

ano 21 – n. 86 | outubro/dezembro – 2021

Belo Horizonte | p. 1-284 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i86

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) .- Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral

ISSN impresso 1516-3210

ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paraense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção?

A (re)discovering the theory of constitutional changes by STF: is this a sign of a state of exception?

Flávio Quinaud Pedron*

Centro Universitário FG – UniFG (Brasil)
qpedron@gmail.com

José Emílio Medauar Ommati**

Universidade de Itaúna (Brasil)
emilioommati@gmail.com

João Paulo Soares***

Centro Universitário FG – UniFG (Brasil)
jp_soaresesilva@hotmail.com

Recebido/Received: 08.12.2020/December 8th, 2020

Aprovado/Approved: 06.12.2021/December 6th, 2021

Como citar este artigo/*How to cite this article*: PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 205-221, out./dez. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1496.

- * Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação do Centro Universitário FG – UniFG (Guanambi-BA, Brasil). Professor Adjunto da PUC Minas (Graduação e Pós-Graduação). Professor Titular do IBMEC. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado. *E-mail*: emilioommati@gmail.com
- ** Professor Adjunto do PPDG e da Graduação da Universidade de Itaúna (Itaúna-MG, Brasil). Professor Adjunto da PUC Minas. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. *E-mail*: emilioommati@gmail.c
- *** Professor da Graduação em Direito do Centro Universitário FG – UniFG (Guanambi-BA, Brasil). Mestre em Direito pela UniFG. Membro Associado da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado. *E-mail*: jp_soaresesilva@hotmail.com

Resumo: A mutação constitucional tem constantemente assumido diferentes significados ao ser mencionada como fundamento de decisão no Supremo Tribunal Federal. Essa dissonância revela a utilização da figura como um argumento retórico, empregado para justificar a sobreposição da convicção do Tribunal às determinações constitucionais. A presente pesquisa explora a instauração de um estado de exceção, nos moldes propostos por Carl Schmitt e revisitados por Giorgio Agamben, por meio dessa operação que eleva o STF ao patamar de poder soberano (ou poder constituinte permanente). Emprega-se metodologia dialética e pesquisa bibliográfica e documental, procede-se uma reconstrução histórica da teoria da mutação constitucional na doutrina alemã do século XX, efetua-se um resgate das noções de exceção e soberania em Carl Schmitt como forma de introduzir e compreender a leitura de Giorgio Agamben sobre o estado de exceção e se analisa a relação entre a mutação constitucional e a usurpação de funções pelo STF. Conclui-se pela ocorrência de uma subversão da ordem democrática e pelo estabelecimento de uma situação de exceção em que o STF é munido de um poder soberano.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Mutação constitucional. Soberania. Estado de exceção.

Abstract: The constitutional mutation has constantly assumed different meanings when it is mentioned as the basis of decision in the Federal Supreme Court. This dissonance reveals the use of the figure as a rhetorical argument used to justify the overlapping of the Court's conviction with constitutional determinations. The present research explores the establishment of a state of exception, along the lines proposed by Carl Schmitt and revisited Giorgio Agamben, through this operation that elevates the STF to the level of sovereign power (or permanent constituent power). A dialectical methodology and bibliographical and documentary research are used, a historical reconstruction of the theory of constitutional mutation in twentieth-century German doctrine is carried out. There is a rescue of the notions of exception and sovereignty in Carl Schmitt as a way of introducing and understanding the Giorgio Agamben's reading on the state of exception and analyzes the relationship between constitutional mutation and usurpation of functions by FTS. The conclusion is that there is a subversion of the democratic order and the establishment of an exceptional situation in which the Supreme Court has a sovereign power.

Keywords: Judicial review. Constitutional changes. Sovereignty. State of exception.

Sumário: 1 Introdução – 2 A “invenção” da mutação constitucional – 3 Soberania e exceção – 4 Mutação constitucional como decisão no campo da exceção – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

A Constituição da República de 1988 é composta de preceitos jurídicos que determinam e direcionam o Estado, vinculando e apresentando força coercitiva sobre todos os poderes por ela constituídos, além de identificar especificamente as funções e estabelecer a independência e a harmonia entre cada um dos Poderes da União. Ainda assim, não têm sido raras as manifestações do Poder Judiciário brasileiro em que são sustentados posicionamentos que atentam diretamente contra os princípios constitucionais fundamentais e ameaçam a própria Constituição, vez que se revelam medidas antidemocráticas com caráter de *exceção*.

Neste texto, busca-se evidenciar esses sintomas de exceção a partir da análise do uso da *mutação constitucional* como argumento de decisão pelo Supremo

Tribunal Federal.¹ Para tanto, faz-se uma breve investigação sobre a gênese teórica da mutação constitucional, além de um resgate das noções de *exceção* e *soberania* em Carl Schmitt, para, daí, demonstrar como a utilização do argumento da mutação constitucional tem se dado como via de camuflar a postura *decisionista* assumida pelo STF,² que, ao usurpar funções conferidas do Poder Legislativo, subverte a ordem democrática e estabelece uma situação de exceção em que se insere no centro do *paradoxo da soberania*.

2 A “invenção” da mutação constitucional

De partida, é necessário compreender o que é uma mutação constitucional. No conceito mais difundido nos manuais de Direito Constitucional brasileiro, trata-se de uma mudança de *interpretação* da Constituição, que faz com que um mesmo texto permaneça intacto, enquanto o seu conteúdo normativo é alterado. Conforme a doutrina brasileira, a mutação constitucional se dá pela ocorrência de “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”.³ Trata-se, pois, segundo tal doutrina de uma suposta modificação natural e não intencional que ocorreria em virtude de interpretação legislativa, administrativa e jurisdicional, bem como por práticas, usos e costumes, mas sem nenhuma alteração do texto constitucional em si.⁴ Nesse ponto, seria um evento que só se manifestaria na verificação de uma nova conjuntura fática não prevista pelo legislador. Ao tratar do tema, Klaus Stern admite a possibilidade de ocorrência de um desenvolvimento judicial do direito por meio da mutação constitucional pela via interpretativa, mas atenta que esse não pode ser um princípio comum de interpretação, uma vez que representaria ameaça à força normativa da Constituição.⁵ Ao sistematizar o tema, Ommati afirma que a doutrina tradicional chamaria de *mutação constitucional* a uma “mudança informal, interpretativa no Texto Constitucional. Assim, muda-se a

¹ PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em: 30 abr. 2018.

² PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares. *Mutação Constitucional: história e crítica do conceito*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

³ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e *Verfassungsstaat*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94.

⁵ STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 336.

Constituição apenas pela mudança de interpretação de seu texto. Não se altera uma única letra da Constituição”.⁶

Apesar de não ser a única forma de mutação constitucional presente na raiz da teoria, a doutrina alemã da primeira metade do século XX, a *mutação por interpretação* ganhou popularidade e é acriticamente aceita pela dogmática brasileira. A jurisprudência do STF, por sua vez, acolheu a figura da mutação como fundamento de decisão, mas passou a lhe conferir efeitos que divergem em cada caso e até mesmo em votos de seus Ministros em um mesmo julgamento.

No entanto, a mutação constitucional possui um desenvolvimento histórico que merece ser resgatado e compreendido. A problematização acerca da possibilidade de existência de mudanças informais na Constituição surge na doutrina alemã na transição entre os séculos XIX e XX e é iniciada em virtude do ambiente de incerteza estabelecido no Império alemão regido pela Constituição de 1871.⁷ Nesse contexto, envolto pela proposição do estudo dogmático do direito público e pela compreensão da Constituição como mero instrumento normativo, formula-se o termo *mutação constitucional* (*Verfassungswandlung*) como um processo de mudança de significado ou sentido da Constituição sem a ocorrência de alteração do texto escrito.

Insertos nessa conjuntura de instabilidade, Paul Laband e Georg Jellinek serão os juristas responsáveis por iniciar os debates teóricos sobre a ocorrência de mutações constitucionais. Laband e Jellinek partem de uma perspectiva teórica que aparta definitivamente os estudos do Direito e da Política,⁸ buscando esvaziar o discurso jurídico de qualquer reflexão extrajurídica e propondo uma dogmática consistente em um conjunto de textos normativos alheios e indiferentes a quaisquer outros fatores.⁹ De acordo com Jellinek, a investigação do fenômeno da *mutação constitucional* se localiza na fronteira entre o Direito Constitucional e a Política. Para ele, trata-se da confirmação do triunfo da força normativa do fato sobre a

⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 66. Apesar de assim sistematizar a maioria do posicionamento da doutrina nacional, Ommati afirma discordar: “Embora essas ideias sejam permanentemente repetidas pela doutrina tradicional, concordo com o professor Flávio Quinaud Pedron que, em sua obra, demonstra o total descompasso entre a teoria da mutação constitucional da forma como ainda hoje é entendida e uma perspectiva principiológica do Direito” (OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 65).

⁷ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 86.

⁸ CARVALHO NETTO, Menelik de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

⁹ Laband rejeita até mesmo a possibilidade de o Judiciário efetuar controle de constitucionalidade de leis e atos, uma vez que a este caberia apenas a tarefa da aplicação do direito ao caso concreto, enquanto a ideia de controle de constitucionalidade implicaria inevitavelmente na produção de decisões judiciais baseadas em questões de ordem política. Dessa forma, a proteção da Constituição caberia ao Estado, que, por sua vez, poderia transformá-la sem necessidade de modificação formal. (SANCHEZ 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. 85, ene./abr., 2000, p. 108).

força normativa da Constituição,¹⁰ representando a imposição de uma modificação fática ao Direito.

Nesse sentido, a *mudança* distingue-se da *reforma* pelo critério da intencionalidade: entende como *reforma* a mudança constitucional intencional, havida por ações voluntárias; e *mudança* a mudança normativa ocorrida inconscientemente, por fatores externos e sem a alteração do texto constitucional.¹¹

Ausente a intenção modificadora, a mudança se daria no campo fático, sem alteração do texto. De acordo com Jellinek, esse fenômeno se dá em quatro possibilidades: por atos normativos, pela mudança do costume, por decisões da jurisdição constitucional e por convenções constitucionais.

Claramente influenciado pela conhecida tese de Ferdinand Lassalle, segundo a qual a Constituição é definida como a expressão dos fatores e das relações reais de poder,¹² Jellinek distingue o Direito como um compromisso entre interesses diferentes e até mesmo opostos. Para Sant'Ana Pedra, esse compromisso resulta não apenas da força dos interesses, mas também do poder social dos interessados. Assim, “a modificação das forças reais das relações entre os órgãos superiores do Estado se infiltra nas próprias instituições, até mesmo quando não houver sido modificada uma letra da constituição”.¹³

É importante anotar que as produções de Laband e Jellinek situam-se no contexto das discussões da Escola Alemã de Direito Público no período de transição entre os séculos XIX e XX e estão ligadas a uma separação absoluta entre o Direito e a *realidade*, de maneira que a *mudança* seria fruto da imposição de uma modificação havida no âmbito da *realidade* ao Direito. No entanto, essa proposta não mais se sustenta, uma vez que, ao restringir-se a uma análise empírica dos fenômenos políticos e sociais, não consegue lidar normativamente com o reconhecimento das influências das realidades sociais no Direito,¹⁴ de modo que a *mudança constitucional* finda por figurar como uma saída para justificar o prevalecimento da *vontade do Estado* sobre quaisquer outras forças constitutivas de Direito.

¹⁰ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Tradução: Christian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 3.

¹¹ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. *Op. cit.* p. 7.

¹² Cf. LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. Konrad Hesse também reconhece a influência do pensamento de Lassalle sobre a teoria de Jellinek (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 9).

¹³ PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Teoria da Mudança Constitucional: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. 2009. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 115.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta Journal Law*, n. 7, 2007, p. 60.

A fraqueza da construção teórica jellinekiana é denunciada, inclusive, por outro teórico da mutação constitucional, Konrad Hesse, que abaliza a impossibilidade de uma solução jurídica para problemas que ensejam uma influência da realidade sobre a norma e aponta uma falha no esclarecimento jurídico e no estabelecimento de limites para a *mutação constitucional*.¹⁵

A sistematização do conceito de mutação se dá no contexto da Constituição de Weimar, com Hsü Dau-Lin, que identifica que o fenômeno decorre de uma separação entre os preceitos constitucionais e a realidade e só poderia se dar sob a égide de uma constituição formal e rígida, uma vez que a problematização gira em torno da contraposição entre as normas jurídicas escritas e a situação jurídica real e, em um Estado em que não há Constituição escrita, há plena identidade entre a realidade e a normatividade constitucional.¹⁶

A partir dessa premissa, Dau-Lin se vale do sistema conceitual da teoria integracionista de Smend¹⁷ para ordenar e sistematizar as possibilidades em que mutações constitucionais poderiam ser geradas,¹⁸ o que faz dividindo em quatro ocorrências: mediante prática estatal que não viola formalmente a constituição; mediante impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; mediante prática estatal contraditória com a Constituição; e mediante interpretação da constituição, o que se daria quando os preceitos constitucionais fossem interpretados segundo valores modificáveis com o tempo.¹⁹

A construção de Dau-Lin compreende a mutação constitucional como um artifício para enfrentar a inexistência de mecanismos jurídicos capazes de vincular o Estado ao estrito cumprimento da Constituição por meio da criação de novas normas constitucionais,²⁰ de modo que se trata de um instrumento interno ao próprio conceito de Constituição e, portanto, não deveria gerar uma crise de convicção jurídica.²¹

Já em Konrad Hesse, a mutação assume a função de desenvolver critérios aplicáveis à situação normal, buscando limitar-se pelo máximo respeito ao texto para se preservar aquele conjunto de valores axiológicos e a *força normativa da Constituição*.²² Isso porque Hesse defende a Constituição a partir de uma concepção

¹⁵ HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: *Temas Fundamentais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157.

¹⁶ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Op. cit., p. 116.

¹⁷ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Tradução: José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 70 e ss.

¹⁸ SANCHEZ URRUTIA, Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución: una aproximación al origen del concepto. Op. cit., p. 106.

¹⁹ SANCHEZ URRUTIA, Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución: una aproximación al origen del concepto. Op. cit., p. 106.

²⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Op. cit., p. 119.

²¹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Tradução: Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 166.

²² HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. Op. cit., p. 311.

axiológica e entende a vontade da Constituição muito mais como vontade de uma comunidade que partilha desse substrato axiológico do que de uma *ratio*, estabelecida por um processo constituinte. Essa carga de valores metajurídicos e pré-jurídicos funcionaria, pois, como condição de legitimidade da normatividade da Constituição.²³

Verifica-se, portanto, que o conceito de *mudança constitucional* nasce e se desenvolve sob uma concepção formalista do Direito, que separa, claramente, a dimensão político-social da jurídica e, em quaisquer dos moldes propostos, se estabelece sobre as premissas de existência de uma lacuna entre norma constitucional e realidade e da necessidade de que a norma persiga a realidade na busca do preenchimento dessa lacuna.

Importa a lição de Carvalho Netto, para quem a tematização da condição humana como uma condição hermenêutica, a partir da superação dos supostos da filosofia da consciência, leva à conclusão de que a realidade é permeada de idealidades e pretensões idealizantes, de maneira que a pretensão de oposição entre uma constituição *formal* e uma *real* se revela uma armadilha conceitual,²⁴ uma vez que “por um lado, é incapaz de revelar a natureza de idealidade normativa das terríveis pretensões idealizantes que ganham curso sob a capa do que denomina ‘realidade’, e, por outro, absolutiza o poder de regulamentação de condutas da Constituição e do Direito em geral”.²⁵

No mesmo sentido, Streck, Cattoni de Oliveira e Lima observam a inaplicabilidade da figura da mudança constitucional ao contexto jurídico de um Estado Democrático de Direito, sobretudo pela inexistência de preocupação com o caráter principiológico e a exigência de integridade (Dworkin) do direito.²⁶ Pode-se afirmar, portanto, que tanto a defesa da possibilidade de existência de mudança constitucional pela doutrina, quanto a sua aplicação como argumento de decisão, ignora o problema hermenêutico e finda por acobertar o *decisionismo* do Supremo Tribunal Federal,

²³ Hesse acata a existência de fatores reais na vida da comunidade que contradizem a Constituição, mas objetiva levá-los em consideração a fim de recolocar a realidade de acordo com a Constituição e evitar a criação de uma realidade inconstitucional. Exatamente por isso, defende que a normatividade da Constituição deve ser completada por considerações de política constitucional dirigidas à realização legítima da Constituição (HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 191-192).

²⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos. v. 3. maio 1999, p. 473-486.

²⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 26.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso. *Op. cit.*, p. 60-61.

que se investe na função incontrolada de dar a palavra final sobre a (in)existência e (in)validade de uma mutação constitucional.²⁷

Ainda na esteira das lições apreendidas de Carvalho Netto, pode-se afirmar que a assunção desse descompasso entre a norma e a realidade como portador de relevância jurídica limita-se a um contexto histórico em que se compreendia a Constituição como um mero instrumento normativo, e revela a ignorância acerca dos processos de continuidade de descontinuidade ao longo dos diferentes contextos históricos em que o conceito é empregado,²⁸ de maneira que a transposição dessa construção teórica para a atualidade evidencia anacronismo e prevalência de uma prática constitucional típica de uma ordem autocrática,²⁹ desconsiderando o processo de evolução do direito e do Estado ao longo dos eventos históricos e ferindo a aura de supremacia que se deve revestir a Constituição para que seja capaz de legitimar e de articular o Estado que nela se assenta.³⁰

3 Soberania e exceção

“A moderna ideia de Estado tem o seu expoente na ideia de soberania”.³¹ A afirmação é do jurista português Jorge Miranda, para quem a soberania implica uma forma de ligação direta entre o Estado e o indivíduo, na medida em que iguala nobres e vassallos sob a sujeição ao poder do Rei.³²

Até por volta de 1930, a Constituição era tratada sob a ótica da Teoria do Estado ou da Teoria do Direito Público. Essa condição se modifica, de acordo com Menelick de Carvalho Netto, a partir da criação, por Carl Schmitt, da Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*), uma disciplina que objetivava rever totalmente os pontos de partida da doutrina constitucional clássica, o seu formalismo e os seus conceitos básicos.³³

Carvalho ainda observa que, mesmo partindo de marcos teóricos diferentes daqueles assumidos por Schmitt, as reflexões de autores como Karl Loewenstein,

²⁷ PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>.

²⁸ PEDRON, Flávio Quinaud. A teoria da história de Reinhart Koselleck como proposta de metodologia para a História do Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 15, n. 22, p. 35-58, jul./dez. 2017, p. 55.

²⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. *Revista brasileira de estudos políticos*. Belo Horizonte. n. 88. dez., 2003. p. 81-108.

³⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 25.

³¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 23.

³² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. *Op. cit.*, p. 23-24; PAUPÉRIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*, 2. ed. Rio de Janeiro, 1958, p. 65.

³³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. In: PUC Minas Virtual (Org.). *Direitos Humanos e Direitos dos Cidadãos*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001, p. 41.

Peter Häberle, Pablo Lucas Verdú e José Alfredo de Oliveira Baracho no âmbito do saber do Direito Constitucional, consolidaram a Teoria da Constituição como um domínio privilegiado para o exercício da filosofia da ciência do Direito Constitucional.³⁴

Não obstante, a compreensão da dinâmica assumida pelas Teorias do Estado e da Constituição na modernidade passam por uma adequada visão da teoria schmittiana e da sua construção sobre o conceito de *exceção*, um tema pertinente para uma visão crítica do cenário jurídico-político ocidental atual, notadamente quando se abandona a visão da exceção como um fim em si mesmo e a compreende a partir de um contexto mais amplo, abrangendo, inclusive, tecnologias de governo.³⁵

Esses conceitos começam a ser desenvolvidos por Carl Schmitt a partir de 1921, com a publicação de *Die Diktatur*³⁶ e *Politische Theologie*,³⁷ Schmitt, entende a ditadura como a dominação de um procedimento que visa o alcance de um resultado concreto. Para a verificação desse resultado, elimina-se o respeito essencial ao direito do sujeito de opor sua vontade, se essa vontade obstaculiza aquele resultado. Assim, a ditadura importa na supressão de uma situação jurídica. A partir desse raciocínio, Schmitt conclui que todo ordenamento jurídico é uma ditadura latente ou intermitente.³⁸

O que se tem, portanto, é a afirmação schmittiana de que a ditadura desrespeita o direito com vistas a realizá-lo. Assim, a característica formal da ditadura seria a apreensão da autoridade que está juridicamente autorizada a suspender o direito e permitir a exceção.³⁹

A ditadura será, ainda, distinguida em dois tipos: a ditadura comissária, que visa restabelecer uma ordem jurídica existente; e a ditadura soberana, que busca estabelecer uma nova ordem jurídico-constitucional. Agamben aponta que, ao insistir nessa distinção e estabelecer um conceito de ditadura comissária como aquela que pode suspender a Constituição em nome da defesa da própria Constituição, Schmitt cria os aportes e condições para transportar o conceito de soberania ao núcleo das considerações sobre a relação entre a política e o direito. Dessa maneira, a questão da exceção passa a se inserir na ordem jurídica⁴⁰ e, destacam Cattoni de Oliveira e Alves, faz-se presente para possibilitar o livre exercício do poder constituinte.⁴¹

³⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. *Op. cit.*, p. 41.

³⁵ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção e genealogia do poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 108, pp. 21-39, jan./jun. 2014, p. 25.

³⁶ SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. Munich/Leipzig: Duncker & Humblot, 1921.

³⁷ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Munich/Leipzig: Duncker & Humblot, 1922.

³⁸ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. *Op. cit.*, p. 26-27.

³⁹ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. *Op. cit.*, p. 27-28; BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. *Kriterion: revista de filosofia*, v. XLIX, n. 118, jul./dez. 2008, p. 404.

⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 54-55.

⁴¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; ALVES, Adamo Dias. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 105, p. 225-276, jul./dez. 2012, p. 237.

A questão da soberania ganha uma definição schmittiana na primeira parte de seu *Teologia Política*: “es soberano quien decide el estado de excepción”.⁴² Essa definição que, segundo Schmitt, é a única que faz justiça ao conceito de soberania como um conceito-limite,⁴³ é a formulação responsável por conduzir ao foco os dois conceitos mais relevantes da sua teoria político-jurídica: o de soberania e o de exceção.⁴⁴

Os mais difundidos retratos do *estado de exceção* se caracterizam como a existência de uma suspensão temporária do ordenamento jurídico por força de uma decisão soberana;⁴⁵ ou, ainda, conforme aborda Bercovici, como paradigma gerencial no âmbito econômico como medida diante de situações urgentes em favor do poder financeiro.⁴⁶

Contanto, a relação de exceção não pode ser reduzida a uma disposição lógico-matemática de exclusão no formato *ou/ou* (ou a norma se aplica, excluindo a exceção; ou a exceção se aplica, excluindo a norma). Agamben, quem melhor trata do tema na contemporaneidade, afirma que a norma se aplica à exceção, desaplicando-se,⁴⁷ isto é, o conteúdo excluído é imediatamente incluído em virtude da própria exclusão.

Nessa perspectiva, o estado de exceção surge como uma situação resultante da suspensão da norma, em que a norma mantém uma relação com a exceção na forma de sua suspensão.⁴⁸ O soberano, por sua vez, aparece como aquele que guarda o poder de decidir sobre a estruturação das relações normais da vida de que a lei necessita para ter referência real na vida dos indivíduos.⁴⁹

Historicamente, as duas tradições jurídicas que mais se destacam na problematização da exceção dividem-se entre aqueles que a entendem como uma

⁴² Tradução livre: “É soberano quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, Carl. *Teología Política I*. In: AGUILAR, Héctor Orestes (Org.). *Carl Schmitt: teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23).

⁴³ SCHMITT, Carl. *Teología Política I*. *Op. cit.*, p. 23.

⁴⁴ Em *Origem do Drama Trágico Alemão*, Walter Benjamin faz referência ao tema do estado de exceção e às construções de Carl Schmitt em *Teologia Política*. Esse debate chegou a ser considerado escandaloso, uma vez que Benjamin era um filósofo judeu e Schmitt foi destacado como o *teórico fascista do direito público*. Agamben relata que esse debate ganhou ares de maior repercussão em 1988, quando foram publicadas as cartas de Schmitt a Viesel em 1973, em que Schmitt afirma que seu livro sobre Hobbes, publicado em 1938, havia sido concebido como uma resposta a Benjamin que passou despercebida (AGAMBEN, Giorgio. *Luta de gigantes acerca de um vazio*. In: *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 83).

⁴⁵ MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o campo e a experiência biopolítica. *Sequência* (Florianópolis) [on-line], n. 71, 2015, p. 178.

⁴⁶ Sobre o tema, conferir BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: a atualidade de Weimar*. *Op. cit.* e BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁴⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 24.

⁴⁸ MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente:... *op. cit.*, p. 183.

⁴⁹ MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente:... *op. cit.*, p. 183.

espécie de adaptação do direito à faticidade e, portanto, a inserem no ordenamento jurídico (como Santi Romano, Hauriou, Mortati); e aqueles que a compreendem como uma subjugação do direito pelos fatos e, neste sentido, a consideram um fenômeno essencialmente político, exterior ao mundo jurídico (Hoerni, Ranelletti, Rossiter, Biscaretti, Carré de Malberg).⁵⁰

Giorgio Agamben, por sua vez, sustenta que a suspensão do ordenamento jurídico é característica própria do estado de exceção, no entanto, rechaça que a anomia produzida pela exceção seja uma mera situação de fato, exterior ao ordenamento jurídico. Isso porque entende que a exceção estabelece um patamar de indiferença que indetermina as noções interna e externa à ordem.⁵¹

Da mesma forma, Schmitt também não busca desenvolver uma nova ideia sobre a soberania, mas sim problematizar os limites e os meios de efetivação da vontade daquele ente investido da responsabilidade de tomar as decisões que se referem a aspectos essenciais da vida política, como a segurança, a saúde e a ordem pública.⁵² Nesse âmbito, de acordo com Schmitt, o acolhimento ou rejeição da definição de soberania como a autoridade suprema insubordinável não implica em grande diferença de ordem prática ou teórica, uma vez que a investigação sobre a soberania não deve preocupar-se com a discussão de um conceito, mas sim com a sua aplicação concreta: *quem decide*.⁵³

4 Mutação constitucional como decisão no campo da exce o

Estabelecidos os pressupostos teóricos da reflexão, passamos a suscitar: se   soberano aquele que tem o poder de instaurar a exce o e suspender a Constitui o,   também *poder soberano* aquele que se coloca em uma posi o na qual dispõe livremente do texto constitucional e, sob o argumento da força normativa dos fatos, *define a realidade* que se sobrepõe   Constitui o?

A discussão parte da reflexão de Carvalho Netto⁵⁴ de que, no Brasil, o debate do constitucionalismo refere-se mais constantemente a uma anomia normativa no ordenamento jurídico do que   ideia de uma ordem constitucional consolidada e

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exce o*. Op. cit., p. 38; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *NOMOS ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΡ?* Apocalipse, exce o, violência. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, [S.l.], v. 105, jul.-dez, 2012, p. 287.

⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exce o*. Op. cit., p. 39.

⁵² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exce o*. Op. cit., p. 23.

⁵³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exce o*. Op. cit., p. 23.

⁵⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionaliza o do Ordenamento Jurídico e Democracia. *Revista brasileira de estudos políticos*. Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003. p. 81-108.

firmemente assegurada pelo STF e pelo Judiciário como um todo.⁵⁵ Parte-se do alerta de que a *exceção* não é aqui tratada como um caso semelhante ao caos, mas como a suspensão de uma ordem preestabelecida. Enquanto no caos inexistente ordem jurídico-estatal, na exceção, a decisão soberana se sobrepõe ilimitadamente a qualquer vinculação normativa e se torna absoluta. Na prática, é isso que ocorre quando o Supremo Tribunal Federal decide sobre a (in)aplicação e a (in)validade de normas constitucionais pelo argumento da mutação constitucional.

Isso porque o argumento de decisão que se baseia na ocorrência de mutação constitucional, assim como a exceção, não se subordina a nenhuma regra geral. De uma abordagem conceitual, toda regra geral exige uma organização normal aplicada de forma concreta e submetida a regulamentações normativas que respondam a um paradigma constitucional vigente, o que se contrapõe diretamente à ideia básica que conduz o argumento de mutação.

Nesse sentido, utilizando-se da mutação constitucional, O STF coloca todo o ordenamento jurídico à sua disposição, uma vez que assume o poder de, livremente, manter a Constituição ou declarar a sua inaplicação.⁵⁶ Estaria, portanto, investido na função do *soberano* schmittiano que, ao decidir sobre a (in)aplicação da Constituição, encontra-se simultaneamente dentro e fora do âmbito de aplicação desta.

Tendo em vista que a tradição do constitucionalismo brasileiro subjacente ao texto da Constituição de 1988 fixa uma separação de poderes e divisão de funções que delega ao Legislativo o papel legiferante e determina, taxativamente, os legitimados e o procedimento adequado para a proposição de emendas à Constituição, qual a legitimidade do STF para decidir alterar por meio de sua decisão – e não por meio de um processo formal da Constituição – suas disposições?⁵⁷

Ainda vale destacar a observação feita por Schmitt sobre a aproximação da questão da soberania e do antigo *princípio monárquico*⁵⁸ nos debates sobre a soberania dos estados individuais alemães na vigência da Constituição do Império

⁵⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

⁵⁶ O paradoxo da soberania enuncia: o soberano está, simultaneamente, dentro e fora da ordem jurídica. Isto é, o soberano, por ter o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se *legalmente* fora da lei (SCHMITT, Carl. Teologia Política I. *Op. cit.*, p. 24; AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. *Op. cit.*, p. 22).

⁵⁷ Ver: PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. *Op. cit.*, 2012; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁵⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

alemão de 1871,⁵⁹ contexto no qual se inserem os primeiros debates sobre a mutação constitucional.

Relata que no período anterior à unificação, as constituições dos Estados alemães se baseavam no *princípio monárquico*, que determinava o monarca como titular do *poder soberano*. Após a formação do Império, entretanto, os ordenamentos dos Estados-membros foram subjugados à nova ordem estabelecida pela Constituição de 1871 e surgiu a necessidade de se delimitar a esfera soberana dos estados federados frente ao Estado Federal, o que conduziu aos debates sobre a titularidade do poder para decidir naqueles casos em que o texto constitucional não determinara a competência. Essa discussão, de primeira importância para a conformação do Estado, de acordo com Schmitt, foi travada entre os Estados-membros com a mesma estrutura lógica e jurídica das antigas dissertações sobre o *princípio monárquico*.⁶⁰

Dito de forma direta, no contexto anterior à formação do Império, a existência de Constituição se revelava uma mera opção monárquica de autolimitação.⁶¹ Após a formação do Império, regido pela Constituição de 1871, desenvolve-se uma figura capaz de acobertar os descumprimentos à Constituição que interessassem à vontade do poder do Império, resgatando, com nova roupagem, a lógica do antigo *princípio monárquico*. Resta claro, portanto, que não se pode atribuir legitimidade a essa figura no âmbito de um Estado Democrático de Direito, bem como que a sua utilização como argumento de decisão pelo STF responde, numa perspectiva de exceção, à pergunta sobre *quem decide*, perseguida por Schmitt.

5 Considerações finais

Valendo-se do argumento da mutação constitucional, o STF tem enunciado a sua legitimidade para modificar a determinação do poder constituinte e substituir a norma constitucional por outra, *criada* pelo próprio Tribunal. Nesse sentido, diferente da teoria desenvolvida na Alemanha, essa *mutação constitucional à brasileira* não ocorre no seio social e é reconhecida ou declarada pelo Judiciário, mas é originalmente constituída por ele que, antecipando o Poder Constituinte de Reforma, modifica a norma constitucional. Constata-se, pois, um resgate da escola do *realismo jurídico*⁶² na medida em que, ao fim e ao cabo, a Constituição passa a ser o que o STF diz que é⁶³ ou, em outra abordagem, com Maus, transforma-se no

⁵⁹ SCHMITT, Carl. Teología Política I. *Op. cit.*, p. 26.

⁶⁰ SCHMITT, Carl. Teología Política I. *Op. cit.*, p. 26.

⁶¹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. *Op. cit.*, p. 83.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. Realismo Jurídico. In: *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 245.

⁶³ "Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é" (MENDES, Gilmar Ferreira. Voto na Rcl. 4.335, p.182).

superego de uma sociedade órfã que, com base em uma racionalidade solipsista, determina os padrões de comportamento desejáveis.⁶⁴

Nesse contexto, em que os conceitos jurídicos se indeterminam, e rupturas e violações são cometidas pelo órgão oficial que deveria assumir a responsabilidade de defender os princípios democráticos, encontra-se virtualmente diante de um ambiente excepcional, de um campo e da vida nua.

Nessa perspectiva, apesar de dever submeter-se à norma, o STF demonstra ter encontrado um artifício para colocar-se alheio a ela, controlá-la, suspendê-la e determinar as formas e limites de sua aplicação. Pela via da mutação constitucional, o STF tem se erguido ao *status* de um super-Poder,⁶⁵ capaz de alterar as normas constitucionais independentemente da observância de limites ou submissão à fiscalização dos outros Poderes da república. É nesse mesmo sentido que se afirma: o STF tem utilizado de *mutação constitucional* como um termo genérico esvaziado de sentido, uma falácia posta à mesa para cobrir com um fino manto de legitimidade as decisões em que legisla sobre a Constituição, em atitude característica de poder constituinte permanente, usurpando o poder soberano e se colocando, simultaneamente, dentro e fora do ordenamento jurídico: submetido à Constituição e senhor das suas palavras.⁶⁶

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. Luta de gigantes acerca de um vazio. In: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção e genealogia do poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 108, pp. 21-39, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/P.0034-7191.2014v108p21/264>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁶⁴ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade*: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000; BAHIA, Alexandre. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, pp. 10-12, jul./set. 2005; TRINDADE, André Karam; KARAM, Henriete; AXT, Dieter. Juiz ou Deus? O imaginário social na sociedade órfã. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 15, n. 22, p. 13-34, jul./dez. 2017.

⁶⁵ Para uma análise que considera o deslocamento da guarda da Constituição do Poder Moderador para o Supremo Tribunal Federal e questiona em que medida esse deslocamento significou uma mudança na relação entre Direito e Política no contexto da história constitucional brasileira, ver: REPOLÉS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da constituição?* Do poder moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

⁶⁶ PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. *Op. cit.* Vale ressaltar que em seu *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Barroso expressa o seu tratamento da mutação constitucional como uma modalidade de poder constituinte permanente (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 162).

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade, *Revista CEJ*. Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/672/852>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: a atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. *Kriterion: revista de filosofia*, v. XLIX, n. 118, p. 401-416, jul./dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200007. Acesso em: 30 abr. 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. In: PUC Minas Virtual (Org.). *Direitos Humanos e Direitos dos Cidadãos*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001, p. 41-62.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, v. 01, p. 25-43.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

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

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos. v. 3. maio 1999. p. 473-486.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; ALVES, Adamo Dias. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 105, p. 225-276, jul./dez. 2012. Disponível em: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Carl-Schmitt-o-teorico-da-excecao-sob-estado-de-excecao.pdf. Acesso em: 30 abr. 2018

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Tradução: Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Publica, 1998.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Tradução: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o campo e a experiência biopolítica. *Sequência* (Florianópolis) [on-line], n. 71, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00177.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *ΝΟΜΟΣ ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΡ?* Apocalipse, exceção, violência. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, [S.l.], v. 105, jul.-dez. 2012. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2012v105p277>. Acesso em: 29 abr. 2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/judiciario-como-superego-da-sociedade.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

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

NERY JÚNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e *Verfassungsstaat*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PAUPÉRIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Teoria da Mutação Constitucional: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. 2009. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8668>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. A teoria da história de Reinhart Koselleck como proposta de metodologia para a História do Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 15, n. 22, p. 35-58, jul./dez. 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud. Apontamentos sobre a interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 2, n. 01, p. 157-182, 12 ago. 2016.

PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares. *Mutação Constitucional: história e crítica do conceito*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

REPOLÉS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da constituição? Do poder moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SANCHEZ 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. 85, ene./abr., 2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79672.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. Munich/Leipzig: Duncker & Humblot, 1921.

SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Munich/Leipzig: Duncker & Humblot, 1922.

SCHMITT, Carl. Teología Política I. In: AGUILAR, Héctor Orestes (Org.). *Carl Schmitt: teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Tradução: José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta Journal Law*, n. 7, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Realismo Jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 245-250.

TRINDADE, André Karam; KARAM, Henriete; AXT, Dieter. Juiz ou Deus? O imaginário social na sociedade órfã. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 15, n. 22, p. 13-34, jul./dez. 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 205-221, out./dez. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1496.
