

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO CIÊNCIAS POLÍTICAS E JURÍDICAS
ESCOLA DE DIREITO

ANDRÉ LUIZ ROSSI FERRAZ

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

RIO DE JANEIRO - RJ

2019

ANDRÉ LUIZ ROSSI FERRAZ

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça

RIO DE JANEIRO - RJ

2019

ANDRÉ LUIZ ROSSI FERRAZ

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado com nota ____ como requisito parcial para à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido julgado pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. Paulo Roberto Soares Mendonça
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Professor:
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Professor:
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro, ____ de dezembro de 2019.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro aos meus pais, que me proporcionaram a oportunidade de conhecer esse lugar chamado “Terra”. Ajudam-me desde os meus primeiros passos e tenho toda a certeza que estarão sempre a meu lado em todas as minhas decisões.

Agradeço a minha esposa, pela paciência em me aturar todos estes anos. Pequena na estatura, porém grandiosa em seus atos e caráter. Sempre ao meu lado nas alegrias e nas tristezas. Te amo!

Agradeço àqueles que ajudaram em minha jornada acadêmica até o momento, professores e amigos, que me proporcionaram obter um pouco de conhecimento para a longa jornada da vida. E por último, obrigado ao meu orientador, por despender seu tempo para auxiliar esse jovem aprendiz.

“A vida não é sobre quão duro você é capaz de bater, mas sobre quão duro você é capaz de apanhar e continuar indo em frente!!”

Balboa, Rocky

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno da mutação constitucional no contexto jurídico social brasileiro. Busca conceituar e demonstrar a utilização do instituto da mutação constitucional na prática, em sintonia com a realidade do país. Abordará de maneira teórica e prática como este fenômeno é relevante para o mundo jurídico, sua importância para a sociedade, bem como a tentativa da Suprema Corte Brasileira em utilizar a mutação constitucional para alterar a Constituição de maneira informal, adequando a Constituição a realidade social. O estudo aborda em sua primeira parte conceitos e doutrinas importantes para o tema e em sua segunda parte, através da análise de três casos concretos, demonstra a sua aplicação na prática pela mais alta corte brasileira.

Palavras-chave: Mutação constitucional, Ativismo Judicial, Supremo Tribunal Federal Brasileiro

ABSTRACT

This paper intends to analyze the phenomenon of constitutional mutation in the Brazilian social legal context. It seeks to conceptualize and demonstrate the use of the institute of constitutional change in practice, in line with the reality of the country. It will theoretically and practically how this phenomenon is relevant to the legal world, its importance to society, as well as the attempt by the Brazilian Supreme Court to use constitutional mutations to change the constitution informally, adapting the constitution to social reality. The study addresses in its first part concepts and important doctrines for the subject and in its second part, through the analysis of three real cases, demonstrates their application in practice by the highest Brazilian court.

Keywords: Constitutional mutation, judicial activism, supreme court of the Brazil

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
1.1 Apresentação do Tema.....	9
1.2 Objetivo.....	10
1.3 Plano de Trabalho	11
2. PODER CONSTITUINTE E OS MECANISMOS DE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL	13
2.1 Conceito de Constituição	13
2.2 Constituições rígidas e flexíveis.....	15
2.3. Poder Constituinte	16
2.4 Mecanismos Formais de modificação.....	18
2.5 Mecanismo Informais de modificação.....	20
3. EVOLUÇÃO E LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	22
3.1 Limites da Mutação Constitucional	24
3.2. Ativismo Judicial.....	26
4. STF E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA PRÁTICA	31
4.1 Controle de Constitucionalidade e o papel do Senado Federal.....	32
4.2 Conceito de Família e a união homoafetiva	36
4.3 Prisão após condenação em 2ª instância	40
5. CONCLUSÃO	46
6. REFERÊNCIAS.....	50

1. INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação do Tema

Nas palavras do Ex-Ministro Eros Grau, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo¹”. Desse dinamismo e necessidade de permanecer contemporâneo, desenvolve-se este trabalho.

Os primeiros relatos de estudos sobre mutação constitucional surgiram com teóricos alemães, relativos à Constituição Bismarckiana e até hoje sua conceituação não é uniforme na doutrina, porém sempre se mostrou como uma importante forma de modificação da interpretação sem alteração redacional das Constituições.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 traz o instituto da emenda constitucional como a forma a ser utilizada pelos legisladores para realizar as modificações necessárias no texto da Carta Magna. Porém, cresce a utilização da mutação constitucional pelos aplicadores do direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Na história jurídica brasileira, o fenômeno foi abordado, ainda de forma incipiente, pela primeira vez em 1960 por Milton Campos, no volume 187 da Revista Forense em artigo intitulado “Constituição e realidade”. No ano de 1986, Anna Cândida da Cunha Ferraz aborda especificamente o tema em estudo monográfico, com o título “Processos informais de mudança da Constituição”. Em 1997, foi publicada a obra de Uadi Lammêgos Bulos, intitulada “Mutações Constitucionais”, que até hoje é utilizada como fonte de estudo para o tema. Hoje o tema é abordado por diversos constitucionalistas brasileiros em suas obras.

Uma análise mais detalhada do histórico constitucional dos Estados evidencia que as Constituições sofrem mudanças, além daquelas previstas formalmente no próprio texto constitucional. O caráter dinâmico e progressista da ordem jurídica propicia uma nova visão da realidade normativa, onde as Constituições, sem revisões ou emendas, assumem novos significados, como forma de adequação ao passar dos

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 46/DF**

anos, caracterizada por renovações que, muitas vezes, não resultam de reformas constitucionais.

Isto significa que não é apenas através do mecanismo instituído da reforma que os preceitos constitucionais vão se modificando, a fim de aderirem às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade. As realidades sociais a que as normas constitucionais estão inseridas sofrem mudanças históricas constantemente.

Os processos formais de alteração do texto constitucional, que cabem constitucionalmente aos legisladores, podem ficar prejudicados em função da sua rigidez e lentidão no andamento destes processos por parte dos legisladores. Quando permanece parada no tempo, a Constituição perde a capacidade de acompanhar as novas necessidades que aparecem na sociedade, passando a não cumprir mais a sua função. Assim, as mudanças informais surgem como uma forma de suprir essa necessidade e é neste momento que se insere a mutação constitucional.

1.2 Objetivo

O que motivou a escolha do tema proposto foi a discussão atual sobre o ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal e o poder que esta corte detém de alterar a aplicação de normas constitucionais, mesmo sem serem escolhidos pela população mediante o voto em eleições, podendo violar, em último caso, o princípio da separação de poderes.

A mutação constitucional, por se tratar de uma atividade interpretativa do Poder Judiciário, pode subverter o texto constitucional e verdadeiramente reescrever outro, apesar de não alterar formalmente o texto normativo. Logo, é necessária uma abordagem crítica acerca deste comportamento interpretativo do Supremo Tribunal Federal.

Por trás de decisões tidas como inovadoras e necessárias, que são carregadas de subjetividade, pode existir um ativismo judicial por parte de seu intérprete, tomando decisões mediante a manipulação do Direito, principalmente dos princípios extraídos da Constituição, colocando de lado os limites semânticos impostos pelo texto normativo.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo proporcionar uma reflexão sobre o polêmico fenômeno da mutação constitucional, tema amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência, analisando o fenômeno da Mutação Constitucional no contexto jurídico social brasileiro, buscando conceituar e demonstrar a utiliza o do instituto da Muta o Constitucional na prática, em sintonia com a realidade do país.

Discutir  de maneira teórica como a muta o   relevante para o mundo jurídico, sua importância para a sociedade, bem como a tentativa prática do STF em utilizar a muta o para alterar a Constitui o de maneira informal, adequando a Constitui o   realidade social.

1.3 Plano de Trabalho

O primeiro capítulo será reservado   introdu o. Nesse capítulo da pesquisa serão apresentados o tema e o objetivo do trabalho, demonstrando a relevância do assunto, o problema e a metodologia.

O segundo capítulo abordará um aspecto mais histórico da Constitui o, como importante ferramenta limitadora de poderes do Estado e a sua evolu o ao longo do tempo. O capítulo abordará a conceitua o jurídica do termo, que utiliza como premissa a Constitui o como a base em que está alicerçado todo o ordenamento jurídico do Estado, entendida como a lei fundamental e suprema de um estado. Também analisar  a Constitui o sob o prisma da classifica o do critério de rigidez para altera es realizadas no texto constitucional.

Este capítulo discorre também sobre os mecanismos de modifica o constitucional. A Constitui o Federal de 1988 admite duas modalidades de altera o constitucional, decorrentes da atividade interpretativa: altera o por meio de mecanismos formais e informais.

Os mecanismos formais são a revisão constitucional, prevista no artigo 3 , ADCT, da CF/88 e a emenda constitucional, prevista no artigo 60 da CF/88. J  o mecanismo informal trata do fenômeno da muta o constitucional, tema central do presente trabalho e que será desenvolvido no capítulo seguinte.

O terceiro capítulo aborda a Mutação Constitucional conceitualmente e o ativismo judicial. Serão apresentadas as principais correntes que analisaram o tema, abordando a origem e a evolução histórica do conceito de mutação constitucional, iniciando com a percepção inicial do fenômeno na Escola de Direito Público da Alemanha, as contribuições dadas por Konrad Hesse, chegando até a abordagem atual de doutrinadores e juristas brasileiros, como Luís Roberto Barroso e José Afonso da Silva.

O penúltimo capítulo apresenta uma abordagem crítica sobre a fundamentação das decisões judiciais, uma vez que o protagonismo judicial em questões de elevada repercussão sociopolítica poderia influenciar a ocorrência de mutação constitucional nos julgamentos. Três casos reais serão analisados. Por fim, será apresentada a conclusão do trabalho.

2. PODER CONSTITUINTE E OS MECANISMOS DE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais*².

É daí que surgem os atributos da Constituição como instrumento orientado para conter o poder, em favor das liberdades, num contexto de sentida necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana³.

Na visão de Barroso, a Constituição adquiriu uma nova perspectiva, moderna e liberal, não tendo apenas caráter meramente descritivo das instituições, mas sim a pretensão de influenciar sua ordenação, mediante um ato de vontade e de criação, usualmente materializado em um documento escrito. Nas últimas décadas houve um reconhecimento e consolidação da força normativa da Constituição ao redor do Mundo. No Brasil, a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos recentes, supervenientes ao regime militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988⁴.

2.1 Conceito de Constituição

A palavra Constituição abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível - a Constituição em sentido etimológico ou seja relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintivas - até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição política, isto é, a Constituição do Estado⁵.

² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 25.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 80.

Na história da Teoria Constitucional, encontramos três concepções distintas de Constituição: a jurídica, política e a sociológica.

A Constituição jurídica, sentido adotado por Hans Kelsen, seria lei pura, a norma positiva suprema de um Estado⁶. Para Carl Schmitt, a Constituição é considerada uma decisão política fundamental sobre o modo de vida e a forma do Estado⁷. Ferdinand Lassalle entende a Constituição, a partir de um sentido sociológico, como a soma dos fatores reais dos poderes que regem um país⁸.

Acontece que estas definições, consideradas isoladamente, abrangem apenas parte do sentido total de Constituição. Doutrinadores contemporâneos buscam elaborar um conceito de forma a englobar todos estes aspectos que eram considerados isoladamente. Nesse sentido, José Afonso da Silva formula uma concepção estrutural de constituição da seguinte forma:

A constituição é algo que tem, como *forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como *conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como uma conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores⁹.

Barroso conceitua, do ponto de vista jurídico, em duas dimensões. A primeira em sentido material, relacionada ao conteúdo de suas normas, assim a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados. A segunda, em sentido formal, quanto à sua posição no sistema, estabelece que a Constituição é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo. Assim conclui:

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁷ SCHIMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

⁸ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 41.

A Constituição, portanto, cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída¹⁰.

Diante destas concepções de Constituição, diversas formas de classificação foram estabelecidas pelos doutrinadores, dentre elas classificações quanto ao conteúdo, à forma, à origem, à estabilidade, dentre outras. Para o presente estudo, importante se faz a análise sob a ótica da estabilidade, que faz a distinção de acordo com a rigidez adotada para alterações no texto constitucional.

2.2 Constituições rígidas e flexíveis

Esta classificação está relacionada ao procedimento adotado para a alteração do texto constitucional. A rigidez ou flexibilidade da Constituição é apurada segundo o critério do grau de formalidade do procedimento necessário para as mudanças que serão realizadas em seu texto, comparando com o procedimento aplicado à legislação ordinária.

Para alguns doutrinadores a supremacia da constituição deriva diretamente da sua rigidez, assim, o fato de as normas constitucionais necessitarem de procedimento especial, mais gravoso, para alterar suas regras seria o diferencial que garante supremacia à Carta Política:

A estabilidade das normas constitucionais, em uma Constituição *rígida*, é garantida pela exigência de procedimento especial, solene, dificultoso, exigente de maiorias parlamentares elevadas, para que se vejam alteradas pelo poder constituinte de reforma. Em oposição, as constituições *flexíveis* permitem a sua reconfiguração por meio de um procedimento indiferenciado do processo legislativo comum. Não se cobra, na Constituição flexível, uma supermaioria para que o Texto seja modificado.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74

A rigidez é atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição. A supremacia fixa o status hierárquico máximo da Constituição no conjunto das normas do ordenamento jurídico¹¹.

Alguns autores ainda estabelecem uma classificação em semiflexível ou semirígida, que fica no meio-termo entre as duas anteriores. Segundo esta classificação, uma parte das normas só pode ser alterada mediante um procedimento mais dificultoso, enquanto outra parte pode ser alterada pelo processo legislativo ordinário¹².

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 60, parágrafo 2º, estabelece que qualquer alteração em seu texto deve ser realizada por meio de Emenda Constitucional, que será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Esta opção do constituinte em estabelecer um procedimento mais dificultoso para alteração do texto constitucional em relação à legislação ordinária faz com que a classificação da Constituição brasileira de 1988, quanto ao critério de estabilidade, seja considerada do tipo rígida para alterações¹³.

Alexandre de Moraes diverge desta classificação e considera a Constituição Federal de 1988 como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável, como no caso das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º).¹⁴

2.3. Poder Constituinte

O poder constituinte pode ser entendido como a manifestação soberana da vontade do povo, exercida através de seus representantes. A doutrina classifica este poder em duas espécies, poder constituinte originário e o poder constituinte derivado.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 30.

Canotilho aborda as características do poder originário em seus estudos:

o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autônomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autônomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve 'dar-se' uma constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo.¹⁵

O Poder Constituinte derivado surge diretamente do poder originário, sendo estabelecido por este para possibilitar alterações no texto constitucional, espelhando as constantes mudanças sociais, com características próprias:

Apresenta as características de derivado, subordinado e condicionado. É derivado porque retira sua força do Poder Constituinte originário; subordinado porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e, por fim, condicionado porque seu exercício deve seguir as regras previamente estabelecidas no texto da Constituição Federal.¹⁶

Este poder derivado, de natureza política, tenta acompanhar as constantes mudanças na realidade social, e que vem se alterando cada vez mais rápido na sociedade contemporânea. A necessidade de emendas ao texto constitucional surge com o objetivo de acompanhar estas mudanças, sendo imprescindível que a constituição evolua junto, acompanhando o dinamismo e os novos anseios da população nos tempos atuais.

Porém, não é apenas através do mecanismo instituído da reforma que os preceitos constitucionais vão se modificando, a fim de aderirem às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade¹⁷.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 43

¹⁷ BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, nº 129, 1996.

Estes mecanismos de modificação do texto constitucional podem ser separados em formais e informais.

2.4 Mecanismos Formais de modificação

Os mecanismos considerados formais são aqueles estabelecidos no próprio texto constitucional para o exercício do poder reformador, que deve seguir determinadas formalidades e procedimentos. São dois os meios formais estabelecidos: Revisão Constitucional e Emenda Constitucional.

A Revisão Constitucional, estabelecida no artigo 3º, ADCT, da Constituição Brasileira de 1988, estabelecia que após cinco anos da promulgação da Constituição, seria realizado uma votação para possíveis alterações do texto constitucional pelos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Esta revisão foi realizada em 1993.

O outro mecanismo, e único modo formal de alterar atualmente, é a emenda constitucional. Conforme Moraes, a emenda à constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Dessa maneira, se houver respeito aos preceitos fixados pelo art. 60 da Constituição Federal, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com status constitucional, devendo ser compatibilizada com as demais normas originárias.¹⁸

Maria Helena Diniz explica habilmente a importância do rito especial para alteração do texto constitucional:

o fato do preceito constitucional submeter-se a determinadas formalidades de produção e alteração é importante para a fixação de sua eficácia, pois se pudesse ser modificada sem que houvesse processo especial, comprometida ficaria a produção concreta de seus efeitos jurídicos.¹⁹

Estes mecanismos formais de alteração do texto constitucional sofrem limitações estabelecidas pelo próprio Poder Constituinte originário, evitando que se

¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 486

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 141

sobreponham a este. A doutrina costuma distribuir as limitações do poder de reforma em três grupos: as circunstanciais, as formais e as materiais.

A Constituição de 1988 apresente uma limitação circunstancial, presente em seu artigo 60, §1º, que não admite a possibilidade de alteração durante a vigência do estado de sítio, Estado de defesa ou de Intervenção Federal, buscando assim evitar modificações na constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país.²⁰

As limitações formais ou procedimentais referem-se ao processo legislativo adotado nas emendas constitucionais, previsto no artigo 60, I, II e III da Constituição Federal, explicadas por Gilmar Mendes:

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

A Constituição também aponta quem pode apresentar proposta de Emenda à Constituição (1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República; mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros). Não se prevê a iniciativa popular de proposta de Emenda.

Proíbe-se, por igual, a reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda nela rejeitada ou tida por prejudicada (CF, art. 60, § 5º)²¹

Por último, há as limitações materiais, a mais polêmica das limitações, e que restringe a reforma pelo poder derivado diretamente em seu conteúdo. Estas limitações são conhecidas como cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, §4º da Constituição Federal de 1988. Estas cláusulas definem que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto,

²⁰ SILVA, José Afonso da, 2015, p. 68.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127.

secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.

Analisando a questão das chamadas cláusulas pétreas e a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, Gilmar Ferreira Mendes aponta que tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade, pois a constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria constituição.²²

Além destas limitações materiais explícitas, a doutrina reconhece também limitações implícitas ao poder de reformar:

A existência de limitação explícita e implícita que controla o Poder Constituinte derivado-reformador é, igualmente, reconhecida por Pontes de Miranda, Pinto Ferreira e Nelson de Souza Sampaio, que entre outros ilustres publicistas salientam ser implicitamente irreformável a norma constitucional que prevê as limitações expressas (CF, art. 60), pois, se diferente fosse, a proibição expressa poderia desaparecer, para, só posteriormente, desaparecer, por exemplo, as cláusulas pétreas. Além disto, observa-se a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte derivado-reformador, sob pena de também afrontar a Separação dos Poderes da República.²³

2.5 Mecanismo Informais de modificação

O método de modificação informal do conteúdo do texto constitucional é denominado de “mutação constitucional”. Neste método, não há qualquer alteração formal na letra da Lei, e sim na interpretação dada ao texto constitucional:

... Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do

²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 489

mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado²⁴.

Mendes conceitua de forma semelhante:

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

A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional²⁵.

Assim, a mutação constitucional altera o significado de uma norma constitucional sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas.

Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular²⁶.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, p. 31.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 141.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

3. EVOLUÇÃO E LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As primeiras referências ao termo “mutação constitucional” surgem em meados do século XIX, em estudos apresentados por Paul Laband e George Jellinek, ambos integrantes da Escola Alemã de Direito Público.

Paul Laband, analisando a Constituição Alemã da época de Bismarck, identificou que havia uma distinção entre a reforma constitucional (*verfassungänderung*) e a mutação constitucional (*verfassungswandlung*)²⁷, entretanto, a última estava inserida em um contexto de interesses políticos.

Georg Jellinek, buscou desenvolver e aprofundar ainda mais o estudo do tema. Na concepção do autor, a transformação da lei sem a alteração do texto normativo decorre de ações não necessariamente intencionais ou conscientes. Para Jellinek, a diferença entre mutação e reforma está nas ações voluntárias com a finalidade de modificar o texto constitucional²⁸.

Apesar da observação empírica inicial, Georg Jellinek e Paul Laband não conseguem esclarecer juridicamente o fenômeno da mutação constitucional e também não desenvolvem uma análise mais aprofundada sobre a problemática relacionada a seus limites.

Barroso, um dos principais juristas brasileiros a estudar o tema, põe de lado a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático, assim como o dissociava, igualmente, da filosofia, da ética e de considerações em tomo da ideia de justiça.

Para o autor, a tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, produziram modificações profundas no modo como o Direito é pensado e praticado e redefiniram o papel da interpretação jurídica e do intérprete, especialmente em matéria constitucional. Assim, a mutação constitucional posiciona-se na fronteira em que o Direito interage com a realidade.²⁹

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

²⁸ JELLINEK, 1991 apud BULOS, Uadi Lammêgo, **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

Em suas palavras:

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato.³⁰

Canotilho admite a possibilidade da transformação da Constituição, para que ela não se torne um texto estático e rígido, porém aborda a possibilidade de que estas alterações incorram em uma inconstitucionalidade como consequência. Neste sentido:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional.³¹

Konrad Hesse, influente jurista contemporâneo, integrante por muitos anos do Tribunal Constitucional Federal alemão, já abordava em seus estudos uma preocupação com a necessidade de uma teoria que, de fato, fornecesse objetivamente parâmetros precisos sobre o fenômeno da mutação constitucional a fim de evitar a “tentação de atravessar a Constituição invocando a presença de uma mutação constitucional”. Ele parece antever os perigos decorrentes da ausência de limites à ocorrência da mutação constitucional, ao afirmar que:

...no contexto de uma polarização mais acentuada entre maioria governamental e oposição, não se alcança uma maioria qualificada para reformas

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254.

constitucionais polêmicas, o recurso à afirmação de uma mutação constitucional não ficará distante³².

A percepção que o fenômeno da mutação, mesmo que informal, deveria estar dentro dos limites impostos pela própria Constituição, ganhou força entre diversos autores.

3.1 Limites da Mutação Constitucional

Como visto anteriormente, a mutação constitucional é um mecanismo informal de alteração na interpretação das normas, assim, estudiosos encontram dificuldades ao enfrentar este tema, sendo muito difícil estipular critérios exatos para estabelecer este limite.

Para o alemão Hermann Heller, jurista e teórico político do início do século XX, os limites da mutação constitucional se encontram dentro da própria normatividade da Constituição, ou seja, uma mudança de significado na norma constitucional se encontra adstrita à normalidade dos fatos, a qual não pode renegar por completo à normatividade, pois ambos elementos estão coordenados entre si.³³

Barroso aborda o que chama de “espírito da Constituição”. Sem a limitação das mutações constitucionais, este espírito seria violado, ultrapassando as atribuições do poder constituinte. Assim, encontra nas possibilidades semânticas e nos princípios fundamentais, duas limitações necessárias às mudanças informais:

Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.³⁴

³² HESSE, Konrad. **Limites da Mutação Constitucional**. Tradução por Inocêncio Mártires Coelho, *In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 165.

³³ BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, nº 129, 1996.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.127

Bulos conclui, após extensa análise sobre o tema, que a única limitação que poderia existir, de natureza totalmente subjetiva, seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam a Carta Magna. O limite estaria na ponderação do intérprete em aplicar o processo interpretativo.³⁵

Como foi possível observar, ainda é bastante restrita a análise dos limites da mutação constitucional. Os autores que se dedicaram ao estudo encontraram bastante dificuldade em identificar as limitações que, na sua grande maioria, são mais subjetivas do que objetivas.

Atuações recentes do Supremo Tribunal Federal em julgamentos de grande repercussão, como exemplo o julgamento da prisão após decisão em segunda instância, demonstram uma postura proativa na sua atividade interpretativa, com grande divergência de posição entre seus ministros. Esta postura do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, deve ser analisada com extrema cautela, evitando a afronta ao princípio da separação dos poderes e uma possível extrapolação aos limites da sua competência, incorrendo no chamado ativismo judicial.

³⁵ BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, nº 129, 1996.

3.2. Ativismo Judicial

A expressão ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos, após ter sido utilizada pelo professor Arthur Schlesinger Jr. em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na *Revista Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte, separando-os entre os juízes “ativistas” e os juízes adeptos à “autocontenção”.

O ativismo judicial surgiu muitos anos antes, com destaque para o famoso caso "Marbury contra Madison" que foi decidido no ano de 1803 pela Suprema Corte Americana, que até hoje é estudado como a principal referência do controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário. Este caso abriu a discussão sobre a possibilidade de o Poder Judiciário rever os atos do Congresso praticados em ofensa à constituição³⁶.

Assim, ao longo dos anos, diversos teóricos debruçaram-se sobre o estudo do assunto. Um dos principais doutrinadores brasileiros sobre o tema, Luís Roberto Barroso, conceitua da seguinte forma:

o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes³⁷.

Barroso ainda associa a ideia de ativismo judicial com condutas como (i) aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e em atividade independente do legislador; (ii) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos

³⁶ BOSCH, Marcia Helena. **Mutação constitucional e ativismo judicial**. Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_tutela_coletiva_artigo_marcia_ativismo.pdf. Acesso em: 23 setembro 2019

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 22 setembro 2019.

rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e (iii) imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O oposto do ativismo é a *autocontenção judicial*. Desta forma, o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Assim, evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador constituído, utilizando critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil.³⁸

Importante ressaltar que a Constituição de 1988 trouxe consigo em seus 250 artigos um extenso rol de direitos fundamentais, com uma variada gama de medidas instrumentais destinadas a assegurá-los, ampliando a importância e o campo de atuação da Suprema Corte Brasileira, responsável por garantir a efetiva aplicação e supremacia da Carta Magna. A criação de mecanismos específicos de controle da omissão do Poder Público, como o mandado de injunção e ação direta de constitucionalidade por omissão, antes inéditos, aumentou as possibilidades de atuação do Suprema Corte Brasileira.

Apenas a título de exemplo de inúmeras questões levadas ao Judiciário no Brasil, podemos citar as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF), a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF), restrição ao uso de algemas (HC 91952-SP), proibição do uso do amianto (ADI 3357/RS e ADI 3937/SP), demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (pet 3388/RR), extradição de Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), importação de pneus usados (ADPF 101/DF) e a judicialização da saúde, referente ao tratamento ou fornecimento de medicamentos que não estão presentes na lista do SUS.

Mendes considera que não cabe ao Judiciário, primariamente, a tarefa de universalizar direitos, porém, defende que é possível que a atuação jurisdicional

³⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 22 setembro 2019.

contribua para o aperfeiçoamento das políticas públicas sociais, quando se trata da solução de casos concretos³⁹.

Celso de Mello, atual Ministro do STF, em discurso já tratou sobre o tema do ativismo judicial, advertindo que as “práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”⁴⁰

Moraes acredita que o bom senso deve guiar o Poder Judiciário no equilíbrio entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, e, em especial, a atuação do Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais⁴¹.

Assim, quando se fala em ativismo judicial e a possibilidade de alteração de interpretação do texto constitucional por meio da mutação constitucional, impossível não abordar questões polêmicas inerentes ao tema, dentre elas: a separação dos poderes, o subjetivismo do intérprete da norma jurídica e a insegurança jurídica.

O ativismo judicial desloca os juízes e tribunais de sua função típica de aplicar o direito e os aproxima de uma função assemelhada a própria criação do direito, sendo

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 622.

⁴⁰ Discurso do Min. Celso de Mello na posse do Min. Gilmar Mendes na presidência do STF, 23-4-2008.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 551

que não foram democraticamente eleitos para realizar tal função, privativa do Poder Legislativo.

Bulos já abordava também a possibilidade de pressão de grupos de interesse sobre o Judiciário:

Ao exercer a jurisdição constitucional, portanto, o Judiciário interpreta a Constituição, e, nesse mister, não está descartada a possibilidade de atribuir à letra da Lex Legum novos sentidos, conteúdos ainda não ressaltados, mudando a substância dos comandos prescritos pelo legislador, mas sem afetar-lhes a forma. Aí, tanto quanto em tantas outras esferas da vida política e da ordem constitucional, as normas supremas do Estado transformam-se espontaneamente, fora dos processos formais estatuídos para tal fim, rompendo as estruturas jurídicas que pretendam escravizá-las.

Embora o seu texto permaneça inalterado, as disposições constitucionais vão lenta e insensivelmente se modificando, sem mudar uma vírgula sequer, mas assumindo significados novos, sob o influxo das exigências da evolução social. E os grupos de pressão podem contribuir para que esse fenômeno se intensifique⁴².

Eros Grau pontua que a Constituição Federal adotou o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade, sendo que qualquer juiz pode decidir se uma lei é ou não inconstitucional. Porém, critica que, atualmente, os juízes e o Supremo Tribunal Federal passaram a exercer, além do controle de constitucionalidade das leis, também o chamado controle de *razoabilidade* das leis, sendo que ao decidir se determinada lei é ou não razoável, prevalece certamente a preferência (pessoal) de cada julgador, de modo a romper a regra essencial do Estado Democrático do Direito, de que ao Judiciário é vedada a tarefa legislativa⁴³.

Desta forma, percebe-se tanto argumentos a favor quanto contrários ao ativismo judicial. É uma importante ferramenta na garantia dos direitos fundamentais, principalmente quando os Poderes Legislativo e Executivo atuam de forma

⁴² BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, nº 129, 1996.

⁴³ <https://www.hojeemdia.com.br/opini%C3%A3o/colunas/manoel-hygino-1.332583/o-temor-de-eros-grau-1.746211>. Acesso em: 12 outubro 2019

demasiadamente lenta ou até mesmo omitem-se do cumprimento de seus deveres constitucionais.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, não se pode evitar que, em situações de reiterada inércia e omissões por parte do Legislativo, o Judiciário seja chamado a atuar na concretização de inúmeros direitos fundamentais. Porém, deve-se tomar grande cuidado quando a interpretação/aplicação do Direito submete-se as opções e escolhas de caráter pessoal do intérprete, fragilizando assim a autonomia do próprio Direito e representando uma ameaça à democracia, na medida em que cada vez se afasta daquilo que o texto da lei diz e se caminha para aquilo que o intérprete pensa que a lei diz.

4. STF E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA PRÁTICA

Apresentado o conceito e o contexto envolvido, passa-se à análise das decisões selecionadas a partir da pesquisa realizada no site do STF, para o estudo mais específico da forma pela qual é utilizada a mutação constitucional no tribunal.

O Supremo Tribunal Federal teve sua origem na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, trazendo em seu texto⁴⁴ a forma de composição e de escolha de seus membros. Inspirado no constitucionalismo americano, recebeu como atributo a guarda da Constituição Federal.

Essa influência da Suprema Corte americana no tribunal constitucional brasileiro pode ser verificada em um discurso do ministro Evandro Lins e Silva, na posse do presidente da casa, ministro Xavier Albuquerque, em 1980:

O modelo que inspirou o nosso Supremo Tribunal Federal, não esqueçamos, é a Corte Suprema dos Estados Unidos. Ao nosso ver, o legislador brasileiro esteve bem inspirado no momento em que adotou, e nosso país, aquilo que fora na verdade uma genial formulação do constituinte americano: a criação de uma Corte de Justiça com funções políticas. O modelo norte-americano é, realmente, a melhor forma de assegurar o predomínio da Constituição (...) ⁴⁵.

O Brasil adota um sistema misto de controle constitucional, que atua tanto em casos concretos quanto em casos em abstrato. Assim, o Supremo Tribunal Federal se torna o responsável pelas modificações informais feitas na interpretação do texto constitucional. Na tentativa de adequar a Constituição às mudanças que surgem na sociedade, os magistrados utilizam do fenômeno da mutação constitucional em seus julgados.

Embora existam relevantes estudos nacionais acerca do tema, o instituto ainda não se apresenta como totalmente difundido na jurisprudência brasileira. No Informativo número 863 do STF, ao tratar do julgamento relacionado aos crimes de

⁴⁴ Art. 56. O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. (BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: 1891.)

⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 151.

responsabilidade e crimes comuns praticados por governador, encontra-se um breve direcionamento utilizado pela Suprema Corte acerca do tema:

Há três situações que legitimam a mutação constitucional e a superação de jurisprudência consolidada: a) mudança na percepção do direito; b) modificações na realidade fática; e c) consequência prática negativa de determinada linha de entendimento.

Ainda assim, são bem distintas as utilizações atribuídas à mutação constitucional pelos ministros do STF, como poderemos verificar nos casos demonstrados a seguir.

4.1 Controle de Constitucionalidade e o papel do Senado Federal

Este primeiro caso trata de reclamação número 4335 ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face de decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, que indeferiu pedido de progressão de regime de 10 (dez) presos condenados pela prática de crimes hediondos, fundado na decisão do STF proferida no HC n° 82.959⁴⁶.

Em suma, a discussão aborda o dever do juiz das Execuções Penais seguir a decisão proferida no mencionado habeas corpus, que declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos (Lei n° 8.072/90). Artigo este que determinava a proibição de progressão de regime para os comitentes de crimes enquadrados na lei.

Na ocasião, o Supremo entendeu pela inconstitucionalidade da lei, de acordo com o controle difuso, tendo a decisão efeito apenas inter partes, ou seja, com eficácia apenas para o caso concreto. Como a decisão foi proferida em controle difuso de constitucionalidade, em tese o STF deveria noticiar o Senado que, por meio de resolução, poderia suspender a eficácia do dispositivo em questão (art. 52, X, CF⁴⁷). Assim, caberia ao Senado Federal, após comunicação do STF, a suspensão da eficácia

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.959/SP**, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁴⁷ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

do dispositivo, com base na prerrogativa constitucional já referida, fornecendo efeito erga omnes.

Neste julgamento, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, apresentou sua interpretação sobre o papel do Senado no controle de constitucionalidade, julgando que a Casa Legislativa somente procederia à publicização das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle difuso, não mais se justificando a manutenção do ato de suspensão da lei pelo Senado. Nas palavras do próprio Ministro:

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.

Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988.⁴⁸

Sustenta o Min. Gilmar Mendes que não se poderia mais atribuir tamanha significação à norma do art. 52, X, CF, se em tantas outras hipóteses o efeito vinculante a todos já seria presumido e aplicado⁴⁹. Assim, o voto do Ministro Gilmar Mendes possui um conceito de mutação constitucional bastante peculiar, pois a mutação tem como base os julgados realizados pela Corte e não uma tensão entre realidade e a norma constitucional.

Seguindo o voto do Min. Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau também se posicionou pela ocorrência da mutação constitucional no caso. Seu trabalho com o tema,

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335-5/AC**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, p. 53

⁴⁹ *Idem*

contudo, se deu de forma distinta. Para poder falar sobre a mutação constitucional, este ministro parte de uma premissa: “texto e norma não se superpõem; que o processo legislativo termina no momento do texto – a norma virá depois, produzida no bojo de um outro processo, a interpretação”⁵⁰

Adotando essa premissa, o ministro entende ser a mutação constitucional a possibilidade de se enxergar novo texto normativo sobre o antigo, sem que este seja formalmente alterado, possibilitando a superação de alguns dos limites anteriormente colocados ao intérprete.

O Ministro Eros Grau ainda vai mais longe, ao colocar em texto a alteração, pela sua interpretação, da redação do artigo 52, X, da CF, a saber:

Aqui passamos em verdade de um texto

[compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]

a outro texto

[compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo]

Para o ministro Eros Grau a mutação constitucional é exatamente a criação de um texto que substituirá outro, esse o legal/constitucional. Isto é, caminha-se de um texto a outro texto.

Os ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa foram contrários à tese defendida pelo ministro relator Gilmar Mendes e pelo ministro Eros Grau.

Sepúlveda adotou em seu voto um tom bastante forte, demonstrando preocupação com o avanço do STF em prerrogativa constitucional que fora deferida pelo constituinte originário ao Senado Federal, chegando a comparar, em certa medida, a alegada mutação constitucional com um golpe de estado, estas são suas palavras:

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335-5/AC**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, p. 64

“...mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.⁵¹”

O ministro Joaquim Barbosa acenou na mesma direção que Sepúlveda quando expôs que o alegado fundamento não é suficiente para permitir a ocorrência da dita mutação, indo além de Sepúlveda quando afirmou que não se trata de mutação constitucional, colocando dois fatores adicionais para a ocorrência da mutação constitucional, o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Em suas palavras:

Além disso, mesmo que se aceitasse atese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a conseqüente e definitiva "désuetude" do dispositivo. Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais...

Para o Ministro Joaquim Barbosa, não ocorreu o desuso ("désuetude") da norma constitucional, já que o Senado Federal, desde o ano de 1988, suspendeu quase cem normas declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, o Ministro Teori Zavascki⁵² firmou entendimento no sentido de que não há importância saber se ocorreu mutação constitucional no caso do artigo 52, X, da Constituição Federal. Para o Ministro, as decisões do STF, mesmo em controle difuso de constitucionalidade, gozam de uma eficácia expansiva, sendo desnecessário a edição de resolução que determine a suspensão do ato normativo declarado inconstitucional, concluindo assim:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335-5/AC**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, p. 91

⁵² O entendimento do Ministro fora seguido pelos Ministros Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello.

de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema.⁵³

Diante das posições demonstradas anteriormente, percebe-se não só a divergência em relação ao mérito da questão discutida, como também a dificuldade que os ministros da mais alta corte possuem em estabelecer um conceito e aplicabilidade do instituto da mutação constitucional.

A doutrina também não é pacífica quanto à constitucionalidade diante da mudança informal do artigo 52, X da CF. Nadja Botelho ressalta que o posicionamento do STF pode ser visto como de caráter político, além de colidir com um dos princípios estruturantes do Estado de Direito, a separação dos poderes. Ademais, a norma em voga não teria lacunas para essa interpretação.⁵⁴

Pergunta-se como o artigo 52, X, da Constituição - que dispõe expressamente sobre a competência privativa do Senado em suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF - pode ter seu significado transformado, determinando que a competência privativa do Senado restringe-se em dar publicidade à suspensão da execução realizada pelo próprio STF. Ou seja, passa-se de uma função ativa, como componente de um ato complexo, para uma passiva, como simples chancelador das decisões do STF.

4.2 Conceito de Família e a união homoafetiva

No dia 5 de maio de 2011, os Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram como entidade familiar a união formada por duas pessoas do mesmo sexo. A decisão foi tomada no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277⁵⁵ e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132⁵⁶, ajuizadas

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335-5/AC**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, p. 163

⁵⁴ BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 160.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4277/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 132/RJ**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto.

pela Procuradoria Geral da República e pelo Estado do Rio de Janeiro, respectivamente, com pedido de interpretação conforme à Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil⁵⁷.

A ação buscava o reconhecimento, para fins de proteção do Estado, das uniões estáveis homoafetivas, concedendo o *status* de entidade familiar. Inicialmente proposta como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, apontando suposta omissão do Poder Público em regulamentar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, foi convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes.

A Constituição, como norma suprema do ordenamento jurídico, é critério de validade de todas as outras normas do ordenamento. Se o Código Civil possui dispositivo que fere princípios constitucionais, basta que passe por um controle de constitucionalidade, como acontece com qualquer norma infraconstitucional.

Vale lembrar, no entanto, que também a Constituição prevê, em seu artigo 226, parágrafo 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. O que se pretendia, na verdade, era uma interpretação da própria Constituição conforme os princípios de nosso Estado Democrático, uma mudança no alcance da norma em função da nova percepção do Direito, devida aos fatores presentes na sociedade.

O presente trabalho não busca uma análise aprofundada de todos os fundamentos e teorias discutidas no referido julgado, mas apenas que se destaque pontos específicos e pertinentes à presente abordagem. A questão é que, conforme apontaram os Ministros do STF, o art. 226, caput, da Constituição, não estabelece um conceito substantivo ou acabado de família, ao dizer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Nas palavras do Ministro Ayres Britto, relator do caso:

[...] a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não

⁵⁷ É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.⁵⁸

O Ministro traz ainda um conceito de família, que nas suas palavras, é “uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana.⁵⁹”

Reconhecidas, portanto, como tal, às uniões familiares de casais de mesmo sexo não podem ser negados os direitos dispensados às uniões de casais heterossexuais, sem que isso fira os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação.

Nessa linha, foi a afirmação do Ministro Ayres Britto, de que ele, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux, estavam dando uma interpretação ao texto do § 3º, do art. 226 da CR/88, muito além da literalidade, na medida em que a sua dicção não excluía outras interpretações⁶⁰.

Alguns Ministros reconheceram, pelo menos em certo aspecto, a preocupação com a literalidade do § 3º, do art. 226 da CR/88, a qual foi percebida nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluzzo. Em suma, para esses Ministros, estava-se diante de uma lacuna que reclamava a atuação do Poder Legislativo, pois o caso era de reconhecimento de outra forma de entidade familiar.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4277/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto.

⁵⁹ Idem

⁶⁰ Ministro Ayres Britto: “Só que no meu voto, a Ministra Cármen também, acho, o Ministro Fux, enfim, nós damos uma interpretação a esse texto para muito além da literalidade, de modo que ele não exclui as outras...” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n. 4277/DF, Relator: Ministro Ayres Britto, 2011, p. 125).

Assim, aderiram ao resultado, mas pelo raciocínio da aplicação analógica, porém, manifestando em seus entendimentos, que a decisão do Supremo deveria ser provisória, até a necessária regulamentação do Congresso Nacional.

Por decisão unânime, o pedido de reconhecimento e de equiparação das uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas foi julgado procedente pelo pleno do Pretório Excelso.

Neste caso analisado, a mutação constitucional identificada na ADI 4277/DF teve seu foco no programa normativo fornecido pela compreensão sistemática do caput, do art. 226, da CR/88, com o imperativo do princípio da igualdade, que passou a abarcar um novo recorte regulativo em seu âmbito – as uniões homoafetivas.

Não abordando os aspectos morais, culturais ou religiosos que envolvem a união homoafetiva, há uma questão jurídica inafastável. O aplicador do direito deve buscar fundamentos no ordenamento jurídico e não em concepções pessoais que o juiz possui sobre determinados temas.

A análise dos votos revela que a questão jurídica atinente à legitimidade de atribuição de sentido diverso de “homem e mulher” passou ao largo das fundamentações elencadas por alguns ministros. Em sua maioria, os fundamentos do voto se alicerçaram em discursos morais, sociológicos ou políticos.

Em um dos votos, chega-se a dizer que o reconhecimento das uniões homoafetivas poderia nos conduzir a diminuição da discriminação e da crescente violência homofóbica. A eliminação da discriminação e da violência são importantes para o Brasil, porém este tipo de juízo seria aplicável ao legislador e não ao juiz.

A forma como o Constituinte redigiu o texto cria dificuldade de se obter uma interpretação que estenda o reconhecimento das uniões estáveis a casais homoafetivos. Interpretar que homem e mulher, podem compreender homem e homem e mulher e mulher, é uma leitura difícil de ser compreendida desta norma constitucional.

Um exemplo de texto, que diferentemente do cenário brasileiro, permite uma interpretação no mesmo sentido ao aplicado pelos Ministros do STF, é o que está

presente na Constituição de Portugal, segundo o qual “*Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*”⁶¹.

Assim, a inclusão de casais homoafetivos enquanto titulares do direito de constituir família e de contrair casamento é um sentido possível que se extrai das possibilidades semânticas do texto, uma vez que o vocábulo “*todos*” não contém sentido excludente, podendo admitir qualquer forma de união.

4.3 Prisão após condenação em 2ª instância

Um dos temas mais debatidos atualmente e que constantemente é trazido à tona por Ministros do STF, parece ser um assunto interminável na Suprema Corte. De forma clara, a Constituição Federal determina, em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”, conhecido como princípio constitucional da presunção de inocência.

Desde a promulgação da Carta Magna, em 1988, havia o entendimento da possibilidade de prisão após a condenação em 2ª instância. Era jurisprudência consolidada a conclusão que poderia haver exigência de prévio recolhimento a prisão, para o conhecimento de apelação no processo penal (Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”).

Também era consolidada a jurisprudência no sentido de que a existência de recurso administrativo sem efeito suspensivo não obstaría a expedição de mandado de prisão (Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”).

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que “contra decisão condenatória, proferida em Segunda Instância por Tribunal Estadual cabe, apenas, recurso de índole extraordinária – especial ou extraordinário – sem efeito

⁶¹ Constituição Portuguesa de 1976. Art. 36

suspensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão, mesmo antes de seu trânsito em julgado.⁶²

Porém, em 2009, pouco mais de 20 anos passados do entendimento vigente, houve uma mudança de jurisprudência quando do julgamento do *habeas corpus* nº 84.078. Por 7 votos a 4, o Supremo Tribunal Federal alterou substancialmente a interpretação que se fazia do dispositivo constitucional para, em interpretação mais literal da Constituição, excluir a possibilidade de toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo motivação indicativa de necessária cautelaridade.

Prevaleceu a tese de que a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado, contrariava o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (CF), segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na ementa do caso, o ministro Eros Graus, ainda aborda a sensação de impunidade que a decisão iria causar e a possibilidade de inúmeros recursos protelatórios:

Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.⁶³

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.176**, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Brossard

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078-7/MG**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Graus, p. 1-2

Os ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa, ambos favoráveis a prisão após 2ª instância, argumentaram que o esgotamento da discussão da matéria penal de fato se dá na 1ª e 2ª instâncias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não possuem "efeito suspensivo". Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram, também, que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário) não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil.

Outro importante ponto levantando por eles, foi que país nenhum possui tantas vias recursais quanto o Brasil. Direito citou os Estados Unidos, o Canadá e a França como exemplos de países que admitem o início imediato do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau. Observaram, ademais, que a execução provisória de sentença condenatória serve também para proteger o próprio réu e sua família.

Após prolongados debates, foram 7 votos contrários à prisão após julgamento em 2ª instância. Além do relator, Ministro Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram.

O Habeas Corpus acima então orientava os demais tribunais sobre o Princípio da Presunção de Inocência, argumentando que o cumprimento da pena, se pendente qualquer recurso, era incompatível com a Constituição Federal.

No ano de 2016, com uma nova composição de ministros no STF, a discussão do assunto voltou à pauta no julgamento do HC nº 126.292, de relatoria do ministro Teori Zavascki, que já traz em sua ementa entendimento frontalmente contrário à decisão de 2009, sem possibilidade de dúvida:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não

compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.⁶⁴

Para este trabalho, importante se faz a análise do voto do ministro Luis Roberto Barroso, que não estava presente no julgamento de 2009, o qual aborda a hipótese de mutação constitucional como fundamento para a mudança de interpretação do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

Interessante observar que o ministro aborda como justificativa em seu voto, além dos fundamentos jurídicos, mais três fundamentos pragmáticos, que seriam consequências negativas da jurisprudência adotada anteriormente pela corte e que decorrem de uma visão pessoal do ministro, reforçando sua posição:

Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.⁶⁵

Após a justificativa pragmática, o ministro continua em extensa análise até abordar a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional na interpretação do texto normativo, que teria ocorrido em 2009 e ocorreu novamente em 2016:

Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 1

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 28

entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.⁶⁶

Como demonstrando em seus fundamentos pragmáticos, para o ministro, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal: reforçou a seletividade do sistema penal, contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade e funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios.

Conclui assim em seu voto:

A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional.

13. Trata-se, assim, de típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão.⁶⁷

O jurista e professor Lenio Streck discorda dessa tese da mutação constitucional no presente caso, opinando que uma decisão do STF no sentido de possibilitar

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 32

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 34

uma prisão após a condenação em segundo grau seria uma revogação do dispositivo constitucional, tratando-se de uma mutilação inconstitucional⁶⁸.

Porém, apesar da opinião de juristas e da recente alteração de entendimento em 2009, a Suprema Corte decidiu em fevereiro de 2016, por sete votos a quatro, a favor da mudança de jurisprudência. Votaram pela mudança os ministros Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Contrários a mudança, votaram Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Ainda no próprio ano de 2016, apenas oito meses após a decisão do plenário da corte, o ministro Dias Toffoli já demonstrou uma mudança de entendimento sobre o tema, quando do julgamento das ADCs 43 e 44 e em repercussão geral no ARE 964.246.

O tema voltou a ser assunto no STF em abril de 2018, quando o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva ingressou com um *habeas corpus*⁶⁹ pedindo sua libertação. Novamente, por seis votos a cinco, prevaleceu a tese favorável à prisão antecipada, bastando o julgamento em segunda instância.

Porém, neste julgamento dois votos mudaram: O ministro Gilmar Mendes voltou a ser contra a antecipação da pena. Já a ministra Rosa Weber votou a favor, argumentando que, embora fosse contra, não poderia contrariar a jurisprudência da corte. Além disso, o ministro Alexandre de Moraes substituiu Teori Zavascki, morto em 2017, mas manteve o entendimento do antecessor.

Em 07 de novembro de 2019, pouco mais de um ano após o último entendimento da corte, um novo julgamento sobre o tema foi realizado no Supremo Tribunal Federal, com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 54, e a posição novamente mudou. Por seis votos a cinco, a Suprema Corte decidiu agora contra a prisão em segunda instância. A Ministra Rosa Weber foi a única a alterar seu voto.

⁶⁸ <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/veja-dez-constitucionalistas-dizem-prisao-antecipada>.

Acesso em: 30 maio 2019

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752/PR**, Tribunal Pleno, Relator Min. Edson Fachin

5. CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo principal a apresentação do fenômeno da mutação constitucional e sua aplicação na prática pelo Supremo Tribunal Federal, abordando de forma doutrinária e jurisprudencial o instituto e trazendo à discussão o ativismo judicial, que é tema de diversos debates contemporâneos.

Em um primeiro momento, buscou-se demonstrar a importância de uma Constituição, e o respeito a ela, para um Estado que busca o desenvolvimento social e a democracia, abordando os mecanismos possíveis para realizar uma alteração no texto constitucional, mecanismos estes que podem ser formais ou informais.

Pode-se perceber que a Constituição é um organismo rígido, porém passível de sofrer alterações ao longo do tempo. Alterações essas que fazem parte da sociedade, que são mudanças tecnológicas, econômicas, sociais e até mesmo as transformações familiares. Estas mudanças afetam até os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, podendo assim chegar à conclusão de que estes direitos também são plausíveis de mutação constitucional. A rigidez a que se submetem suas normas visa a evitar uma relativização desses direitos fundamentais em função dos saberes daqueles que detêm o poder de aplicá-las.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, os tribunais brasileiros passaram a incorporar teorias que reforçam a centralidade do Poder Judiciário, apostando nesta instância como lugar adequado para a tomada de decisões relevantes do ponto de vista político, social ou econômico.

O caráter analítico da Constituição de 1988 abre espaço para que diversas questões sejam levadas ao Poder Judiciário, enquanto instância de decisão. Ao lado desse fator, a ênfase dada pela Constituição ao acesso à justiça ampliou o fenômeno da judicialização de questões políticas, sociais ou até mesmo a judicialização da vida.

Em seguida, abordou diretamente o tema da mutação constitucional, trazendo conceitos de doutrinadores, passando por seus fundamentos e o seu estudo ao longo do tempo, que teve início no século XIX, em estudos apresentados por Paul Laband e George Jellinek e até hoje causa muita controvérsia.

Por se tratar de um mecanismo informal de alteração na interpretação do texto constitucional, a importância dos limites às mutações é um tema extremamente relevante para a preservação da vontade do legislador quando da criação das normas e também para a segurança jurídica em torno das decisões judiciais, porém podemos perceber que não existe consenso na doutrina sobre estes limites, que em sua maioria ficam à cargo de critérios subjetivos dos intérpretes da norma, o que pode ser muito perigoso.

Prossegue com uma análise sobre o ativismo judicial, que decorre da maior judicialização das questões e se caracteriza por ser um comportamento proativo do judiciário que, para o bem ou para o mal, acaba passando por cima do texto da lei em sua decisão, substituindo-se ao legislador e desrespeitando o princípio fundamental da separação dos poderes.

A defesa do ativismo judicial é feita com o argumento de que os novos tempos, com novos direitos, pedem um papel criativo por parte do juiz na interpretação da lei, exigindo dele um esforço maior, até porque a concretização dos valores constitucionais não é tarefa exclusiva do Poder Legislativo, o qual muitas vezes é dominado pela omissão.

Esse ativismo por parte dos ministros do STF pode se tornar uma ferramenta de difícil controle pela sociedade, ao permitir que apenas onze pessoas, que não foram eleitos pelos cidadãos, possam tomar decisões que invadam as atribuições do poder legislativo e executivo, impactando toda a sociedade.

Ao apresentar os três casos julgados pela Suprema Corte, este estudo demonstra como o fenômeno da mutação constitucional ainda não possui um conceito uniforme entre os juristas, sendo colocado como fundamento em votos que podem conter uma decisão baseada em convicções pessoais não ligadas as normas jurídicas.

No primeiro caso, referente ao artigo 52,X, da Constituição de 1988, não se sustenta a tese de uma mutação, pois não houve a atribuição de um novo sentido ao texto normativo e sim uma descaracterização do mesmo, semelhante a uma substituição do próprio texto por outro, construído pelo Supremo Tribunal Federal como se Poder Constituinte fosse.

No caso da união homoafetiva, os ministros se afastaram completamente do texto expresso da própria constituição, que prevê o casamento entre homem e mulher e sob o fundamento de concretizar princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, dando nova interpretação ao texto normativo.

O terceiro, e último caso, é o mais curioso de todos. Um entendimento consolidado há vinte anos é alterado, por coincidência, exatamente quando acontece um grande escândalo⁷⁰ que poderia levar diversos políticos à cadeia. Sete anos depois, o assunto volta à pauta e o entendimento anterior é reestabelecido, com fundamento, de um dos ministros, de que houve duas mutações constitucionais neste período.

Então, apenas seis meses depois, alguns ministros se arrependem de seus votos e declaram que mudaram de entendimento, pedindo uma nova votação em plenário, para alteração de jurisprudência. Por coincidência, novamente, estava na eminência de políticos e ex-políticos serem julgados e condenados à prisão.

Houve um número recorde de julgamentos sobre o tema em apenas quatro anos. Ocorreram três julgamentos neste período, um em 2016, outro em 2018 e o último em 2019, neste voltou a prevalecer o entendimento sobre a possibilidade de prisão apenas após o trânsito em julgado. A Suprema Corte, sempre assoberbada de processos, que chegam a durar décadas para serem julgados, foi de uma celeridade exemplar quando tratou sobre este assunto.

Por fim, este trabalho não pretendeu discutir o mérito dos julgamentos aqui explicitados e nem emitir julgamento de valor. O que se buscou demonstrar é o potencial que critérios subjetivos, principalmente através da mutação constitucional, possuem para fundamentar decisões que tem um grande impacto na sociedade.

Buscou assim estimular a reflexão e o debate sobre esse poder concentrado apenas na mão de poucos ministros em cargos vitalícios e indicados por políticos, que levam em conta critérios desconhecidos para realizar esta indicação.

⁷⁰ <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544>. Acesso em: 30 setembro 2019

O ministro Luís Roberto Barroso, em artigo escrito em 2012, defende o ativismo judicial e faz uma reflexão sobre o tema:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.⁷¹

Resta então a questão, o antibiótico está curando ou matando o paciente?

⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 22 outubro 2019.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 22 de outubro de 2019

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. Rev.ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal, Tribunal Pleno, Min. Rel. Ayres Britto Brasília, 05 de mai. de 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 69.176-5 Rio Grande do Sul, Segunda Turma, Min. Rel. Paulo Brossard. Brasília, 23 de out. de 1992

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959-7 São Paulo, Tribunal Pleno. Min. Rel. Marco Aurélio. Brasília, 23 de fev. de 2006

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078-7 Minas Gerais, Tribunal Pleno. Min. Rel. Eros Grau. Brasília, 05 de fev. de 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292-7 São Paulo, Tribunal Pleno. Min. Rel. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752 Paraná, Tribunal Pleno. Min. Rel. Edson Fachin. Brasília, 04 de abr. de 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335-5 Acre, Tribunal Pleno. Min. Rel. Gilmar Mendes. Brasília, 20 de mar. de 2014

BULOS, Uadi Lamêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, nº 129, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

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

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de La Constitución.** Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de direito constitucional.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SCHIMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.