiu em seu Regimento Interno no dia

02.10.1957, por entender assim possível pelo inciso II do art. 97 da CR/46, uma vez que se conferia a faculdade de "elaborar seus Regimentos Internos".

Ainda segundo Grinover, citando estudo histórico de José da Silva Pacheco, intitulado "A reclamação no STF e STJ de acordo com a nova Constituição" do ano de 1989, teria sido a Reclamação n. 141, de 1952 o precedente mais antigo do Tribunal que o reconheceu como instrumento apto a rever as decisões das instâncias inferiores, mesmo sem previsão normativa expressa (Grinover, 2000, p. 12).

No entanto, em pesquisa na jurisprudência do Tribunal observou-se nesta tese que antes da formal inclusão da Reclamação no Regimento Interno do STF em 1957 foram encontrados pelo menos quatro julgados mais antigos, nos quais outras classes processuais foram conhecidas como Reclamação, visando preservar a autoridade das decisões judiciais pretéritas (**MS 743** de 1946 (p. 19 de 45); **AI 13.648** de 1948 (p. 05 de 09); **IF 14** do ano de 1950 (p. 40 de 40).; e **RMS 1360** de 1951 (p. 17 de 17).

Logo, a própria existência da Reclamação foi uma afirmação de mutação constitucional judicial, ante o acréscimo de mais uma competência jurisdicional ao STF criado à revelia da então vigente Constituição de 1946.

E após 88, a Reclamação passou a ser bastante utilizada pelo STF após a EC n. 45/2004, como um meio processual para a proteção de seus precedentes, pois entre os anos de 2006 a 2022, dos 237.829 processos totais lá recebidos por distribuição originária, a classe 'Reclamação' correspondeu a 22,22% daquele total no período, com 52.847 novas autuações, perdendo apenas para a classe do *Habeas Corpus*, com 121.969 novos feitos lá propostos no período, ou 51,28% do total de novas demandas originárias.

Em síntese, a autoridade das decisões do STF, quando afirma uma mutação constitucional judicial, decorre não só do efeito vinculante próprio do controle concentrado de constitucionalidade e da edição de Súmula Vinculante (§2º do art. 102 e art. 103-A da CR/88), como dos precedentes de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, em julgamentos de recurso extraordinário e na edição de súmulas não vinculantes (incisos III e IV do art. 927 do CPC), e ainda quanto às demais classes de feitos da competência do STF, a força coercitiva decorre da

existência da própria Reclamação (alínea ‘l’ do inciso I do art. 102 do CR/88, art. 988 do CPC e art. 156 do RISTF).

Por tais pressupostos, mostrou-se uma circunstância irrelevante, quando da afirmação de uma mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF, ser afirmada apenas em demanda processual própria para o controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

9.2
Haver significativa mudança na composição dos membros do Tribunal

A mudança na composição dos membros do STF também não se mostrou um fator indispensável à caracterização de mutações constitucionais, seja para fins de afirmar uma primeira leitura diversa do texto constitucional escrito, seja para mudar um entendimento judicial anterior ou até mesmo para afirmar uma nova norma constitucional até então oculta.

A mudança na composição da Corte, como legitimadora de uma mutação constitucional foi indicada não só pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em seu “Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo” (Barroso, 2018, p. 167), como também em tese de doutorado por Adriano Sant'Ana Pedra, intitulada “Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da Teoria da concretização”, do ano 2009 (Pedra, 2009, p. 148). No entanto, a partir dos estudos empíricos aqui realizados, constatou-se o contrário. Vejamos.

No Estudo de Caso n. 02, por exemplo, constatou-se que houve mutação não só quando a composição fora substancialmente alterada, no segundo de quatro momentos interpretativos do ano de 2009, por remanescerem do momento anterior, em 1995, apenas o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello, e com isso substituídos outros nove dos onze membros, como também houve mutação constitucional no ano de 2019 quando remanesceu diverso apenas o Ministro Alexandre de Moraes, que substituíra o falecido Ministro Teori Zavascki, morto no dia 19.01.2017, e portanto eram comuns dez ministros do entendimento anterior.

E ainda durante o julgamento do Estudo de Caso n. 02, **HC 84.078**, em 05.02.2009, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente) chegou a afirmar não só que

o tempo seria a dimensão pela qual as mudanças se tornariam possíveis, necessárias e justificadas, como também que as novas composições seriam fatores relevantes a considerar em eventual mudança de entendimento, pois "as composições anteriores não nos vinculam".

Já o Ministro Alexandre de Moraes chegou a fazer um paralelo entre a composição do Tribunal e as mutações constitucionais havidas no Estudo de Caso n. 02, afirmando que da CR/88 até aquele momento da **ADC 43**, em 23.10.2019, haviam passado pelo Tribunal 34 ministros, dos quais apenas 09 seriam contrários a tese da execução penal antes do trânsito em julgado.

Por outro ângulo, e ainda durante o julgamento do Estudo de Caso n. 02, **ADC 43**, em 24.10.2019, a Ministra Rosa Weber, citando Frederick Schauer e Neil MacCormick, registrou não ser motivação idônea a uma mudança de entendimento "a simples mudança de composição", pois tratava-se de uma instituição e não de pessoas, que precisava valorizar a segurança jurídica, a democracia, o estado de direito e o conceito de constituição. Inclusive a Ministra Rosa Weber, quando do julgamento do **HC 126.292**, em 17.02.2016, terceiro de quatro momentos interpretativos do Estudo de Caso n. 02, já havia afirmado não ver razão para mudar o entendimento tão somente pela alteração de seus integrantes, votando, na ocasião, por manter o então entendimento do **HC 84.078** em 05.02.2009.

Constatou-se inclusive que no Estudo de Caso n. 02 não foram coincidentes os cinco períodos de maior estabilidade na composição plenária do Tribunal, com as quatro mutações constitucionais lá havidas, contados entre a promulgação da Constituição de 88 até o termo final da coleta desta pesquisa, 24.11.2022.

Por período de maior estabilidade no STF, entenda-se, como tratado no *Capítulo 2*, quando estavam em contínuo exercício na jurisdição constitucional no Tribunal o mesmo grupo de pelo menos seis ministros, os quais, caso coincidentes seus fundamentos, teriam a capacidade de realizar uma mutação constitucional judicial. Ocorre que mesmo nesses períodos, e quanto ao Estudo de Caso n. 02, esse mesmo grupo de seis membros não garantiu que os entendimentos se mantivessem estáveis. Vejamos:

a) 1ª mutação do Estudo de Caso n. 02 - **HC 72.366**, julgado em 13.09.1995;

b) 2ª mutação do Estudo de Caso n. 02 - **HC 84.078**, julgado em 05.02.2009;

c) 3ª mutação do Estudo de Caso n. 02 - **HC 126.292**, julgado em 17.02.2016; e

d) 4ª mutação do Estudo de Caso n. 02 - **ADC 43**, julgado em 07.11.2019

Logo, das quatro mutações constitucionais havidas no Estudo de Caso n. 02, as duas últimas ocorreram em um único período de maior estabilidade na composição dos membros do Tribunal. De igual modo, no 3º período, quando houve significativa mudança na composição do Tribunal, não se registrou qualquer mutação constitucional sobre o tema do Estudo de Caso n. 02. Portanto, não se mostrou uma circunstância relevante o fato de a composição plenária se alterar ou se manter em dado período de tempo.

Também assim se constatou no Estudo de Caso n. 03, julgamento da **ADI 4.277** em 05.05.2011, quando se compara a composição do Tribunal naquele julgamento com a atual, e se pode concluir que embora diversos sete dos onze ministros, não se percebeu nenhum movimento visando a alteração daquele julgado porque hoje seriam diversos os membros da Corte. Logo, a estabilidade do julgado acima não se dá pela manutenção ou alteração na composição do Tribunal.

Já durante a análise do Estudo de Caso n. 04, quanto ao foro por prerrogativa de função de ex-parlamentares acusados por crime comum no STF, da primeira mutação constitucional lá identificada, julgamento do **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, para a segunda, julgamento da **AP 937 QO**, em 03.05.2018, apesar de coincidentes apenas dois membros do entendimento anterior, o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Celso de Mello, e portanto, diversos outros nove, o Tribunal não só manteve a interpretação restritiva de que não seria competente para julgar ex-parlamentares, como foi além, e estabeleceu nova hipótese restritiva.

Na segunda mutação constitucional inclusive, o Tribunal passou a entender que para estabelecer o foro por prerrogativa em favor de parlamentares, e também mantê-lo no âmbito do STF, seriam necessários a conjugação de três fatores. De não só o crime comum ter sido praticado por parlamentar no exercício do cargo político para o qual fora eleito, como também em razão deste cargo, e desde que eventual cessação do mandato não tenha ocorrido após a intimação para alegações finais da ação penal respectiva.

Deste modo, e igualmente, revelou-se irrelevante a mudança na composição do Tribunal de nove dos onze membros da Corte no Estudo de Caso n. 04, pois o Tribunal manteve seu entendimento, sobre a restrição do foro privilegiado em favor de parlamentares, sendo mesmo ainda até mais restritivo no segundo momento do que no primeiro, e tudo sem alteração da redação original da alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88.

Inclusive no próprio Regimento Interno do STF, o processo de revisão de sua jurisprudência prescinde de eventual alteração na composição da maioria dos membros do entendimento pretérito, pois pelo art. 103, qualquer dos Ministros poderá assim suscitar, quando se tratar de matéria constitucional, sobrestando o feito, e apenas remetendo ao órgão plenário o caso para julgamento.

Também não se poderia justificar uma eventual mudança da constituição, caso alterada a maioria decisória do STF, na forma preconizada pelo §3º do art. 1.043 do CPC, pois mesmo que aplicado analogicamente, sua construção se destina a evitar eventual divergência entre "qualquer outro órgão do mesmo tribunal", o que não se aplica ao caso de mutação constitucional judicial afirmada pelo Pleno do Tribunal.

Assim, mostrou-se uma circunstância irrelevante, para afirmar uma mutação constitucional, a eventual mudança na composição da maioria de seus membros.

9.3
Ter decorrido certo período de tempo entre os entendimentos judiciais diversos

Como se verá neste tópico, apesar de o fator tempo ter sido apontado por alguns ministros do STF (Ministro Gilmar Mendes, Ministra Rosa Weber, Ministro Ayres Britto, Ministro Joaquim Barbosa e Ministro Dias Toffoli) como relevante fator a influenciar uma mutação constitucional judicial, bem como mencionado também pela doutrina como algo relevante a considerar nas mudanças de entendimento judiciais (Larenz, 1997, p. 43, 495), inclusive especificamente para fins de mutações constitucionais (Häberle, 2020b, p. 46), além de ser considerado até um fator irresistível à interpretação das normas em gerais (Maximiliano, 2017, p. 35), para esta tese, esse fator não se apresentou indispensável.

Sinteticamente, apesar de Karl Larenz citar o 'fator temporal' como relevante a interpretação das normas em geral, não o compreendia como um mero decurso de tempo, contado em anos, mas como um momento a partir do qual as alterações nas "relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si" deram causa a uma variação no modo como se passou a interpretar as normas, pois deixaram de se ajustar às novas realidades (Larenz, 1997, p. 495).

Nesta perspectiva, utilizava a expressão "fator temporal" como um sinônimo de "mudanças fáticas", conceitos que são tratados de modo distintos nesta tese. Pois para esta tese, o tempo entre os entendimentos judiciais diversos não se mostrou indispensável à compreensão de como se deram as mutações constitucionais judiciais, mas sim as eventuais relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, ocorridas a partir da vigência da norma constitucional controversa ou após o entendimento judicial anterior, como demonstrado no *Capítulo 8*.

Registro, porém, que para Peter Häberle já em 1974, escrevendo sobre "Tempo e Constituição", obra citada em mais de um voto pelo Ministro Gilmar Mendes[300], sequer existiria qualquer utilidade no tratamento da mutação constitucional, por se igualar a uma mera atividade interpretativa da leitura da norma, ante o decurso do tempo (Häberle, 2020b, p. 46). No entanto, não se deve desconsiderar, que a construção teórica de Häberle observava tão somente a jurisdição constitucional do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

O autor, também defensor da constituição aberta dos intérpretes, que reservou um capítulo específico na obra citada, intitulado *"La despedida del concepto autónomo 'mutación constitucional'"*, entende que o texto não pressupõe uma leitura prévia e determinada, a qual se reconhece validade, mas sim que pode ser mudada, de acordo com outros fatores, já que sempre haveria uma leitura indeterminada a depender da interpretação.

Ainda por Häberle, haveria uma equivalência entre uma mutação constitucional e uma simples interpretação da norma constitucional, em razão desse fator

[300] Ver *Capítulo 2*, tópico "2.3.9 - A mutação constitucional judicial pelo Ministro Gilmar Mendes"; e *Capítulo 5*, tópico "5.4.2.11 - Estudo de Caso n. 02 - Voto do Ministro Gilmar Mendes (Presidente) no HC 84.078, em 05.02.2009".

tempo. E o tempo traria apenas naturais mudanças no entendimento, sendo desnecessária a prova da existência de uma mutação constitucional.

E no mesmo sentido de não enxergar mais qualquer utilidade na existência de uma mutação constitucional, é relevante mencionar, o artigo científico de Dimitri Dimoulis e Soraya Regina Gasparetto Lunardi, sobre "Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil" de 2008, para os quais o fator tempo, ora poderia fulminar o conceito original de uma dada norma constitucional, e com isso tornariam incoerentes os que defendem a imutabilidade da Constituição como uma norma objetiva, ora legitimaria as contínuas e infindáveis mudanças da constituição pelas alterações das "situações ou os valores sociais" (Lunardi e Dimoulis, 2008, p. 10).

Para os autores, a desnecessidade da existência teórica da mutação constitucional estaria na capacidade de o STF continuamente reinterpretar a Constituição, com idas e vindas da jurisprudência, a depender das mudanças nas situações fáticas e dos valores sociais que os ministros passaram a enxergar de sua leitura. No entanto, percebe-se que os autores também fizeram uma associação direta do fator tempo como sinônimo de "mudanças fáticas", conceitos que são tratados de modo distintos nesta tese, como já referido acima.

Porém, é óbvio que o julgado seguinte do Tribunal, que altere a leitura da constituição ou do entendimento pretérito, sempre estará situado no futuro, na escala de tempo, mas isso não significa que foi o envelhecimento do entendimento, a partir do passar dos anos que fez surgir uma mutação constitucional, uma vez que não é impossível supor possa uma dada mudança jurídica, política, social ou econômica ter ocorrido imediatamente após afirmado o julgado anterior.

Caso se considere ser o 'fator tempo' uma condição indispensável a justificar uma mudança na Constituição, qual seria o tempo mínimo ou máximo a decorrer para tanto?

O que se observou nesta pesquisa, porém, é que a mutação constitucional judicial deveria decorrer tão somente de mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, e não pelo alegado simples decurso do tempo.

Para Inocêncio Mártires Coelho, também citado pelo Ministro Gilmar Mendes no **RE 637.485** (p. 27-28 de 108), e mencionado no *Capítulo 2*, compreendia ele a mutação constitucional na perspectiva da hermenêutica concretizadora de Konrad Hesse e de Peter Häberle, com a possibilidade de contínua leitura do texto constitucional ante a ação do tempo, "permitindo que se reduzam ao mínimo as sempre desgastantes alterações constitucionais" (Coelho, 2004, p. 36-37).

E mais outro autor citado pelo Ministro Gilmar Mendes, agora Peter Badura, desta vez na **ADPF 759 MC-Ref** (p. 31 de 89) também encontra influência do tempo nas mutações constitucionais, pois à compreensão da constituição deve-se considerar a "mudança de significado" em razão de "novas circunstâncias" (Badura, 1992, p. 63).

Por outro ângulo, Carlos Maximiliano atribuía relevância ao tempo para fins de interpretação, chegando a afirmar que o "legislador é filho de seu tempo", e que este fala a linguagem de sua época, embora entendesse dever ser imposto ao juiz, que interpreta a norma, a obrigação também de observar o que pode ter mudado no modo como se interpreta o mesmo valor (Maximiliano, 2017, p. 138).

No entanto, apesar dessas associações ao fator tempo, e como ficou demonstrado nos estudos de casos analisados a partir da jurisprudência do STF, este não se mostrou relevante em razão de se constatar haver mudanças de entendimentos em períodos longos e curtos.

Ficou certo na verdade que nem a jurisprudência envelhecia com o passar dos antos, posto que algumas se mantinham a décadas, nem que o pouco tempo transcorrido impedira eventual nova mutação constitucional.

Vejamos a casuística analisada para melhor compreensão dessas constatações.

No Estudo de Caso n. 01, e durante a primeira mutação constitucional judicial lá identificada, quanto ao condicionamento da comutação de penas mais brandas admitidas no direito brasileiro para a efetiva entrega de estrangeiro condenado no exterior a pena de prisão perpétua, o julgamento do pedido de extradição **Ext 855**, em 26.08.2004 que modificava anterior entendimento firmado no âmbito do STF até mesmo antes da vigente Constituição de 88 (**Ext 426**, julgada

em 04.09.1985), e na ocasião retornava a entendimentos ainda mais antigos (**Ext 399**, julgado em 15.06.1983 e **Ext 417**, julgado em 20.05.1984).

O curioso na mutação constitucional acima é que em 1985 só havia se passados dois anos do entendimento anterior, de 1983, e mesmo assim o Tribunal o reformou. Já em 2004 já havia se passado quase vinte anos do entendimento de 1985, o que daria para deduzir tratar-se de entendimento consolidado e seguro, sob a perspectiva jurídica, porém isso não impediu o Tribunal de reformular sua jurisprudência.

Inclusive, durante todo o julgamento do pedido de extradição **Ext 855**, em 26.08.2004, nenhum dos ministros citou o fator tempo como tendo influenciado o resultado, nem mesmo nos votos vencidos.

Já no Estudo de Caso n. 02, sobre o momento a partir do qual é possível iniciar o cumprimento definitivo da condenação, o STF alterou quatro vezes sua jurisprudência em vinte e quatro anos, tendo permanecido mais estável por apenas quatorze anos, de 1995 a 2009, e menos estável por um pouco mais de três anos, de 2016 e 2019. Embora seja possível surjam relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais e econômicas em um reduzido período de tempo.

Inclusive, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), votando no **HC 84.078** justificou a mudança, de abandonar anteriores entendimentos, em razão do decurso do tempo, desde que percebidos incorretos, fundados em falsas premissas ou em conclusões inseguras, ou simplesmente porque agora não mais seriam corretas.

Inclusive acrescentou, fundado na teoria hermenêutica de Häberle, que sequer seria agora necessário um aprofundamento teórico a respeito do conceito de mutação constitucional, pois a interpretação constitucional estaria aberta pelo tempo como categoria autônoma.

Ficou certo também nas quatro mutações constitucionais analisadas no Estudo de Caso n. 02, que o fator tempo ora foi utilizado a justificar uma reinterpretação da Constituição pelo longo decurso do tempo, ora como um não impedimento dessa mesma reforma pelo pouco tempo decorrido do entendimento precedente.

No entanto, a conclusão que se chega nesta tese, em sintonia com os fundamentos adotados por Karl Loewenstein, é que o tempo não envelhece a Constitui-

ção (Loewenstein, 1979, p. 174), apenas admite uma reinterpretação de seus fundamentos, quando alteradas certas circunstâncias jurídicas, sociais, políticas ou econômicas, e desde que não se atinge a essência da existência do texto.

É que a força da obrigatoriedade das disposições constitucionais, ou a força normativa na perspectiva de Konrad Hesse (Hesse, 1991a, p. 16), advém da capacidade de ainda realizar a ordenação social, de apresentar soluções às questões jurídicas, políticas, sociais e econômicas que se apresentaram, porém sempre sujeita ao poder decisório do STF.

E voltando aos casos estudados, e quanto ao Estudo de Caso n. 03, sobre o reconhecimento como entidade familiar das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, constatou-se que o Tribunal, quando julgou a **ADI 4.277**, em 05.05.2011, não apontou estar envelhecida qualquer jurisprudência do tribunal a respeito, pois sequer havia alguma a esse respeito desde então, ou que foi o tempo transcorrido desde a promulgação da constituição em 1988 que fez surgir uma mudança na leitura literal de suas disposições. Portanto, nenhuma influência gerou o fator tempo no julgamento da **ADI 4.277**, em 05.05.2011.

Já durante a análise do Estudo de Caso n. 04, quanto ao foro por prerrogativa de função de ex-parlamentares acusados por crime comum no STF, da primeira mutação constitucional lá identificada, julgamento da questão de ordem no **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, para a segunda, julgamento da questão de ordem na **AP 937 QO**, em 03.05.2018, apesar de decorridos 19 anos entre ambos os entendimentos judiciais a respeito do mesmo dispositivo da redação original da Constituição, a alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88, não se mostrou relevante a justificar uma nova mudança de entendimento. Ao contrário, não só foi mantida a limitação do foro como ainda foi mais restringida às hipóteses de crimes praticados no cargo, e em razão deste.

Afora os estudos de casos analisados, o fator tempo foi igualmente mencionado pelos ministros do Tribunal em outros julgados, como registrados no *Capítulo 2*, tais como a menção da Ministra Rosa Weber, quando do julgamento da **ADPF 54**, acórdão publicado em 30.04.2013, que fez menção expressa ao fator tempo como autorizador da releitura de enunciados normativos.

Já o Ministro Ayres Britto, quando do julgamento da **ADI 4.430** (p. 184 de 221) mencionou que o tempo traz mutações, ora formais, ora informais, mas sem modificar o núcleo duro do texto constitucional. E por sua vez o Ministro Joaquim Barbosa, quando do julgamento da **Rcl 4.335** (p. 100 de 197) que tratava a respeito do inciso X do art. 52 da CR/88, conceituou a mutação constitucional como a mudança no sentido da norma constitucional, tendo como um dos dois fatores preponderantes, o decurso de um tempo maior a confirmar sua ocorrência, além da demonstração de um desuso do dispositivo invocado. E por fim, o Ministro Dias Toffoli também mencionou o fator tempo quando do julgamento da **ADI 4.439** (p. 219 de 294) a influenciar a "alteração da situação normativa", por trazer uma situação fática não contemplada pela norma.

No entanto, afeiçoa-se não haver significativa relevância entre o tempo e o seguir um precedente de sua jurisprudência, mas sim uma relação entre a motivação utilizada no julgado e a estabilidade desses entendimentos, por não ser impossível supor possam, como dito, que os fatos sociais mudem significativamente sejam no curto ou no longo período de tempo, e com isso exijam atualizações mais ou menos rápidas do Tribunal, sem que com isso se alegue instabilidade do posicionamento.

Denota-se ainda que as menções dos ministros ao fator tempo estão sempre atreladas a uma ideia subjacente, que são as próprias mudanças jurídicas, sociais, políticas ou econômicas, decorrentes desse passar dias ou anos, mas nunca como um fator isolado. Logo, não foi o tempo, por si só, que trouxeram as mudanças na Constituição de 88, como se essa envelhecesse, e daí fosse necessário um rejuvenescimento para mantê-la viva, mas o que acompanhou esse desenrolar dos acontecimentos, e que precisam ser observados pelos ministros que a guardam.

Deste modo, a mutação constitucional judicial permite uma necessária atualização da Constituição, desde que não se toque em seu núcleo essencial, as cláusulas pétreas, sob pena de se ter um outro modelo constitucional não convencionado democraticamente, tornando-se assim uma leitura obrigatória para se compreender o modelo constitucional que está em vigor.

E a partir do momento que nenhuma outra mutação judicial seja suficiente para ordenar as novas e graves questões sociais que se apresentarem, por eventu-

almente atingirem seu núcleo essencial, se faz necessário uma nova Constituição, desde que advinda integralmente dos representantes do povo.

Por fim, e em síntese, não se mostrou uma circunstância relevante à caracterização de uma mutação constitucional judicial pelo Pleno do STF ter decorrido um certo período de tempo entre os entendimentos judiciais diversos.

9.4
Seguir um precedente de sua jurisprudência

Este tópico pode ser assim sintetizado: o Pleno do STF não necessita seguir um precedente de sua jurisprudência para afirmar uma mutação constitucional judicial, apenas quando assim entender em rejeitá-la.

A partir do conceito desenvolvido no Capítulo precedente, a afirmação de uma mutação constitucional decorre ou de uma interpretação diversa do mesmo texto constitucional escrito ou de uma interpretação diversa do entendimento judicial anterior, ou ainda da afirmação de uma norma constitucional oculta.

Logo, quando o Tribunal a realiza ora desconsidera a leitura literal do texto, ora o anterior entendimento judicial, e por consequência, eventual precedente já firmado. No entanto, diversa será a solução quando entender rejeitar a eventual proposta de mutação constitucional, por necessitar não só seguir um precedente já formado, como também demonstrar não ter havido qualquer alteração fática que motivou sua formação.

Por precedente, ou *stare decisis*, entende-se o termo bastante utilizado não só na doutrina processual (Didier Júnior, 2017b, p. 142; e Abboud, 2021, p. 3) quanto na própria jurisprudência do STF[301], por relacionar-se ao conteúdo material de um caso julgado, que precisa ser observado para a futura formação coerente da jurisprudência. Extrai-se do precedente a inovação ou a alteração que forma o novo entendimento a partir do qual outros casos serão analisados. E seriam as ‘razões generalizáveis’ contidas na decisão judicial que formam a jurisprudência,

[301] Foram encontradas mais de oitenta referências na jurisprudência do STF, Ver em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=true&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=250&queryString=%22stare%20decisis%22&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true, acesso em 16 nov. 2023.

embora nem toda decisão judicial ou jurisprudência se apresente como formadora de um precedente (Mitidiero, 2015, p. 340 e 343).

Em favor dos precedentes haveria uma aparência e esperada correção dos entendimentos anteriores, pelo duplo aspecto da atividade judicial (dever de fundamentação e imparcialidade do julgador), a fomentar uma confiança inquestionável na próxima atividade interpretativa (Larenz, 1997, p. 613). E em reforço, a jurisprudência explicaria o entendimento passado, e o precedente apontaria para os casos futuros, como os novos serão julgados (MarinonI, 2017a, p. 358).

Não por outra razão que o §2º do art. 926 do CPC exige dos tribunais o dever de demonstração quais foram as "circunstâncias fáticas" que fundamentaram a criação dos precedentes, e não tão somente seus enunciados.

Porém, não é o eventual efeito vinculante de um precedente constitucional que o transforma em mutação, mas sim a própria mudança de como se passou a ler o mesmo texto constitucional, sem alterá-lo. A vinculação é uma das consequências desta decisão de mérito originada do órgão plenário do Tribunal (Marinoni, 2022b, p. 869).

Foi a partir da crescente utilização dos modernos métodos interpretativos da constituição tratados amplamente no *Capítulo 3* que o STF, em evidente transição, deixou de ser uma mera quarta instância correicional das possíveis falhas ou más interpretações constitucionais das instâncias inferiores, para se afirmar formador de precedentes vinculantes à atividade interpretativa da constituição (Marinoni, 2017a, p. 358), e com isso a impor até mesmo mudanças informais em sua leitura (Marinoni, 2022b, p. 39).

O controle de constitucionalidade, portanto ganhou reforço argumentativo, unindo forças entre os dois modelos, difuso e concentrado, passando a interpretação judicial a de fato exercer uma atividade política significativa.

Embora não fosse a missão original do controle de constitucionalidade conceder ao juiz constitucional a capacidade de, durante a interpretação das normas e dos fatos sociais, impor sua especial e singular visão de mundo numa sociedade democrática, não se mostrou adequado buscar corrigir, com decisões judiciais, todos os possíveis conflitos sociais entre supostas minorias contra os representan-

tes políticos da maioria (Marinoni, 2022b, p. 47, 889), mas estabelecer uma convivência compartilhada entre a formação dos precedentes jurisprudenciais e a esperada atividade parlamentar.

Por outro lado, não se deve esperar que, por ilusão, estejam no texto escrito no passado todas as respostas para os problemas futuros, posto que sequer muitas vezes assim foram divisados. O parlamento escreve a norma, e o Judiciário é apenas um dos que pode revisá-lo, desde que atendidas certas condições indispensáveis tratadas no Capítulo precedente, como ora se propõe. E o produto final, o texto escrito, ou reinterpretado, deve ser a síntese desse processo hermenêutico, entre as necessidades políticas e o justo ponderável.

E voltando a questão dos precedentes, para sua formação há de se conjugar numa maioria uniforme a respeito de uma dada interpretação constitucional com pelo menos seis dos onze ministros que compõe o Pleno do STF, sem que se desconsidere os votos dos demais, pois neles também estão outros relevantes fundamentos teóricos a respeito do tema, como *obiter dictum*, algo que por ora possa ser até sem relevância à fixação da tese (Marinoni, 2022b, p. 676; Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2019, p. 1.316; Mitidiero, 2015, p. 344; Abboud, 2021, p. 5), mas que no futuro pode influenciar uma possível mudança de entendimento (Marinoni, 2017a, p. 359).

Porém, é na razão de decidir, ou *ratio decidendi,* do precedente, a parte vinculante do julgado, que não se relaciona necessariamente com o possível mérito da eventual demanda que permitiu tal deliberação, posto que seu objeto é a tese vinculante (Mitidiero, 2015, p. 343), ou *binding effect,* e não os eventuais direitos dos litigantes (Sarlet; MarinonI; e Mitidiero, 2019, p. 1315) que estão os 'fundamentos determinantes' (inciso V do §1º do art. 489 do CPC) a serem observados pelos demais juízes e tribunais (art. 927 do CPC), sem os quais não é possível identificar como o Tribunal entende a norma constitucional, e muito menos como mudou tal entendimento.

Os motivos determinantes relacionam-se aos pontos sem os quais a interpretação adotada perde sua essência, sua razão de decidir (Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2019, p. 1.317), embora o que fará coisa julgada será apenas seu dispositivo, e

não seus fundamentos, por ausência de lei que assim adote tal possibilidade[302] (Didier Júnior, 2016a, p. 549).

Exemplificando, dada norma estadual, ainda não questionada por ação de controle concentrado no âmbito do STF, manterá sua vigência e eficácia, mesmo que outra de ente político diverso, com redação similar ou até idêntica, tenha sido declarada inconstitucional em controle concentrado, por não ser possível estender os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade à norma não questionada, e com isso tacitamente revogá-la.

Na perspectiva do exemplo acima, o primeiro julgado, jurisprudência do Tribunal, embora possa conter um precedente vinculante, *stare decisis* (§2º do art. 102 do CR/88), e pois claro sua *ratio decidendi*, como o conteúdo essencial da declaração de inconstitucionalidade, e eventualmente até mesmo votos de *obiter dictum*, algo sem relevância à decisão tomada, tal decisão vincula apenas o ente político emissor da norma questionada e os processos judiciais derivados.

Já os motivos determinantes da decisão anterior poderão ser até os mesmos para fundamentar uma nova declaração de inconstitucionalidade, inclusive para mudança de entendimento, *overruling* (Mitidiero, 2015, p. 347), mas como um precedente simples, e não com o condão de anular automaticamente a outra norma similar.

Deste modo, e para o controle concentrado, a declaração do STF anulando uma norma de um dado ente político não importa em anulação automática de todas as outras dos demais entes com conteúdo idênticos ou similares. No entanto, isso não impede a utilização da Reclamação como atalho hermenêutico para assim

[302] A transcendência dos motivos determinantes ou a "eficácia transcendente da motivação" é por ora apenas uma tese (Sarlet; MarinonI; e Mitidiero, 2019, p. 1323), pois o inciso I do art. 504 do CPC não estende a coisa julgada aos 'motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença'. O atual entendimento do STF é que descabe a extensão da *ratio decidendi*, conforme reiterado na Rcl 26752 AgR, julgado em 27/04/2018: Rcl 2491 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02/12/2016; Rcl 23349 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 14/10/2016; Rcl 7672 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016. Em defesa de que se deveria estender o caráter vinculante da decisão tomada também aos motivos determinantes: Mendes, 1999b, p. 2.

se fazer observar o precedente vinculante (Didier Júnior, 2016a, p. 550; Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2019, p. 1.326)[303].

E quando a questão é observada tão somente pelo ângulo do controle difuso, a partir da tese firmada em casos repetitivos julgados pelo Tribunal, sob a sistemática da Repercussão Geral antes reconhecida (§3º do art. 102 da CF/1988 e art. 1.035 do CPC), o Tribunal também tem admitido a Reclamação, já abordada neste Capítulo, cuja decisão tem a força de fazer cumprir o precedente instaurado, mesmo que se trate de normas advindas de entes políticos diversos.

Nesta perspectiva, o Tribunal pode realizar uma nova leitura da Constituição a partir de precedentes oriundos do controle concentrado ou difuso, como também das ações originárias (inciso I do art. 102 da CR/88) ou dos recursos extraordinários (inciso III do art. 102 da CR/88), fixando até teses vinculantes, e caso eventualmente descumpridas, tem à disposição a Reclamação para preservar sua competência e garantir a autoridade de suas decisões, na qual, embora não revogue a norma questionada do ente político, faz cumprir o precedente[304]. Pode ocorrer também nessas hipóteses a inusitada dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* pela dispersão dos fundamentos contidos em cada voto (Marinoni, 2022b, p. 661).

O problema dessa solução concentrada de interpretação é que a formação do precedente constitucional vinculante fica monopolizada no âmbito do STF, sem a possibilidade de revisão pela magistratura de primeiro e segundo grau (Pedra, 2009, p. 221), e sem qualquer participação do Parlamento[305].

A concentração de poder no STF para a mudança da Constituição, sem a efetiva participação dos representantes do povo, afeiçoa-se risco à democracia (Ma-

---

[303] Ver a mudança de entendimento expressada na Rcl 3014, julgada no STF em 10/03/2010, quando foi rejeitada a reclamação sobre a Lei do Município de Indaiatuba - SP, sob a perspectiva do que havia antes sido julgado na ADI 2.868 uma Lei do Estado do Piauí.

[304] Assim ocorreu com a Rcl 57.526 MC-Ref, Segunda Turma do STF em 22.02.2023, quanto a Eleição para a Mesa Diretora da Câmara Municipal de Palmas/TO, para o biênio 2023/2024, quando foi fixada tese em 14/06/2021 **RE 1297884-DF**, embora neste RE se questionasse a constitucionalidade da *exclusão da causa de aumento decorrente da revogação promovida pelo art. 4º da Lei nº 13.654/2018*, assim decidida pelo órgão Especial do TJDFT, (Tema 1120).

[305] Ainda é objeto de muita discussão a aplicação do inciso X do art. 52 da CR/88, pelo qual *compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF*. Para tanto ver: HC 82.959 em 23.02.2006 e Rcl 4.335 em 20.03.2014 (Mendes, 2004b. p. 149-168; Sarlet, Marinoni e Mitidiero, 2019, p. 159).

rinoni, 2022b, p. 850; e Baini, 2021, p. 455), sobretudo em nosso sistema jurídico baseado na legalidade[306]. Esses elevados riscos foram inclusive antevistos há cem anos por Carlos Maximiliano, para o qual a mudança de orientação da jurisprudência do STF exigiria 'estudo sério, motivos ponderosos e bem examinados', e só teria valor se a eventual alteração do precedente se fundamentasse em argumentos científicos, e não somente pelo peso da autoridade do Tribunal (Maximiliano, 2017, p. 180)[307].

O tema não é exclusivamente delicado no Brasil, pois Jeremy Waldron, olhando para o controle de constitucionalidade nos EUA, Canadá e Nova Zelândia, todos com sistema jurídico baseado no direito consuetudinário, se opõe à soberania judicial das cortes constitucionais em substituição ao parlamento quanto às novas interpretações do mesmo texto, pelo risco à Democracia, pois acredita na segurança jurídica trazida pelas normas advindas do Parlamento (Waldron, 2008b, p. 6 e Waldron, 2014a, p. 2).

Vejamos então agora a casuística quanto ao caráter prescindível de se seguir um precedente para a afirmação de uma mutação constitucional judicial.

E iniciando pelo Estudo de Caso n. 02, denota-se a partir dos votos dos ministros que embora divergentes em alguns momentos interpretativos, em razão de expressarem especificamente as razões de suas convicções, é possível deduzir tenham cumprido, formalmente, o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição de 88), assim como a exigência normativa de *fundamentação adequada e específica* (§4º do art. 927 do CPC).

Já quanto à esperada *segurança jurídica* e *proteção da confiança* (§4º do art. 927 do CPC), e durante um período de 24 (vinte e quatro) anos, constatou-se que o Tribunal alternou quatro vezes o entendimento a respeito do Estudo de Caso n. 02 (**HC 72.366**, em 13.09.1995; **HC 84.078**, em 05.02.2009; **HC 126.292**, em

[306] Inciso II do art. 5º da CR/88; art. 13 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

[307] O curioso é que Carlos Maximiliano, diferentemente do uso corriqueiro que hoje se dá, entendia que o termo *jurisprudência* deveria ser reservado ao pronunciamento uniforme e constante dos Tribunais sobre uma questão de direito, e por *precedentes* às deliberações das câmaras legislativas e das decisões isoladas dos juízes singulares (Maximiliano, 2017, p. 180).

17.02.2016 e **ADC 43**, em 07.11.2019), com a última mutação constitucional ocorrendo apenas três anos do entendimento anterior, fato que poderia ser utilizado como argumento contrário a esperada *jurisprudência estável, íntegra e coerente* (art. 926 do CPC).

Essa mesma constatação se observa durante a segunda mutação constitucional em 2016, quando se fundamentou a nova alteração de entendimento também no evitar a incongruência jurisprudencial. É que entre os anos de 2009 a 2016 já haviam dezenas de julgados do Pleno do Tribunal no sentido de impedir o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, ou seja, pela impossibilidade de cumprimento de pena definitiva, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que não confirma o fundamento adotado de manter sintonia ou congruência com anterior precedente do Tribunal.

O mero seguir de um precedente na Corte, independentemente de eventuais mudanças jurídicas, políticas, sociais e econômicas havidas, por si só, não é fundamento relevante a garantir estabilidade ou segurança jurídica nas decisões judiciais, posto que se estaria a afirmar, simplesmente, que a melhor decisão sempre fora a do passado. E se assim for defendido se estaria, por exemplo, desconsiderando a relevante mudança de entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos quando pôs fim ao regime de segregação racial naquele país, quando superou o caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, de 1895 julgando o caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, de 1953.

Já quanto ao Estudo de Caso n. 04, e durante a segunda mutação constitucional lá identificada, a respeito do foro por prerrogativa de função, tanto o Ministro Gilmar Mendes, quanto a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Celso de Mello registraram que a segunda mutação constitucional poderia ser usada também para restringir o foro por prerrogativa contra comandantes militares, ou contra os próprios ministros, na eventual hipótese do cometimento de crime comum. Esse fato aponta para uma inquietação, a extensão dos precedentes para a formação da estabilidade da jurisprudência em controle de constitucionalidade, posto que sua aplicação não é vinculante ao STF, como também encontra dificuldade quando baseada em interpretação por princípios, de maior abrangência interpretativa.

Deve-se esperar estabilidade da jurisprudência dos tribunais e não das relações sociais, por serem complexas e imprevisíveis.

Inclusive a Ministra Rosa Weber, quando do julgamento do **HC 126.292**, em 17.02.2016, terceiro de quatro momentos interpretativos do Estudo de Caso n. 02, já havia afirmado não ver razão para mudar o entendimento tão somente pela alteração de seus integrantes, votando, na ocasião, por manter o então entendimento da Corte firmado no **HC 84.078** em 05.02.2009. No entanto, apesar desse registro, havia no âmbito do Pleno do STF jurisprudência firmada no sentido oposto, exatamente o **HC 72.366**, em 07.06.1995.

Logo, tão somente citar entendimento pretérito não é garantia de segurança jurídica a formar um precedente, pois a depender do que se almeje como resultado final do julgamento, tão somente citar entendimentos passados como mais acertados, sem indicar quais situações jurídicas, políticas, sociais ou econômicas não se mostram tão relevantes a justificar eventual mudança desse entendimento.

Em síntese, e por fim, apesar de não haver efeito vinculante aplicável ao STF, quando do controle concentrado de constitucionalidade, ou quando da edição de súmula vinculante, e nem se sujeitar seus membros aos precedentes por eles mesmo formados, nem mesmo no controle difuso, ainda há de se exigir do Tribunal o dever de manter sua jurisprudência "estável, íntegra e coerente" (*caput* do art. 926 do CPC), o que induz, quando pretenda afirmar uma mutação constitucional, que demonstre quais foram as circunstâncias fáticas que motivaram a eventual alteração do precedente antes formado.

9.5
Manter sintonia com a experiência constitucional estrangeira ou a tratado internacional

Apesar de bastante citado pelos ministros do STF, como se verá, a busca de uma sintonia com a experiência constitucional estrangeira ou com tratado internacional, não se mostrou indispensável à ocorrência de uma mutação constitucional promovida pelo STF.

Essa premissa, porém, não significa que deve o Tribunal permanecer alheio ao que acontece no direito estrangeiro, nem que deva desconsiderar eventuais avanços na tutela e na proteção da pessoa humana, e muito menos negar vigência a

eventuais tratados de cooperação internacional, como já amparado há muitos anos no direito interno brasileiro, seja em matéria penal (art. 5º do CP), em matéria civil (arts. 7º, 9º e 10 da LINDB), ou mesmo em matéria processual penal e civil (Art. 1º do CPP e art. 26 e seguintes do CPC).

No entanto, o que aqui se propõe é que eventuais análises de novos institutos jurídicos, e para fins de mudança da nossa Constituição, demandem um olhar mais amplo, e não apenas jurídico, ante a impossibilidade de o STF, como mero órgão que integra o Poder Judiciário nacional, assim realizar, desconsiderando diversas outras contribuições políticas e sociais.

E de logo, para esta análise, duas constatações. A primeira é que em nosso ordenamento constitucional não há qualquer vinculação de dependência a direito estrangeiro, ante a soberania assegurada no inciso I do art. 1º da CR/88, seja quanto à norma ou a jurisprudência estrangeira, e muito menos a tese doutrinária lá defendida, as quais muitas vezes apenas só são aplicáveis nos países onde foram redigidas, devendo suas leituras se limitarem a uma descrição de experiência ou mera indicação empírica da eventual utilização de algum instituto jurídico.

O que existe na nossa Constituição, e que poderia ser utilizado, equivocadamente, como fundamento em sentido oposto ao acima afirmado, é o disposto no §4º do art. 5º da CR/88, acrescido pela EC n. 45/2004, pelo qual "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional - TPI a cuja criação tenha manifestado adesão".

E como mencionado no *Capítulo 4*, através do Estatuto de Roma (Tratado internacional aprovado em 17.07.1998), não só foi criado o mencionado Tribunal, como também o Brasil a ele aderiu em 07.02.2000, com aprovação interna pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 112, de 06.06.2002, e posterior promulgação até mesmo do Presidente da República pelo Decreto n. 4.388, em 25.09.2002.

No entanto, qual a relevância para uma eventual mutação constitucional pelo STF, mesmo em matéria penal, em observar uma jurisprudência do Tribunal Penal Internacional? Há previsão normativa de vinculação de teses a serem aqui observadas? Há obrigatoriedade de os ministros aqui seguirem algum entendimento adotado no TPI? Obviamente que não. O que há, e como se verá, é a possibili-

dade de o Brasil ser compelido a executar julgado proferido pelo TPI, quando condenatório, seja contra brasileiros ou contra estrangeiros aqui residentes.

Assim, se não há uma vinculação do STF ao TPI, qual a importância deste para eventual mutação constitucional?

Inclusive, em pesquisa realizada na jurisprudência da Corte brasileira não há qualquer menção por qualquer ministro a alguma tese adotada no TPI, muito menos como tese vinculante.

A segunda constatação é que, salvo os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados internamente no Brasil com o quorum especial próprio das emendas constitucionais, e com isso protegidos como cláusulas pétreas por ingressarem no bloco dos 'direitos e garantias individuais', de que trata o inciso IV do §4º do art. 60 da CR/88, já tratados no Capítulo precedente, as demais previsões em tratados não interessam à mutação constitucional, por não a impedirem.

Vejamos então a casuística dessas duas situações analisadas nesta tese.

No Estudo de Caso n. 01, julgamento do pedido **Ext 855**, em 26.08.2004, sobre a extradição de estrangeiro para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua, foi analisado o Estatuto de Roma, quanto à vinculação do Brasil ao TPI. O entendimento a que chegaram os ministros do STF é que não poderiam autorizar a extradição de estrangeiro para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua por conflitar diretamente com a garantia fundamental da alínea "b" do inciso XLVII do art. 5º da CR/88, embora nesse dispositivo não haja qualquer vedação para extraditar estrangeiro visando o cumprimento de tal pena.

No entanto, o curioso nesse Estudo de Caso n. 01 é que com a adesão do Brasil ao TPI, o país se comprometeu a reprimir graves crimes "que afetam a comunidade internacional no seu conjunto", remetendo para esse Tribunal, no exterior, a competência de julgamento dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão (art. 5º, parágrafo primeiro, item 1 do Estatuto de Roma), a eles aceitando inclusive a imposição até mesmo da pena de prisão perpétua "se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem", inclusive brasileiros (art. 77, item 1, letra 'b' do Estatuto de Roma).

Logo, e contraditoriamente, a partir da mutação constitucional realizada pelo STF, quando julgou o pedido de extradição **Ext 855**, em 26.08.2004, o Brasil não poderia extraditar estrangeiro para fins de cumprimento de pena de morte ou de prisão perpétua, porém seria obrigado a extraditar brasileiros, e eventuais estrangeiros aqui residentes, para fins de cumprimento de pena de prisão perpétua, caso eles, brasileiros ou estrangeiros, tenham sido condenados pelo TPI pelos crimes acima mencionados (Mazzuoli, 2018, p. 908).

Dando sequência a este tópico, a experiência constitucional estrangeira foi também citada pelo Ministro Menezes Direito e pelo Ministro Roberto Barroso, quando do Estudo de Caso n. 02, ao mencionarem países que permitiriam a prisão antes do trânsito em julgado da condenação (Inglaterra, Argentina, Estados Unidos, o Canadá, a França, Portugal, Espanha e Alemanha). Por outro lado, e no sentido oposto, o Ministro Celso de Mello e o Ministro Gilmar Mendes também citaram outros tantos que por sua vez não admitiriam o início imediato do cumprimento de pena, senão após recursos (Itália e Portugal, Angola, Moçambique, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau e Timor Leste).

Já no Estudo de Caso n. 03, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Luiz Fux também citaram o direito da União Europeia e da Espanha, como experiências estrangeiras nas quais haveria normas internas de proteção em favor de casais homossexuais. E no sentido oposto, foi citado pelo Ministro Gilmar Mendes países onde o direito interno reprimiria o modo de vida dos homossexuais (Jamaica, Angola, Nepal, Iêmen, Irã, Arábia Saudita, Mauritânia e Sudão).

Também no Estudo de Caso n. 04, o Ministro Roberto Barroso (Relator) apontou que no direito comparado não haveria nenhum país que adotasse, para tantas autoridades, o foro por prerrogativa de função, sugerindo, fosse assim restringido também no Brasil. Afirmou que no Reino Unido, na Alemanha, nos Estados Unidos e no Canadá sequer se adotava para qualquer autoridade tal foro especial, e que na França e em Portugal poucas seriam as autoridades com tais foros.

Diferentemente, o Ministro Celso de Mello também citou a experiência constitucional estrangeira para justificar sua restrição a tal foro por prerrogativa, informando que havia certos países que ainda a adotavam (Argentina, Bolívia, Colômbia, Espanha, Estados Unidos, França, Itália e Portugal), sem, porém, escla-

recer em qual grau assim faziam, e se tão somente em favor de poucas autoridades, como mencionado pelo Ministro Roberto Barroso (Relator), ou de forma mais abrangente.

E ainda no Estudo de Caso n. 04, o Ministro Roberto Barroso (Relator), apesar de justificar a mudança de entendimento para restrição do foro por prerrogativa na existência de tratados internacionais que garantem o direito de o acusado recorrer, assim não estaria sendo atendido pela jurisdição única e última do STF.

No entanto, apesar de tantas citações às experiências estrangeiras, qual a efetiva relevância para uma eventual mudança informal na constituição, em saber se o Brasil estaria ou não mantendo alguma sintonia com outro modelo constitucional pelo mundo? E uma outra indagação. O fato de um dado país iniciar ou não o cumprimento de pena em certo momento processual, reconhecer ou não como entidade familiar as uniões estáveis por casais homossexuais, ou restringir ou não o foro por prerrogativa em favor de certas autoridades, o que interfere no Direito Constitucional interno do Brasil? Nada.

O fato de dado país adotar ou não um modelo jurídico almejado ou já em uso pelo Brasil não é um critério relevante e seguro à configuração de uma mutação constitucional, até porque para se atribuir tal valor se deveria primeiro descrever quais teriam sido os critérios definidores da escolha do país modelo. Assim como quais teriam sido as dificuldades lá encontradas para ter que se adotar ou não um novo modelo constitucional.

E outra questão, o país modelo seria apenas o já reconhecido como supostamente desenvolvido do ponto de vista econômico, como os citados países da Europa, dos EUA, do Canadá, do Reino Unido, da Austrália e alguns poucos da Ásia e outros menos ainda no Oriente Médio? E em sendo assim, que semelhanças históricas, sociais, políticas, culturais, econômicas ou geográficas esses países teriam a ponto de se poder importar um instituto jurídico sem uma prévia análise de conformidade com uma sociedade multicultural como a brasileira?

Outra oportuna e incômoda questão: a atual constituição brasileira em algum momento já foi contada, mesmo que doutrinariamente, como eventual modelo para os EUA ou para os países da Europa? Se a resposta for negativa, só se confirma a irrelevância dessa condição para uma mutação constitucional.

São questões que uma Corte Constitucional, como o STF, não tem condição de assim apreciar durante o exercício de sua função jurisdicional, não sendo assim relevante para fundamentar uma eventual mudança informal da Constituição. Por outro lado, ao parlamento sim, pela própria dinâmica das discussões, deliberações plenárias ou em comissões temáticas torna-se relevante estudar outros modelos constitucionais mundo afora.

Já com relação a menção a tratados internacionais, e observando o mencionado no Estudo de Caso n. 02, foram citados estranhamente, e em sentidos opostos, os mesmos tratados internacionais tanto pelo Ministro Gilmar Mendes, para justificar o imediato cumprimento de pena, independentemente de trânsito em julgado, como também, em sentido oposto pelo Ministro Celso de Mello, pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente).

Foi assim no Estudo de Caso n. 02, quando vários dos tratados internacionais citados pelos ministros o foram nos dois sentidos, ou seja, a própria leitura e interpretação desses instrumentos internacionais geraram resultados diversos. Como ocorrido no julgamento do **HC 126.292**, em 17.02.2016, ao se adotar como critério comum o respeito a tratados internacionais sobre direitos humanos, na perspectiva de que neles não se exigia o prévio trânsito em julgado. No entanto, esse mesmo fundamento também foi mencionado na primeira mutação constitucional de 2009 e na terceira mutação constitucional de 2019, quando o STF, em ambos os momentos, entendeu não ser possível iniciar o cumprimento de pena, senão após o trânsito em julgado.

Porém em nenhum dos tratados internacionais citados pelos ministros do STF no Estudo de Caso n. 02 houve a descrição do momento a partir do qual se admitia como adequado o início do cumprimento de pena, apenas se exigia que se cumprisse o devido processo legal.

Já no Estudo de Caso n. 03, foi citado pelo Ministro Luiz Fux a existência de tratados internacionais que protegeriam o modo de vida dos casais homossexuais. Porém, e neste caso, por indicar um direito previsto em tratado internacional sobre direitos humanos não sofreria o impedimento da cláusula pétrea do inciso IV do §4º do art. 60 da CR/88.

Já no Estudo de Caso n. 04, tanto o Ministro Roberto Barroso (Relator) na **AP 937 QO** quanto o Ministro Edson Fachin, apesar de terem justificado a mudança na interpretação do foro por prerrogativa de função, restringindo sua aplicação no âmbito do STF contra parlamentares federais, supostamente para lhes garantir direito a recurso previsto no Pacto de São José da Costa Rica, o fundamento não se mostrou indispensável à caracterização de uma mutação constitucional, pois o resultado final não excluiu, por definitivo, o foro por prerrogativa de todas as demais autoridades no âmbito do STF.

Logo, não sendo assim excluídas por completo todas as autoridades com foro por prerrogativa no próprio Tribunal, não se estaria igualmente cumprindo os mesmos tratados internacionais que assim estabelecem o direito do acusado a ter acesso ao menos a um recurso contra a decisão condenatória.

Deste modo, e finalizando este tópico e este Capítulo, só há relevância a configurar mutações constitucionais por via interpretativa judicial pelo STF se for para fazer cumprir no país tratados internacionais sobre direitos humanos, já ratificados com *quorum* qualificado de emendas à Constituição, pois não vedado pela cláusula pétrea do inciso IV do §4º do art. 60 da CR/88.

Por fim, e como consequência, se mostrou uma circunstância irrelevante para configurar uma mutação constitucional judicial o fato de haver uma experiência constitucional estrangeira no mesmo sentido ou no sentido oposto do novo entendimento do STF, bem como se eventualmente algum tratado internacional estabeleça disposição diversa do aqui adotado no texto constitucional brasileiro.

Conclusão

Este estudo teve como propósito central investigar as mutações constitucionais judiciais realizadas pelo Supremo Tribunal Federal no período de 1988 a 2022, com foco na natureza da fundamentação adotada pelo Tribunal e na maneira como responde aos princípios jurídicos basilares da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia, conforme preconizado pelo art. 927, § 4º do CPC.

A pesquisa prévia revelou que as justificações fornecidas pelo Tribunal para realizar mutações constitucionais não raramente careciam de clareza e especificidade necessárias, o que frequentemente resultava em interpretações capazes de induzir desvios da rigidez constitucional.

O problema da pesquisa residiu então no fato de que, nos acórdãos do STF, os ministros, em suas fundamentações, justificavam eventuais mudanças informais do texto constitucional escrito, empregando expressões vagas como "notórias mudanças", "alterações fáticas ou jurídicas" ou ainda decorrentes de sucessivas alterações legislativas sobre a matéria em julgamento que configuram transformações políticas, econômicas ou sociais. A falta de clareza e a ausência de objetividade na definição dessas supostas notórias mudanças, que justificassem as alterações informais da Constituição, motivaram esta pesquisa. Ademais, as mutações constitucionais pareciam desconsiderar os textos constitucionais escritos e recorriam a soluções criativas e casuísticas, mantendo, contudo, a redação original, notadamente pelo emprego de modernos métodos de hermenêutica constitucional.

Iniciada a pesquisa, e através de uma rigorosa abordagem analítica e Estudos de Casos detalhados no *Capítulo 3*, foi possível delinear a evolução das decisões do Tribunal, inclusive com a demonstração do conceito de mutação constitucional como entendida pelos ministros do STF no período.

O método de pesquisa adotado se mostrou eficiente, ainda que trabalhoso, ao coletar dezenas de acórdãos do Pleno do Tribunal e relativos a mutações constitucionais judiciais. Em seguida, procedeu-se a restrição dos dados coletados por critérios objetivos de inclusão e exclusão lá definidos. Porém, a seleção dos casos se deu a partir de cinco intervalos de maior estabilidade na composição do Tribu-

nal, quando o mesmo grupo de pelo menos seis ministros estavam em contínuo exercício no STF no período de 05.10.1988 a 22.10.2022. O propósito foi identificar períodos de menor variação na jurisprudência do STF, o que, por fim, não se confirmou.

Embora os resultados iniciais tenham sugerido mais de mil e cem possíveis mutações constitucionais, e após a restrição aplicada pela busca de dezoito termos e expressões específicos, o número foi restringido a dez acórdãos a partir dos quais se utilizou do segundo método de pesquisa, agora o estudo de quatro casos.

Assim, nos quatro estudos de casos foram analisadas aproximadamente três mil páginas de doze diferentes acórdãos, afora dezenas de outros referidos, que integravam a compreensão dos casos. E para cada foram descritos, o tema constitucional controverso, com sua norma escrita da redação original da Constituição, os votos proferidos, como os ministros trataram o tema, com seus respectivos métodos hermenêuticos, e ainda as implicações das soluções finais. E como a leitura da Constituição remanesceu após tais julgamentos, e ainda que mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas ocorreram a influenciar eventual e futura nova mutação constitucional.

E como primeiros resultados da pesquisa, no *Capítulo 3* se constataram que o uso dos modernos métodos de hermenêutica constitucional, quando associados à técnica da mutação constitucional judicial, se mostrou um recurso poderoso de realizar livremente a interpretação que o julgador almejar. E a falta de critérios na escolha de um dentre esses métodos hermenêuticos para as diferentes normas constitucionais teve o potencial de induzir a diferentes resultados, a depender de sua escolha, permitindo casuísmos e facilitando o agir como um poder quase absoluto, irrecorrível e altamente concentrado, driblando até mesmo a rigidez constitucional exigida apenas do Parlamento.

Constatou-se também previamente que apesar de os métodos clássicos não terem sido desenvolvidos para a hermenêutica constitucional, mas sim para as normas jurídicas em geral, na ‘era dos códigos’, ainda se apresentaram relevantes à estabilidade linguística, por não admitir conclusões do vazio normativo, quando aplicados a certas espécies normativas da Constituição, sobretudo quando a interpretação visava restringir direitos fundamentais.

E após realizados os quatro estudos de caso, e como contribuições para o aprimoramento da teoria da mutação constitucional judicial, apresenta-se um novo conceito do fenômeno, além de uma proposta para sua sistematização, e um rol de certas circunstâncias que se mostraram irrelevantes.

O conceito proposto foi ser uma mudança na Constituição, promovida por interpretação judicial pelo Pleno do STF, seja de norma constitucional escrita, ou a afirmação de uma norma constitucional oculta, sem formal emenda pelo parlamento, desde que demonstradas as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, ocorridas da vigência da norma constitucional controversa ou do entendimento judicial anterior, e observadas, necessariamente, como limites materiais implícitos, as cláusulas pétreas da Constituição.

O conceito emergiu da conjugação de elementos da mutação constitucional geral advindos da doutrina clássica alemã, da síntese conceitual dos próprios ministros do STF, da influência da hermenêutica constitucional contemporânea e das conclusões extraídas dos estudos de caso realizados.

O conceito proposto distingue-se de uma simples alteração de entendimento do Tribunal, na medida em que não se limita a modificar a interpretação ou aplicação das normas ou atos jurídicos em geral submetidos ao controle de constitucionalidade, mas sim a compreensão da própria norma constitucional, o que inclui a possibilidade de reconhecer até mesmo uma norma até então oculta.

O fenômeno das mutações constitucionais judiciais ocorre na jurisprudência do STF, apesar de o parlamento brasileiro não ser omisso na realização de contínuas reformas do texto constitucional escrito desde 1988, como demonstrado pelas 138 alterações já realizadas, sendo 132 por meio de emendas constitucionais e outras 6 de revisão. Esta constatação inclusive refuta a ideia de inércia ou negligência do parlamento em atualizar o texto constituiconal.

Por outro ângulo, revelou-se indispensável à mutação constitucional judicial que haja no Pleno do STF, ao menos uma interpretação divergente da leitura do mesmo texto constitucional escrito, ou uma interpretação judicial distinta da previamente estabelecida, ou ainda a afirmação de uma norma constitucional não

explicitada. E, portanto, configurou-se uma mutação constitucional o entendimento judicial que diverge da interpretação literal do mesmo texto, como observado no Estudo de Caso n. 2, onde a primeira das quatro mutações constitucionais identificadas se deu em sentido contrário à literalidade do texto do inciso LVII do art. 5º da CR/88, no julgamento do **HC 72.366**, em 13.09.1995. Da mesma forma, no Estudo de Caso n. 4, o julgamento do **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, representou uma mutação constitucional, sendo a primeira interpretação diferente da literalidade do texto original da alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88, relacionada ao foro por prerrogativa de função para o julgamento de certas autoridades públicas por crime comum.

Também foi constatada uma mutação constitucional devido a uma interpretação judicial distinta da que estava firmada anteriormente, como no Estudo de Caso n. 1, no julgamento da **Ext 855**, em 26.08.2004. Na ocasião houve mudança do entendimento dominante desde 88 relativo à extradição, no qual não se impunha a condição de comutar a pena de prisão perpétua por outra mais branda.

Igualmente, verificou-se uma mutação constitucional por alteração de entendimento no Estudo de Caso n. 2, onde, na segunda, terceira e quarta mutações identificadas, ocorreram mudanças dos entendimentos anteriores sobre o momento em que se inicia o cumprimento de pena no Brasil (**HC 84.078**, julgado em 05.02.2009; **HC 126.292**, julgado em 17.02.2016 e o julgamento conjunto da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54**, em 07.11.2019).

No Estudo de Caso n. 4, observou-se também uma mutação constitucional devido à mudança de entendimento durante o julgamento da questão de ordem na **AP 937 QO**, em 03.05.2018, relativo ao foro por prerrogativa de certas autoridades públicas. O Tribunal adotou uma interpretação mais restritiva da previamente afirmada na também questão de ordem **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, passando a declarar sua competência exclusiva para julgar parlamentares federais apenas se e quando os crimes fossem praticados no exercício do cargo e em razão deste.

Já como mutação constitucional na perspectiva da afirmação de norma constituconal então oculta, extraiu-se do Estudo de Caso n. 1, julgamento da **Ext 855**, em 26.08.2004, quando o STF atribuiu ao Presidente da República a decisão sobre

a conveniência da entrega de um estrangeiro após o julgamento do pedido de extradição, atribuição essa não prevista expressamente no art. 84 da CR/88.

Da mesma forma, caracterizou-se como singular mutação constitucional, e, portanto afirmação de uma norma oculta quando no Estudo de Caso n. 3, julgamento da **ADI 4.277** em 05.05.2011, as uniões estáveis homossexuais foram reconhecidas como entidade familiar sem a expressa autorização no §2º do art. 226.

Já no Estudo de Caso n. 4, e durante a terceira mutação constitucional identificada no julgamento da **ADI 6.515**, em 23.08.2021, houve também a inclusão de uma exigência de simetria entre os cargos estaduais e os nacionais no §1º do art. 125 da CR/88, requisito não previsto explicitamente na Constituição, para que os Estados pudessem estabelecer um foro especial em seus tribunais locais.

Já no julgamento da **AP 937 QO**, em 03.05.2018, além da mutação constitucional resultante de uma mudança de entendimento, também se pôde constatar uma outra norma constitucional não escrita, visto a interpretação lá firmada da leitura da alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88, que incluiu a expressão 'crimes praticados no cargo e em razão do cargo'.

Observe-se que a mutação constitucional judicial promovida pelo STF, quando afirma uma nova norma constitucional até então oculta, equivale a dizer que o Tribunal afirma, indiretamente, haver uma inconstitucionalidade da redação original da Constituição se não for como lá interpretada.

E para melhor compreensão dessa conclusão, e como um exercício hermenêutico, basta supor fosse a norma constitucional originária mudada pelo STF apenas uma lei ordinária. Ou seja, caso fosse a norma originária, à qual se acresceu uma disposição até então oculta, uma simples norma ordinária, como uma lei complementar ou uma lei ordinária, por exemplos, e estivesse o Tribunal realizando seu regular controle concentrado de constitucionalidade, o resultado desse processo hermenêutico poderia ser uma interpretação conforme ou uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, mas com um acréscimo, um aditivo à norma questionada, para que não fosse declarada inconstitucional.

Vejamos o que se quer dizer por outro caminho, a norma da redação original do §3º do art. 226 da CR/88 está assim textualmente escrita: "§ 3º 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". No entanto, o STF, assim a reescreveu: "§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, 'ou entre pessoas do mesmo sexo', como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

O Tribunal ao assim realizar tal 'controle de constitucionalidade' acrescentou à Constituição de 88 uma expressão até então inexistente, uma nova norma oculta, para excluir um sentido interpretativo que entende ser inconstitucional por não ter o constituinte estendido tal tratamento às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Porém ao assim realizar não estaria indiretamente afirmando haver um sentido interpretativo que torna a norma originária inconstitucional?

A distinção é que no caso de mutação constitucional o Tribunal não está realizando controle de constitucionalidade de norma infraconstitucional, mas sim do próprio texto constituiconal, e o que é mais grave, da redação originária advinda da Poder Constituinte originário.

Volto a afirmar, não se está aqui a negar tratamento igualitário às pessoas em diferentes uniões estáveis, mesmo do mesmo sexo, a depender do caso a caso, mas sim que ao ser realizado tal atividade interpretativa pelo Pleno do STF se impõe uma nova Constituição não deliberada pelo Parlamento, impedindo qualquer decisão em sentido contrário.

De igual modo, quando o Tribunal acresceu a expressão "crimes praticados no cargo e em razão do cargo" à alínea 'b' do inciso I do art. 102 da CR/88 equivale dizer ser inconstitucional sua competência para julgar parlamentares federais fora dessas hipóteses, condição não estabelecida pelo constituinte originário.

E dando sequência a outras conclusões desta tese, mostrou-se também indispensável à ocorrência do fenômeno a necessária demonstração de relevantes alterações jurídicas, políticas, sociais ou econômicas significativas em nível nacional surgidas após a vigência da norma constitucional controversa ou do entendimento anterior. Essa exigência se justifica, pois caso remanesçam inalteradas, não se justificam uma mudança da constituição.

É que sem identificar de forma clara e objetiva quais teriam sido as mudanças ocorridas após a vigência da norma questionada ou das decisões anteriores, a modificação informal da CR/88 tende ao casuísmo interpretativo ou ao voluntarismo decisório, caracterizado pela tentativa do intérprete de sobrepor sua visão pessoal ao resultado do julgamento, e amparado unicamente no poder estatal.

Como confirmações dessa conclusão, extrai-se do Estudo de Caso n. 1, julgamento da **Ext 855**, em 26.08.2004, que o STF não apresentou quais teriam sido as mudanças significativas após a vigência da CR/88 que justificassem a condição imposta ao governo requerente de comutar a pena de um estrangeiro.

O aspecto casuístico foi especialmente marcante no voto do Ministro Gilmar Mendes, que se distanciou da jurisprudência estabelecida no **Ext 426**, de em 04.09.1985, declarando que "Não consegui, de fato, me convencer das razões que levaram a Corte a fazer a mudança da jurisprudência em 1985", assim como nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence que expressou "jamais me conformei com a orientação vigente desde 1985".

Já no Estudo de Caso n. 02, julgamento do **HC 84.078**, em 05.02.2009, segunda de quatro mutações constitucionais, não ficaram expressos quais teriam sido as mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional. Não foram descritas a partir do entendimento anterior, **HC 72.366**, em 13.09.1995, o que de novo havia ocorrido no país a ponto de assim justificar a informal mudança. E quando do **HC 126.292**, em 17.02.2016, o voto do Ministro Roberto Barroso apesar de apontar consequências negativas a partir do **HC 84.078** em 05.02.2009, dentre as quais o aumento no número de recursos protelatórios, a baixa eficácia de seus provimentos em favor dos acusados, bem como a capacidade de os mais abastados manterem advogados por mais tempo, não foram demonstradas que tais mudanças ocorram em âmbito nacional, e após o entendimento anterior, e, logicamente, que já não existiam durante o entendimento pretérito.

E ainda no Estudo de Caso n. 02, na quarta e última das quatro mutações lá identificadas, julgamento da **ADC 43**, em 07.11.2019, quando o tribunal retomou o entendimento de dez anos antes, igualmente não foram mencionados especificamente quais novas mudanças teriam ocorrido que já não estivessem presentes

desde o ano de 2016. Ou seja, não foram indicadas quais relevantes mudanças ocorreram entre o **HC 126.292**, em 17.02.2016 e da **ADC 43**, em 07.11.2019.

Inclusive, no Estudo de Caso n. 02, destaque para o comportamento decisório do Ministro Gilmar Mendes, por ter alterado três vezes seu entendimento, pois ao julgar o **HC 84.078**, em 05.02.2009 votou pela impossibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, fundado no princípio da não culpabilidade, que não admitia a prisão como pena antecipada, dentre outros argumentos. Porém, mudou quando do **HC 126.292** em 17.02.2016, justificando na demora das execuções penais no Brasil. E novamente mudou quando do julgamento conjunto da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54** em 07.11.2019, agora fundado em ser a opção que melhor conferiria segurança à execução provisória.

Também o Ministro Celso de Mello mudou seu entendimento, porém uma única vez, quando votou no **HC 72.366**, em 13.09.1995, ao permitir o início do cumprimento de pena, independentemente de haver trânsito em julgado da condenação, e ao mudar no **HC 84.078**, em 05.02.2009, assim o mantendo, sem novas alterações[308].

Já no Estudo de Caso n. 03, julgamento da **ADI 4.277**, em 05.05.2011, sobre o reconhecimento como entidade familiar às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, apenas o Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Marco Aurélio fizeram expressas referências às proposições legislativas em trâmite, mesmo que não aprovadas pelo parlamento, a justificar a mudança havida, e na suposta leniência do parlamento. Deste modo não havia mudanças políticas relevantes a considerar no período, apenas a redação original da CR/88.

E por sua vez, no Estudo de Caso n. 04, julgamento do **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, primeira mutação constitucional judicial lá identificada, o Ministro Carlos Velloso, votando para cancelar a Súmula 394 do STF, e com isso a restrin-

[308] Tais mudanças de entendimentos beneficiou o então ex e hoje atual Presidente da República do Brasil, Luís Inácio Lula da Silva, então preso no dia 07.04.2018, para início de cumprimento de pena por crimes comuns na "Operação Lava Jato", embora pendessem seus recursos nas demais instâncias, enquanto vigorava o entendimento firmado no **HC 126.292** em 17.02.2016. Porém, solto no dia 08.11.2019, quando o STF julgou o **HC 193.726**, relatado pelo Ministro Edson Fachin, um dia após o julgamento conjunto da **ADC 43**, da **ADC 44** e da **ADC 54** em 07.11.2019, ante a mudança de entendimento do Tribunal, agora pela necessidade de exaurimento de todos os recursos processuais. Tal acontecimento foi bastante mencionado pelos ministros durante tais julgamentos. E na sequência histórica e após tais anulações, o STF o permitiu concorrer, e ser novamente eleito em 30.10.2022 para o cargo de Presidente do Brasil.

gir o foro dos parlamentares no Tribunal, não trouxe os números que o justificassem, não demonstrou o que teria efetivamente mudado na dinâmica dos julgamentos a ponto de alterar informalmente a competência do STF, à revelia do parlamento.

E ainda no Estudo de Caso n. 04, o Ministro Roberto Barroso (Relator) na **AP 937 QO**, em 31.05.2017, apesar de entender estar devidamente fundamentada a mutação constitucional pela alteração da realidade fática, em jamais o legislador ter suposto haver mais de quinhentos processos criminais no Tribunal, haver muitas declarações de prescrições criminais, fomento da "impunidade e o desprestígio" do Tribunal, mudança na "realidade fática", mudança da "percepção social do Direito", seja "porque as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial revelaram-se negativas", ou mesmo por haver em tratados internacionais a garantia do duplo grau de jurisdição, o quantitativo e a qualidade das autoridades com foro no STF se manteve inalterada desde 88.

Após 88 houve insignificante alteração na competência originária do STF trazida EC n. 23, de 02.09.1998, que apenas incluiu a alínea 'c' ao inciso I do art. 102 da CR/88, para lá conferir a competência de julgar os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica por crime comum, sem qualquer indicação em números de ter sido esta a motivadora do acúmulo de casos no Tribunal.

Porém, o que ora se propõe, é que para uma mutação constitucional judicial necessário sejam demonstradas claramente no voto de cada ministro quais foram as relevantes mudanças jurídicas, políticas, sociais ou econômicas, de âmbito nacional, que teriam ocorrido da vigência da norma constitucional controversa ou do entendimento judicial anterior, a justificar uma mudança na constituição.

E uma terceira condição indispensável à mutação constitucional judicial é a estrita observância das cláusulas pétreas previstas no §4º do art. 60 da CR/88. Estas incluem: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. O *Capítulo 8* trata detalhadamente de cada um, estabelecendo vínculos entre a mutação constitucional e seu respeito, com conclusões que convergem com a defesa doutrinária qualificada e votos de ministros do STF.

As cláusulas pétreas foram abordadas nos votos de ministros como limites intrínsecos à mutação constitucional. Por exemplo, no voto do Ministro Ricardo Lewandowski durante o julgamento da **ADC 43**, em 24.10.2019, no Estudo de Caso n. 02, e no voto do Ministro Marco Aurélio no HC 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, ao destacar que a redação do inciso LVII do art. 5º impõe um limite material aos direitos e garantias individuais que o STF não poderia ultrapassar. Inclusive, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que o resultado do julgamento equivalia à promulgação de uma emenda constitucional. Contudo, o mesmo Ministro votou de forma divergente no Estudo de Caso n. 01, referente à extradição de estrangeiros para cumprimento de pena de prisão perpétua no exterior, desconsiderando a redação expressa do inciso LII do art. 5º da CR/88.

No que diz respeito a observância das cláusulas pétreas nos estudos de caso desta tese, a análise da terceira mutação constitucional no Estudo de Caso n. 04, referente ao julgamento da **ADI 6.515**, em 23.08.2021, mostrou que o STF não admitiu foros por prerrogativa em Constituições estaduais para cargos sem simetria com os estabelecidos na Constituição de 88, em desacordo com a cláusula pétrea da forma federativa dos Estado (inciso I do §4º do art. 60 da CR/88).

Já a garantia do voto direto, secreto, universal e periódico é justificada como limite à mutação constitucional judicial por expressar a soberania popular, conforme o art. 14 da CR/88. E foi esse o entendimento no julgamento conjunto dos Mandados de Segurança **MS 26.602**; **MS 26.603** e **MS 26.604** que resultou na inclusão da fidelidade partidária como critério na composição partidária na Câmara dos Deputados, uma mutação constitucional judicial que alterou o entendimento anterior do Tribunal sobre a matéria, embora aqui não estudada analiticamente.

Da mesma forma, a cláusula pétrea da separação dos Poderes foi vista como um limite à mutação constitucional judicial, prevenindo a possibilidade de excessos interpretativos do Tribunal. Como no Estudo de Caso n. 03, julgamento da **ADI 4.277**, em 05.05.2011, quando o Ministro Ricardo Lewandowski se referiu à separação dos Poderes como um obstáculo à mutação constitucional que assegura a autonomia e independência dos poderes.

Entretanto, o resultado final do julgamento da união homoafetiva como entidade familiar se opôs ao texto constitucional de forma tácita, como se não houve "silêncio eloquente".

Por outro lado, o "silêncio eloquente" no Estudo de Caso n. 04, julgamento da **ADI 6.515**, em 23.08.2021, quanto a falta de expressa menção no inciso III do art. 96 da CR/88, trazido pela EC n. 80/2014, sobre a prerrogativa de foro dos defensores públicos, foi considerado um óbice à extensão do foro em Tribunais só concedido em favor de magistrados e membros do Ministério Público.

E em outro julgado, o STF ao desconsiderar o limite material da separação dos poderes se permitiu julgar a **ADO 26** em 13.06.2019, e criminalizar por jurisprudência a homofobia mandando aplicar por analogia as punições sobre racismo da Lei n. 7.716/1989. O STF assim procedeu neste caso com base em uma interpretação constitucional que expandiu o conceito de racismo, embora a leitura dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CR/88 não contemple explicitamente tal criminalização.

Chegou até a registrar que manteria a interpretação adotada, mesmo diante de futuras legislações que possam conferir punições ou condições processuais divergentes. E ao assim fazer tenta inibir a atuação do Poder Legislativo, restringindo sua margem em estipular eventuais outras penalidades ou até mesmo certos benefícios despenalizantes.

Já quanto ao inciso IV do § 4º do artigo 60 da CR/88, que estabelece a cláusula pétrea da observância dos direitos e garantias individuais sua relevância como obstáculo a emendas constitucionais foi confirmada. Isso porque em todas as acepções do termo "garantir" presentes no texto vigente, há sempre um direito constitucional implícito em prol da pessoa humana, mesmo naquelas que dizem respeito à organização do Estado. Embora o constituinte tenha optado pela expressão "garantias individuais" em vez de "direitos individuais", elas foram entendidas como sinônimas de direitos individuais, como mecanismos para assegurar direitos e, ainda, como forma de organizar o Estado brasileiro.

Ficou certo que restrições a direitos e garantias individuais não podem ser implementadas pelo STF, dada a ausência de previsão constitucional para tal ação, mesmo durante o Estado de Sítio, por ser vedado até ao Parlamento assim emen-

dar formalmente a Constituição sob "estado de defesa ou de estado de sítio" (§ 1º do art. 60 da CR/88).

Já no *Capítulo 9*, foram demonstradas certas circunstâncias irrelevantes à mutação constitucional judicial. Sendo a primeira, a afirmação de só haver mutação em processos próprios para o controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

Na ocasião foram identificados diversos procedimentos judiciais empregados pelo Tribunal, e não só as demandas típicas do controle de constitucionalidade, **ADI 4.277**, na **ADI 6.515**, na **ADC 43**, como também em outros como inquéritos policiais, ações penais, *Habeas Corpus*, questões de ordem, pedidos de extradição, reclamações e Mandado de Segurança.

Ainda que para o controle concentrado e a edição de Súmulas Vinculantes o Tribunal possa invocar a obrigatoriedade de seus entendimentos pelo efeito vinculante, a Reclamação se estabeleceu como o instrumento pelo qual o STF assegura a conformidade de suas outras decisões.

A Reclamação, como meio de preservar a competência do Tribunal e a autoridade de suas decisões, está prevista na alínea 'l' do inciso I do art. 102 da CR/88, no art. 988 do CPC e no art. 156 do RISTF. Embora tenha sido constitucionalmente garantida apenas após 1988, sua origem remonta a alteração regimental de 1957, baseada na autorização do art. 97 da Constituição de 1946 para a elaboração dos regimentos internos dos tribunais.

Após a promulgação da CR/88, a Reclamação se tornou amplamente utilizada, especialmente após a EC n. 45/2004, como forma de proteção dos precedentes do Tribunal. Entre 2006 e 2022, das mais de 237 mil ações recebidas por distribuição originária, as reclamações corresponderam a 22,22% desse total, ficando atrás apenas dos *Habeas Corpus*, que representaram 51,28% das novas ações originárias. Esses dados ilustram que o meio processual pelo qual o Tribunal afirma uma mutação constitucional é, de fato, irrelevante para a efetivação de sua jurisprudência.

As observações realizadas demonstraram que o meio processual para declarar uma mutação constitucional se mostrou irrelevante, visto que o STF assegura

sua aplicação, seja pelo efeito vinculante, próprio do controle concentrado, como pela observância das teses firmadas em repercussão geral, e ainda pelo uso recorrerrente da Reclamação, para garantir a autoridade de suas decisões.

Outra circunstância irrelevante à mutação constitucional judicial é a mudança significativa na composição dos membros do Tribunal. No Estudo de Caso n. 02, observou-se uma mutação constitucional judicial tanto quando houve uma mudança substancial na composição em 2009 – restando apenas os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello do momento anterior em 1995 – quanto em 2019, quando a única alteração foi a inclusão do Ministro Alexandre de Moraes, substituindo o falecido Ministro Teori Zavascki.

E embora os ministros tenham mencionado a mudança da composição como um relevante fator à mutação constitucional, como o Ministro Gilmar Mendes no **HC 84.078**, em 05.02.2009, e o Ministro Alexandre de Moraes na **ADC 43**, em 23.10.2019, as novas maiorias formadas não resultaram necessariamente na alteração de entendimentos passados.

Além disso, os cinco períodos de maior estabilidade na composição plenária do Tribunal, entre 05.10.1988 e 24.11.2022, não coincidiram necessariamente com as quatro mutações constitucionais identificadas. No Estudo de Caso n. 03, ao comparar a composição do Tribunal de 2011 com a atual, percebe-se que, apesar de sete dos onze ministros serem diferentes, não houve nenhuma tentativa de modificar a decisão estabelecida no Estudo de Caso n. 03, julgamento da **ADI 4.277** em 05.05.2011.

No Estudo de Caso n. 04, referente ao foro por prerrogativa de função de ex-parlamentares, entre a primeira mutação constitucional identificada no **Inq 687 QO**, em 25.08.1999 e a segunda no **AP 937 QO**, em 03.05.2018, mesmo com a coincidência de apenas dois membros do Tribunal, o STF não apenas manteve a interpretação restritiva como a intensificou, estabelecendo uma nova limitação.

Quanto à terceira circunstância considerada irrelevante, o decurso de tempo entre entendimentos judiciais distintos, conclui-se que não existe um período específico mínimo ou máximo para justificar uma mutação constitucional judicial. As mutações devem ocorrer em resposta a mudanças significativas de ordem jurídica, política, social ou econômica, não se justificando apenas pelo passar do tem-

po. Isso é evidenciado no Estudo de Caso n. 01, particularmente na primeira mutação constitucional identificada no **Ext 855**, em 26.08.2004, que alterou uma jurisprudência anterior do próprio STF, remontando a decisões anteriores à Constituição de 88. A mutação em 1985 ocorreu apenas dois anos após o entendimento de 1983, e mesmo quase duas décadas depois, em 2004, o Tribunal optou pela mudança, desconsiderando a possível consolidação do entendimento de 1985.

No Estudo de Caso n. 02, relacionado ao início do cumprimento da pena após condenação definitiva, o STF alterou sua jurisprudência quatro vezes em 24 anos, com um período mais estável de 14 anos, de 1995 a 2009, e um período menos estável de pouco mais de 3 anos, de 2016 a 2019. Portanto, não foram os intervalos de tempo – 7 anos entre 1988 e 1995, 14 anos entre 1995 e 2009, 7 anos entre 2009 e 2016, e 3 anos entre 2016 e 2019 – que motivaram as 4 mutações constitucionais, nem as mudanças na composição do Tribunal, mas o entendimento ativo dos membros do Tribunal de alterar o cenário jurídico, social e político.

No Estudo de Caso n. 03, acerca do reconhecimento das uniões estáveis homossexuais como entidade familiar, o Tribunal, por unanimidade, julgou a **ADI 4.277** em 05.05.2011, sem considerar que qualquer jurisprudência estivesse ultrapassada, até porque não existia precedente sobre o assunto, nem indicou que o tempo decorrido desde a promulgação da Constituição de 88 justificasse uma nova interpretação de suas disposições literais.

Quanto ao Estudo de Caso n. 04, que aborda o foro por prerrogativa de função para ex-parlamentares, a primeira mutação constitucional identificada no julgamento do **Inq 687 QO**, em 25.08.1999, e a segunda no julgamento da **AP 937 QO**, em 03.05.2018, mostrou que os 18 anos decorridos não foram relevantes para justificar uma nova interpretação da alínea ‘b’ do inciso I do art. 102 da CR/88. Ao contrário, a restrição do foro foi mantida, e novas hipóteses ainda mais restritivas foram adicionadas para crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele.

Portanto, o tempo, por si só, não serve como justificativa para uma mutação constitucional, a menos que seja usado como sinônimo de mudanças jurídicas, sociais, políticas ou econômicas significativas, mas nunca como fator isolado.

Quanto à quarta circunstância irrelevante à mutação constitucional, a de seguir um precedente do próprio Tribunal, também não se aplica. Primeiro, porque não existe previsão constitucional que obrigue a aderência a precedentes pelo próprio tribunal. E, segundo, porque a fidelidade a precedentes está atrelada à expectativa de correção e à previsibilidade judicial, essenciais para a segurança jurídica e a coerência lógica das decisões judiciais.

Ocorre que o desrespeito à jurisprudência pode levar a insegurança jurídica e a questionamentos sobre a integridade das decisões, o que poderia comprometer a unidade e autoridade da Constituição. No entanto, não é a vinculação a um precedente que transforma uma decisão do STF em uma mutação constitucional, mas a mudança na interpretação do texto constitucional sem que haja modificação formal.

A mera aderência a um precedente, independentemente das mudanças jurídicas, políticas, sociais e econômicas ocorridas, não fundamenta por si só a estabilidade ou a segurança jurídica nas decisões judiciais, pois isso implicaria afirmar que a melhor decisão é sempre a anterior, sem considerar o contexto atual.

No Estudo de Caso n. 04, durante a segunda mutação constitucional identificada referente ao foro por prerrogativa de função, tanto o Ministro Gilmar Mendes, quanto a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Celso de Mello observaram que a mutação poderia potencialmente ser aplicada para restringir o foro por prerrogativa a casos envolvendo comandantes militares ou os próprios ministros do STF na eventualidade de cometerem crimes comuns. Assim, a simples menção de precedentes não justifica, por si só, a alteração de entendimento.

Por fim, a última circunstância irrelevante à mutação constitucional judicial foi a busca por uma suposta concordância com a experiência constitucional estrangeira ou a tratados internacionais. É que não existe na Constituição qualquer obrigação de conformidade com o direito estrangeiro devido à soberania nacional expressa no inciso I do artigo 1º da CR/88. O mais próximo que se tem é o §4º do art. 5º, inserido pela EC n. 45/2004, que estabelece que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI). Essa submissão refere-se especificamente a crimes e não à adoção de teses jurídicas de tribunais estrangeiros no controle de constitucionalidade.

Quanto aos tratados internacionais, o STF deve observar apenas aqueles relacionados a direitos humanos, em conformidade com a cláusula pétrea de 'direitos e garantias individuais' do inciso IV do § 4º do artigo 60 da CR/88, interpretado extensivamente, e não outros tipos de tratados. E no Estudo de Caso n. 01, **Ext 855**, em 26.08.2004, ao examinar o Estatuto de Roma e a adesão do Brasil ao TPI, o entendimento foi de que não se poderia autorizar a extradição para cumprimento de pena de prisão perpétua, em conflito com a garantia fundamental do art. 5º, inciso XLVII, alínea "b" da CR/88, apesar de este dispositivo não proibir expressamente a extradição para cumprimento dessa pena.

Entretanto, o que se depreendeu do julgamento mencionado é que, enquanto o Brasil não poderia extraditar estrangeiros para cumprimento de pena de morte ou de prisão perpétua – podendo no máximo exigir a comutação da pena de prisão perpétua para o máximo de pena privativa de liberdade prevista na legislação brasileira – paradoxalmente poderá extraditar até mesmo cidadãos brasileiros, e claro estrangeiros aqui residentes, para cumprirem pena de prisão perpétua se forem condenados pelo TPI pelos crimes referidos no mencionado Estatuto de Roma.

Adicionalmente, o uso da experiência constitucional estrangeira para fundamentar uma mutação constitucional pelo Pleno do STF se mostrou incongruente, pois essa experiência foi utilizada para justificar votos em sentidos divergentes, como ilustrado pelo Ministro Menezes Direito, pelo Ministro Roberto Barroso, pelo Ministro Celso de Mello e pelo Ministro Gilmar Mendes, todos no Estudo de Caso n. 02.

No Estudo de Caso n. 03, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Luiz Fux mencionaram experiências internacionais que ora protegem, ora reprimem os casais homossexuais. Portanto, cada ministro poderia selecionar exemplos de países que corroborassem seu ponto de vista, tornando essa referência um argumento flexível que pode ser usado em favor de posições opostas.

No Estudo de Caso n. 04, o Ministro Roberto Barroso (Relator) mencionou que em países como o Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Canadá, o foro especial não é adotado, enquanto na França e em Portugal, é aplicado a certas autoridades em circunstâncias específicas. Por outro lado, o Ministro Celso de Mello fez referência a outras nações que mantêm o foro especial, incluindo Argentina,

Bolívia, Colômbia, Espanha, Estados Unidos, França, Itália e Portugal. Assim, e como no Estudo de Caso n. 03, neste cada ministro tinha à disposição uma lista de países que apoiavam as diversas teses em discussão.

Apesar das numerosas referências a experiências estrangeiras, questiona-se a relevância destas para uma potencial alteração da Constituição. Pois se um país inicia ou não a execução penal em um determinado estágio do processo, reconhece ou não uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar, ou limita ou não o foro por prerrogativa de função para certas autoridades, qual o impacto real disso para o Direito Constitucional interno no Brasil? Nenhum. Isso levanta também a questão dos critérios usados para selecionar os ‘países modelos'.

E finalizando, no Estudo de Caso n. 04, tanto o Ministro Roberto Barroso (Relator) na **AP 937 QO** quanto o Ministro Edson Fachin, justificaram a mudança na interpretação do foro por prerrogativa de função, restringindo sua aplicação aos parlamentares federais, supostamente para assegurar o direito de recurso previsto no Pacto de San José da Costa Rica. Contudo, essa fundamentação não se mostrou essencial para a caracterização de uma mutação constitucional, já que o resultado final não eliminou definitivamente o foro por prerrogativa de função para outras autoridades submetidas à jurisdição do STF, que continuam sendo julgadas em instância única, sem possibilidade de recursos. Isso levanta a questão: para essas autoridades, o STF não estaria ainda em desconformidade com o referido Pacto?

Concluindo esta tese e visando contribuir para futuras pesquisas acadêmicas que possam aprimorar o Direito Constitucional brasileiro, identificaram-se três áreas para estudos subsequentes: primeiro, uma análise sobre a hermenêutica constitucional adequada à jurisdição constitucional brasileira, considerando as diferenças sociais e as necessidades de uma democracia plural; segundo, uma avaliação da eficácia da jurisdição criminal do STF em comparação com a primeira instância, com o objetivo de propor melhorias à Justiça Criminal; e terceiro, uma investigação para descobrir a constituição oculta do Brasil, incentivando uma leitura abrangente que inclua tanto os textos formalmente escritos e promulgados quanto aqueles resultantes de mutações constitucionais judiciais.

A primeira proposta surgiu da análise, apresentada no *Capítulo 3*, sobre o emprego arbitrário e a falta de objetividade na aplicação dos diversos métodos

hermenêuticos para a interpretação das normas da Constituição brasileira. Constatou-se não ser apropriado negligenciar os métodos hermenêuticos tradicionais, que se aplicam à interpretação jurídica em geral e que ainda são valiosos para interpretações restritivas de normas referentes a direitos e garantias individuais e à estrutura do Estado. Por outro lado, e para a expansão desses direitos e garantias, seria frutífero empregar métodos contemporâneos, embora haja a necessidade de desenvolver uma nova abordagem hermenêutica específica para a jurisdição brasileira, considerando a diversidade e as exigências de nossa democracia plural.

A segunda recomendação para futura investigação envolve um estudo comparativo da eficácia da jurisdição criminal no STF em contraste com a jurisdição criminal em primeira instância, quer seja federal, estadual ou eleitoral.

No Estudo de Caso n. 04, o Ministro Roberto Barroso, ao analisar a **AP 937 QO**, em 31.05.2017, mencionou um estudo da FGV que sugeria a ineficácia da jurisdição criminal do STF. Porém, essa observação foi veementemente contestada pelo Ministro Alexandre de Moraes, que qualificou a análise como "comprovadamente errada", o que foi endossado tanto pelo Ministro Ricardo Lewandowski quanto pelo Ministro Gilmar Mendes.

E apesar das críticas ao estudo, a decisão final do julgamento optou por manter a competência criminal do STF para julgar membros do Congresso Nacional, contudo limitando-a aos casos de crimes cometidos no exercício e em razão do cargo. Assim, uma pesquisa científica que aborde minuciosamente aspectos como a duração do processo, a eficácia das investigações, medidas cautelares e o tempo até o início da execução penal poderia contribuir significativamente para a discussão sobre a validade dos foros por prerrogativa de função.

Por fim, identificou-se como fundamental a realização de um estudo que explore a 'constituição oculta' do Brasil, ou seja, as normas provenientes das mutações constitucionais judiciais realizadas pelo Pleno do STF. Este estudo facilitaria o entendimento completo e abrangente da Constituição, considerando tanto o texto formalmente escrito e promulgado pelo Congresso Nacional quanto as normas constitucionais derivadas da interpretação do Tribunal, que possui a prerrogativa de garantir a execução de suas próprias decisões em território brasileiro.

Com essas considerações finais, encerra-se esta tese, esperando que as sugestões aqui apresentadas inspirem futuras pesquisas e contribuam para o enriquecimento e aprimoramento do Direito Constitucional brasileiro.

Referências

Bibliográficas

ABREU, Luiz Eduardo. Casos, Jurisprudência e monografias as possibilidades do estudo de caso nas monografias em direito. **Universitas JUS**, v. 24, n. 2, p. 23-32, 2013, DOI 10.5102unijus.v24i2.2421. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2421>. Acesso 06 fev. 2024.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALVES, Fernando de Brito; SANTOS, Yago Aparecido Oliveira. Democracia e totalitarismo anotações sobre democracia, separação dos poderes e federalismo. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 1-35, jul. 2017. https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index, ISSN on-line: 1982 - 9957, DOI: 10.17058/rdunisc.v1i51.7897.

BACH, Ivo. Einführung in die Juristische Methodenlehre. **Geor-August Universität Göttingen**, Wintersemester, v. X, n. Y, p. 1-65, 2020/2021. Disponível em: <https://www.uni-goettingen.de/en/645204.html>. Acesso em 06 fev. 2024

BADURA, Peter. Verfassungsänderung, Verfassungswandel Verfassungsgewohnheitsrecht. ISENSEE, J.; KIRCHHOF, Paul (Org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992. v. 7, p. 57-78.

BAGEHOT, Walter. **The English Constitution**. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1873.

BAINI, Gustavo M. **Teoria da mutação constitucional e a jurisprudência do STF**. São Paulo: Editora Dialética, 2021. ISBN 978-65-252-0476-5.

BARBOSA, Ruy. **O estado de sítio**: sua natureza, seus efeitos, seus limites. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora, 1892.

_____. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BENEYTO, José María; GARCÍA AMADO, Juan Antonio; ROBLES MORCHÓN, Gregorio. Estudio introductorio. SMEND, Rudolf y KELSEN, Hans. **La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar**: Constitución y Derecho constitucional versus El Estado como integración. Traductor José María Beneyto Pérez, Juan Antonio García Amado. Madrid: Editoral Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), 2019. ISBN: 978-84-309-7641-6.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (Orgs.). **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. Estudio preliminar Pablo Lucas Verdú. Prólogo Pablo Lucas Murillo de la Cueva. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história, cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas; GARCIA, Maria (Orientadora). **A separação dos poderes e os freios e contrapesos na Constituição de 88**: a atuação do Poder Judiciário. São Paulo, 2017, 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Existe-t-il une spécificité des méthodes d'interprétation des droits et libertés par les juges constitutionnels? **Revue Française de Droit Constitutionnel**, v. 1, n. 133, p. 27-43, 2023. Disponível em: <DOI https://doi.org/10.3917/rfdc.133.0027>. Acesso em 07 fev. 2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 503 p. ISBN 978-85-7700-810-0.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade. **A&C**, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 99-116, abr./jun. 2010.

_____; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COUTO, Mônica Bonetti; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda (Orientador). **A Repercussão Geral da questão constitucional e seus reflexos no âmbito do Recurso Extraordinário no Processo Civil brasileiro**. São Paulo, 2009, 254 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo.** 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Traducción Pablo Lucas Verdú, Christian Forster. [S.l.]: Editora IVAP, 1998.

DE AGOSTINI. **Dizionario Latino** (Latino - Italiano. Italiano - Latino). 2. ed. [S.l.]: De Agostini Libri S.p.A., 2011. ISBN 978-88-418-7650-3.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. 8. ed. London: Macmillan and Co., Limited, 1915.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

_____. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 64, p. 135-147, abr./jun. 2017.

DUARTE NETO, José; FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves (Orientador). **Rigidez e estabilidade constitucional. Estudo da Organização Constitucional Brasileira**. São Paulo, 2009, 284 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

DUGUIT, Léon. **Leçons de Droit public général faites à la Faculté de Droit de l'Université égyptienne pendant les mois de Janvier, Février et Mars 1926**. Paris: E. de Boccard, Éditeur, 1926.

ESKRIDGE JR, William N. No Frills Textualism. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 7, p. 2041-75, 2006.

ESTANGUET, Pauline; BÉCHILLON, Denys de (Orientador). **Rejuger la constitutionnalité de la loi**. Pau, 2017, 565 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Pau et des Pays de l'Adour.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Osasco: EdiFIEO, 2015.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de análises de decisões** – MAD, Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

FREITAS, Paulo César de. A interpretação da constituição e o método tópico orientado ao problema. Uma análise sobre a aplicação da Tópica de Viehweg na jurisdição brasileira como garantia dos direitos fundamentais. **Revista de Teorias**

da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 41-61, jul./dez. 2016. ISSN: 2525-9644.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA ROCA, Javier. El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional. **Revista catalana de derecho públic**, n. 43, p. 87-120, 2011, ISSN 1885-5709.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reclamação para garantia da autoridade das decisões dos Tribunais. **RDP DOUTRINA**, n. 2, p. 11-18, jun./jul. 2000.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Traducción Silvina Álvarez. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014. (Colección El Derecho y la Justicia).

_____. **Teoría analitica del derecho**. Traducción César E. Moreno More. Lima: Zela Grupo Editorial, 2017. (Colección Filosofía y análisis del derecho, 1.).

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimento' da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2002.

_____. **Tiempo y Constitución**. Traducción del alemán Jorge Luis León Vásquez. 1.ed. [digital, enero 2020]. Lima: Palestra Editores S. A. C, 2020. Disponível em: <http://isbn.bnp.gob.pe/catalogo.php?mode=detalle&nt=110052>. Acesso em 06 fev. 2024.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HAULBERT, Marine; VIALA, Alexandre et ROUSSEAU, Dominique (Orientadores). **L'interprétation normative par les juges de la QPC**. Montpellier, 2018, 1260 f. Tese (Doutorado em Direito) - L'Université De Montpellier.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: Editora Unicamp e Editora Vozes, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução da 26 ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Tradução de J. Cretella Jr, Agnes Cretella. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014.

JELLINEK, Georg. **Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich**. Viena: Alfred Hölder, 1885.

_____. **Reforma y mutación de la Constitución**. Estudio preliminar Pablo Lucas Verdú. Traducción Christian Förster. Prólogo Pablo Lucas Murillo de la Cueva. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018. ISBN 978-84-259-1767-7.

_____. **Teoría general del Estado**. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JOBIM, Marcelo Barros. **Existem omissões constitucionais?** Um ensaio crítico sobre a relevância da função jurisdicional em face das omissões do poder público. Maceió: Viva Editora, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KNOERR, Cibele Fernandes Dias; TAVARES, André Ramos. (Orientador). **Decisões intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo, 2011. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

KREPSKY, Giselle Marie; CIPRIANI, Thiago. O costume no ordenamento jurídico brasileiro como elemento de mutação constitucional. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, Encontro Virtual, v. 7, n. 1, p. 90-107, jan./jul. 2021. e-ISSN: 2525-961X. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/7851>. Acesso em 06 fev. 2024.

LABAND, Paul. **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**. 1. ed. Tübingen: Laupp, 1876. v. 1.

_____. **Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung**: Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 16.März 1895. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895. v.1, 436 p. Disponível em: <urn:nbn:de:bvb:12-bsb11127249-8>. Acesso em 07 fev. 2024

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEITE, Fábio Carvalho. Revisão da doutrina dos limites ao poder de reforma na Constituição de 88 (reflexões a partir do estudo de dois casos). **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p 87-151, jul/dez. 2006. DOI: 10.17808/des.29.290, p. 87-151.

_____; BRANDO, Marcelo Santini. Dispersão de Fundamentos no STF. Direito, Estado e Sociedade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 48 p. 139-166 jan./jun. 2016.

LIMA, Luatom Bezerra Adelino de. O processo civil estrutural brasileiro e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** [Recurso Eletrônico], Belo Horizonte, v.15, n.48, p. 25-54, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/43452>. Acesso em 06 fev. 2024.

_____. **Comportamento decisório do STF**. Campo Grande: Editora Inovar, 2022.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

LÓPEZ CADENA, Carlos Alberto; AVILÉS, María del Carmen Barranco (Orientadora). **Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana**: concepto, justificación y límites. Madrid, 2007, 415f. Tesis (Doctorado en Derecho) - Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

LUCAS, Doglas Cesar e GHISLENI, Pâmela Copetti. Direitos humanos e identidade cultural: a mutilação genital feminina e suas implicações para os direitos das mulheres. **Revista Direito e Liberdade** – RDL – ESMARN – v. 19, n. 3, p. 97-122, set./dez. 2017.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, RBEC, Belo Horizonte, a. 2, n. 5, p. 217-238, jan./mar. 2008. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/v2/revista/P151>. Acesso em 16 out. 2023.

MACKELDEY, Ferdinand. **Elementos de direito romano**: contendo a Theoria das Institutas precedida de uma Introducção ao estudo do Direito Romano. Tradução de Antônio Bento de Faria. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1907. 452p.

MAPURUNGA, Juçara Rocha Soares; MATOS, Tereza Glaucia Rocha (Orientadora). **Ecos da Contemporaneidade**: a invenção do politicamente correto. Fortaleza, 2015, 315 f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Universidade de Fortaleza.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia.** São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

MARTINS, Gilberto Andrade. Estudo de Caso: uma reflexão sobre a aplicabilidade em Pesquisas no Brasil. **RCO** – Revista de Contabilidade e Organizações – FEARP de USP, v. 2, n. 2, p. 8-18, jan./abr. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELO, Adriana Zawada. A limitação material do poder constituinte derivado. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, 31, a. 8, n.1, p. 31-52, 2008.

MELO, Lucas Fonseca e; MORAIS, Carlos Manuel Almeida Blanco de; e AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Orientadores). **Os limites dos processos informais de alteração da constituição**. São Paulo, 2019, 403 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Lisboa Faculdade de Direito e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República). Brasília: STF, 2014.

MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 187-244, jul./dez. 2016. DOI: 10.9732/P.0034-7191.2016V113P187.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto (Orientador). **Nos bastidores do STF**: constituição, emoção, estratégia e espetáculo. Rio de Janeiro, 2014. 480 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

_____. Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autorrestrição, expansão e ambivalência. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro** - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, set./dez. 2018. DOI https://doi.org/10.46818/pge.v1i2.49.

MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do STF. OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília, IDP, a. 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Apresentação de sua tradução de hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimento' da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2002.

MENDONÇA, Ana Waley (Organizadora). **Metodologia para estudo de caso**: livro didático. Marina Cabeda Egger Moellwald, revisor Diane Dal Mago. Palhoça: UnisulVirtual, 2014. 99 p. ISBN 978-85-7817-651-8.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho; CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém (Orientador). **O papel do STF no sistema de justiça penal e a teoria dos precedentes obrigatórios**: uma análise comparada com a Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Recife, 2019. 283 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. Brasil. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Con informes adicionales de España e Italia. Kai Ambos e Ezequiel Malarino (Editores). Instituto de Ciencias Criminales — Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Montevideo, Konrad - Adenauer - Stiftung, 2008. v. 5, p. 95-130. ISBN 978-9974-8099-2-5.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Arilson Silva de. **A Indologia dos Mlecchs**. A Índia entre orientalismos opostos a indofobia franco-britânica e a indomania transeuropeia alemã. São Paulo, 2011, 436 f. Tese (Doutorado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitu-

cional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, SP, a. 18, n. 22, p. 2-26, jan./dez. 2013. ISSN 2318-8650.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; TAVARES, André Ramos (Orientador). **Teoria da mutação constitucional**: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da Teoria da concretização. São Paulo, 2009, 331 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Católica de São Paulo.

PEREIRA JÚNIOR, José Aldizio. Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português. LA FUERZA INSTITUCIONAL DE LA ABOGACÍA PÚBLICA EN EL CONTEXTO EUROPEO. Centro de Estudios de Seguridad – CESEG, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos - IBEROJUR. Santiago de Compostela, 2020. p. 42-70.

PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; ANDRADE, Daniel de Pádua. A Insustentabilidade da Cláusula Geral de Bons Costumes: Pluralismo e Laicidade na Sociedade Contemporânea. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 162-175, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p162.

PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: Uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 7, p. 126–166, 2009. DOI: 10.30899/dfj.v3i7.489. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/489. Acesso em: 1 nov. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**. Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013. ISBN: 978-85-362-4148-7.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RÊGO, Eduardo de Carvalho; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (Orientador). **Superpoder Judiciário**: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia. Florianópolis, 2018, 264 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina.

REZENDE, Maria José de. Teorias da mudança social: as perspectivas lineares e as cíclicas. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, EDUFSC, n. 32, p. 349-378, out. 2002.

ROLLNERT LIERN, Göran. La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 101, p. 125-155, mayo/agosto 2014. ISSN: 0211-5743. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32740-1.pdf>. Acesso em 06 fev. 2024.

ROSA, Gilmar Madalozzo da; XEREZ, Rafael Marcílio (Orientador). **Mutação constitucional**: limites e possibilidades. Fortaleza, 2020, 204 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Fortaleza.

ROSANE ROESLER, Cláudia. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 4, n. 3, p. 36–54, 2014. DOI: 10.14210/rdp.v4n3.p36-54. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/6142>. Acesso em 20 fev. 2023.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1954.

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20, n. 58, p. 105-135, enero/abr. 2000.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Como as decisões são produzidas? Uma proposta de reformulação de um problema de pesquisa. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 171-216, maio 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/286>. <doi:https://doi.org/10.21783/rei.v5i1.286>. Acesso em 22 jun. 2021.

_____. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), 7 (1), p 80-9,

jan./abr. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2015.71.08>. Acesso em 06 fev. 2024.

SANTOS, Emmanuel dos. A imprensa chilena, o jornal El Mercurio e o golpe civil-militar de Pinochet (1973). **Rev. Hist. UEG** - Porangatu, v. 5, n. 2, p. 307-328, ago./dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme;MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho**. Traduccion de José Díaz García. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

_____. **System des heutigen Römischen Rechts**. Berl[s.n.], 1840. v.1.

SCHMITT, Carl. A revolução legal mundial: superlegalidade e política. Tradução de Gabriel Cohn. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, (42), p. 99–117, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300004>. Acesso em 06 fev. 2024

SGARBI, Adrian. **Curso de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

_____. O significado de 'Direito'. Observações a respeito de uma pergunta embaraçosa. MAIA, Antônio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos, CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. (Orgs.). **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2006. p. 279-300.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 250, p. 197-228, jan/abr. 2009. DOI: 10.12660/rda.v250.2009.4144. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002345520>. Acesso em 06 fev. 2024.

_____. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema**. Revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Tradução de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA, Marcus Seixas; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Orientador). **Normas processuais consuetudinárias**: história, teoria e dogmática. Salvador, 2019, 266 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STAFFEN, Márcio Ricardo e CALETTI, Leandro. O conflito entre princípios na Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 45, p. 633-655, 2016. DOI 10.6084/m9.figshare.4667896.

STOCK, Katharina. Verfassungswandel in der Außenverfassung Entwicklung von Verfassungsrecht. **Text und Kontext**. Duncker & Humblot, 2017. Book. Disponível em: <httpsdoi.org10.3790978-3-428-55129-3>. Acesso em 07 fev. 2024.

STRECK, Lenio Luiz . **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TASSIGNY, Mônica Mota; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro; NOTTINGHAM, Andréa De Boni & KARAM, Andréa Maria Sobreira. A

aplicabilidade do método do estudo de caso em pesquisas jurídicas. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 88, n. 1, p. 39-57, jan./jun. 2016.

TAVARES, André Ramos. Os instrumentos judiciais específicos de combate à omissão inconstitucional no brasil e sua contextualização socioeconômica. **Omissão Inconstitucional**. Coordenadores: André Ramos Tavares e Marina Faraco Lacerda Gama São Paulo: Editora Max Limonad, 2018. p. 5-53.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. Mutação constitucional como evolução normativa ou patologia constitucional? Tempo e direito à luz da hermenêutica-filosófica. REI, **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 432-474, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.87>. Acesso em 07 fev. 2024.

THOMA, Richard. Discussion du rapport de M. Kelsen sur La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle). **Annuaire de L'Institut International de Droit Public 1929**. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1929, p. 192-201.

TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

VELASCO CABALLERO, Francisco. Rafael Domingo (Coordinador). **Juristas universales**: juristas del siglo XIX: de Savigny a Kelsen. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. v. 3.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário e a Súmula Vinculante. Conferência magna proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 06.02.1998. **Revista da EMERJ**, v. 2, n. 5, p. 23-38, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremacia. **Revista Direito GV**, São Paulo, a. 4, v. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

_____. A Constituição como reserva de justiça. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, n. 42, p. 53-97, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300003>. Acesso em 07 fev. 2024.

WALDRON, Jeremy. Judicial Review and Judicial Supremacy. **New York University School of Law Public** Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper, n. 14-57, p. 1-43, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2510550>. Acesso em 07 fev. 2024.

_____. The Concept and the Rule of Law. **New York University School Of Law Public** Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper, n. 8-50, p. 3-61, 2008. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley>. Acesso em 07 fev. 2024

ZANARDI, Reinaldo César; ALTINO, Fabiane Cristina (Orientadora). **Linguagem politicamente correta**: um estudo sobre variantes linguísticas na produção jornalística da Folha de S. Paulo. Londrina, 2019, 239 f. Tese (Doutorado em Estudos da Linguagem) - Centro de Letras e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Londrina.

***

Apud Segundo capítulo

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BADURA, Peter. Verfassungsänderung, Verfassungswandel Verfassungsgewohnheitsrecht. ISENSEE, J.; KIRCHHOF, Paul (org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992. v. 7.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. [S.l.: s.n.], 2015.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Série "Arquivos do Ministério da Justiça". Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BROX, Hans. Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht. **Festschrift für Willi Geiger**, cit., p. 809.

BRYDE, Brun-Otto. **Verfassungsengsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrechf der Bundesrepublik Deutschland**, cit., p. 412-413.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris,1997.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de La Constitución**. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998.

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

HÄBERLE, Peter. "Zeit und Verfassung". Probleme der Verfassungsinterpretation,org:Dreier,Ralf/Schwegmann,Friedrich,Nomos,Baden-Baden, 1976. p. 312-313.

_____. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 2002.

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

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitution**. Tradução espanhola de Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: [S.l.], 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. **Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der ereinigten Staaten**. Berl [S.l.], 1959.

_____. Karl. **Teoría de la constituición**. Barcelona: Ariel, 1986.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco. (Coord.). **Linha Direito Comparado Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva. 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

SARLET, Ingo Wofgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

SILVA, Gustavo Just Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

***

Documentais

Censitárias
Documentações em *Censos* (e outras documentais estatísticas)

IBGE. **Normas de apresentação tabular**. Rio de Janeiro: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, 1993. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=223907>. Acesso em 5 set. 2016.

_____. **Censo democrático 2010 do Brasil**. [Contagem da População] Tabela 1.1.17 - Pessoas de 10 anos ou mais de idade, residentes em domicílios particulares, que viviam em união conjugal, por natureza da união conjugal, segundo a condição no domicílio e os grupos de idade - Brasil - 2010. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9750&t=resultados>. Acesso em 20 jun. 2023.

_____. [Contagem da População] **Número de casamentos por sexo dos cônjuges, 2021**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html>. Acesso em 5 jul. 2023.

_____. **Sistema de Estatísticas Vitais de 2019**. [Contagem da População] Tabela 4.9.2 - Casamentos, por estado civil de ambos os cônjuges masculinos, segundo o lugar do registro - 2019; tabela Tabela 4.9.3 - Casamentos, por estado civil de ambos os cônjuges femininos, segundo o lugar do registro - 2019 e Tabela 4.9.1 - Casamentos, por estado civil dos cônjuges masculino e feminino, segundo o lugar do registro - 2019. Dados disponíveis em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=29639&t=resultados>. Acesso em 5 jul. 2023.

***

Hemerográficas
Documentações em *Jornais* (e outros veículos informativos)

ABBOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. **Revista de processo**, v. 46, n. 314, p. 301-313, abr. 2021.

ARAÚJO, Janaína. Garantia do casamento homoafetivo no país ainda não foi concedida por lei. **Radio Notícia**, Senado, Brasília, 18 jan. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/01/18/garantia-do-casamento-homoafetivo-no-pais-ainda-nao-foi-concedida-por-lei>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRIGATTI, Fernanda. Chacina de Unaí: a origem do Dia Nacional de Combate ao Trabalho Escravo. **Estado de Minas**, Nacional, 28 jan. 2023, Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2023/01/28/interna_nacional,14503

27/chacina-de-unai-a-origem-do-dia-nacional-de-combate-ao-trabalho-escravo.shtml>. Acesso em 5 mai. 2023.

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

CARPIZO, Jorge. La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad. BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, **Nueva serie**, año 44, n. 131, p. 543-598, mayo/agosto. 2011.

COELHO, Inocêncio Martins. **Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional**: o Que São, para Que Servem, Como se Aplicam. Direito Público, [S. l.], v. 1, n. 5, 2010. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1371. Acesso em: 6 fev. 2024.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel. Mutación y convención constitucional. ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS PARA EL SIGLO XXI. CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS. Edición de Benigno Pendás. Prólogo de Miguel Herrero de Miñón. Real academia de ciencias morales y políticas. **Boletín oficial del estado**, 2020. p. 930-934. ISBN: 978-84-340-2667-4.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento colegiado e precedente**. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais on line, Thomson Reuters, v. 264, p. 357-394, fev. 2017. DTR\2016\25036.

_____. A eficácia da decisão de inconstitucionalidade. Quando a sua revisão é possível? **Revista Jurídica Luso - Brasileira** - RJLB, a. 2, nº 3, p. 69-983, 2016.

_____. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Suprema**, Revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022. ISSN 2763-7867. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2022.v2.n1.a147>. Acesso em 07 fev. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do STF nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 1, n. 4, p. 2-10, agosto 1999.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 41 n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e Súmulas no novo CPC brasileiro. **Revista de processo**. Revista dos Tribunais, Ano 40, Vol. 245, julho/2015, pp. 333-349.

NOGUEIRA, Rubem. Rui Barbosa e o STF. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 17, n. 67, p. 135-146, jul./set., 1980.

PELUSO, Cezar. Artigo do ministro Cezar Peluso sobre PEC dos Recursos, publicado em 06.06.2011. [Portal. **STF**]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248&ori=. Acesso em 08 mai. 2023.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do *Habeas Corpus* e a origem do Mandado de Segurança. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do STF. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 177, p. 75-82, jan./mar. 2008.

TOFFOLI, Dias. A Suprema Corte que mais julga no mundo. **Anuário da Justiça Brasil 2019**. O Judiciário sob ataque. A crise das instituições brasileiras bate às portas dos tribunais, Consultor Jurídico, 2019. p. 12-14. Disponível: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2019/preview_pages>. Acesso em 19 out. 2023.

VALLADÃO, Haroldo. O judiciarismo republicano e sua realização através da doutrina brasileira do "*Habeas Corpus*". **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 17, n. 67, p. 127-134, jul./set. 1980.

***

Jurisprudenciais
Documentações em *Revistas* (e outras produções jurídicas)

BRASIL. STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência Revista O Direito, v. 20, t. 58, p. 302, 1892. **Obras Completas de Rui Barbosa (1892)**, v. 19, t. 3, p. 355, 1956. Os Grandes Julgamentos do STF, v. 1, p. 26, 1964. COLAC nº 980-1.

_____. STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Revista O Direito, v. 21, t. 62, p. 86, 1893. **Obras Completas de Rui Barbosa (1893)**, v. 20, t. 5, p. 294, 1958. COLAC nº 980-1.

_____. **STF**. [Coleta de dados arrolados por essa *pesquisa/Tese* se fez via sítio oficial Consulta de Jurisprudência do STF]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em 05 out. 2022.

_____. **STF**. [Coleta de dados arrolados por essa *pesquisa/Tese* se fez via sítio oficial Consulta de Jurisprudência do STF, através do *sistema Milldesk*]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisajurisprudenciaexterno.asp>. Acesso em 05 out. 2022.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Parecer n. Agu/Ag-17/2010. Processo n. 08000.003071/2007-51. Interessado: Cesare Battisti. **Revista da AGU**, n. 26, p. 7-81, 2010.

MARSHALL, John, and Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: **Marbury v. Madison**, 5, U.S. (1 Cranch), 137, 1803. Library of Congress, Periodical. Disponível em: <www.loc.gov/item/usrep005137/>. Acesso em 26 ago. 2022.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. U.S. Reports: **Plessy v. Ferguson**, 163, U.S. 537. 1895. Library of Congress, Periodical. Disponível em: <www.loc.gov/item/usrep163537/ >. Acesso em 07 fev. 2024.

WARREN, Earl, and Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: **Brown v. Board of Education**, 347, U.S. 483, 1953. Library of Congress, Periodical. Disponível em: <www.loc.gov/item/usrep347483/>. Acesso em 07 fev. 2024.

***

Legislativas
Documentações em *Constituição* (e outras produções legislativas)

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Ata..** 3. Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, 3 fev. 1987, Diário da Assembleia Constituinte, a. 1, n. 3, 4 fev. 1987. Disponível em:

<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N001.pdf>. Acesso em 7 de nov. 2023.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. **Ata..** 161. Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, 28 out. 1987, Diário da Assembleia Constituinte, a. 1, n. 146, 29 out. 1987. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N009.pdf>. Acesso em 7 de nov. 2023.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. **Ata..** 322. Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, 23 ago. 1988, Diário da Assembleia Constituinte, a. 2, n. 297, 24 ago. 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/N023.pdf>. Acesso em 7 de nov. 2023.

_____. **Coleção de Leis do Brasil - 1892**. Parte II (Publicação Original). v. 1. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=39-A&ano=1892&ato=3fa0TP31EeJRkTf9d>. Acesso em 07 fev. 2024.

_____. **Coleção de Leis do Brasil - 1893**. Partes I e II (Publicações originais). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/18720>. Acesso em 07 fev. 2024.

_____. **Coleção de Leis do Brasil - 1894** (Publicações originais). v. 1. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/674776?mode=full>. Acesso em 07 fev. 2024.

_____. **Coleção de Leis do Brazil**. Dos actos do Poder Executivo de 1829. Parte II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. p. 2. Disponível em: <https://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18352/colleccao_leis_1829_parte2.pdf?sequence=2>. Acesso em 5 out. 2022.

_____. **Decreto n. 847**, de 11 de outubro de 1890. Promulga o *Código Penal*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 05 out. 2022.

FRANCE. **Code Civil des Français**. Édition Originale et seule officielle. Paris: De L'Imprimerie de la République, An XII, 1804.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas de 1446.** Organizado por Ivone Susana Cortesão Heitor, Anabela Maia, Liliana Ventura e José Carlos Marques. Universidade de Coimbra. Instituto de História e Teoria das Ideias. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>. Acesso em 21 fev. 2023.

_____. **Ordenações Filipinas de 1603.** Organizado por Ângela dos Anjos Aguiar Salgueiro, Lídia Maria Machado Sacramento dos Santos, Jorge Filipe Bandeiras de Oliveira Camponês, Maria Amélia Dias Figueiredo de Almeida, Pedro Miguel Fernandes Mamede, Sandra Patrícia Bernardo Costa e Sara Marisa da Graça Dias. Universidade de Coimbra. Instituto de História e Teoria das Ideias. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>. Acesso em 21 fev. 2023.

_____. **Ordenações Manuelinas de 1513.** Organizado por Arménio Alves Fernandes Coimbra, Pedro Manuel Amaro Santos, Joaquim Pereira Rodrigues, Manuel Fraga Castro e Hugues Wynants. Universidade de Coimbra. Instituto de História e Teoria das Ideias. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>. Acesso em 21 fev. 2023.

***

Normativas
Normas Técnicas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências - elaboração. 2. ed. Rio de Janeiro, 2018. (Esta Norma substitui a NBR 6023:2002).

_____. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos - apresentação. Rio de Janeiro, 2002. (Esta Norma substitui a NBR 10520:2001).

_____. **NBR 10719**: informação e documentação: relatório técnico e ou científico - apresentação. 4. ed. Rio de Janeiro, 2015. (Esta Norma cancela e substitui a NBR 10719:2011).

_____. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos - apresentação. 2. ed. Rio de Janeiro, 2005. Válida a partir de 30.01.2006. (Esta Norma cancela e substitui a NBR 14724:2002).

_____. **NBR 15287**: informação e documentação: projeto de pesquisa - apresentação. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011. (Esta Norma cancela e substitui a NBR 15287:2005).

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO. **Normas para apresentação teses e dissertações**. Rio de Janeiro: Pós-Graduação PUC-Rio, 2020.