



(IM) POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO COMO REFORMADOR DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO FRENTE À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Gabriela PAVARINA ¹
Maria Eduarda Oliveira FERREIRA ²
Rafael Henrique dos SANTOS³

RESUMO: Busca-se através deste trabalho tecer comentários sobre a (im)possibilidade do Poder Judiciário atuar como efetivo reformador do Poder Constituinte Derivado frente à Mutação Constitucional. A partir de uma conceituação breve do Poder Constituinte e suas formas, em especial o Poder Constituinte derivado, leva-se a uma essencial explanação a respeito da oportunidade de reforma a Constituição Federal vigente tendo-se em vista sua elencada rigidez e mutabilidade expressa. Para tanto, faz-se necessário uma ponderação em relação à Mutação Constitucional, suas limitações e formas de realização pelo atual Poder Judiciário, analisando a eventual possibilidade de ativismo judicial quanto a estruturação da Carta Magna vigente. Visando uma explanação completa sobre o assunto, seus diversos conceitos, e os reflexos em nosso ordenamento jurídico pátrio, far-se-á uma análise baseada em sistemas do conhecimento científico sobre os efeitos da reforma constitucional do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Poder Constituinte. Reformador. Mutação Constitucional. Poder Judiciário. Limitação.

1 INTRODUÇÃO

Inobstante o avanço da comunidade social, a Carta Magna de um país é aquela designada a organizar os seus elementos essenciais, a regulamentação de seu Estado e os limites de sua ação. Neste sentido, advém deste poder originário, um outro secundário, necessário a atualizar as Constituições Federais dentro de

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: gabipavarina@icloud.com

² Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: marysenal@icloud.com

³ Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: rh.santos@icloud.com

seus limites essenciais a evolução da sociedade, denominado de Poder Constituinte Reformador.

Levando em consideração a necessidade de atualização do ordenamento jurídico e tendo em vista a rigidez e mutabilidade expressa da Lei Fundamental, procura-se através da Mutação Constitucional, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a modificação de entendimentos relevantes   esfera social, sem, entretanto, modificar o seu texto original. Para tanto, foi-se necessário analisar as limitações da mutação constitucional e o arcaico sistema americano Jim Crow, todos   luz dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e suas eventuais jurisprudências.

Com a problemática assim proposta, o presente trabalho visou tecer comentários e apresentar diversos conceitos para as formas de reformas constitucionais propostas em nosso ordenamento jurídico.

Como método científico utilizou-se o dedutivo-indutivo, ancorado   doutrinas e jurisprudências, visando debater o tema através de levantamentos particulares alcançando conclusões gerais, bem como, através de teses e antíteses procurar por sínteses, ou seja, sempre buscou-se fazer uma análise construtiva sobre o tema proposto.

2 PODER CONSTITUINTE

Antes de definir o que seja o título deste capítulo   necessário definir o que se entende por Constituição, a fim de fazer uma delimitação. Para Manoel Gonç lves Ferreira Filho (p. 10), o conceito pol mico de Constituição, imposto pelas revoluções burguesas dos Estados Unidos e da França, tinha de ser, como o foi submetido   crítica da doutrina. Esta não demorou em retirar dele a aspereza e a carga explosiva, procurando determinar cientificamente o seu cont do. Foi criado um documento escrito que nessa primeira dimensão trazia separação dos poderes e uma declaração de direitos feita na Segunda Convenção da Filadélfia por meio das emendas.

José Afonso da Silva (2005 p.44), por sua vez, define que lei fundamental, seria a organização dos seus elementos essenciais, um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado, a forma do seu governo, o modo e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e

os limites de sua ação. Daí surge neste documento de natureza política e inicial um poder secundário que precisa atualizar as constituições dentro de limites estabelecidos.

Assim, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2020, p. 116), poder constituinte é o poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição. Dessa maneira, é através do poder originário que dá início a um novo Estado, com suas características de Soberania, Território e Povo.

De acordo com a corrente Positivista, o poder constituinte originário possui ilimitabilidade absoluta, entendendo que não podemos tolher o constituinte, pois ele tem a premissa de fazer o que bem entender, mesmo que seja necessário limitar direitos fundamentais. No entanto, para os Jusnaturalistas, o Poder Originário é ilimitado, desde que não viole direitos fundamentais, pois se o Estado é democrático, o constituinte deve respeitar as conquistas do povo.

2.1 Poder Constituinte Derivado

Partindo da premissa já estabelecida a cerca do Poder Constituinte Originário e suas delimitadas funções iniciais, cabe agora trazer a tona o estudo sobre as relações eventuais com o Poder Constituinte Derivado.

O Poder Constituinte Derivado pode ser equiparado a seus diversos sinônimos, quais sejam constituído, remanescente, de segundo grau, instituído e secundário. Numa comparação feita por Zulmar Fachin (2012, p.61), apresentam distinções entre o Constituinte Originário e o Derivado, "a) o primeiro tem legitimidade para fazer uma nova Constituição; o segundo não pode elaborar uma nova Constituição, mas apenas alterá-la; b) o primeiro não está submetido a vínculos jurídicos; o segundo está vinculado às normas constitucionais; c) o primeiro é livre para tratar de qualquer matéria, inclusive revogar, sem limites, a ordem jurídico-constitucional em vigor; o segundo está impedido de abolir certas matérias (cláusulas pétreas) explícitas e implícitas".

Em que pese a Constituição Federal de 1988 possuir mutabilidade e rigidez expressa, este poder nela inserido realizará por meio de seus legitimados, a alteração de seu texto constitucional, respeitando suas inerentes limitações descritas na Carta Magna. Conforme nos aduz Gilmar Mendes em seu Curso de Direito Constitucional (2009, p. 250):

Se a reforma da Constituição tem por objetivo revitalizar a própria Constituição como um todo, é de entender que a identidade básica do texto deve ser preservada, o que, por si só, já significa um limite à atividade de reforma. O próprio constituinte originário pode indicar os princípios que não admite sejam modificados, como forma de manter a unidade no tempo de seu trabalho.

O exercício do poder constituinte derivado é verificado através das emendas constitucionais, pelo qual modifica gramaticalmente o Texto Supremo. No entanto, o procedimento de reforma da Constituição por meio de emenda é um processo moroso, pois o legislativo precisa respeitar o poder de iniciativa (art. 60, I, II e III) e o *Quórum* de aprovação (art. 60, § 2.º).

As emendas constitucionais também serão submetidas ao Controle de Constitucionalidade, que será declarada (in) constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, existe o chamado direito-função, que segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2018, p.60) impedem às discussões das chamadas “cláusulas pétreas”, sendo uma prerrogativa dos deputados e senadores de ingressarem com um mandado de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal.

Pode-se concluir assim, que o Poder Constituinte Derivado não cria uma Constituição, apenas tenta acompanhar a evolução da sociedade, sem romper com o Estado Democrático de Direito, dando continuidade aos preceitos estabelecidos pelo Poder Originário.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O poder constituinte originário não elabora uma Constituição com prazo de exaurimento, mas com objetivo de durabilidade e permanência no tempo. Para evitar que uma reforma política edite uma nova Magna Carta, é conferida rigidez aos dispositivos constitucionais, necessitando de um processo legislativo solene para eventuais modificações no Texto Supremo.

A Constituição não pode ser imutável, pois se assim ocorresse, jamais acompanharia as evoluções sociais. Diante disso, não é necessário romper com o Estado Democrático de Direito, mas adequar o seu texto com a realidade social, política e econômica.

Por ser dificultoso o processo de alteração dos dispositivos constitucionais, não seria possível acompanhar as demandas da sociedade. Entretanto, é cabível adaptar o sentido da Lei Fundamental, sem modificar o seu texto, apenas possuindo um entendimento divergente, fenômeno denominado de Mutação Constitucional.

Sobre o tema em questão, leciona o professor Marcelo Agamenon (2018, p. 58):

Mutação Constitucional  , pois, o ato jurídico pelo qual o poder judiciário que, levando em considera o as mudanças da sociedade em sua mentalidade, forma de viver e valores, e verificando o negativismo do legislativo ao se manter omissivo e não regulamentar tais mudanças, acaba usando o ativismo judicial/positivismo para alterar a interpreta o de um dispositivo constitucional sem alterar gramaticalmente (literalmente) o dispositivo.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2020, p. 140), entende que a muta o constitucional faz releitura do que deve ser considerado  tico ou justo, decorrendo de uma mudança na realidade f tica ou de uma nova percep o do Direito.

Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 71), esboça uma classifica o da muta o da seguinte forma: a) muta o constitucional, operada em virtude da interpreta o constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos; b) muta es decorrentes das práticas constitucionais; c) muta o por meio da constru o constitucional; e d) muta es constitucionais que contrariam a Constitui o,   dizer, as muta es inconstitucionais.

O estudo da Muta o Constitucional iniciou-se no final do século XIX com Paul Laband, pioneiro da Escola Alemã de Direito Público. O autor, observando a Constitui o do Império Alemão com a realidade social do país, identificou que para atender os interesses das autoridades dispostas na Constitui o de *Reich*, o Texto Constitucional era modificado por um procedimento informal, constatando uma diferencia o entre reforma constitucional (*verfassung nderung*) e a muta o constitucional (*verfassungswandlung*).

Georg Jellinek, outro pioneiro que contribuiu com o assunto, em sua obra *Reforma y mutación de la Constitución* entende que a muta o constitucional está ligada a uma a o inconsciente de modifica o do dispositivo normativo, ponto central para diferenciar a reforma e muta o constitucional.

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación. (JELLINEK, 1991 apud BULOS)

Esse fenômeno de transformação da lei, sem a modificação do texto normativo, ocorre com frequência em Estado que existe inadimplência do legislativo em suas funções típicas. O Poder Judiciário através do Supremo Tribunal Federal realizará a mutação constitucional no Brasil, conforme nos aduz novamente o professor Agamenon (2019, p. 28):

As decisões do Supremo Tribunal Federal, interpretando norma jurídica segundo a Constituição Federal geram efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive aos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal nos termos do artigo 102, inciso I, alínea "I" da Constituição Federal. A observação da interpretação do STF só deixará de ser obrigatória se a própria Corte, por provocação de um de seus membros, rever a sua decisão.

Em observação ao tema, Streck, Oliveira e Lima (2007, p. 19) assinalam que a mutação constitucional apresenta grave problema hermenêutico e, equivocadamente, pode ser considerada como a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. Conforme os doutrinadores:

O conceito de mutação constitucional, mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha Staatsrechtslehre do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil. E mesmo em Hsü-Dau-Lin (referido pelo Ministro Eros Grau) e sua classificação "quadripartite" do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade. A tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode "inventar" o direito.

Portanto, denomina-se mutação constitucional, um procedimento informal que modifica o sentido da Lei Suprema, sem alterar gramaticalmente o seu texto, devido ao negativismo do legislativo em acompanhar as evoluções sociais.

4.1 Limites da Mutação Constitucional

Como vimos anteriormente, as emendas constitucionais, que são as modificações dos dispositivos da Constituição Federal através de um procedimento solene, precisam respeitar os limites impostos pela Carta Política, correndo o risco de serem declaradas inconstitucionais. No entanto, a mutação constitucional, por ser um estudo recente, resta dúvida se incorreria nos mesmos limites que o processo formal.

A competência para alterar dispositivos da Lei Fundamental é exclusivamente do Poder Legislativo, mas a mutação constitucional é um fenômeno exercido pelo Poder Judiciário, e essa problemática merece ser analisada com cautela, pois se o próprio legitimado para alterar formalmente a Constituição precisa observar os limites impostos por ela, seria contraditório se um órgão estranho ao legislativo não precisasse cumprir a mesma regra.

Não se pode atribuir sentido arbitrário ao dispositivo constitucional na justificativa de que norma e texto são coisas distintas. No entanto, de acordo com professor Walber de Moura Agra (2018, p. 72) não foi definido com parâmetros claros, os limites impostos ao exercício da mutação. Entretanto, a maioria dos autores entendem que seus limites devem ser os impostos pela Constituição Federal através de suas denominadas cláusulas pétreas implícitas e explícitas.

4.2 Reconhecimento da União Homoafetiva como Entidade Familiar

A corte brasileira recentemente passou por uma decisão bastante debatida na sociedade, o caso da União Homoafetiva que vinha a certo lapso temporal sendo colocada em questão.

O caso analisado diz respeito à mutação constitucional já lecionado neste artigo, no qual houve uma mudança de interpretação do Art. 226, § 3º da CF/88 que assim dispõe: “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”.

Como pode-se interpretar literalmente o dispositivo normativo, o instituto da união estável comprimiu somente homens e mulheres. Diante do exposto, o constituinte considerava um tanto estranho para a sociedade brasileira da época, incluir no ordenamento jurídico a relação entre pessoas do mesmo sexo como

parâmetro de um possível conceito jurídico de união estável. Neste viés, houve diversas premissas conservadoras a despeito do assunto.

Com o passar dos anos, a pátria fora se transformando sendo notório no atual conceito de vida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, considerado um fator natural no meio social. Desta forma, diversas questões envolvendo direito de família e assuntos referentes aos direitos desta minoria chegaram até o Poder Judiciário. Entretanto, devido ao patriarcalismo intrínseco neste poder, fora proferida sentença em sentido conservador negando aos casais homossexuais direitos assegurados a cônjuges e casais de sexos opostos.

Tal contexto, levou o Supremo Tribunal Federal a julgar, no dia 05 de maio de 2011, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132⁴ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277⁵ que almejavam mudar a interpretação do art. 226, § 3º da CF/88, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-se, assim, a aplicação do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro para a união estável entre pessoas do mesmo gênero.

Dentre os inúmeros argumentos que levaram o Supremo Tribunal Federal a modificar a interpretação do art. 226 § 3º da CF/88 e atribuir a este dispositivo uma nova interpretação normativa, tem-se o do relator Ministro Ayres Britto (2011, p. 648) onde esclarece que:

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

Por unanimidade, os Ministros votaram pela procedência do pedido, entendendo que a norma constitucional não poderia continuar a ser interpretada como era no momento histórico de sua edição. Sendo assim, o art. 226, § 3º, da Lei

⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 05/05/2011.

⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 05/05/2011.

Fundamental constitui norma inclusiva que legitima atributo da união estável homoafetiva como entidade familiar.

O Ministro Luiz Fux (2011, p. 668) esclarece em seu voto que:

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.

Pode-se perceber que, numa interpretação histórica ficou claro nos debates travados na Assembleia Constituinte, na qual a questão da união estável entre pessoas do mesmo gênero foi amplamente discutida, a necessidade de equiparar divergentes classes às demais reconhecidas no âmbito normativo-jurídico, possibilitando mudanças na realidade social brasileira e mundial.

Com isso, o texto constitucional permaneceu semelhante, entretanto, houve uma transformação emblemática e essencial no ordenamento jurídico brasileiro. Em suma, a mutação constitucional que ocorreu no art. 226, § 3º, permitiu que esta regra evoluísse para ser utilizada com a mesma redação original, para legitimar e garantir direitos a esse grupo minoritário.

5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O Supremo Tribunal Federal tem como parâmetro a própria Constituição para realizar a modificação informal de seus dispositivos. No entanto, é mister fazer um estudo sobre a aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como mais um norteador da mutação constitucional, pois é o meio pelo qual os Estados e as organizações intergovernamentais possuem para acomodar seus interesses e cooperar entre si para a satisfação de suas necessidades comuns. (MAZZUOLI, 2020, p. 122)

Surge uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica dos tratados internacionais. Para o professor Valerio de Oliveira Mazzuoli (2020, p. 764), essa discussão deve ser estudada conjugadamente com os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988, que são regras especiais relativas aos tratados de direitos humanos.

Com a emenda constitucional 45, de 2004, foi introduzido o §3 do art. 5º da Constituição dispondo que “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, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O Supremo Tribunal Federal, com o voto do Min. Gilmar Mendes no julgamento RE 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, passou a entender que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados como emenda constitucional, têm *status* de norma supralegal, acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da Constituição Federal.

Em contrapartida, de acordo com o entendimento de Mazzuoli (2020, p. 767), o § 2º do art. 5º da Constituição Federal sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau* hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.

O direito internacional passa a ter grande influência dentro do direito doméstico, mesmo possuindo divergência sobre a sua natureza jurídica. Na verdade, de acordo com Norberto Bobbio (2004, p. 16) o grave problema dos direitos dos homens, não é saber qual é a sua natureza ou seu fundamento, e sim protegê-los. Assim, em muitas decisões os juízes têm aplicado tratados internacionais para proteger e garantir a liberdade dos indivíduos, se subsistir conflito entre a supremacia constitucional ou convencional, é possível ser aplicado o princípio *pro persona*, prevalecendo aquela que melhor salvaguardar os direitos do homem (BERNIÉ, apud, VELANDIA CANOSA, 2018, p.37).

Nesse diapasão, é necessário verificar a possibilidade de um tratado internacional influenciar no exercício da mutação constitucional, modificando informalmente os dispositivos da Carta Política de 1988 sem alterar a gramática de seu texto para acompanhar as necessidades e a evolução da sociedade.

5.1 Prisão civil do depositário infiel

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º, LXVII que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do *depositário infiel*”. No entanto, com o

Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966) e com a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, esse dispositivo é centro de discussões doutrinária e jurisprudencial, pois os dois acordos internacionais vedam a possibilidade de prisão civil por dívidas.

O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, em seu art. 11, dispõe que: "Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual." O Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 7º, por sua vez, estabelece: "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o dispositivo constitucional que prevê a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, não foi revogado pelos tratados internacionais mencionados, mas a sua eficácia jurídica ficou paralisada, possuindo entendimento totalmente diverso daquele usado.

(...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. [RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.]

A dimensão da mutação constitucional se estende aos tratados internacionais de direitos humanos, que podem influenciar na modificação informal do Texto Supremo sem alterar a sua gramática. Ademais, esse entendimento pode ser encontrado na súmula vinculante nº 25 da Suprema Corte, estabelecendo que "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".

Conclui-se que, a possibilidade de prisão do depositário infiel no ordenamento jurídico pátrio, teve seu entendimento alterado pelos tratados

internacionais, o dispositivo constitucional continua o mesmo, mas a sua aplicação ficou restrita somente a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos. Fica claro que, o princípio *pro persona* foi aplicado com clareza na mutação constitucional, prevalecendo à norma que mais resguarda a liberdade do indivíduo.

6 SISTEMA JIM CROW

As Leis de Jim Crow ocorreram em um período de intensa segregação racial no Sul dos Estados Unidos, denominados de “Era Jim Crow”, onde através das leis locais e estaduais impunham instalações separadas para negros e brancos em todos os locais públicos configurados. No início, apesar das democracias, os escravos eram considerados *mercadorias*.

Somente com o final da Guerra Civil é que a estrutura social e política do país veio a sofrer alterações relevantes no tocante ao tema. As mudanças são implementadas por intermédio de três emendas constitucionais: a Décima Terceira Emenda, que proibiu a escravidão e o trabalho involuntário para todos os cidadãos submetidos à jurisdição dos Estados Unidos da América do Norte, ressalvados os trabalhos forçados decorrentes de condenação penal; a Décima Quarta Emenda, que contemplava cinco artigos versando sobre tópicos distintos; e por fim, a Décima Quinta Emenda, que proibia os Estados-membros e também o governo Federal de negar ou cercear o direito de voto a qualquer cidadão por motivo de raça, cor ou prévio estado de servidão.

Graças às referidas emendas foram outorgados poderes para o Congresso executar as novas disposições constitucionais. Foi aprovado o denominado “*Civil Right Act*”, que, buscando evitar as graves violações aos direitos dos libertos e até mesmo atrocidades que se seguiram à abolição da escravatura, tais como muitos linchamentos de indivíduos negros, estabeleceu sanções civis e penais para quem desrespeitassem os direitos conferidos aos escravos libertados.

As primeiras apreciações envolvendo a Décima Quarta Emenda submetidos à apreciação da Suprema Corte diziam respeito à discriminação racial, que continuava em especial nos Estado do Sul. Neste sentido, dois processos tiveram maior repercussão naquele momento histórico e serviram como paradigma para diversas questões que se sucederam.

No primeiro deles, *Strauder vs. Estado da West Virginia* encontrava-se em pauta o exame de uma lei estadual que somente admitia a escolha de indivíduos brancos para atuar no corpo de jurados, sendo que em algumas cidades a população era majoritariamente negra. No caso, reconheceu a própria Corte, apesar de o réu ser um indivíduo negro, que não estava em discussão se ele tinha direito a ser julgados por pessoas de sua própria raça, mas se uma lei poderia fazer tal distinção com base na raça ou na cor.

O segundo caso e também mais conhecido, é o *Pace vs. Alabama* que teve por discussão a apreciação de constitucionalidade de uma lei estadual que proibia o casamento inter-racial. Casamento entre negros e brancos no Alabama era um delito punido com pena de prisão. E ainda, a legislação daquele estado sulista estabelecia penas mais rigorosas para as hipóteses de adultério ou relações sexuais ilegítimas quando os parceiros fossem de raças diferentes.

Em tempos remotos, estas referidas leis eram tipicamente constitucionais, como é possível observar no caso *Plessy vs. Ferguson*, admitido em 1896 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde foram estabelecidas instalações especiais para afro-americanos. Neste mesmo viés, se encontravam as escolas, transportes públicos e demais locais destes Estados Confederados da América, onde houve sua crescente ascensão após a Guerra de Secessão, que ocorreu no período de 1861 a 1865.

Em 1954, ocorreu o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, onde é possível analisar claramente o Poder Judiciário atuando de forma atípica, exercendo o poder reformador, que era inerente ao Poder Constituinte Derivado e seus possíveis legitimados. O caso mencionado fora julgado pelo jurista Earl Warren perante a Suprema Corte dos Estados Unidos sendo declarado, pela unanimidade dos votos, inconstitucional às segregações raciais envolvendo estudantes brancos e negros em escolas públicas, as temendo como desiguais.

Desta maneira, o presente fato contribui de forma imediata para o fim da segregação racial americana, como também para o Movimento dos Direitos Civis dos negros nos Estados Unidos, tendo como base a violação da 14ª Emenda Constitucional. Entretanto, fora precioso a 2ª Deliberação, denominada de Brown II, onde imperava a celeridade do processo da desagregação racial.

7 CONCLUSÃO

O Poder Constituinte Derivado, conforme supramencionado neste artigo, possui o condão de propiciar a reforma legal dos dispositivos constitucionais através da Emenda Constitucional, processo moroso devido à rigidez e mutabilidade da atual Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, em razão da inadimplência do Poder Legislativo em suas funções típicas, há a necessidade emergencial de o órgão máximo do Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, realizar a mutação constitucional de dispositivos legais, buscando a máxima efetivação dos Direitos Humanos necessários frente à evolução societária.

O órgão jurisdicional através de sua função típica jurisdicional, realizará função atípica legislativa ao modificar a interpretação jurídica de uma norma, sem a ela modificar seu texto originário, possibilitando efeito vinculante a todos os órgãos judiciários e ao próprio Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, através das propostas expostas, podemos concluir a possibilidade efetiva do Poder Judiciário atuar como órgão reformador do Poder Constituinte Derivado frente à Mutação Constitucional. Destarte,   de suma importância o reconhecimento desta fun o at pica do órgão judiciário para que assim possamos buscar a soluço adequada aos problemas mais enfáticos da popula o atual assegurados de forma divergente em nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Verbatin, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997

CANTOR, Ernesto Rey. **Acesso Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Colômbia, 2010.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**, 5. Ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva.

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

MACHADO HORTA, Raul. **Direito Constitucional**, 3.a. edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed, São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. **Direito Constitucional: Teoria e jurisprudência**. 1. Ed. Brasília: Praeceptor, 2020.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o**

controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. 2007. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 27 Ago 2020.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá: VC Editores Ltda, 2018.