

ATIVISMO JUDICIAL POR MEIO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Marcos Vinicius Martins Palmeira¹
Bruno de Souza Cavalcante²

RESUMO: O presente artigo aborda a utilização da mutação constitucional como instrumento de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal no Brasil, utilizando-se da metodologia bibliográfica para discorrer a respeito dos fundamentos de uma Constituição, suas hipóteses de alteração e os riscos trazidos pela ausência de limites e critérios lógicos que justifiquem a utilização da mutação constitucional, bem como a demonstração de exemplos fáticos onde se pode observar casos de insegurança jurídica provocados causada pela utilização conflituosa de tal ferramenta. Inicialmente, procura-se contextualizar os aspectos basilares de uma constituição, a relação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os poderes e limites do STF e a mutação constitucional propriamente dita, para a partir disto, discorrer a respeito da importância se estabelecer um padrão de conduta que impeça com que tal ferramenta seja utilizada de forma imprudente.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Mutação Constitucional. STF.

ABSTRACT: This article deals with the use of constitutional mutation as an instrument of judicial activism by the Federal Supreme Court in Brazil, using bibliographical methodology to discuss the foundations of a constitution, its possibilities for amendment and the risks posed by the absence of limits and logical criteria that justify the use of constitutional mutation, as well as demonstrating factual examples where cases of legal insecurity caused by the conflicting use of such a tool can be observed. Initially, an attempt is made to contextualize the basic aspects of a constitution, the relationship between the Legislative, Executive and Judicial powers, the powers and limits of the STF and constitutional mutation itself, in order to discuss the importance of establishing a standard of conduct that prevents this tool from being used recklessly.

2552

Keywords: Judicial Activism. Constitutional Change. STF.

3. INTRODUÇÃO

O processo de modificação por métodos informais do conteúdo da constituição sem alteração do seu texto conhecido por mutação constitucional é um dos recursos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para fazer reformas necessárias à Constituição Federal.³ Porém, este processo por vezes vem sendo utilizado de forma a não corresponder com a legitimidade relacionada aos limites textuais contidos no dispositivo interpretado,

¹ Aluno de graduação Universidade Federal do Amazonas.

² Doutor em economia Universidade Católica de Brasília

³ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

provocando conflitos à harmonia do Judiciário com os demais Poderes Executivo e Legislativo.

De fato, faz-se necessária o uso da mutação constitucional para a manutenção da Constituição Federal em relação à adaptação de novos processos não previstos pela Assembleia Constituinte na elaboração das normas constitucionais, porém, por diversas vezes os critérios utilizados para a justificação da mutação acabam gerando dúvidas quanto aos seus fundamentos e sua pretensão, além dos limites de sua constitucionalidade.⁴

Para se caracterizar como legítima a mutação constitucional, não devem ser admitidas mudanças que, a pretexto de atualizar o conteúdo constitucional, extrapolem as possibilidades semânticas de seu texto⁵. Em um exemplo, pode citar-se o caso da pretendida releitura do disposto no artigo 52, X da constituição, a fim de se conferir ao Senado a função de dar mera publicidade às decisões proferidas pelo Supremo no controle difuso. A tese da mutação do papel do Senado proposta por Gilmar Mendes, embora inicialmente rejeitada, ganhou força no Supremo Tribunal Federal, sendo bastante discutida entre os ministros uma possível reformulação da mesma.⁶

Ao relacionar os possíveis métodos de alterações constitucionais, deve se levar em conta a divisão entre as normas flexíveis e as normas rígidas de uma constituição. A constituição flexível é aquela que não determina em seu texto nenhum requisito para a sua alteração, não possuindo, assim, grau de dificuldade para a sua modificação, que se dará da mesma maneira que as leis comuns. Já em uma constituição rígida, as regras constitucionais somente poderão ser alteradas mediante processo especial e qualificado de infrequente aplicação.⁷

2553

Em síntese, as constituições rígidas podem ser reformadas, mediante processo legislativo mais gravoso do que para as leis comuns ou sofrerem mutações em seu conteúdo, mediante interpretação mais atual do mesmo texto, sendo o último dos casos o processo de mutação, onde se mantém a estabilidade dos textos, com alteração somente em sua interpretação⁸.

⁴ Ibid.

⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2014.

⁶ NOVELINO, op. cit.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

⁸ TERAOKA, Thiago. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 115-130, 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101623/mutacao_constitucional_ativismo_teraoka.pdf> . Acesso em 17, novembro, 2020.

O poder responsável pela reforma constitucional é o denominado pela doutrina de Poder Constituinte Reformador, ou Poder Constituinte Derivado Reformador. Em paralelo, a doutrina indica a mutação constitucional como fruto de obra do “poder constituinte difuso” ou “poder constituinte em sentido amplo”.⁹

O Supremo Tribunal Federal, ao ser o maior intérprete da Constituição Federal, acaba por obter o Poder Constituinte Reformador, aplicando reformas e mutações constitucionais com suas devidas propostas de readaptação do material formal à constituição informal.¹⁰

4. CONSTITUIÇÃO REAL E CONSTITUIÇÃO FORMAL

Segundo Ferdinand Lassalle, a constituição real é a verificação fática dos fatores reais de poder que regem uma nação, quais sejam, o poder militar, social, econômico e intelectual, cada um dependendo do outro e exprimindo sua relevância no mundo concreto; enquanto a constituição formal seria a consolidação da constituição real em formato escrito, ou seja, a representação simbólica que engloba os fatores reais de poder em um único texto.¹¹

Lassalle, em seus estudos sobre a conceituação e a essência de uma constituição, procura demonstrar a importância da harmonia entre a constituição real e a constituição formal. Ao relacionar os processos de poder que as duas carregam, ele demonstra como a constituição formal deve ser um perfeito reflexo da constituição real transcrito para uma folha de papel, apontando que se o que está escrito em um texto constitucional não representar o real poder de grupos governantes, de nada adiantará haver uma constituição escrita, pois essa passa a ser inútil a partir do momento em que as normas nelas são desrespeitadas pelo poder soberano.¹²

Fazendo um paralelo dos estudos de Lassalle com o poder do STF, percebe-se que estes, ao promoverem uma mutação constitucional, acabam por consequência intervindo de modo indireto nos outros Poderes, provocando assim, um conflito na harmonia entre a constituição real e a constituição formal, pois esta ao ditar os limites do Executivo, Legislativo e Judiciário, é violada quando o Supremo se utiliza de seu Poder Constituinte Reformador para promover ativismo judicial.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo: eBooksBrasil, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>>. Acesso em: 17, novembro, 2020.

¹² LASSALLE, op. Cit.

Ao separar os poderes reais do papel formal da constituição, o STF pode exercer não só a função de regulamentação da constituição, mas também o poder de legislar e executar leis sem que haja qualquer força que os impeça, pois eles estão protegidos pelas próprias normas constitucionais que não estabelecem limites adequados à conformidade de suas competências com o processo legislativo.

5. CONCEITO E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO

Uma constituição pode ser caracterizada de várias formas, partindo de um consenso que sua essência é a fundamentalização de todas as normas, sendo a mais importante forma de reunião das relações de poder de uma nação.¹³ Em um sentido contemporâneo, a constituição representa o conjunto sistematizado de normas originárias e estruturantes de um Estado.¹⁴

5.1 CONCEPÇÃO JURÍDICA

Partindo de uma concepção jurídica, Hans Kelsen argumenta que uma constituição é a norma pura fundamental para a formulação das leis positivas.¹⁵ Dessa concepção nasce a ideia de supremacia formal constitucional, controle de constitucionalidade e de rigidez constitucional, ou seja, necessidade de proteger a norma que dá validade a todo o ordenamento.¹⁶

2555

A constituição em sentido lógico-jurídico é o fundamento de validade da constituição em sentido jurídico-positivo, compreendida como o conjunto de normas reguladoras da produção de outras normas, ou seja, como a norma positiva suprema.¹⁷

5.2 CONCEPÇÃO POLÍTICA

Observando-se pelo fator político, Carl Schmitt separa leis constitucionais de uma constituição propriamente dita, demonstrando que o fundamento de uma constituição está na unidade política do povo, resultantes de uma decisão política na criação das normas

¹³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2014.

¹⁴ NOVELINO, op. cit.

¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992

¹⁶ NOVELINO, op; cit.

¹⁷ Ibid. p. 98.

constitucionais pelo poder constituinte, assegurando dessa maneira, os interesses de uma sociedade.¹⁸

As leis constitucionais são formalmente iguais à constituição, mas materialmente distintas. Compreendem todos os demais dispositivos que, embora consagrados no texto constitucional, não decorrem de uma decisão política fundamental. Trata-se de um conceito formal, independente da fundamentalidade do conteúdo da norma. A validade dessas leis constitucionais pressupõe uma constituição e tem esta como base, pois toda lei, inclusive as constitucionais, tem como fundamento de validade uma decisão política anterior tomada por um poder ou autoridade politicamente existente.¹⁹

5.3 CONCEPÇÃO SOCIOLÓGICA

Em uma concepção sociológica, Ferdinand Lassalle, demonstra que a essência de uma constituição é a simetria de uma constituição real e uma constituição formal, dotadas dos reais fatores de poder que a formulam de forma a assegurar os direitos fundamentais, a estruturação do Estado e a organização dos poderes. Lassalle descreve a constituição real como uma reunião dos fatores reais que formulam as relações de poder de uma sociedade com o intuito de estabelecer um ordenamento das normas formais para o documento textual, esse chamado de constituição formal.²⁰

2556

A verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.²¹

Deste modo, uma constituição deve ser a representação perfeita de uma sociedade, na medida em que ela servirá de base para todas as leis formuladas pelos representantes do poder Legislativo eleitos pelo povo. Na ausência desses fatores reais de poder, a constituição formal passa a ter a importância de um mero papel, não servindo de representação da soberania de uma nação e demonstrando-se inútil para servir de fundamento às leis.

¹⁸ SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Ed. Ilustrada. Durham: Duke University Press, 2008.

¹⁹ NOVELINO, op. cit. p. 99.

²⁰ LASSALLE, op. cit.

²¹ Ibid. p. 41

6. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

6.1 CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

De origem alemã, a mutação constitucional é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para a reinterpretação do conteúdo de uma constituição sem a alteração de seu texto formal, devido aos fatores de readaptação a novos costumes constitucionais.²² Por ser um processo de ordem do STF, diferencia-se das emendas constitucionais feitas pelo poder legislativo ao ser um processo informal.²³

A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto.²⁴

Uma das características de uma Constituição é a textura aberta da linguagem normativa, que se estende ao linguajar do direito e aos enunciados da Constituição, fazendo com que assim, ela atinja os mais amplos campos de conflitos não previstos pelos comandos jurídicos de criação da Constituição, dando a liberdade aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de fazer reformulações ao seu conteúdo, seja de maneira formal ou informal, para que a preservação da essência constitucional possa permanecer perante costumes não observados previamente.

2557

Portanto, a mutação constitucional se faz presente nas ocasiões onde as previsões da assembleia constituinte não consigam atender aos novos costumes que cercam uma sociedade, como por exemplo, a mutação constitucional no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 do Rio de Janeiro convertida em ação direta de inconstitucionalidade 4277, onde se conferiu a mudança de interpretação que impediu a Constituição de não reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar.²⁵

Com os avanços sociais conquistados pela sociedade no que se entende por relação homoafetiva, restava à constituição reconhecer esse direito de modo a transcender seu

²² LENZA, op. cit

²³ NOVELINO, op. cit.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126

²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Ementário nº 2607. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 18, novembro, 2020.

significado às normas constitucionais de respeito à família, para dessa forma, atualizar a constituição aos padrões atuais sem que necessitasse a alteração de seu texto formal.²⁶

Porém, há casos onde os pressupostos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal acabam deixando de apresentar coerência nos fundamentos de seus argumentos, de forma a não seguir uma linha de raciocínio que indique a essência por trás da mutação constitucional em respeito de seus limites.

6.2 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Provando-se necessária para a manutenção das relações de poder de uma constituição, a mutação constitucional, porém, é criticada ao observar seu potencial quase ilimitado de mudança interpretativa das normas constitucionais, já que a própria Constituição ao oferecer tanta liberdade ao Poder Constituinte Reformador, acaba sofrendo pela carência de fatores que limitem de maneira efetiva a interpretação. Sem estes limites, ela pode ultrapassar o sentido literal do conteúdo das normas constitucionais para se criar novas, estas feitas de maneira indireta pelo poder Judiciário, obtendo então, o poder de legislativo para si.

Para uma mutação constitucional ser considerada legítima, as normas devem ser respeitadas de forma a não extrapolar as possibilidades semânticas de seu texto, sendo assim, pode-se considerar que o limite de uma mutação constitucional é o próprio texto formal de uma Constituição, no qual ele deverá assegurar que seu entendimento não seja substituído por uma nova interpretação que não condiz com a essência de seu conteúdo.²⁷

2558

Os limites da interpretação não constituem um problema isolado da Constituição, mas de toda a hermenêutica jurídica. Todo texto está exposto ao tempo podendo sofrer modificação e até ter o seu significado extinto. No caso da Constituição, que é uma carta política, pode-se observar que aqueles que a operam estão inseridos dentro de uma determinada realidade hermenêutica e que com o tempo vão modificando a lei e a transformando em direito interpretado. Por isso não há grande diferença entre o limite da mutação constitucional e o limite da interpretação constitucional, posto que a mutação não

²⁶ SILVA, Francisco Eugênio Cunha. **União homoafetiva – limites e possibilidades da mutação constitucional e o papel do STF**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 125, jun 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14816>. Acesso em: 18, novembro, 2020.

²⁷ LENZA, op. cit.

passa de uma nova leitura do texto com base na nova realidade que nada difere da interpretação.²⁸

Como a mutação constitucional é feita exclusivamente pelo o uso do Poder Constituinte Reformador, ela está sujeita a receber interpretações que não requerem uma votação feita pelo poder Legislativo, tornando, desta forma, o conteúdo das normas constitucionais um patrimônio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, sendo ele o único capaz de considerar válido ou não uma interpretação, fazendo desta maneira, reformas informais de acordo com seu próprio entendimento.²⁹

7. O PODER DO STF

7.1 COMPETÊNCIAS DO STF

Segundo o artigo 102 da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; os membros dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além dos militares do Exército, Marinha e Aeronáutica, nas infrações penais comuns e crimes de responsabilidade; o Habeas Corpus quando o coator for sujeito à jurisdição do STF; o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União; as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal; a extradição solicitada por Estado estrangeiro; a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; os conflitos de competência entre o tribunal superior e os demais tribunais; o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de um dos três poderes; as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público; a ação em que os membros da magistratura estejam direta ou indiretamente interessados.³⁰

2559

Portanto, entende-se que o STF é encarregado prioritariamente das ações políticas que envolvam a Constituição Federal, atribuindo aos seus ministros o título simbólico de “guardiões da Constituição”, estes responsáveis por garantir sua representatividade nas relações de poder da nação e proteção de suas normas fundamentais.³¹

²⁸ SILVA, op. cit.

²⁹ BARROSO, op. cit.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. 1988.

³¹ BARROSO, op. cit.

Nota-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o poder do STF foi expandido de maneira a exercer um controle maior das ações constitucionais da Nação, podendo interferir e julgar tudo que lhes parecer conflituoso com as normais constitucionais. Desta maneira, o STF se sente livre para realizar mutações constitucionais, mesmo que isso acarrete em ativismo judicial.³²

7.2 LIMITES DO STF

Como pode ser observado no artigo 2º da Constituição Federal, o princípio da separação de poderes baseado na teoria de Montesquieu, se aplica ao dispor que, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si, sejam os três poderes da União.³³

A harmonia entre os poderes é garantida pelo conhecido sistema de “freios e balanços”, composto de normas ao longo do texto constitucional que limitam as ações de cada poder em detrimento do outro, evitando assim, a sobreposição deles perante o limite que os divide.³⁴

Porém, há ocasiões onde a interferência entre os poderes é permitida pela Constituição, como na manifestação do Poder Judiciário em assuntos entendidos como essenciais aos interesses sociais e ao cumprimento dos direitos fundamentais da Nação, no sentido de concretizar e tornar efetiva a vontade do legislador constituinte originário.³⁵

“Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.³⁶

³² RAMOS, Elival. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³³ BRASIL (1988), op. cit.

³⁴ SOUZA, José Alves de. **O Princípio da separação de poderes/funções na Constituição de 1.988**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47764&seo=1>>. Acesso em 18, novembro, 2020.

³⁵ Ibid

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 436.996-6/SP**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://agendaprimeirainfancia.org.br/arquivos/re436996.pdf>>. Acesso em: 18, novembro, 2020. p. 2.

Portanto, mesmo sendo estipulados limites entre as ações dos poderes, a própria Constituição dá condições para que o Poder Judiciário possa interferir nas competências de outros a fim de preservar os interesses e direitos da população.

“O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes”.³⁷

Contudo, a Constituição não apresenta os pressupostos necessários para permitir a interferência entre os poderes, o que acaba fazendo com que o Judiciário se sinta livre para interpretar que sua atribuição é válida para determinadas ocasiões de conflitos constitucionais, dificultando a criação de um padrão lógico de interpretação e abrindo espaço para o ativismo judicial.

7.3 ATIVISMO JUDICIAL

O Supremo Tribunal Federal ao interferir de maneira regular e significativa nas decisões dos poderes Executivo e Legislativo, acaba efetuando o fenômeno denominado ativismo judicial, no qual o Poder Judiciário, de forma indireta, legisla e executa normas de acordo com seu próprio interesse político, ultrapassando, desta maneira, os limites de seu real poder.³⁸

2561

Dessarte, os ministros do STF acabam tomando a decisão de agir como legisladores quando entendem que o Poder Legislativo não tem capacidade para lidar com certa norma constitucional que precisa ser reinterpretada de modo a atender as necessidades sociais de maneira célere.³⁹

O ativismo judicial parte da premissa de contramajoritarismo, onde o poder Judiciário pode atuar como legislador negativo, quando invalida atos e leis dos outros dois poderes eleitos democraticamente, e como legislador positivo, ao usar-se da mutação constitucional para interpretar as normas e princípios constitucionais.⁴⁰

³⁷ Id. **Mandado de Segurança 23.452/RJ** . Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. 1999. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em 18, novembro, 2020.

³⁸ RAMOS, op. cit.

³⁹ BARROSO, op. cit.

⁴⁰ ALMEIDA, Vicente Paulo de (2011). **Ativismo Judicial**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial/6>>. Acesso em: 20, novembro, 2020.

As principais críticas ao ativismo judicial se baseiam na discussão de que os ministros do Supremo Tribunal Federal não teriam legitimidade democrática para, em suas decisões, voltarem-se contra os atos legalmente instituídos pelos Poderes Legislativo e Executivo, estes eleitos pelo povo.⁴¹

Além disso, ao se colocar acima do Legislativo e Executivo, o Judiciário acaba, por vezes, ultrapassando os limites da divisão dos três Poderes, fazendo com que seu fator real de poder seja maior do que a própria Constituição o compete, desta maneira, colocando a relação de harmonia entre os Poderes em conflito.

A mutação constitucional passa a ser o principal instrumento de poder do Supremo Tribunal Federal para a prática do ativismo judicial, reinterpretando as normas da Constituição Federal de modo a adequá-las ao seu requisito jurídico para a manipulação do Poder Legislativo conforme sua vontade.

8. CASOS DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE APRESENTARAM CONFLITOS

8.1 EDIÇÃO DAS RESOLUÇÕES CONSTITUCIONAIS PELO SENADO FEDERAL

Em 2007, os ministros Gilmar Mendes e Eros Graus entenderam como necessário a aplicação de uma mutação constitucional no artigo 52 da Constituição Federal, defendendo que a atribuição do efeito “erga omnes” e vinculantes às decisões em sede de recurso extraordinário não dependeria mais da edição de resolução por parte do Senado Federal, conferindo-lhe apenas a função de dar publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso.⁴²

Tendo em vista que a mutação constitucional tem como um dos objetivos a readaptação do texto constitucional conforme os novos costumes de uma sociedade, não há razões suficientes para tornar a interpretação dos dois ministros válida, já que o Senado Federal sempre cumpriu seu papel de editar as resoluções das normas declaradas inconstitucionais. Segundo o site oficial de transparência do Senado Federal, só em 2005,

2562

⁴¹ Ibid.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 4335-5/AC**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rd&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20, novembro, 2020.

poucos anos antes da reclamação dos ministros, o Senado editou 44 resoluções suspendendo a eficácia de normas por inconstitucionalidade.⁴³

Provando então sua eficácia, o Senado Federal vem cumprido o seu papel por todos esses anos segundo o que a própria Constituição os compete, colocando a argumentação por parte dos ministros em defesa da mutação constitucional em contradição, já que não há fundamentos que comprovem a atribuição de sua reclamação no que se entende por novos costumes ao se encarar a realidade dos fatos expostos.

8.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS O JULGAMENTO PELA SEGUNDA INSTÂNCIA

O Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2016, considerou ser possível a execução provisória da pena após o julgamento pela segunda instância, não mais necessitando do trânsito em julgado da decisão penal condenatória ao editar a Súmula nº 9, modificando a interpretação do artigo. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.⁴⁴

O STF alterou o entendimento que já estava sedimentado internamente e decidiu por desconsiderar regra e texto expressos da Constituição para autorizar a prisão antes do trânsito em julgado, para dessa maneira, segundo o próprio ministro Luís Roberto Barroso, atender aos “anseios” da população.

2563

O fato é que, a justificativa dada pelo ministro não foi muito esclarecedora, pois não há meios que estabeleçam a comprovação de sua fala. Além disso, desde a promulgação da Constituição de 1998, entendia-se que um acusado ao recorrer de uma decisão, poderia aguardar o resultado em liberdade, em virtude da redação do referido inciso, e a mutação veio de maneira repentina alterando de forma abrangente esta interpretação.

9. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE PODER

9.1 O ATIVISMO JUDICIAL DO STF

A frase “We live under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”⁴⁵, atribuída ao Chefe de Justiça norte-americano Charles Evan Hughes, define a

⁴³ SENADO FEDERAL. **Resoluções do Senado Federal**. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Resolucoes/2005.pdf>>. Acesso em 20, novembro, 2020.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Harbeas Corpus 126.292**. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 20, novembro, 2020

⁴⁵ HUGHES, Charles Evan. Declaração durante campanha para criação da “Comissão de Serviço Público”. Nova York. 1908.

autoridade que o STF obtém sobre a Constituição, ao ser o único capaz de interpretá-la e decidir a constitucionalidade das normas reformantes.

Ao interferir de modo significativo nas decisões dos Poderes Legislativo e Executivo, o Supremo Tribunal Federal ultrapassa os limites da divisão tripartite dos Poderes e conduz as leis e as normas constitucionais de acordo com suas próprias convicções, provocando conflitos na relação de harmonia entre o Judiciário e os democraticamente eleitos ao utilizar-se da mutação constitucional como instrumento de seu ativismo judicial.

Com a tarefa de guardar e proteger a Constituição Federal, o STF torna-se detentor exclusivo de suas normas, criando uma relação de soberania do Judiciário aos demais Poderes, onde o Supremo reinterpreta a Constituição e legisla de forma indireta ao analisar uma lei emanada do Legislativo como constitucional ou não, reformando-a caso necessário, de modo a entender seus interesses.

9.2 A SOBREPOSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO REAL PERANTE A CONSTITUIÇÃO FORMAL

Com o controle da Constituição em suas mãos, o Supremo, por diversas vezes, ultrapassa os limites de seus fatores reais de poder, tornando a Constituição formal, segundo Lassalle, uma mera folha de papel que representa apenas um texto que não corresponde com a realidade. Dessa forma, os Poderes Legislativo e Executivo, democraticamente eleitos pelo povo, passam a ter os exercícios de sua função comprometidos pela soberania do Judiciário.

2564

O STF, portanto, vincula seu poder de julgar ao de legislar e executar, tornando-se uma autoridade suprema, tendo em posse, o poder total da Constituição e suas normas. Deste modo, a falta de limites expressos o permite exercer o controle sobre as relações de poder da nação, regendo-a de maneira indireta conforme suas convicções.

Não sendo eleitos de forma democrática pelo povo, os ministros do Supremo têm seu cargo garantido pela Constituição Federal desde a sua idade mínima de 35 anos até a sua aposentadoria aos 75, totalizando 40 anos de exercício de suas funções, podendo então atuar o equivalente a 10 mandatos do Poder Executivo e Legislativo, o que evoca ainda mais a sua soberania perante a democracia, tendo em vista que nenhum ministro desde a Constituição Federal de 1998 foi afastado de maneira legal.

10. CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a mutação constitucional é um instrumento necessário à manutenção da constituição formal perante a constituição real, pois o texto formal necessita acompanhar os costumes e os avanços sociais conquistados pela população. Entretanto, a ausência de limites e critérios lógicos para sua utilização possibilitam uma jurisdição inquisitiva por parte do Supremo Tribunal Federal.

Ao se pôr no posto de guardião da Constituição, o STF, por consequência, exerce controle total sobre sua interpretação, e desta forma, dita os próprios limites de seu poder. Compreende-se, portanto, que o único capaz de limitar as ações do STF é o próprio STF, ou seja, a sua própria composição.

Ocorre que, nenhum dos onze ministros que compõem o Supremo são eleitos diretamente pelo povo, e ainda assim, são capazes de permanecer em seus cargos por um tempo correspondente a 10 mandatos eletivos, não havendo nenhuma representatividade e tão menos rotatividade que atenda aos progressivos anseios da população.

Desta forma, os fatores reais de poder se tornam reféns da idoneidade dos ministros do STF, o que, apesar de ser um importante requisito para sua composição, é insuficiente para assegurar que a ordem e segurança jurídica não sejam afetadas pelo ativismo judicial oriundo de volúveis interesses políticos de seus membros.

2565

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de (2011). **Ativismo Judicial**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial/6>>. Acesso em: 20, novembro, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed .São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

BRASIL (1940). **Decreto Lei Nº 2.848**. Código Penal Brasileiro, Rio de Janeiro. 1940.

_____. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. 1988.

HUGHES, Charles Evan. **Declaração durante campanha para criação da “Comissão de Serviço Público”**. Nova York. 1908.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo: eBooksBrasil, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>>. Acesso em: 17, novembro, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018

RAMOS, Elival. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Ed. Ilustrada. Durham: Duke University Press, 2008.

SENADO FEDERAL (2006) **Resoluções do Senado Federal**. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Resolucoes/2005.pdf>>. Acesso em 20, novembro, 2020.

SILVA, Francisco Eugênio Cunha. **União homoafetiva – limites e possibilidades da mutação constitucional e o papel do STF**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 125, jun 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14816>. Acesso em: 18, novembro, 2020.

SOUZA, José Alves de. **O Princípio da separação de poderes/funções na Constituição de 1988**. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47764&seo=1>>. Acesso em 18, novembro, 2020. 2566

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1999). **Mandado de Segurança 23.452/RJ**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. 1999. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em 18, novembro, 2020.

_____. (2005). **Recurso Extraordinário 436.996-6/SP**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. 2005. Disponível em: <<http://agendaprimeirainfancia.org.br/arquivos/re436996.pdf>>. Acesso em: 18, novembro, 2020.

_____. (2011). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Ementário nº 2607. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 18, novembro, 2020.

_____. (2014). **Reclamação 4335-5/AC**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&class=e=Rd&origem=AP&recurso=o&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20, novembro, 2020.

_____ (2016). **Harbeas Corpus 126.292**. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, 2016. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.
Acesso em 20, novembro, 2020.

TERAOKA, Thiago. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 115-130, 2015. Disponível em:
<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101623/mutacao_constitucional_ativismo_teraoka.pdf> . Acesso em 17, novembro, 2020.