

Tema:
**Neurociência e Inteligência artificial:
As novas interfaces do conhecimento**



**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO
ATUAL PANORAMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Gabriel Garcia SALVADOR¹
Giovana Ferreira BOFFI²

RESUMO: O presente trabalho aborda a problemática do uso da Mutação Constitucional como prerrogativa de ativismo judicial, a fim de evidenciar a violação à separação dos poderes, confrontando os ideais do Estado Democrático de Direito, por meio do método indutivo e bibliográfico e com o estudo de casos relacionados ao uso da Mutação Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em face disso, o trabalho alcançou a compreensão de que o preenchimento da atecnia legislativa não exaure a atribuição constitucional do Poder Legislativo de inovar o ordenamento jurídico, tampouco o direito-dever do Poder Judiciário de salvaguardar a Constituição.

Palavras-chave: Mutação. Constitucional. Ativismo. Supremo. Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Com o intuito de combater o absolutismo monárquico do século XVIII, o filósofo francês Montesquieu (1689-1755), em sua obra O Espírito das Leis, teorizou a separação dos poderes (funções estatais), a qual foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no art. 2º da Carta Magna (Brasil, 1998).

Tal divisão pressupõe uma relação de independência e harmonia entre os poderes, de modo a impedir que um poder subjugue os demais. Entretanto, dado

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail: gabrielsalvador483@gmail.com.

² Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail: giovanaboffi31@gmail.com.

o caráter dinâmico do direito, surgem esferas em que a atuação de um poder específico é evidenciada.

Nesse sentido, Lewandowski (FGV, 2009, p.78), ministro da Suprema Corte, em seu artigo intitulado “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”, faz referência a existência de três grandes períodos. O século XIX, marcado pela ascensão da Revolução Francesa, recebe a alcunha de “século do Legislativo”, ao passo que os séculos XX e XXI seriam os séculos do Executivo e do Judiciário, respectivamente.

Dentro do contexto atual de valorização do intérprete, José Gomes Canotilho (2018, p 1.415), esclarece que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário um papel que, a princípio, não havia sido outorgado por nenhuma das Constituições brasileiras: a autonomia institucional.

Em face disso, surge a seguinte objeção: o Poder Constituinte exaure a responsabilidade - atribuída pela Constituição - de identificação e parametrização de valores constitucionais? Isto é, a atuação jurisdicional no atual cenário brasileiro extrapola os limites constitucionais de identificação de memórias/valores constitucionais?

Nesse diapasão, o objeto de pesquisa do presente trabalho é elucidar a utilização do instrumento de Mutação Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal como prerrogativa de ativismo judicial, visto que tal prática confronta os ideais Estado Democrático de Direito. Por isso, essa pesquisa foi realizada por meio dos métodos indutivos e bibliográficos, com a análise *in casu* de julgados.

2 ORIGEM E CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

De início, é mister elucidar que o Poder Constituinte Derivado possui o povo como seu titular, promovendo a reforma do texto constitucional por intermédio do parlamento. Entretanto, o cerne de discussão deste artigo paira sobre um fenômeno judicial que também reforma a Constituição, mas não a altera textualmente e possui titular diverso.

Dessa maneira, a Mutação Constitucional é o ato jurídico pelo qual o Poder Judiciário exerce o papel de Poder Constituinte Derivado Difuso, levando em consideração as mudanças políticas, sociais, jurídicas e econômicas para alterar a

“letra fria” da Lei Maior, sem alterá-la literalmente. Acerca dessa concepção, leciona Uadi Lammêgo Bulos:

Cabe ao poder constituinte difuso alterar os preceitos constitucionais informalmente, ou seja, sem revisões nem emendas. Fazendo uma comparação: enquanto o poder originário é a potência, que faz a constituição, e o poder derivado, a competência, que a reformula, o poder difuso é a força invisível que a altera, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer. (BULOS, 2023, p.319)

Para que haja tal alteração, todavia, é imprescindível que exista lastro democrático, ou seja, correspondência com uma demanda social efetiva por parte da sociedade (Barroso, 2023, p.126). Destarte, nos parece deveras subjetiva, a limitação a esse instituto, o que pode caracterizar o “ativismo judicial”, em decorrência da omissão legislativa (conceitos que serão abordados a seguir). Nesse diapasão, o que seria o “lastro democrático” retromencionado?

A fim de solucionar esta problemática, deve-se remontar ao atual contexto e às origens do fenômeno analisado. Hodiernamente, reconhecer o caráter dinâmico da ordem jurídica é essencial para entender a realidade normativa que nos cerca. As constituições, nesse sentido, acompanham a evolução das circunstâncias políticas de cada Estado, sofrendo mudanças independentemente das formalidades especiais oriundas da rigidez constitucional.

O Supremo Tribunal Federal (STF), utilizando-se de sua prerrogativa de guardião da Constituição (Brasil, 1998, art.102), vem interpretando e adequando o texto constitucional de acordo com os supostos interesses da coletividade e do Estado Democrático de Direito, com a justificativa de que o Poder Legislativo vem se eximindo, em várias oportunidades, de atualizar as normas.

Consoante a esse entendimento, Luís Roberto Barroso, presidente do Pretório Excelso, em seu artigo “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas” (UERJ, 2017) exemplifica a atuação “iluminista” das Cortes Constitucionais, ao atuarem como agentes da história, “empurrando-a na direção do progresso social”. A Mutação Constitucional é, indubitavelmente, um dos principais meios para que isso seja concretizado.

No século XIX, a engenharia jurídica analisada apareceu pela primeira vez no Direito Alemão. Paul Laband, renomado jurista do Império Alemão, ao

esmiuçar a Carta Alemã de 1871, inferiu que ocorriam mudanças quanto ao funcionamento das instituições do Reich, mas sem reformas constitucionais. Passou, então, a distinguir a reforma dos meios difusos. (Bulos, 2023, p.321).

Apesar de formalmente inalteradas, a *práxis forense* conduzia as normas constitucionais a um caminho oposto do que previsto anteriormente pelo constituinte. Hsü Dau-Lin, pioneiro no estudo dos processos oblíquos, concluiu, anos depois, que a simbiose entre o texto constitucional e a realidade permite a alteração da Carta Magna, sem a presença do poder reformador.

Além disso, apesar de não se tratar propriamente de uma mutação constitucional, é válido rememorar o *Instrument of Government* de 1653. Oliver Cromwell, histórico líder político inglês, a fim de driblar a exigência de cinco meses para a dissolução do Parlamento inglês, interpretou esse prazo pelo calendário lunar, e não pelo solar. Assim, mudou o sentido óbvio da palavra mês, adequando-a a seus próprios interesses. Trata-se, na verdade, de uma manipulação inconstitucional de normas constitucionais.

A “atuação legislativa do Judiciário”, ao nosso ver, pode ser equiparada, em muitos casos, ao instrumento de governo inglês mencionado. Isso porque o “lastro democrático”, guardadas as devidas exceções, corresponde a mera consciência do intérprete. Como controlar, desse modo, a consciência do magistrado?

2.1 Da Autonomia Funcional do Poder Judiciário

Diante do “século do Judiciário”, surge um modelo de autonomia funcional dos magistrados, que se expandiu ao longo do tempo com o surgimento de novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional e do sistema de direitos subjetivos, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade (Canotilho, 2018, p.1.416).

Ainda nesse cenário, Eduardo Cambi (2011, p. 41) aduz que a história do constitucionalismo é uma expansão progressiva das esferas do direito e, ademais, a nova era de direitos é marcada por certas características, quais sejam:

- a) Aumentaram os bens merecedores de tutela (as meras liberdades negativas, de religião, opinião, imprensa, etc. deram lugar aos direitos sociais e econômicos, a exigir uma intervenção positiva do Estado); b)

surgiram outros sujeitos de direitos, além do indivíduo (singular), como a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto; c) o próprio homem deixou de ser considerado em abstrato, para ser visto na concretude das relações sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas, etc.), passando a ser tratado especificamente como homem, mulher, homossexual, criança, idoso, deficiente físico, consumidor, etc. (2011, p.41)

Ora, ocorrendo a expansão progressiva das esferas dos direitos com crescimento dos bens tutelados, dos sujeitos de direitos e da compreensão concreta do homem, ocorre, conseqüentemente, a expansão da autonomia institucional dos magistrados.

Destaca-se que, superado o paradigma positivista de imperialismo do silogismo judicial, a reflexão hermenêutica permite a quebra do círculo vicioso de objeto-sujeito-objeto do modelo subsuntivo (Cambi, 2011, p.118).

A partir disso, Cambi (2011, p.118) observa que se amplia o campo da compreensão e da intersubjetividade, de modo que o raciocínio jurídico, isto é, o raciocínio do juiz envolve três momentos distintos: “a) a busca de significação da norma; b) a análise dos fatos concretos; c) o ajuste final ou encaixe (ou não encaixe) do fato à norma” (destaque nosso).

Fato é que o princípio da separação dos poderes (funções) visa combater o arbítrio judicial (Cambi, 2011, p.172). Logo, os magistrados estão sujeitos à lei, não possuindo poder de exercer atividade criativa que inova o ordenamento jurídico, em tese.

Incontestavelmente, a análise do sistema jurídico deve ser feita dentro de seu contexto que, muitas vezes, ocasiona uma desarmonia entre os poderes, isto é, diante de conflitos jurídicos, políticos, econômicos e/ou sociais há omissões legislativas que, eventualmente, precisam ser extirpadas pela atuação do Poder Judiciário.

Entretanto, o uso da Mutação Constitucional sem limites evidencia-se como o uso de mecanismos/técnicas que visam promover uma fictícia legitimação do uso do poder arredado de seus limites.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ART. 52, X, CF

A priori, antes de dirimir a questão a ser aqui abordada, é mister elucidar o panorama do controle de constitucionalidade no Brasil. Controle de

constitucionalidade, de maneira genérica, define-se como a verificação de compatibilidade de normas infraconstitucionais com relação a Constituição, por meio de sua rigidez e supremacia.

Desse modo, o controle repressivo de constitucionalidade, isto é, aquele que visa reprimir lei ou ato normativo que nele tenha ingressado e esteja contrariando a Constituição Federal pode ser dividido em duas espécies: a difusa (por via de exceção) e a concentrada (por via de ação) (Agamenon, 2022, p.114).

Ao passo que o controle difuso é caracterizado pela atuação de qualquer juiz ou tribunal, sem efeito vinculante, *inter partes*, e com a declaração de inconstitucionalidade como causa de pedir, o controle concentrado é exercido, exclusivamente, pelo Pretório Excelso, possuindo efeito *erga omnes*, em que se requesta a declaração de inconstitucionalidade como pedido principal.

Não obstante, o Supremo pode realizar os dois tipos de controle, visto que lhe cabe, precipuamente, julgar ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF, ADO), bem como declarar a inconstitucionalidade dos recursos que lhe são admitidos e conhecidos, conforme o art.102 da Lei Maior (Brasil, 1998).

Em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, após a lei ser declarada inconstitucional, compete ao Senado Federal, privativamente, suspender a execução total ou parcial da norma, conforme dispõe o art. 52, X, da Constituição Cidadã (Brasil, 1998).

Todavia, ocorre que, em 2007, ao julgar a Reclamação 4.355/AC (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Gilmar Mendes), os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau utilizaram-se da Mutação Constitucional para desconsiderar o texto expresso da Constituição Federal, alterando o respectivo artigo de forma não literal para: “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”.

Assim, não era mais necessária a suspensão da norma por ação do Senado, mas, sim, sua mera publicação. Nesse sentido, estabeleceu-se a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, em que o Supremo suspende a norma, assim como no controle concentrado. Nesse diapasão, asseverou o atual presidente da Corte Constitucional no julgamento dos temas com repercussão geral 881 (Brasil, STF, Recurso Extraordinário nº 949297, Relator: Min.

Edson Fachin) e 885 (Brasil, STF, Recurso Extraordinário nº 955227, Relator: Min. Luís Roberto Barroso): “uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos”.

A posteriori, a decisão aqui exemplificada, a nosso ver, configura um flagrante ativismo judicial. Diante disso, para pormenorizar a questão, insta salientar a diferença entre ativismo judicial e judicialização. De acordo com o renomado jurista e professor Lênio Streck, o ativismo é *behavirioista* (comportamental), baseado na criação de critérios próprios de decisão por parte do juiz. Por outro lado, a judicialização é contingencial, sendo bem-vinda, desde que a decisão proteja direitos fundamentais, a isonomia e a igualdade (Streck, 2014, p.163).

Por meio do julgamento retromencionado, o Supremo Tribunal Federal não protegeu direito fundamental algum, e muito menos, garantiu a isonomia e a igualdade. Tratou-se, portanto, da utilização de ferramentas constitucionais para maquiar a busca pela satisfação dos próprios interesses dos intérpretes. É clarividente o desrespeito à tripartição das funções estatais, o que, inclusive, vem se tornando a *práxis* forense da Corte.

4 A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDAS DO DEPOSITÁRIO INFIEL

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ora intitulada Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 7º, item 7, dispõe que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (Brasil, 1992). Em outras palavras, o referido tratado veda a prisão civil por dívidas do depositário infiel.

No entanto, os termos do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal (Brasil, 1998) estabelecem que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (destaque nosso).

Pertinente destacar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480 (Brasil, STF, ADI 1430 MC/DF, Relator: Min. Celso de Mello, 1997) estabelece a subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República, afirmando que

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

(...)

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posiciona as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

Logo, o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade é de que os tratados internacionais estão subordinados à Carta Magna, mesmo que mais rígida, sendo introduzidos no ordenamento jurídico por decreto legislativo e com status de lei ordinária.

Ainda sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais, a Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou o dispositivo do artigo 5º da Constituição Federal incluindo em seu texto o §3º, segundo o qual possui status de emenda constitucional os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (Brasil, 2004).

Ora, tendo em vista que o Pacto de San Jose da Costa Rica foi promulgado pelo Decreto nº 678/92 (Brasil, 1992) sem a ritualística estipulada no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, ele ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com status de lei ordinária, conforme entendimento fixado pelo Supremo na ADIN nº 1.480 (Brasil, STF, ADI 1430 MC/DF, Relator: Min. Celso de Mello, 1997).

Ante o exposto, admitia-se a prisão civil do depositário infiel a pretexto do art. 5º, § 3º supracitado, pois “nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política”.

No entanto, em julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP (Brasil, STF, Relator: Min. Cezar Peluso, 2008), questionou-se acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento de apelação, confirmou sentença de procedência de ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante.

Com isso, a supremacia da Constituição perante tratados internacionais de direitos humanos fora novamente impugnada, sendo válido destacar voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, observando que:

Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial - também observada no direito comparado - sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber:

- a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos (Brasil, STF, RE 466.343-1 – SP, Relator: Min. Cezar Peluso, 2008).

Nesse sentido, observa-se que a corrente aderida pela Suprema Corte foi o caráter de supralegalidade dos tratados e convenções sobre direitos humanos, pois o entendimento fixado pelo Supremo foi que

(...) desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5o, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel (Brasil, STF, RE 466.343-1 – SP, Relator: Min. Cezar Peluso, 2008).

Por fim, fixou-se a Súmula Vinculante 25 (Brasil, STF, 2009) da Corte Excelsa, definindo a ilicitude da prisão civil de depositário infiel, independentemente da modalidade de depósito. Portanto, observa-se a formação de um direito dúctil, isto é, que se deforma para atender à consciência do magistrado, haja vista que a solução do conflito entre as normas supracitadas demonstra que o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, atuou contra aquela que lhe foi confiada.

5 CONCLUSÃO

Logo, é evidente que a mutação constitucional é, por vezes, utilizada como prerrogativa de um ativismo judicial, de modo que os magistrados valem-se de

sua autonomia funcional, violando os fins institucionais e políticos do Judiciário e a separação dos poderes.

Em vista disso, o Poder Judiciário acaba por exercer o papel de Poder Constituinte Derivado Difuso, função precípua do Poder Legislativo, identificando e parametrizando valores constitucionais.

É bem verdade que, eventualmente, caberá ao Poder Judiciário satisfazer demandas que estão desamparadas no ordenamento jurídico em face de omissões legislativas, por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, o preenchimento da atecnia legislativa não exaure a atribuição constitucional do Poder Legislativo de inovar o ordenamento jurídico, tampouco o direito-dever do Poder Judiciário de salvaguardar a Constituição.

Dessa maneira, cumprir com a Constituição, apesar de condição inerente ao Estado Democrático de Direito, demonstra-se cada vez mais um ato esporádico e pouco conveniente ao raciocínio jurídico do magistrado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Reclamação n. 4.355 / AC**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 10. set. 2006. Diário da Justiça Eletrônico, 22 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Súmula Vinculante 25**. Diário da Justiça Eletrônico nº 238 de 23 dez. 2009.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**: Brasília - DF, 30 de dezembro de 2004.

BRASIL. Decreto-legislativo n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 6 nov. 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Counter-majoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies**. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 10 set. 2024.

BULOS, Uadi L. **Curso de direito constitucional**. Disponível em: Minha Biblioteca, (16th edição). Grupo GEN, 2023.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. Série IDP - **Comentários à Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788553602377.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, maio/ago. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: como o senso comum pode nos enganar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. **Direito Constitucional. Teoria e Jurisprudência**. Brasília: Praeceptor, 2020.