



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VITOR BATISTA DE SOUZA COELHO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DOS
LIMITES EM FACE DO *HABEAS CORPUS* 126.292**

Salvador
2018

VITOR BATISTA DE SOUZA COÊLHO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DOS LIMITES EM FACE
DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial
para graduação em Direito.

Orientador: Professor André Luiz Batista Neves.

Salvador
2018

VITOR BATISTA DE SOUZA COÊLHO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DOS
LIMITES EM FACE DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito de obtenção do diploma de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mestre André Luiz Batista Neves.

Aprovado em: __ de ____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Professor Mestre André Luiz Batista Neves
Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor Miguel Calmon Dantas
Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor Gabriel Dias Marques da Cruz.
Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Antes mesmo de saber se serei aprovado ou não na banca que me aguarda no dia 31 de julho de 2018, já considero o fato de ter alcançado este momento como um motivo mais do que suficiente para agradecer todos aqueles que me ajudaram de todas as formas possíveis a chegar até aqui.

Claro, nada será suficiente para demonstrar toda a minha gratidão, algo que, receio, será alcançado no decorrer dos anos da vida profissional. Contudo, o primeiro momento se inicia agora.

Agradeço a Deus, todos os dias, por ter me rodeado de pessoas maravilhosas que, com certeza, tornaram a jornada mais tênue, em especial, claro, meus pais Genetina Batista de Souza e Epifânio Coelho Neto, bem como, meus irmãos Raelson Batista de Souza Coêlho e André Vinícius Batista de Souza Coêlho, cujo o empenho durante todos estes anos me fizeram acreditar que todos os meus objetivos eram possíveis, e que o maior talento que alguém pode receber ou desenvolver, é a perseverança.

Não poderia esquecer do mais precioso presente que Deus me concedeu durante todos os 7 anos em que cursei o curso de Direito, que foi a minha preciosa, delicada e amada por todos que a cercam, Jéssica Priscila Ferreira Mendes. Minha vida acadêmica teve início na Universidade Católica do Salvador, quando, já no meu segundo semestre, conheci aquela que um dia, se Deus permitir e ela quiser, será a mãe dos meus filhos. Costumo dizer que minha trajetória no Direito fez uma curva, uma parada inicial, na UCSAL, para que minha amada pudesse adentrar e completar a minha vida, uma etapa necessária, até porque, sem ela, eu nunca teria conseguido ser aprovado no vestibular da FDUFBA, minha segunda casa, que amo e considero profundamente, onde pretendo um dia retornar como Professor.

Também merecem agradecimentos os meus amigos antigos, porém presentes, que nunca deixaram a distância e os rumos que a vida escolheu para cada um de nós impedissem a nossa amizade, pelo que sou muito grato aos meus irmãos de alma Íccaro Portela, Ricardo Portela, Carlos Portela e Rodrigo Ormond, todos da minha amada terra Oliveira dos Brejinhos, interior da doce Bahia.

Também não posso esquecer de agradecer os meus novos amigos, que durante toda a vida acadêmica me apoiaram e ajudaram a trilhar, sendo assim, sou grato aos amigos da UCSAL Lucas Melhor, Adriana Coelho, Neto, Danilo Robson, André e Carol. Da amada e

almejada FDUFBA, Adriano Morais, Lucas Santana, Leonardo Santos, Átila Martins, Cainan Anjos, João Cássio, Pedro Paulo, Thales Lima, Jorge Alan, Ideque Dezidério e, um especial agradecimento ao amigo Misael de Almeida, cuja amizade foi a primeira que fiz na FDUFBA e que, com toda certeza que trago nessa vida, será prolongada por todo o resto da minha existência.

Por fim, as bases teóricas que tive na FDUFBA e na UCSAL, não se igualam seja em grandeza ou profundidade, com as lições éticas que pude aprender com alguns professores de lá. Salomão Viana deve inaugurar este ponto por ser um dos mais esforçados docentes que a FDUFBA um dia acomodou em seus quadros. Um dos maiores exemplos de pessoa que tive. O mesmo digo da Professora Joseane Suzart, mulher de muita estima e preocupação com os alunos e com o mundo, assim como os Professores Gabriel Marques e Miguel Calmon, que humildemente aceitaram compor a minha banca, e que me deram e desenvolveram a vontade de estudar o Direito Constitucional, que divide minha paixão acadêmica com o Direito Penal. Minha ética também foi formada pelos estágios que ocupei, sendo fundamental o período no Banco do Brasil, com orientação do excelente profissional Dr. Marcos Pinto, que me despertou o gosto pela advocacia, reforçado pelo também excelente e competente Dr. Marcelo Sotto, que me orientou na trajetória do Sindicato dos Bancários da Bahia, um inestimável referencial teórico e ético.

Sem desprezar qualquer dos docentes anteriores, merece um lugar de destaque o Professor André Luiz Batista Neves, que aceitou me orientar em tão pouco tempo, sendo o responsável pela minha melhor experiência dentro da FDUFBA em termos de conteúdo, vida e ética, não sendo difícil compreender o motivo de eu sempre me matricular nas disciplinas oferecidas pelo Professor André, o que contabilizou dois anos de minha graduação na FDUFBA como seu aluno, dos quais não me arrependo de nada, nem mesmo frente as duras correções de prova, porém justas. Por sua ética e competência, prestei concurso para estagiário do Ministério Público Federal, tendo como objetivo estagiar com o Professor André, o qual logrei êxito, após um período de seis meses como estagiário do também professor Leandro Bastos Nunes e sua brilhante equipe de tutela coletiva, que por todos cito a querida Claudinha, uma mãe para o gabinete (talvez de toda PR/BA) e por isso me sinto mais realizado e preparado do que nunca para vida, e fico feliz de acabar a minha experiência de estagiário com este profissional que visa o bem de todos, e dando prova de que o sistema judicial brasileiro é algo pelo qual vale a pena se lutar, ainda mais, com a lição de que um profissional é formado por aqueles que o cercam, e isso não lhe faltou, pois a sua equipe é,

sem dúvida, uma das mais unidas e competentes que já vi, tendo o cargo de mãe ocupado por Érica Divina, sobrenome que lhe faz justiça.

Por fim, como toda jornada, momentos altos e baixos deixam a sua marca, pelo que, agradeço a todos por fazerem de mim quem sou, e deixo um especial agradecimento ao meu querido avô materno Dóca (*in memoriam*), que sempre me alegrou durante a sua vida e me deu gosto pelos animais e o respeito a vida de todos os seres.

RESUMO

O presente trabalho tem análise a chamada mutação constitucional, com o estudo de sua origem, conceito, características e, principalmente, os limites para aplicação. Em um segundo momento, será estudado o fenômeno do ativismo, com vistas a conceituá-lo e caracterizá-lo. Após firmadas as premissas fundamentais do trabalho, o julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP será examinado, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de reconhecer uma mutação constitucional, alterou jurisprudência firmada desde de 2009 e passou a permitir o cumprimento antecipado da pena após decisão em segunda instância, muito embora o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal seja taxativo ao afirmar que a culpa tem sua definitividade com o trânsito em julgado da condenação criminal, e não com julgamento em segundo grau. A análise desse julgado terá como foco a observância a respeito dos limites doutrinariamente previstos para mutação constitucional, bem como, se tais barreiras foram respeitadas pela Corte. Com isso, demonstrar-se-á que o Supremo não respeita os limites desse fenômeno, atuando em verdadeiro ativismo judicial, que é a hipótese levantada neste trabalho.

PALAVRAS CHAVE: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ATIVISMO JUDICIAL, HC 126.292/SP.

ABSTRACT

The present work has analyzed the so - called constitutional mutation, with the study of its origin, concept, characteristics and, mainly, the limits for application. In a second moment, the phenomenon of activism will be studied, in order to conceptualize and characterize it. After having established the fundamental premises of the work, the judgment of habeas corpus 126,292 / SP will be examined, at which time the Federal Supreme Court, on the grounds of recognizing a constitutional change, changed jurisprudence signed since 2009 and allowed for early compliance with sentence after decision in the second instance, although clause LVII of article 5 of the Federal Constitution is exhaustive when affirming that the guilt has its finality with the final sentence of the criminal conviction, and not with a judgment in the second degree. The analysis of this trial will focus on compliance with the doctrinal limits for constitutional change, as well as whether such barriers were respected by the Court. With this, it will be demonstrated that the Supreme does not respect the limits of this phenomenon, acting in true judicial activism, which is the hypothesis raised in this work.

KEY WORDS: CONSTITUTIONAL MUTATION, JUDICIAL ACTIVISM, HC 126.292 / SP.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1.ORIGEM	12
1.1 A EXPERIÊNCIA ALEMÃ	12
1.2 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA	14
2 CONCEITO, TERMINOLOGIA, CARACTERÍSTICAS, TIPOS E LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	20
2.1 CONCEITO E TERMINOLOGIA	20
2.2 CARACTERÍSTICAS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	23
2.3 TIPOS DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	24
2.3 INTERPRETAÇÃO COMO MEIO PARA MUDANÇA	25
2.4 LIMITES PARA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	29
2.3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE PARA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	33
3. ATIVISMO JUDICIAL	35
3.1 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO NOS SISTEMAS <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> ..	35
3.2 SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVISMO	38
3.3 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL	40
4. DO HABEAS CORPUS 126.292 E DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 964.246 JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL	43
4.1 DO ENTENDIMENTO ANTERIOR ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.	44
4.2 DO ATUAL POSICIONAMENTO	49
4.2.1 DO VOTO PROFERIDO PELO MINISTRO BARROSO	51
4.3 DA (IN)SUBMISSÃO AOS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	54
4.4 DO ATIVISMO JUDICIAL NO ACÓRDÃO DO HC 84.078/MG	61
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

.....

INTRODUÇÃO

Neste trabalho serão abordadas as temáticas da mutação constitucional, que, em linhas gerais, trata-se de um meio para alterar o sentido da norma constitucional, sem se valer do mecanismo de reforma constitucionalmente previsto, no caso, a emenda constitucional - o que rendeu a mutação a classificação de meio informal de alteração¹- bem como, o ativismo judicial, que por seu turno, pode ser basicamente conceituado como uma extrapolação das funções do poder Judiciário, que invadem a esfera de outro poder.

A mutação ganha destaque no ordenamento jurídico brasileiro em virtude do seu sistema rígido de alteração constitucional. Contudo, mesmo em sistemas rígidos², que tenham previsões destinadas a acomodar as evoluções que a Constituição venha a sofrer, não conseguem deter a mutação constitucional³:

O objetivo geral é examinar a mutação constitucional e identificar os seus limites doutrinariamente previstos.

O objetivo específico é examinar como Supremo Tribunal Federal se portou diante das barreiras elencadas pela doutrina, ao tempo do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, responsável por retomar o antigo posicionamento da corte a respeito do princípio da presunção de inocência, com base na interpretação do inciso LVII do art. 5^a da Constituição Federal.

Após o devido exame da decisão, os limites para mutação e as características do ativismo judicial serão cotejados com o julgado com o fim de esclarecer se o Supremo Tribunal Federal respeitou os limites que a dogmática propõe para chancela de mutações, e, caso negativo, se o posicionamento poderia ser caracterizado ativista.

A relevância do tema resta demonstrada em virtude do fato de que, a priori, o Supremo parece usar o meio informal para suprimir uma garantia constitucionalmente prevista, que se materializa como um direito fundamental, o que em tese estaria defeso até mesmo do poder de revisão constitucional, sendo um limite material, demonstrando um poder irrazoável nas mãos

¹ VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.32.

² NETO, José Duarte. **Rigidez e estabilidade constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 162

³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Mutação, Reforma e revisão das normas constitucionais**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 2, n. 5, p. 16, out. dez. 1993.

de apenas um dos poderes da República que, a primeira vista, não teria legitimidade para promover alterações dessa grandeza face a ausência de soberania popular nas suas funções e na escolha dos seus membros, ou dos limites matérias a que se submete o poder constituinte reformador, aquele resultado do sufrágio universal.

A metodologia utilizada será o estudo de bibliografia especializada, nacional e estrangeira, bem como o exame do precedente que desencadeou a retomada de posição da corte, o HC 126.292/SP, e sua posterior confirmação no agravo em recurso extraordinário 964.246, julgado em repercussão geral.

O trabalho será dividido em quatro capítulos, sendo o primeiro destinado a origem e evolução da mutação constitucional, o segundo, para conceituação e a identificação dos limites da mutação, o terceiro, ao ativismo judicial, conceito e características e, por último, o quarto, onde os julgados do Supremo serão postos em cotejo com os limites identificados na pesquisa e características do ativismo.

1.ORIGEM

A origem ou primeira percepção do fenômeno da mutação constitucional remonta a Alemanha bismarckiana, quando membros da escola alemã de direito público, em especial Paul Laband e Georg Jellinek⁴, promoveram estudos a respeito de mudanças sentidas na Constituição do Império Alemão, que não havia sido originadas do processo formal previsto para alterar a Constituição.

Entretanto, não é possível tratar do tema mutação constitucional sem remeter ao seu desenvolvimento nas terras estadunidenses, posto que naquele país a mutação constitucional, principalmente em matéria de direitos civis, teve relevante papel de formação na ordem jurídica.

Assim, ao tratar da origem da mutação constitucional, é necessário que para o seu correto entendimento e definição, bem como estabelecimento de limites, seja estudada de forma ampla, abordando seu surgimento e evolução.

Desse modo, esse capítulo será dividido em duas partes, sendo a primeira destinada para experiência alemã, e a segunda, americana.

1.1 A EXPERIÊNCIA ALEMÃ

Como já enunciado, a mutação constitucional teve como berço o continente europeu, mais precisamente, na Alemanha, com os estudos de Paul Laband⁵ da Escola Alemã de direito público a respeito das modificações sofridas pela constituição imperial, promovidas por vias não ortodoxas. A tal fenômeno o autor cunhou, pela primeira vez, o termo mutação constitucional (*Verfassungswandlung*).

4VECCHI, Cristiano Brandão. **A mutação constitucional: uma abordagem Alemã**. Rio de Janeiro, 2005. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p.57/58
5LABAND, Paul. **Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung**. *Apud* URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto**, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, p. 105-135. pg. 105. Disponível em: . acesso em 27/05/2018.

A pesquisa do mencionado autor conduziu a identificação de situações em que o fenômeno se manifestava no Estado alemão à época: I) por leis que tratavam de elementos novos do Estado, portanto, não previsto no texto original da constituição, ou pelo menos, não de maneira explícita; II) em elementos já existentes, novas leis que de algum modo contrariavam a constituição e III) práticas estatais que contrariavam a constituição nesses elementos essenciais.

A conclusão do autor foi de que seria possível a alteração do sentido da norma constitucional, pelo Estado, sem que para isso fosse necessário alteração do texto escrito.

A justificativa, na conclusão de Ana Victória Sánchez Urrutia⁶, foi a de que Laband não aceitava o controle jurídico desses meios informais de alteração da constituição, que por sua vez, baseou-se na ideia de que a Constituição seria uma lei em sentido estrito, portanto, não superior a produção legislativa ordinária, uma lei de igual hierarquia com as demais.

Também merece destaque o estudo de Georg Jellinek⁷, que promoveu uma diferenciação entre reforma constitucional e mutação constitucional.

Pelo referido autor, o âmbito seria a consciência ou não a respeito dos efeitos advindos da alteração, posto que reforma seria a vontade dirigida e consciente naquele sentido, enquanto a mutação seria uma mudança originária da não previsibilidade, sem que haja consciência do efeito promovido pelas situações apontadas por Paul Laband:

Por emenda da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzidos por ações volitivas e intencionais. E pela mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa seu texto inalterado sem modificá-lo formalmente, o que é produzido por fatos que não precisam ser acompanhados da intenção, ou consciência, de tal mutação. (tradução nossa)⁸.

6No já citado artigo de Ana Victoria Sánchez Urrutia, a autora traduz um fragmento de Laband no qual o autor justifica a não submissão ao controle jurídico desses meios informais: “la regla según la cual las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no deben ser incompatibles con ésta, constituye un postulado de política legislativa, pero no un axioma jurídico...” Paul LABAND, *Das Staatsrechts des deutschen Reiches*, vol. II. Apud Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., pg. 110

7JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Traducción. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (orig. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek*, Berlín, Verlag von O. Häring, 1906).

8JELLINEK, Georg Op. cit., p.7.

Jellinek ainda apontava outras formas de manifestação das mutações, como os atos normativos, a interpretação, a práxis nas três esferas de poder, parlamentar, a necessidade política, o desuso, neste ponto, deve-se asseverar que não se trata do desuso em si, mas sim, quando certas práticas que vieram a tornasse obsoletas:

De nossa declaração, não se pode concluir que o desuso de uma competência de poder estatal, os requisitos constitucionais e legais correspondentes são obsoletos. Nesse sentido, pode-se dizer que a lei suprema do Estado, de acordo com sua essência, é imprescritível. Portanto, uma das investigações mais difíceis consiste em determinar, no caso particular, em que medida um poder que nunca se exerceu de fato tem relevância jurídica ou não. Isto é, se é válido, se é capaz de cumprir, em alguns casos, seu propósito normativo para a vida do Estado. (tradução nossa)⁹.

Ou seja, não pode haver mutação constitucional por desuso, e sim, pela obsolescência. Jellinek também apontou as lacunas no ordenamento jurídico e suas supressões, os usos e costumes como origem¹⁰.

1.2 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Também cumpre destacar a experiência norte-americana com a mutação constitucional. Nos Estados Unidos, as decisões das Cortes *Warren e Burger*, a partir de 1950, foram marcantes para a evolução do fenômeno, onde momentos considerados de ruptura da ordem jurídica forçaram a uma interpretação não absolutista da estabilidade da constituição, como nota o caso *Roe v. Wade (1973)*¹¹, que forçou uma nova interpretação das normas infraconstitucionais em âmbito federal e estadual a respeito do aborto.

9JELLINEK, Georg Op. cit., p.7

10Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 111.

11Neste julgamento a Suprema Corte americana decidiu que a Constituição assegura o direito a interrupção da gravidez no primeiro trimestre, com base no direito a privacidade. A decisão pode ser encontrada em: , acessado em 19/05/2018, às 16:52. O Conjur apresentou um artigo à época da morte de Norma McCorvey, a “*Roe*” que foi a polo ativo do *case* que levou a questão do aborto para Suprema Corte:< <https://www.conjur.com.br/2018-abr-23/direito-civil-atual-roe-vs-wade-sistema-litigio-estrategico-eua>> , acesso em 19/05/2018.

Outro exemplo de como a mutação constitucional moldou relações na sociedade americana, é o famoso caso *Brown v. Board of Education*, onde a Suprema Corte promoveu *overruling* e superou a interpretação firmada décadas antes no precedente *Plessy v. Ferguson*, a chamada doutrina *separate but equal*¹².

Cristiano Brandão Vecchi¹³, em sua dissertação de mestrado, ao examinar as ponderações a respeito dos meios de reforma das normas constitucionais elaboradas por Jellink¹⁴, concluiu que a reforma constitucional tácita é um dos fundamentos para manutenção do texto original da constituição americana.

Nessa senda, frente a frequente judicialização da política, onde o limite do exercício da jurisdição com separação de poderes é tênue, destaca-se o trabalho de Arkerman¹⁵ e a teoria da democracia dual.

Pela mencionada teoria, haveria dois tipos de decisões: I) formuladas pelo povo; II) formuladas pelos seus representantes¹⁶. Pelo autor, apenas o primeiro tipo de decisão poderia ensejar a modificação do sentido da norma constitucional, sem altear-lhe o texto, pois a participação popular legitimaria a decisão jurisdicional.

Segundo o autor, este é um dos pontos diferenciadores da teoria da mudança constitucional entre Estados Unidos e a Europa. Enquanto no modelo constitucional norte-americano, a fonte dos direitos deriva do povo, diferentemente do alemão, em que estes direitos já estão postos na constituição¹⁷.

Por meio dessas “decisões do povo”, conclui-se que, na perspectiva do autor estadunidense, a mutação constitucional é admitida, mas deve guardar relação e dependência com a força legitimadora, qual seja, o povo.

12 Firmada no precedente *Plessy v. Ferguson*, a doutrina do *separate but equal* - iguais, mas separados - foi a linha jurídica que defendia as legislações estaduais norte-americanas que criavam segregação em locais públicos por critério de raça. O julgamento foi definido a favor das legislações, por 7 a 1, com divergência do Juiz John Marshall Harlan, que condenou a decisão como sendo um dos piores julgamentos da história da Suprema Corte.

13 VECCHI, Cristiano Brandão, Op. cit., p. 58.

14 JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 11

15 ACKERMAN, Bruce. *We The people: Foundations. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, vol.1*. Apud DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas. Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

16 DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pg. 13\14.

17 ACKERMAN, Bruce. Op. cit, p. 7. DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, op. cit., pg 13.

Contudo, apesar de admitir que esse extraordinário poder, que segundo o autor advém do exercício da cidadania, que pode alterar o sentido da norma constitucional, Ackerman¹⁸ é contrário ao exercício desse poder de modo ilimitado, e apresenta como um limite a tal poder, a preservação do *Bill of Rights*.

Griffin¹⁹ faz crítica a essa noção apresentada por Ackerman, salientando que não existe uma relação entre política e direito na sua tese. Vale o destaque²⁰ feito de que essa ausência de influência do direito na política é algo admitido até pela Suprema Corte, haja vista o reconhecimento das *political questions*²¹.

Griffin²² fundamenta seu pensamento no institucionalismo histórico, que consiste no desenvolvimento das relações entre as instituições do poder americano, traçadas ao longo do tempo.

Desse modo, Griffin termina por ampliar o objeto de estudo de Ackerman, na medida em que considera não só a atuação do povo, num contexto de “decisões do povo”, mas também as relações entre as instituições de poder como fatores que podem desencadear mudanças no sentido da norma constitucional.

Assim, Griffin²³ propõe que a mutação deve ser avaliada antes de qualquer argumento jurídico, pois guarda relação com o histórico das relações entre as estruturas do estado, seria uma etapa descritiva que anteciparia a interpretação.

O fim dessa alocação da teoria da mudança para etapa anterior a interpretativa, é a previsão de possíveis reflexos que a mutação poderia trazer, sendo possível que, a partir desse raciocínio, moldar os limites para tais mudanças.

Griffin²⁴ reconhece que a permanente e imutável ordem constitucional pode conduzir a obstáculos insuperáveis, haja vista as próprias modificações sofridas pelo Estado ao longo do

18DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, Op. Cit., p14

19GRIFFIN, Stephen M. *Barnett and the Constitution we have lost*. In Tulane university School of Law. Public Law and Legal theory Working Papers Series n. 04-01. 2004. Apud DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas. Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pg. 16.

20DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, Op. Cit., p16

21Em paralelo com a doutrina do judicial review, no famoso caso *Marbury vs Madison*, ficou consagrada a doutrina da *political questions*, onde definiu-se que atos políticos não estariam sujeitos ao controle jurisdicional, e sim, ao controle político. Ramos, Elival da Silva, **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

22DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, Op. Cit., p17

23DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, Op. Cit., p18

tempo. O autor também menciona que o Estado desejável viria a ser considerado um Estado Ativista em contraposição ao Estado Liberal.

Para encerrar as considerações sobre esse autor, cumpre destacar, como já salientado, que Griffin não nega o trabalho de Ackerman a respeito da teoria dualista e o povo como legitimado para promover mudanças na ordem constitucional²⁵, ele acrescenta as relações entre instituições de poder como outro catalisador da mudança constitucional, sendo que em verdade a conclusão retirada da sua obra é de que, na política constitucional estadunidense, não é mais possível aceitar a exclusividade do judiciário como propulsor de mudança na ordem constitucional.

Uma visão diferente daquelas apresentadas até o momento, Tushnet²⁶, que fundamenta seu pensamento nas ideias de Ackerman, propõe que a mudança constitucional não esteja ligada a momentos históricos isolados, onde ocorrem rupturas da ordem jurídica/política. A visão bastante interessante do autor, é de que a mudança decorre de um processo ao longo do tempo, e não de um momento²⁷.

Esse modo de enxergar a mutação constitucional é fruto do conceito de ordem constitucional formulado pelo próprio Tushnet, que considera como sendo:

“um razoável conjunto de instituições por intermédio das quais as decisões fundamentais da nação são construídas e sustentadas por um determinado período, bem como os princípios que guiaram a essas decisões”²⁸.

Assim, arremata o autor:

“(…) dessa forma, a mudança na ordem constitucional há de decorrer, justamente, de um novo desenho das relações interinstitucionais que procedem, justamente, as decisões fundamentais à nação.”

24DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, Op. Cit., p19

25DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, Op. Cit., p18

26DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, Op. Cit., p.21

27DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, Op. Cit., p.22

28TUSHNET, Mark. *Law and Prudence in the law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*. In *North Caroline Law Riview*, vol.80, nº4, 2002. Apud DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, Op. Cit., p.21

Para tanto, Tushnet²⁹ admite não só o povo ou as instituições de poder como catalisadores da mudança constitucional. Para o autor, qualquer instituição dotada de atribuições no processo decisório nacional pode promover a mutação, enumerando, por exemplo, o Presidente da República, os partidos políticos, os meios de comunicação e a própria Suprema corte.

Em análise ao sistema norte-americano, e como a mutação constitucional lá se manifesta, o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta dois fatores muito influentes para ocorrência desse fenômeno:

A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes e tribunais em países nos quais vigora o sistema do common law. Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras³⁰

Em 2007, o próprio Bruce Ackerman, refletindo sobre a mutação na constituição americana, concluiu que a via informal produziu mais mudanças e de maneira mais significativas que as alterações pela via da emenda³¹.

Para fechar o presente capítulo a respeito da origem e desenvolvimento da mutação constitucional, cumpre destacar o trabalho de Hsü Dau-Lin³². O autor aponta que o fenômeno surge a partir das contradições entre as normas constitucionais e a realidade constitucional. Assim, conclui o autor que quatro são os tipos de mutações constitucionais: I) mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; II)

29DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas, Op. Cit., p.22

30BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 125.

31ACKERMAN, Bruce. **The living Constitution**, *Harvard Law Review*, 2007, p. 1741/1742. *Apud* BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 129

32DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Tradução FÖSTER, Christian. Onati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralarizaren Euskal Erakundea, 1998. *Apud* VECCHI, Cristiano Brandão, *op. cit.*, pg. 79.

mutação da Constituição por impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; III) mutação da Constituição através uma prática estatal contraditória à Constituição e IV) mutação da Constituição por interpretação³³.

Cabe observar que muito se assemelha as três situações apontadas por Laband para ocorrência da mutação. O diferenciador fica para a ligação promovida por Dau Lin, através do contraste entre norma e realidade.

Na mesma linha, Konrad Hesse³⁴:

Uma teoria jurídica de la mutación constitucional y de sus limites sólo hubiera sido posible mediante el sacrificio de uno de los presupuestos metódicos básicos dei positivismo: la estricta separación entre ‘Derecho’ y ‘realidad’, así como lo que constituye su consecuencia, la inadmisión de calesqueira consideraciones históricas, políticas y filosóficas dei processo de argumentación jurídica.

O autor asiático rebate a crítica de que a mutação seria uma forma de violação da Constituição, sob o fundamento de que a mutação seria da natureza da própria constituição, regulamentadora do Estado, e que por isso, pressupõe modificações constantes, dada a dinâmica do próprio Estado.

Dau-Lin ainda classifica as mutações em tipo: formal e material, baseada na própria divisão das normas constitucionais. Mutações constitucionais em sentido formal, ocorrem quando as normas constitucionais positivas não refletem a realidade, enquanto as em sentido material, há contradição entre a prática estatal e o sistema jurídico posto³⁵.

Essa diferenciação destaca ainda mais a base da teoria formulada por Dau-Lin de que a incongruência entre realidade e norma, é a verdadeira causadora da mutação constitucional.

33DAU-LIN, Hsü. *Op. cit.*, p. 29-31. Apud VECCHI, Cristiano Brandão, *op. cit.*, pg 81.

34HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**, 1983, p. 97. Apud BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 127. Uma teoria jurídica da mutação constitucional e seus limites teria sido possível somente pelo sacrifício de uma das pressuposições metodológicas básicas do positivismo: a separação estrita entre "Direito" e "realidade", bem como o que constitui sua consequência, a inadmissibilidade. da calesqueira considerações históricas, políticas e filosóficas do processo de argumentação legal.(Tradução nossa)

35 DAU-LIN, *op. cit.*, p. 169. Apud VECCHI, Cristiano Brandão, *op. cit.*, pg 101.

2 CONCEITO, TERMINOLOGIA, CARACTERÍSTICAS, TIPOS E LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O conceito e as características são de maior importância não só para identificar o fenômeno, mas para também traçar as barreiras que não podem ser ultrapassadas por essa adequação fática da Constituição.

Desse modo, oportuno se faz nessa altura do trabalho apontar o conceito de mutação constitucional, como se verá adiante.

Também se faz prudente anotar como a doutrina classifica o fenômeno, para posterior análise do julgado do Supremo.

2.1 CONCEITO E TERMINOLOGIA

A conceituação da mutação constitucional é algo variável na doutrina como bem observa Carlos Blanco de Moraes³⁶. Existem conceitos restritivos como de Gomes Canotilho³⁷, para quem seria uma criação informal de normas constitucionais, sendo por esse motivo inadmissíveis, bem como, mais abrangentes, como o proposto pela professora Anna Cândida Cunha Ferraz, que ainda faz uma diferenciação, sugerindo que existem mutações constitucionais e mutações inconstitucionais³⁸:

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas; enfim as alterações inconstitucionais são designadas mutações inconstitucionais.

36MORAIS, Carlos Blanco. **Mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. MORAIS, Carlos Blanco (Org) *Mutações Constitucionais*. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 62.

37CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1229.

38FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: 1986, pg.13.

Para mencionada autora, a mutação constitucional seria a alteração do significado sem comprometer a gênese da constituição e estrutura textual³⁹.

Anna Cândida da Cunha Ferraz destaca que a mutação é fruto de um algo que não seja o poder constituinte formalmente previsto⁴⁰. A autora destaca em sua obra o pensamento de Georges Burdeau⁴¹, que definiu esse poder de mutação como sendo um poder constituinte difuso.

Por fim, a professora pontua que as mutações não devem violar o texto da constituição “essa mutação não ofende a letra nem o espírito da constituição: é, pois, constitucional⁴²”.

Para Uadi Lammêgo Bulos⁴³, mutação constitucional consiste:

(...)no processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais

Uadi Lammêgo Bulos afirma ainda que as mutações, antes de tudo, devem ser constitucionais, devem estar em harmonia com o restante da constituição. Expõe que a mutação é processo histórico e natural para qualquer ordenamento, concluindo a mutação como sendo algo imprevisto e espontâneo quando de sua declaração⁴⁴.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso:

(...) mutação constitucional, mecanismo que permite transformação do sentido e do alcance de normas da constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto.

39FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, op. cit, p. 10

40FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, op. cit, p. 10

41BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. Apud FERRAZ, Anna Cândida Cunha, op. cit, p.10

42FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, op. cit, p. 11

43BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, pg. 57.

44BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit, p. 61.

Ainda nas palavras do citado autor, “A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais⁴⁵”.

Na linha de Carlos Blanco de Moraes⁴⁶, para quem a mutação consiste em:

(...) um fenômeno em que normas em sentido material de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder de revisão constitucional, alteram o significado de disposições constitucionais vigentes ou desvitalizam a sua eficácia.

Após a análise da origem, trajetória e visões doutrinárias nacionais e estrangeiras a respeito desse fenômeno, podemos definir a mutação constitucional como sendo uma nova visão a respeito do significado de determinada disposição constitucional, ocorrida em virtude do tempo e da efetivação da constituição – ou não, promovida por decisão das Cortes Constitucionais, seja na sua produção ou na chancela das práticas estatais, extraível das possibilidades semânticas da norma constitucional, que não contrariem outras normas constitucionais, nem os princípios fundamentais da Constituição.

A terminologia, ao contrário da existência e conceito, é algo não pacífico na doutrina. Apesar de popularmente conhecida como “mutação constitucional”, o fenômeno aceita outras nomenclaturas. Como já salientado, na parte europeia do ponto anterior, que tratou da origem do fenômeno, o termo “mutação constitucional” foi utilizado primeiro, por Paul Laband, na Alemanha (*Verfassungswandlung*), como afirma Wellington Márcio Kubliskas, o termo foi utilizado no livro *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, em 1895⁴⁷.

A título de exemplo, Gomes Canotilho⁴⁸ utiliza o nome de “transições constitucionais”. Para Jorge Miranda⁴⁹, trata-se de vicissitudes constitucionais, que podem ser expressas ou tácitas. Anna Cândida da Cunha Ferraz⁵⁰ utiliza “processos informais, não formais ou indiretos”.

45BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 127

46MORAIS, Carlos Blanco, Op. Cit., p.15

47KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 70.

48CANOTILHO, J. J. Gomes. **Op. cit.**, p. 1.228

49MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II, p.131

50FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, op. cit, p. 13

Todas as nomenclaturas tratam de mudanças constitucionais que não alteram o texto e nem se valem dos meios ordinários de modificação constitucional.

É certo que mutações ocorrerem não só no plano constitucional, mas também, no infra-constitucional. No entanto, como já delineado no capítulo anterior, não é apenas a interpretação constitucional que é apta a promover mudanças. Leis, práticas estatais, outras são as fontes capazes de estabelecer modificações.

2.2 CARACTERÍSTICAS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

De acordo com o conceito, é possível verificar algumas características que identificam a mutação constitucional e que, em certa medida revela os seus limites.

Como primeira característica pode-se apontar a ausência de processo formal para o seu surgimento, até porque a alteração não é textual, e sim, no sentido da norma; segunda, a modificação de sentido e alcance que não viole o núcleo da norma, que não acabe por se tornar uma negação ao sentido que lhe deu origem, pois a mudança não pode “revogar” normas constitucionais.

Anna Cândida da Cunha Ferraz⁵¹, por seu turno, aponta duas características: são alterações no sentido, que podem comportar, alterar o alcance do texto constitucional. Isso pode resultar, por exemplo, na abrangência de grupos, que antes não estariam protegidos pelo sentido anterior. A segunda característica apontada pela autora é de que o exercício dessa alteração se dá por via informal.

Já para Carlos Blanco de Moraes, três são as características da mutação constitucional, o que a diferencia de outras figuras constitucionais como o poder constituinte, o poder de revisão e a interpretação evolutiva da constituição:”i) a alteração informal gerada no significado das normas da constituição positiva; ii) a inovação política inerente a essa alteração; iii) a respetiva consolidação no tempo⁵²”.

51FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, op. cit, p. 11

52MORAIS, Carlos Blanco, Op. Cit., p.15

Bulos⁵³ apresenta três características para mutação, que levam em conta a constitucionalidade do novo entendimento, o aspecto de fato para como as mutações ocorrem, sendo elas espontâneas e imprevisíveis e variabilidade de situações espaço-tempo em que podem ocorrer as mutações. O autor também reconhece a existência de mutações inconstitucionais.

Em suma, pode-se catalogar como características da mutação a alteração do sentido, manutenção do texto, novo sentido desejado ou concretizado no tempo.

2.3 TIPOS DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Outro ponto que igualmente a terminologia, também não é uniforme na doutrina, são os tipos de mutação constitucional.

Como apontado em tópico anterior, destinado ao surgimento do fenômeno, para diversos autores estrangeiros a mutação seria classificada de acordo com a sua origem.

Dau-Lin trabalha com quatro tipos de mutação: I) mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; II) mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; III) mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória à Constituição e IV) mutação da Constituição mediante a sua interpretação⁵⁴.

Não podemos esquecer que o autor asiático promove essa classificação através do seu critério definidor que é a incongruência entre norma e realidade constitucional.

Já Jellinek apresenta uma classificação, também dividida em quatro categorias, onde a separação dos poderes fica evidente na participação desse processo: I) mutação por atividade legislativa; II) mutação por atividade judicial; III) por atividade administrativa; IV) por práticas estatais que tornam obsoletas atividades do próprio estado.

Já a professora Ferraz admite a classificação proposta por Dau-lin, acrescentando a sua advertência de que algumas mutações podem ser inconstitucional.

53BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit, p. 61.

54DAU-LIN, Hsü. Op. cit, p. 29-31. Apud VECCHI, Cristiano Brandão, op. cit., pg 81.

Assim, por sem amplamente acatada na doutrina, adotaremos a classificação proposta pelo autor Dau-lin.

2.3 INTERPRETAÇÃO COMO MEIO PARA MUDANÇA

A atividade interpretativa da Constituição é a principal forma em que se manifestam as mutações⁵⁵. Interpretar consiste em “(...) revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto⁵⁶”.

O ato de interpretar, de trazer à tona o verdadeiro significado, tendo como base o texto constitucional, é, pois, o maior vetor para mutação.

Nem todos concordam com o fato de ser a interpretação constitucional algo diferente da interpretação jurídica, como ocorre com Bulos⁵⁷:

Neste ponto, convém lembrar a única nuance – mas não especificidade – da interpretação da Constituição: a da natureza subconstitucional dos preceitos ordinários que, para serem recepcionados, com ela devem compatibilizar-se (...) inexistindo uma interpretação constitucional com foros de especificidade. O que há é uma interpretação jurídica das normas constitucionais. Os mesmos critérios que presidem à hermenêutica em geral servem para desvendar o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais.

Contudo, neste tópico, pretende-se discutir o alcance desse poder de interpretar o direito, como, em comparação com outras instituições, esse poder se diferencia, estudando a discricionariedade judicial, e estabelecendo a sua relação com o ativismo para uma possível fronteira com a mutação.

O debate a respeito da discricionariedade judicial adveio da revisão kelseniana sobre o positivismo jurídico oitocentista, que resumia o exercício da jurisdição a aplicação

55FERRAZ, Anna Cândina da Cunha, op. cit, p. 13

56BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed, São Paulo, Saraiva, 2004, p103

57BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., pg. 100/106

mecanizada do direito sobre os fatos apresentados pelas partes. Essa nova leitura se deu com a aplicação do binômio “interpretação-aplicação”⁵⁸.

Por óbvio, a discricionariedade norteadora dos poderes legislativo e executivo são diferentes em comparação ao judiciário, mas isso ocorre justamente pelo fato de que as modificações que cada um dos poderes pode promover na ordem jurídica guardam relação com sua missão institucional: ao legislativo cabe primordialmente editar leis, promover a revisão constitucional; executivo, governar e materializar os comandos legislativos e constitucionais; ao judiciário, a guarda ao fiel cumprimento das leis e dos objetivos da constituição, com as ferramentas por ela disponibilizadas.

Kelsen expõe essa diferença discricionária na sua obra *Teoria pura do direito*⁵⁹:

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do direito do que este.

Novamente, tornando a ideia de soberania popular. O legislativo por óbvio está mais livre para alterar o direito, porque é a sua função principal como instituição do Estado de direito a produção legiferante, o que dentro de um sistema *civil law*, constitui a maior fonte do direito.

Nesse espeque, claro que o direito não deve ser resumido apenas a lei, mas a matéria aqui debatida trata de alterações de significado que apenas poderiam ocorrer (ou serem chanceladas), quando a discricionariedade do judiciário tiver liberdade no ordenamento para se manifestar, é saber, diante da clareza do texto constitucional, apenas aqueles legitimamente previsto para revisar a constituição poderá fazê-lo, não restando alternativa ao judiciário senão a aplicação da Constituição, mesmo que os objetivos constitucionais ou conjunto material de direitos fundamentais possam indicar o contrário, até porque, se assim previu a Constituição

58RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122/123.

59KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Bras. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 368

(essa entendida como produto do poder constituinte originário, e não uma emenda constitucional), é porque assim quis excetuar a própria constituição.

Bem esclarecedora a explicação de Elival Ramos⁶⁰:

Com efeito, na tarefa de compor o nível primário do ordenamento jurídico, o legislador está limitado apenas às normas constitucionais, não se podendo olvidar que as Constituições se circunscrevem à normatização dos aspectos fundamentais da organização estatal e de sua interface com a sociedade civil (direitos fundamentais e princípios da ordem econômica e social), fazendo-o de modo textualmente aberto (normas-princípio, conceitos indeterminados etc), o que amplia ainda mais a liberdade de conformação legislativa.

E completa o mencionado autor, ao examinar a posição do poder judiciário:

De sua parte, o juiz, ao compor litígios ou conflitos normativos, está sujeito a condicionamentos jurídicos muito mais intensos, por se referirem à totalidade do sistema que opera. A discricionariedade judicial, por outro lado, também conhece em si própria uma gradação, pois conforme aduz Karl Larenz, “desde a subsunção simples (lógica) até ao juízo de valor estritamente pessoal do juiz que decide, o qual nos 'casos-limite' substitui a comunidade jurídica, representando-a, desenrola-se um vasto campo de tensão”. Haverá liberdade mínima se o texto normativo for vazado de modo preciso e objetivo e máxima solução da espécie demandar a integração de lacunas.

Desse modo, se possível, o poder competente deve assumir o encargo de promover a mudança, sendo esse “encargo” algo realizado com independência, por obvio.

Assim, podemos considerar que as situações nas quais o judiciário teria maior liberdade/discricionariedade para atuar, seria quando estiver diante de situações em que o legislador se valeu de conceitos indeterminados, norma-princípio e lacunas do sistema.

60RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 124

No entanto, cumpre frisar que não pode ser considerada como algo ruim ou de má técnica o uso de conceitos indeterminados ou de princípios pelo legislador, e sim, como um instrumento do judiciário:

O emprego pelo legislador de expressões correspondentes a conceitos vagos ou indeterminados não caracteriza, de modo geral, uma falha na formulação de textos legais e sim uma determinada técnica de regulação, que deixa ao intérprete aplicador maior flexibilidade para alcançar as finalidades pretendidas⁶¹.

Contudo, mesmo diante de maior flexibilidade, como nas situações apontadas acima, o judiciário deve agir de modo diferente dos demais poderes, pois está atrelado ao sistema jurídico, não podendo o juiz assumir uma postura isolada dentro de um sistema que, por exemplo, consagre os direitos humanos, o que Elival Ramos chama de “a consciência jurídica geral”⁶²:

Nos casos-limite envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre soluções exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz ao contrário do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir “a consciência jurídica geral

Em um arremate final sobre o tema, Elival Ramos⁶³ analisa a discricionariedade no âmbito de todos os poderes:

A discricionariedade legislativa decorre da inexistência de parâmetros normativos ou de sua flexibilidade; a administrativa está relacionada, igualmente, à abertura textual, mas, também, ao deferimento explícito de mais de uma possibilidade de conduta diante da espécie fática; por último, a discricionariedade judicial cobre de um modo muito mais amplo do que em

61RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 124

62RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 125

63RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 127

sede legislativa ou administrativa, todo o campo da criatividade na interpretação.

Por fim, o objetivo do presente tópico era demonstrar não só as diferenças entre a discricionariedade exercida por cada um dos poderes instituídos, mas apontar todas as “amarras” que o judiciário deve observar para não incorrer em ativismo, o que muito pode ser uma fonte de credibilidade para este poder, tendo em vista que o esperado de alguém isento e desvinculado de interesses de qualquer natureza, é que possa defender a ordem jurídica e aplicar decisões justas, pois é para isso que serve a independência derivada da separação de poderes.

2.4 LIMITES PARA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para compreender a importância e real dimensão dos limites para mudança, cumpre destacar que, embora de extrema relevância, o poder das mutações não é igual, muito menos superior, ao poder de emenda constitucional.

Essa conclusão decorre de uma das suas principais barreiras, o texto constitucional. De certo que a norma não pode ser confundida com o texto, sendo a norma, a aplicação interpretativa do texto. Contudo, quando o texto não deixa margem para interpretações, ou quando outra norma constitucional veda determinada interpretação, seja de modo específico ou genérico, de sorte que outra via não resta senão o meio formal de alteração da Constituição, como afirma Luís Roberto Barroso⁶⁴:

Se o sentido novo que se quer dar não couber ao texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

Nesse diapasão, se existem situações em que o meio formalmente previsto se faz necessário para devida alteração, podendo inclusive alterar para prever o novo sentido que a

⁶⁴BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 132

mutação poderia trazer, por lógica, além de formal, é o poder de emenda superior ao de mutação, o que revela mais um limite a esse fenômeno, qual seja, os próprios limites matérias ao poder formal de reforma.

Soma-se o mencionado ao fato de que, sumulas vinculantes ou mutações podem ser rechaçadas por meio de emendas constitucionais ou leis que disponham de modo diverso ao novo entendimento firmado.

A premissa firmada é de extrema importância, um verdadeiro dogma, cujo o desrespeito conduz ao esvaziamento do poder reformar⁶⁵ à Constituição, atributo do legítimo poder legislativo, emanado do povo, como alerta Barroso⁶⁶: “Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los, estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular”.

Até o momento a palavra “fenômeno” foi usada para definir a mutação constitucional. Isso resulta da forma como a mudança se manifesta. Seria algo que ocorreria de modo natural e progressivo, sendo o papel do judiciário apenas cancelar a sua ocorrência.

Quanto a esse ponto, Luís Roberto Barroso afirma que a mutação constitucional “se realiza pela via da interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas socialmente aceitas⁶⁷”.

Destarte, a doutrina, muito embora reconheça a importância desse fenômeno, alerta para situações em que o fato sobrepõe ao direito:

As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala em fato se sobrepõe ao direito⁶⁸.

65“Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e tem fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau” FERRAZ, Anna Cândina da Cunha, op. cit, p. 10

66BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 127

67BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 131

68BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 132

Nessa perspectiva de inegável existência desse fenômeno, mais do que necessário que as Cortes obedeçam aos limites postos pelo próprio ordenamento jurídico pátrio, visto que a Constituição não pode ser reduzida a moldura da realidade social. Ela deve influir no meio e promover as mudanças necessárias para atingir os seus objetivos.

Sobre isto, Uadi Lammêgo Bulos⁶⁹, ao tratar do tema dos limites, de modo introdutório pondera que:

(...) única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo, psicológica – 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 o Documento Maior.

Na lição do professor José Afonso da Silva:

Admitir o triunfo dos fatos sobre a norma como queria Jellinek, como forma de mutação constitucional, seria destruir o próprio conceito jurídico de Constituição, pelo aniquilamento de sua força normativa.

E arremata o mencionado autor, concluindo que:

Nesse contexto, admitindo a possibilidade da existência de mutações constitucionais, ou seja, mudanças de significado, sentido e alcance das normas constitucionais sem a alteração do texto escrito, ganha relevância a questão dos limites das mutações constitucionais. Admitir que as mutações constitucionais são ilimitadas eliminaria o caráter normativo da Constituição e colocaria em risco seu caráter⁷⁰.

69BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., pg. 91

70BULOS, Uadi Lammêgo, Op. cit., pg. 89

Tratando sobre este ponto a respeito da limitação, Uadi Lammêgo Bulos chega a afirmar que “é impossível estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional⁷¹”.

Ponderando sobre a temática, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que é da natureza da Constituição a constante mudança, pois “Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios⁷²”.

Contudo, o citado autor aponta como limites para mudança: “a) a 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 Constituição⁷³”.

Ou seja, o autor protege de mudanças o núcleo essencial da Constituição. Isso porque, caso assim não o fosse, a Constituição deixaria de ser a identidade daqueles que estão protegidos pela sua letra, tornando-se algo passageiro, fugaz, vulnerável ao tempo e crises, sejam elas relevantes ou banais.

Para ter dimensão da necessidade de proteção desse núcleo essencial, basta observar que o sistema de direitos fundamentais e sua proteção, a forma federativa, e todo o art. 1º da Constituição Federal deveriam estar protegidos desse poder, seja pela literalidade da própria constituição⁷⁴, seja pela sua natureza.

Mesmo nas passagens constitucionais passíveis de mutação, a letra da Constituição é a primeira e derradeira barreira contra mudança, como esclarece o Ministro Barroso⁷⁵:

(...) se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

71BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit., p. 89 e 91.

72BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 126

73BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 128-129.

74O §4 do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 veda que até mesmo a deliberação de propostas de emenda da constituição que visem a supressão de direitos e garantias individuais. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 de junho de 2018.

75BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 128/129

E para sepultar qualquer dúvida a respeito da semântica como limite para mutação constitucional, Nadja Machado Botelho, ensina⁷⁶:

(...) apesar da dificuldade de estabelecer limites à mutação constitucional, é certo que esta esbarra no texto da Constituição e que a norma em questão consubstancia uma regra que deixa pouco espaço para a interpretação, não podendo haver mutação que retire toda a eficácia de determinado dispositivo constitucional.

2.3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITE PARA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora não diretamente citada pelo Ministro Barroso, os limites matérias ao poder de reforma devem ser referenciados para o adequado tratamento frente a mutação. Nadja Machado Botelho⁷⁷ leciona que:

(...) mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites à mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido ou alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição.

A professora conclui afirmando que:

aplica-se à mutação incidente sobre cláusulas pétreas o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente à reforma; o que não se pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda⁷⁸

76BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 160.

77BOTELHO, Nadja Machado. **Op. cit.**, p. 39/40.

78BOTELHO, Nadja Machado. **Op. cit.**, p. 39/40.

Para Gomes Canotilho, direitos fundamentais são uma barreira material para mutação, principalmente se esta tiver como consequência uma interpretação que conduza supressão desses direitos.

(...)uma coisa é admitirem-se alterações no âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogram), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente incomportáveis pelo programa da norma constitucional.⁷⁹

Direitos fundamentais devem receber o mesmo tratamento, por parte da mutação constitucional, que recebem das emendas constitucionais, ou seja, não podem ser suprimidos, pois, embora seja inegável que a mutação possa alterar a constituição, em comparação com a emenda constitucional, esse poder é inferior.

Assim, se os meios formais estão proibidos de promover a supressão de direitos fundamentais, o mesmo deve ser aplicado para instrumentos informais cuja a eficácia é perceptível ao longo do tempo.

Em verdade, se o Judiciário verificar que uma mutação ou distorção da realidade estaria por suprimir algum direito fundamental ou garantia individual, deveria rejeitá-la e promover o que estiver em seu alcance para adequar a realidade ao quanto preceituado pela Constituição, nas medidas das forças de cada Estado.

⁷⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit, p. 1.192.

3. ATIVISMO JUDICIAL

Antes de dar início ao presente tópico, necessário se faz traçar algumas premissas para correta compreensão a respeito do tema, posto que, o ativismo, como bem apontado por Elival da Silva Ramos⁸⁰, não pode ser encarado, apenas como algo negativo:

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.

Desse modo, cumpre destacar o papel da jurisprudência como fonte do direito tanto no sistema *civil law*, quanto no *common law*, além de tratar da problemática envolvida na separação de poderes, para só depois tratar do conceito e características do ativismo.

3.1 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO NOS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

O ativismo judicial pode apresentar determinadas características a depender do papel que o poder judiciário ocupe em cada sistema. A problemática é necessária para correta compreensão a respeito do ativismo, posto que em um sistema de bases *common law*, o papel desempenhado pelo judiciário pode ampliar os limites de sua atuação, sendo mais difícil a caracterização do ativismo.

Como ensina Elival da Silva Ramos⁸¹:

80RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., pg. 110.

81RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., pg. 104

(...) a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder judiciário.

Na mesma esteira, Renê David⁸², “o lugar atribuído às decisões judiciais entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à *common law*”, e completa o mencionado autor a respeito do papel da jurisprudência no sistema *civil law* “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”.

Muito desse protagonismo diferenciado do poder judiciário se deve ao papel da jurisprudência como fonte do direito em cada sistema:

(...) o conceito de fontes formais do direito, qual seja, compreendendo o conjunto de atos a que o ordenamento jurídico atribuiu força normativa, com eficácia vinculante direta sobre a conduta dos sujeitos de direito e sobre os órgãos públicos incumbidos oficialmente da solução de controvérsias (jurisdição judiciária ou administrativa), há que se recusar às decisões judiciais o caráter de fonte em sistemas da família romano-germânica(...) ⁸³

Já no sistema *common law*, a jurisprudência ostenta o posto de principal fonte do direito, onde o sistema de precedentes evidencia a sua relevância, servindo cada decisão judicial com dupla consequência, resolvendo o *litígio* e formando precedente:

A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata* as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema do *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente.⁸⁴

82DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. Ed. Bras. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. P.556. Apud RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 104/105

83RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 104

84SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p 197. Apud RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 105

Certo que hoje, não é possível afirmar a existência de sistema “puro”. Cada sistema tem a sua prevalência, mas todos guardam interrelações entre si. O Brasil é grande exemplo disso, onde o sistema reconhecidamente *civil law* dar espaço proeminente para jurisprudência, que, registre-se, não teve início novo código de processo civil, sendo algo mais antigo, pois desde de a emenda 45/2004, a chamada reforma do judiciário, o STF deteve o poder de editar enunciados de súmula vinculante.

Contudo, independente do sistema, como afirma Mauro Cappelletti⁸⁵:

“(...) a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época”, “aplicam-se a ambas as famílias jurídicas”.

O motivo que poderia levar a maior dificuldade em rebater posições ativistas do judiciário nos sistemas da família *common law*, pode ser encontrado no pensamento de Hans Kelsen⁸⁶:

A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes

Assim, pode-se concluir que, dado ao destaque destinado ao judiciário nos sistemas *common law*, o conceito de ativismo deve ser mais amplo, posto que existe uma variável em que se permite ao judiciário daquele sistema atuar criando normas, sem que se considere como algo reprovável.

85CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução, Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1984. p. 142. Apud RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 107

86KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Bras. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 319

De outro modo, os parâmetros adotados pelo legislador, os limites impostos pela atividade legiferante, evidenciam a faceta desvirtuada do ativismo, quando o judiciário atua ultrapassando esses limites.

3.2 SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVISMO

A separação dos poderes é algo antigo no nosso mundo, remontando séculos, tendo como marco inicial as ideias de Aristóteles e de Cícero, o que foi aprimorada com a noção atual promovida por John Lock e Barrão de Montesquier em sua obra "O Espírito das Leis"⁸⁷.

A título de exemplo, temos: I) medidas provisórias (art. 62, caput, da CF) e, II) o veto presidencial (art. 66, §1º, da CF), no poder executivo; a derrubada do veto pelo congresso nacional (art. 66, §4º, da CF); controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (art. 102 e 103 da CF), o reforça a ideia principal de dividir e controlar o poder.

O destaque da separação dos poderes a fez protegida do poder constituinte derivado reformador, sendo um limite material ao poder de revisão⁸⁸.

A função é de que os poderes estatais não interfiram na discricionariedade uns dos outros. Existem bases fixadas com intuito de que a discricionariedade seja manejada da melhor forma possível⁸⁹.

O ativismo, que como já apontando seria, numa noção preliminar, um abuso do poder judiciário em face do legislativo, afronta o princípio da separação dos poderes que se destina a este tipo situação. Controle do poder pelo poder.

A visão de Pietro Virga sobre separação de poderes demonstra uma noção mais ampla sobre separação de poderesO que mais chama atenção no ativismo desvirtuado, é o total descaso com o texto, onde o judiciário tenta retirar sentido, criar normas, em contraposição a dispositivos onde não existe margem para outro meio interpretativo que não o gramatical.

87CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**, 5 ed. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2014, p. 142

88CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p.145

89CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p.145

Assim, quando o judiciário atua imiscuindo-se na esfera primordial de atuação de outro poder, atenta a um só tempo contra a harmonia do sistema e contra a soberania popular, visto que o confronto está não só com as instituições legislativas e executivas, como também contra o aqueles que elegeram os que compõe esses poderes, diferente do judiciário, onde em raríssimas situações o povo é chamado a intervir⁹⁰ -tomando como base o judiciário brasileiro.

Desse modo, uma possível leitura a respeito dos limites elencados até o momento seria o de uma zona limítrofe entre os poderes do Estado, onde o ativismo – no seu viés negativo, pode ser considerado o produto restante da chancela de uma mutação inconstitucional.

Quando uma mutação, a pretexto de altera o significado, vai contra o texto expresso da Constituição, estar-se-á entrando no terreno institucional do legislativo. Do mesmo modo, ao contrapor as normas fundamentais, que em estão defesos ao poder de reforma constitucional, o judiciário não só viola a separação de poderes, como também entra em choque com a soberania popular.

Imiscuir-se nas competências institucionais de outros poderes é o que a separação visa evitar. Contudo, no Brasil é possível observar que os mecanismos constitucionais em que os outros poderes poderiam controlar o poder exercido pelo judiciário também sofreram investidas do STF por meio do fenômeno da mutação, como ocorre com poder do senado no controle difuso de constitucionalidade.

Como bem observado por Elival Ramos, as constituições geralmente preveem apenas as funções exercidas por cada poder, como se apenas isto fosse bastante para atender a separação dos poderes, mas, dificilmente as constituições definem como seriam essas funções de modo substancial:

As constituições que consagram os postulados do Estado de Direito jamais deixam de indicar quais são os órgãos titulados ao exercício do poder estatal (os Poderes, com “p” maiúsculo, na terminologia do constitucionalismo brasileiro). No entanto, nem sempre indicam, de modo expresso a função (ou funções) que lhes compete exercer, com preferência em relação aos demais,

⁹⁰Como exemplo de participação popular no judiciário, podemos citar o constitucionalmente previsto procedimento do júri, onde pessoas do povo julgam os seus semelhantes nos casos em que envolvem crimes dolosos contra vida.

e mais raramente ainda se ocupam de caracterização material dessa atividade⁹¹.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que o ativismo judicial pode ocorrer tanto em detrimento do executivo quanto do legislativo, por mais que este último seja a vítima mais frequente:

Ao fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes⁹².

3.3 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Após o devido exame sobre a interpretação constitucional, o papel do poder judiciário nos sistemas *common law e civil law*, podemos adentrar no conceito do ativismo.

Destarte, imperioso se faz contextualizar o fenômeno, visto que, até o momento, o ativismo tem como característica marcante o desrespeito aos limites do ordenamento para atividade judicante, e isso pode ocorrer independentemente do tipo de jurisdição que esteja sendo exercida, seja constitucional ou não:

(...) não se deve restringir o exame do ativismo judicial de natureza constitucional ao controle de constitucionalidade, ou seja, à jurisdição constitucional em sentido estrito. Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização

91RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 115

92RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 116/117

de normas constitucionais por juízes e tribunais, toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há que ser avaliada⁹³.

O ponto em destaque é pertinente na medida em que a decisão em exame foi tomada não em sede de controle de constitucionalidade, mas em um *Habeas Corpus*, o que de plano pode afastar qualquer argumento de que o ativismo se manifesta em jurisdição constitucional.

Nesse diapasão, podemos conceituar⁹⁴ o ativismo judicial como o desvirtuamento da função típica do poder judiciário, promovido por decisão judicial que adentra ao âmago de outro poder constituído, na esteira de Elival Ramos, para quem o ativismo judicial consiste no “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional⁹⁵”.

Até o momento foram identificados como limites para mutação constitucional, o texto normativo e os princípios fundamentais que dão identidade para Constituição.

O que é extraível desses limites são situações em que o poder judiciário não poderia agir pelo fato de que não lhe competiria agir.

Novos sentidos que apenas podem ser atingidos com mudança do texto, é função típica, núcleo essencial do Legislativo. Princípios que identificam a Constituição são obra do poder Constituinte originário, ou seja, normas constitucionais que não estariam à disposição do poder reformador para mudança, sequer poderiam ter por deliberação o poder dotado de soberania popular direta, de certo não podem ser reformados pelo judiciário, a quem é incumbida a sua proteção.

Desse modo, diante de uma mutação inconstitucional, seja por ofensa ao texto constitucional ou princípios fundamentais da constituição, atuará o judiciário de modo ativista com a sua confirmação.

Como bem ensina Elival Ramos⁹⁶:

93RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 140

94 Embora controversa a temática sobre o que seria ou não a mutação constitucional, não se trata do enfoque principal deste trabalho, pelo que o conceito apresentado por Elival Ramos satisfaz os limites da pesquisa.

95RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 138

96RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 141

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja a gravidade fala por si só.

Como já afirmado em ponto anterior, a interpretação constitucional é o maior vetor para ocorrência de mutações. Do mesmo modo, foi apontado que o controle constitucionalidade não é a única maneira de manifestação do ativismo judicial, bem como, para mutações.

Destarte, cabe então tratar como o ativismo em sede de controle de constitucionalidade pode fragilizar a relação entre os poderes, a vista de que, diante da discricionariedade judicial, mesmo em situações onde o a técnica legislativa vale-se de conceitos indeterminados ou princípios, se o judiciário vale-se da sua discricionariedade e define conceitos e princípios de modo incompatível com o ordenamento constitucional, resultara em ativismo:

Se o caso envolve cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de governo etc.). É de se ressaltar, portanto, que a o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de dispositivo ou variante exegética a parte dele construída⁹⁷.

É o que pode vir a ocorrer com a matéria do caso estudado neste trabalho, com o advento do julgamento das ADC nº 43, 44 e 54, onde respectivamente, o Partido Nacional

97RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 141

Ecológico, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e o Partido Comunista do Brasil objetivam a a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses de prisão no Brasil de modo infraconstitucional.

Assim, o conceito de ativismo judicial deve ser entendido como a violação da essência de outro poder por decisão judicial, esta que pode ocorrer tanto em controle de constitucionalidade abstrato quanto difuso, mesmo em situações onde a margem de atuação judicial é maior, em virtude do emprego de conceitos indeterminados e princípios constitucionais, definidos no caso concreto de modo incompatível com o sistema vigente.

4. DO *HABEAS CORPUS* 126.292 E DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 964.246 JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL

Passada a etapa de delimitação teórica dos conceitos fundamentais, necessários para análise da utilização pelo Supremo Tribunal Federal da mutação constitucional como argumento para rever o entendimento acerca do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, que trata da presunção de inocência no sistema jurídico brasileiro, passando a permitir a prisão a partir do julgamento em segundo grau, que é a última instância revisora de fatos e provas, é tempo de estudar os julgados que motivaram a mudança.

Contudo, cumpre frisar que essa não é a primeira mudança no entendimento a respeito da presunção de inocência no cenário nacional. Em verdade, o STF voltou a adotar o entendimento que vigorou até 2009 na corte, quando no julgamento do HC 84.078/MG⁹⁸, o Tribunal vetou o cumprimento provisório da pena.

Desse modo, antes de adentrar na análise dos julgados, que se frise, será delimitada ao argumento da mutação constitucional, para uma ampla abordagem se faz necessário rememorar os posicionamentos passados, o tratamento da presunção de inocência no sistema brasileiro, para só a partir daí adentrar aos julgados.

Por fim, cabe o destaque para a delimitação proposta no presente trabalho. A escolha do HC 126.2⁹⁹92 e do ARE 964.246, se deu em virtude de que a suposta mutação teria ocorrido com o primeiro, sendo os seus efeitos *erga omnes* promovidos com o último.

Os julgados que sucederam tais eventos, por mais amplamente fundamentados que foram, não inovaram no precedente firmado, motivo pelo qual os marcos temporais ficam assim determinados.

4.1 DO ENTENDIMENTO ANTERIOR ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

98No HC 84.078/MG, ficaram vencidos os ministros Joaquim Barbosa, Carmem Lúcia, Menezes Direito e Ellen Gracie. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Acórdão do HC 84.078 HC**. Rel. Eros Grau <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> acessado em 18/06/2018

99BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Acórdão do HC 126.292** Rel. Teori Zavascki <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> acessado em 18/06/2018

Neste tópico, embora seja destinado ao exame dos posicionamentos pretéritos do Tribunal Supremo, será promovido não só como um relato histórico, mas com ênfase nas argumentações constitucionais que de algum modo impliquem no juízo da mutação.

Assim sendo, de logo se esclarece que alguns votos por certo terão mais relevância que outros, visto que abordam a temática da mutação. Como exemplo, podemos mencionar o voto do Ministro Gilmar mendes no HC 84.078/MG, onde a mutação foi pela primeira vez utilizada no debate em torno da presunção de inocência e interpretação do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal.

O que surpreende é fato de que o mesmo fundamento foi mais tarde utilizado para inverter a interpretação dada ao inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal.

Até o julgamento do HC 84.078, o entendimento era de que a execução provisória da pena era admitida no nosso sistema jurídico nacional.

Em verdade, a prisão após a segunda instância foi algo anterior a Constituição Federal de 1988, e mesmo sob sua vigência, o Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência admitindo a hipótese no acórdão de HC 68.726¹⁰⁰, julgado em 28 de junho de 1991, cuja a relatoria era do então Ministro Néri da Silveira.

À época, a Corte concluiu que o esgotamento dos recursos dotados e efeito suspensivo era bastante para permitir a prisão em após o segundo grau, visto que, além disso, a culpa teria sido confirmada.

No entanto, cumpre destacar que tal entendimento só foi possível com o advento da lei 8.038 de 28 de maio de 1990, diploma que disciplinou os recursos especial e extraordinário, negando-lhes efeito suspensivo ao afirmar que apenas seriam recebidos com efeito devolutivo.

Mesmo diante do texto constitucional expresso em outro sentido, a manobra legal logrou êxito, posto que, não alterando o conceito de trânsito em julgado, conseguiu com que a jurisprudência se firmasse no sentido de permitir a prisão em após a segunda instancia.

100BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Acórdão do HC 68.726 HC**. Rel. Min. Néri da Silveira <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751798/habeas-corpus-hc-68726-df/inteiro-teor-00467989?ref=juris-tabs>> acesso em 10 de maio de 2018.

O posicionamento foi alterado no HC 84.078, sob relatoria do Ministro Eros Grau.

O Supremo entendeu que o inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal, ao trazer expressamente que a culpa se concluiria com o trânsito em julgado, em verdade, na esfera penal, estaria dotando de efeito suspensivo os recursos especial e extraordinários, visto que o emprego de um conceito jurídico, qual seja: trânsito em julgado, por parte do constituinte, seria suficiente para tal conclusão.

Em suas ponderações, o Relator trouxe julgados da Corte em que ela impedia que repercussões patrimoniais pudessem produzir efeitos antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, expondo uma contradição entre a relevância que a Corte estaria dando ao direito de liberdade e ao patrimônio.

Do mesmo modo, o relator também apresentou julgados da Corte onde restou estabelecido o precedente em que as penas restritivas de direito deveriam aguardar o trânsito em julgado, na forma prevista na Constituição Federal, mesmo com o texto expresso do art.637 do Código de Processo Penal afirmando não ter efeito suspensivo os recursos especial e extraordinário.

Apontou, como outro argumento, a ampla defesa, que para seu pleno exercício deveria se dar mesmo nas instâncias recursais extraordinárias, o que seria debilitada face a prisão na forma de execução antecipada.

O relator ainda destacou que a lei na qual é retirado o efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinários, foi da mesma autoria da lei de crimes hediondos, e que década de elaboração dos diplomas foi marcada por uma severidade com criminosos em razão de anseio popular por punições rápidas, e casos envolvendo sequestros famosos.

A primeira colisão com o texto constitucional foi evidenciada neste julgamento, quando o Ministro Relator denunciou que o problema era de hierarquia entre norma infraconstitucional com texto expresso da Constituição, visto que apenas o privilégio a lei em detrimento da Constituição poderia justificar uma execução antecipada da pena.

Mesmo assim, cabe o destaque para o fato de que, ao mesmo tempo em que a Lei 8038/90¹⁰¹ retirava o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, a Lei de execução penal reproduzia a norma constitucional e afirmava que a pena apenas seria cumprida após trânsito em julgado de sentença penal condenatória, art. 105.

Uma das críticas levantadas contra o novo posicionamento da Corte, foi de que isso conduziria a uma interposição em massa de recursos protelatórios. O Ministro rebateu afirmando que estas críticas em forma de argumento tratavam-se de uma jurisprudência defensiva¹⁰², e que, caso assim ficasse estabelecido, estaria se permitindo que tal jurisprudência defensiva suprimiria ou reduziria direitos fundamentais.

Outro argumento da época, e que no atual posicionamento foi utilizado para justificar a mutação, é de que a prisão, após recursos especial e extraordinário, traria a impunidade para o ordenamento jurídico, visto que os advogados recorreriam sem fundamento algum, apenas com objetivo de evitar o cumprimento da pena, ao qual respondeu o Ministro¹⁰³ que “(...) a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, aplicou o princípio da proporcionalidade ao caso, concluindo que um dos requisitos demandados da proporcionalidade, para admitir uma restrição a um direito fundamental, não havia sido atendido, qual seja, a necessidade, visto que, qualquer outra situação poderia ser tutelada por outro meio menos gravoso do que a execução antecipada.

Para o Ministro Gilmar Mendes estes outros instrumentos, em hipótese, seriam a prisão temporária ou prisão preventiva, tendo em vista que fora as situações previstas para tais instrumentos, não haveria motivo para antecipar o cumprimento de prisão com natureza de pena antes do trânsito em julgado.

101 BRASIL. **Lei nº 8.038 de 1990**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em 18 de abril de 2018.

102 Jurisprudência defensiva consiste na prática dos Tribunais em criar barreiras ao conhecimento de questões que a priori lhe competiria. Muito frequente no âmbito do STJ e do STF. A realidade é combatida com o advento do Novo Código de Processo Civil, que destaca como princípio fundamental a primazia da decisão de mérito.

103HC 84.078. Op, Cit., p.18

Ainda tratando do voto do Ministro Gilmar Mendes, foi o único durante o julgamento, e o primeiro a expor uma possível ocorrência de mutação constitucional, desde que a matéria da presunção de inocência tomou lugar nas discussões do Supremo Tribunal Federal acerca da presunção de inocência.

O referido ministro examinou precedentes da Suprema Corte Americana, como os já citados *Brown v. Board of Education* e *Plessy v. Ferguson*, dando destaque ao papel do tempo na moldagem da mutação.

Sugeriu o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, que a mutação constitucional ou interpretação evolutiva estaria ocorrendo na atual conjuntura jurídica brasileira, visto que a doutrina havia evoluído o seu pensamento no tocante aos direitos fundamentais, e que os regimes totalitários do Brasil haviam ficado para trás, algo que teria dado maturidade para sociedade brasileira.

O ministro considerou que o atual entendimento deveria ser superado, porque violava a um só tempo a presunção de inocência, a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana.

Por fim, as discussões em torno da prisão foram variáveis e tocaram em pontos que não são afetos a temática do presente trabalho, tais como os pragmáticos votos vencidos, onde foram ventilados argumentos sobre impunidade, massificação de demandas no tribunal.

Fora tais argumentações, a discussão permaneceu entre a destituição de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, bem como, esgotamento da matéria de fato e de prova em segunda grau, o que levaria a determinação da culpa, visto que não poderia ser rediscutida na esfera extraordinária, mesmo havendo texto expresso em sentido contrário.

O que se percebe até o momento é o fato de que nenhum Ministro a favor da prisão em segunda instância rebateu a previsão expressa da Constituição.

Remonta-se a lei que retira efeito suspensivo, as possíveis consequências de vedar a prisão em segunda instância, mas não foi possível perquirir dos votos estudados até o momento um argumento que rebata uma previsão expressa da Constituição.

4.2 DO ATUAL POSICIONAMENTO

De início, cumpre frisar que a decisão em si contou com vários argumentos dos mais variados temas do direito, tendo destaque para o direito processual penal, direito internacional comparado e, claro, constitucional.

No entanto, o tema da mutação neste momento (HC 126.292/SP) foi objeto de ponderação apenas pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o que será devidamente tratado.

Em suma, o julgamento que deu origem ao atual cenário no tocante a presunção de inocência decorreu do HC 126.292/SP. O caso em si, tratava de um *Habeas* com pedido liminar que visava impedir a prisão de um homem condenado em segundo grau por roubo majorado (art. 157, §2º, I e II do Código Penal) no âmbito da justiça estadual paulista.

Após concluir o julgamento da apelação, a turma determinou a expedição do mandado de prisão contra o paciente, que impetrou um *Habeas* primeiro no Superior Tribunal de Justiça, restando denegado em virtude do entendimento daquele Tribunal Superior em não admitir *Habeas* como substitutivo para impugnar decisão de tribunal que tenha recurso próprio na legislação, muito embora a Corte tenha reconhecido que diante uma situação teratológica poderia conhecer e prover o remédio constitucional, o que causa estranheza, visto que o mandado de prisão, com fins de execução da pena, foi determinado em um cenário onde a prisão em segunda instância era vedada pela jurisprudência dominante tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal.

Na relatoria do Ministro Teori Zavascki, foi deferida liminar para evitar a prisão do paciente, sendo um ano depois julgado pelo pleno do Supremo.

Os principais argumentos de ambos os *Habeas* foram de que: a prisão havia sido decretada de forma arbitrária porque não havia transitado em julgado a decisão condenatória, bem como, não haveria fato novo que justificasse uma prisão preventiva.

Novamente, a discussão foi pautada nos moldes do HC 84.078/MG, onde o foco principal recaiu para o fato de os recursos especial e extraordinários não terem efeito suspensivo, bem como, pelo fato de que na prática, a jurisprudência era usada como forma de

postergar o processo até o momento de ocorrência da prescrição. Isto foi o extraído do voto do Relator Ministro Teori Zavascki.

Contudo, um ponto fundamental de autoria do Ministro Gilmar Mendes cavou as bases para mudança no posicionamento do Supremo, e não foi colhido do seu voto e sim de uma citação promovida pelo Ministro Teori Zavascki.

O Ministro Gilmar Mendes analisou a presunção de inocência sob uma perspectiva de garantia processual negativa, um princípio, um autêntico direito fundamental que poderia sofrer gradações na medida em que avançasse o processo de conhecimento da culpa do acusado:

No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui.

Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Como observado por Eduardo Espínola Filho, ‘a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa’.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...)

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos”¹⁰⁴

Este posicionamento foi base para que o Ministro Luís Roberto Barroso superasse em seu voto o texto constitucional que exige o trânsito em julgado para formação da culpa, requisito para cumprimento de pena com natureza de prisão, como será examinado a seguir.

4.2.1 DO VOTO PROFERIDO PELO MINISTRO BARROSO

Como já salientado, o Ministro Barroso foi o único a enfrentar a presunção de inocência sob um viés da mutação constitucional, pelo que, apenas o seu voto será analisado em virtude dos limites do presente trabalho.

Em seu voto, o Ministro salientou que a mudança se deu em virtude das consequências trazidas pela mutação anterior no posicionamento da corte.

Para o ministro, que dedicou uma extensa parte do seu voto para tratar de argumentos pragmáticos da mudança ocorrida em 2009, o Supremo havia acabado com o sentimento de justiça na jurisdição brasileira, sendo que assim como previsto pelos votos vencidos da época

¹⁰⁴MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade**. Apud MARCO Aurélio Mello: **ciência e consciência**. São Paulo: Migalhas, 2015, v. 1, p. 33-48.

do HC. 84.078/MG, o tribunal foi inundado de embargos e agravos procrastinatórios, que tinham como único fim alcançar a prescrição do crime.

Como prova empírica de suas alegações, que no seu entender justificaria a mutação, apresentou pesquisas onde, segundo o Ministro, desde a mudança em 2009 até o dia daquele julgamento, apenas 1,5% dos julgados em matéria criminal em toda a Corte lograram êxito para defesa, isto se for considerado casos em que qualquer mudança benéfica for contabilizada.

Ainda segundo as estatísticas do Ministro, se o parâmetro adotado for para decisões em que a Corte conduziu a absolvição, esse número cairia para 0.1% dos casos.

Assim, concluiu o Ministro que três foram as consequências do posicionamento anterior que justificariam a retomada do tradicional entendimento acerca da presunção da inocência: I) o já enunciado uso do processo como meio para postergar ao máximo o trânsito em julgado; II) a seletividade do sistema penal, visto que os ricos estariam se beneficiando ao contratar bons advogados que recorreriam de modo protelatório até a prescrição, o que não seria possível para pobres, que na maioria das vezes estariam assistidos pela Defensoria Pública, sendo que a instituição não teria recursos para bancar a proteção, momento em que o ministro proferiu uma marcante frase no julgado, de que no Brasil “torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária¹⁰⁵”; III) por fim, que o atual entendimento conduz ao descrédito do poder judiciário, que não consegue executar as suas decisões dada a massificação dos processos e a frequente prescrição dos crimes.

No que diz respeito ao texto constitucional, o Ministro também utiliza como fundamento da lei 8038/90(hoje art. 1029, §5º do CPC¹⁰⁶) e do art. 637 do Código de Processo Penal¹⁰⁷, que enunciam a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinários, no entanto, passa a analisar um conflito entre princípios fundamentais e o entendimento do Ministro Gilmar Mendes exposto no ponto anterior, para concluir que, no

105BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Acórdão do HC 126.292** Rel. Teori Zavascki <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> acessado em 18/06/2018

106 BRASIL. **Lei nº 13.105 de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 18 de abril de 2018.

¹⁰⁷BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689 de 1941** . Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 18 de abril de 2018.

sistema pátrio, o necessário para que se tenha uma prisão não é o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e sim, ordem escrita e fundamentada.

Para o Ministro, as normas previstas na Constituição não devem ser interpretadas de modo isolado, mas a luz do princípio da unidade da constituição¹⁰⁸.

Desse modo, embora o texto do inciso LVII do art. 5º afirme que não será considerado culpado antes do trânsito em julgado, o inciso anterior (LVI) previa que ordem escrita e fundamentada para prisão, sendo que o debate deveria se dar entre em duas frentes, que seriam, a colisão de direitos fundamentais, que segundo o Ministro seriam de um lado, a presunção de inocência, e do outro, a efetivação da lei penal de uma maneira direta, e indireta, os bens jurídicos tutelados pela norma penal (vida, patrimônio, liberdade, etc), está a ser resolvida pela via da ponderação; mutação constitucional frente a realidade de falência do sistema penal.

Na linha do que afirma Humberto Ávila: “as distinções que separam os princípios das regras em virtude da estrutura e dos modos de aplicação e de colisão entendem como necessárias qualidades que são meramente contingentes nas referidas espécies normativas”¹⁰⁹

Desse modo, podemos arrematar toda a problemática em torno da mutação no voto proferido pelo Ministro Barroso, que, para o Ministro, como existem situações onde não é necessário transito em julgado para ocorrência de prisão, e sim, decisão fundamentada, sem que isso viole a presunção de inocência, não haveria empecilho para que a prisão pena fosse executada de modo antecipado frente a falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, o que seria mais justificado devido ao fato de que a presunção de inocência ser um princípio e não regra, podendo sofrer gradativamente restrições a cada decisão que o acusado suportar onde se confirme a sua culpa, até que em determinado momento (decisão da apelação, que esgota a matéria fática e de prova, ou decisão de órgão colegiado no julgamento de réus com foro por prerrogativa de função), a presunção sumiria e daria espaço para certeza da culpa, podendo então suportar os efeitos da condenação, o que, aliada a nova perspectiva do sistema penal, permitiria uma mutação constitucional em sentido inverso ao que foi decidido no HC 84.078/MG.

108HC 126.292/ SP. Op. Cit., 34

109 ÁVILA, Humberto. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª edição. São Paulo: Malheiro Editores. 2014. pp. 43/44.

Por fim, merece destaque o fato de que o julgamento em repercussão geral do ARE 964.246, onde o Supremo reafirmou o entendimento do HC 126.292/SP, não foram acrescentados quaisquer outros fundamentos, seja em torno da mutação, seja nos demais argumentos apresentados.

4.3 DA (IN)SUBMISSÃO AOS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Até o momento, foram identificados como limites para a mutação constitucional, o texto normativo e os princípios fundamentais que individualizam a Constituição. Em outros pontos do trabalho foram apresentados limites que de modo indireto estariam dentro desses citados princípios fundamentais, tais como os direitos fundamentais e os limites materiais ao poder de reforma, visto que se o poder de mudar o texto sofre limitação, pela lógica, o poder informal de alterar o sentido também deve guardar respeito a esses limites, pois o primeiro lhe é superior.

Antes de propriamente adentrar neste ponto, vale ressaltar que em comparação ao julgamento do HC 84.078/MG, o que se vislumbrou no julgado sob exame foi a mudança de resultados em face de, praticamente, os mesmos argumentos.

Como já delineado no decorrer deste capítulo, os votos vencidos à época do HC 84.078/MG tiveram como fundamento, em breves linhas, a ausência de efeito suspensivo dos recursos na instância extraordinária e os possíveis efeitos nocivos que a mudança proposta poderia desencadear, de modo que, em vista da nova composição da Corte, a tese vencida logrou êxito no julgado de 2016.

O que se observa de diferente, além da composição da corte, foi a constatação empírica dos efeitos previstos em 2009, bem como a argumentação em face do progressivo esvaziamento da presunção de inocência com base nas decisões que paulatinamente forem reconhecendo a culpa do réu.

Como em 2009, no julgado em exame o resultado também foi 7 a 4, mas a favor da execução antecipada da pena.

Feito o destaque é chegado o momento de analisar se a Corte respeitou os limites da mutação, visto que, a dogmática dos temas constitucionais não foi rigorosamente seguida no julgamento.

O primeiro ponto que chama atenção é o fato de que o mais evidente limite não foi diretamente enfrentado, qual seja, o texto normativo.

A saída encontrada pelo Ministro Barroso, quem mais aproximou-se do exame desse evidente limite, como já apresentado, foi uma interpretação sistemática da Constituição que concluiu como pressuposto para prisão não o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, e sim, decisão escrita e fundamentada, aliado ao fato da presunção de inocência ostentar natureza de princípio e não de regra, estando sujeito, portanto, ao princípio da proporcionalidade.

Por partes, deve-se ter em mente que, por mais que se defina a presunção de inocência como princípio, não é possível dissociar que o contexto no qual foi inserido também expõe uma regra: a de que a culpa somente será constada com o trânsito em julgado de decisão penal condenatória.

Logo, não é possível considerar que alguém esteja preso sob o título de cumprimento da prisão com natureza de pena, sem que antes seja considerado culpado, culpa esta resultada do trânsito em julgado de decisão penal condenatória, sendo o trânsito em julgado a situação em que não é mais cabível a interposição de recurso, quando a decisão é insuscetível de mudança dentro daquele mesmo processo.

É por isso que não existe presunção de inocência no julgamento de revisões criminais, visto que já foi definida a culpa com o trânsito em julgado.

Por mais que a lei 8038/90 (atualmente art. 1029, §5 do CPC) e o artigo 637 do código de processo penal considerem sem efeito suspensivo os recursos especial e extraordinário, uma leitura Constitucional da Lei limitaria sua eficácia para recursos de natureza civil e não penal, visto que, diante da existência de norma constitucional que requer trânsito em julgado para aferir culpa, a produção infraconstitucional não poderia de modo diverso dispor, muito menos, da forma velada com que operou a alteração, com um flagrante esvaziamento de direito fundamental, materializado na forma do princípio da presunção de inocência.

Caso não seja admitida uma aplicação a luz da constituição da produção legislativa ordinária, outro fim não resta senão a declaração de sua inconstitucionalidade.

Mesmo assim, devemos prosseguir análise dos fundamentos do voto do Ministro Barroso, que entendeu diante da aplicação unitária da constituição ser o fundamento da prisão não a culpa definida com o trânsito em julgado, mas a ordem escrita e fundamentada.

Em seu voto, o Ministro, para comprovar suas constatações, aponta situações em que a Constituição autoriza a prisão de pessoas que não tiveram contra si decisão penal condenatória transitada em julgado, sem que isso comprometesse o princípio da presunção de inocência:

(i) as prisões processuais típicas, preventiva e temporária, bem como outras prisões, como (ii) a prisão para fins de extradição (decretada pelo STF), (iii) a prisão para fins de expulsão (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para execução penal) e (iv) a prisão para fins de deportação (decretada por juiz federal de primeiro grau).¹¹⁰

Causa estranheza observar tal argumentação quando as próprias situações apontadas pelo Ministro contradizem a sua premissa de que para Constituição, bastaria ordem escrita e fundamentada para alguém ser preso.

Todas as prisões enumeradas pelo ministro remetem a situações em que o fim não é punição, mas a prisão entendida como meio para resguardar interesses urgentes e de modo temporário¹¹¹.

Nenhuma das hipóteses apontadas se assemelha a natureza jurídica da prisão executada antecipadamente, qual seja, prisão pena.

Em verdade, a prisão é algo tão drástico que a constituição enumerou as situações em que seria permitida quando não fosse fruto de uma condenação transitada em julgado.

110HC 126.292. Op. Cit., p. 36

¹¹¹ O professor Aury Lopes Jr, em sua obra crítica sobre o processo penal brasileiro, faz uma análise bem extensa e profunda a respeito das situações em que a prisão é permitida no Brasil, seu caráter de exceção, e como o princípio da presunção de inocência tem tido o seu sentido invertido mesmo antes do julgamento do HC 126.292/SP. Júnior, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 13ª edição. São Paulo. Saraiva. 2016. Capítulo IX.

Para finalizar a análise do primeiro limite (texto normativo), passamos ao exame da ponderação entre os princípios constitucionais apontados no voto de Barroso.

De logo é perceptível que o Ministro, embora cite a técnica da ponderação para solucionar a colisão de direitos fundamentais, não a aplica em toda sua dogmática, limitando-se a afirmar que a proporcionalidade vedava a proteção insuficiente, não sendo a prisão em segunda instância violadora da presunção de inocência:

II.3. A necessidade de ponderação e sua efetiva concretização

25. Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.

26. Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP).

27. Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado

– é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente¹⁷.

28. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais¹⁸.

29. Na presente hipótese, não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Afinal, um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988¹⁹. A exigência de uma intervenção eficaz não é, porém, incompatível com a defesa de uma intervenção mínima do direito penal. Um direito penal efetivo, capaz de cumprir os seus objetivos, não precisa de excesso de tipificações, nem de exacerbação de penas. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: “A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”²⁰.

30. Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso

justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

Como percebe-se do trecho transcrito do voto do Ministro, não foi promovida a análise a respeito das etapas da proporcionalidade, que são: i) adequação; II) necessidade; e II) proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, para demonstrar o equívoco na aplicação da proporcionalidade, passaremos a expor as etapas.

A adequação é entendida como a escolha de meio efetivo para atingir o resultado¹¹², a verificação de o meio é idônea a tal fim. Nesta etapa não se está perquirindo se é ou não o melhor meio, mas sim, se é capaz de resolver o conflito.

Nesse diapasão, para devida análise do que seria ou não devido e idôneo, devemos observar que “fins” são esses que o Ministro visou atingir.

Como destacado na análise do seu voto, o Ministro observou três consequências advindas da mudança ocorrida em 2009, as protelações dos recursos manejados pela defesa, seletividade do sistema que privilegiava ricos, e descrédito do judiciário.

Essas seriam as situações fáticas que não só autorizariam a mutação como também vulneravam outros direitos fundamentais, pois conduziam a inefetividade da lei penal, relevando um evidente conflito com a presunção de inocência

Quanto a tais alegações, muito pragmáticas, basta rememorar como era o sistema penal antes da mudança ocorrida em 2009. Contudo, mesmo que se admita preenchida essa etapa da proporcionalidade, da mesma sorte não teria a necessidade.

À época do julgamento do HC 84.078/MG, o ministro Gilmar Mendes também trafegou pelo princípio da proporcionalidade.

Analisando as etapas exigidas pela proporcionalidade, esta compreendida como meio de solução de conflito entre direitos fundamentais, o Ministro concluiu que o subprincípio da necessidade não havia sido preenchido, visto que existia meio menos gravoso para tutelar

112HC 126.292. Op. Cit., p.40/43

outras as situações que não tratavam de acusado com recurso pendente na Corte: a prisão preventiva.

De qualquer modo, o que realmente precisa ser promovido no Brasil é uma ampla reforma processual penal. Por exemplo, apenas a primeira decisão condenatória interrompe a prescrição. Contudo, é algo que demanda esforço legislativo, o que escapa ao poder judiciário.

Devidamente demonstrado que a argumentação em torno da literalidade da norma constitucional prevista no inciso LVII, do art. 5º da CF, não tem o condão de superá-la, passamos a estudar o segundo limite, qual seja, os princípios fundamentais da constituição.

A suposta mutação constitucional analisada impôs o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória, a despeito do previsto no inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal. O entendimento do Supremo conduz ao esvaziamento da norma constitucional.

Não há problema em enxergar a um só tempo que o princípio da presunção da inocência deriva de uma regra estampada na Constituição.

O Supremo, desse modo, admiti a existência da presunção de inocência, mas que não está vinculada ao trânsito em julgado, como expressamente exige a norma constitucional, mas sim ao esgotamento das fases em matéria probatória é apreciada, bem como, a instâncias em que os recursos que nela tramitem tenham efeito suspensivo

Parece claro que nesse sentido a Constituição criou uma regra que excetua o sistema processual penal no que toca ao efeito apenas devolutivo dos recursos especial e extraordinário

Ao proferir seu voto no HC 126.292, o relator Ministro Teori Zavascki trouxe um levantamento promovido por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman¹¹³ no qual apresentou diversos países em que a prisão antecipada ocorre.

No entanto, a individualidade Constitucional (como afirma o Ministro Barroso em sua obra já citada neste trabalho, ao traçar os princípios fundamentais como limite para mutação)

113FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, GUSMAN, Fábio. **Garantismo Penal Integral, 'Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078'**, 3ª edição, p. 507

brasileira, simplesmente, não permite, justamente em face da norma contida no inciso LVII do art.5º da Constituição Federal.

A presunção de inocência trata-se de uma garantia processual, um direito fundamental que pela sistemática do §4º do art. 60 da Constituição Federal, estão imunes ao poder de reforma que visem a sua remoção.

Apenas a constatação como direito fundamental é bastante para perceber que o Supremo ultrapassou mais esse limite para mutação, contudo, observando que diante de uma norma constitucional, como é a exigência de trânsito e julgado para definitividade de atribuição de culpa, parece existir apenas duas conclusões: ou se admiti que a atual interpretação está prendendo com fim de punir, pessoas inocentes, ou então, que o Supremo limitou a presunção de inocência para aquém do previsto ao texto constitucional, como se a disposição trânsito em julgado prevista na norma não tivesse qualquer validade, visto que o fim a que se destina, de evitar que pessoas inocentes cumpram penas antes do final do processo, não produzirá qualquer efeito, sendo uma letra morta na Constituição.

Por qualquer prisma que se enxergue a retomada da jurisprudência anterior a 2009 pelo Supremo, outra não é a conclusão senão a de que o Supremo reconheceu uma mutação inconstitucional, posto que a prisão em segunda instância viola o texto e o espírito da Constituição brasileira, não sendo papel do Supremo reeditar a Constituição.

4.4 DO ATIVISMO JUDICIAL NO ACÓRDÃO DO HC 84.078/MG

No capítulo destinado ao exame do ativismo judicial chegamos a conclusão de que este fenômeno seria o desvirtuamento das funções substancias do poder judiciário, na esteira dos ensinamentos de Elival Ramos.

Nesse diapasão, também foi concluído que o ativismo tem como característica principal a invasão nas funções institucionais do Legislativo ou Executivo, ou do poder constituinte originário.

Por fim, nessa rápida reprise do capítulo anterior, concluímos que o as mutações inconstitucionais podem ser consideradas ativismo judicial, visto que os limites elencados

para a mutação podem ser identificados como os limites entre os poderes da República, bem como, para com a natureza da própria Constituição Federal.

Desse modo, o que se conclui é que a decisão proferida no HC 126.292/SP foi uma manifestação ativista do Supremo Tribunal Federal.

O tribunal não respeitou os limites semânticos da Constituição e, a pretexto de uma interpretação unitária, promoveu uma verdadeira emenda constitucional, suprimindo o sentido da expressão trânsito em julgado da norma prevista no inciso LVII, art. 5º, algo que sem dúvida é estarrecedor, visto que uma alteração dessa magnitude, se operada pela via formal de emenda constitucional, o maior poder de modificação constitucional do sistema brasileiro, não subsistiria ao exame dos limites matérias ao poder de reforma, pois trata-se não de uma limitação a direito fundamental, mas sim de uma supressão.

Prender pessoas antes de transitado em julgado a decisão penal condenatória é algo além dos poderes interpretativos do judiciário. A norma foi produto do constituinte originário, e é bastante clara na sua literalidade. Não há como o Supremo, mesmo diante de uma suposta falência do sistema processual penal, agir de modo a imiscuir-se nas competências legislativas e legislar sobre os fatos da vida.

Deve haver o reconhecimento de que o legislativo deve cumprir o seu papel institucional, atuando na realidade para tentar criar mecanismos que agilizem a tutela penal.

Do modo como foi posto pelo Supremo, parece que a Constituição estaria produzindo efeitos desconexos com a realidade, como se fosse avançada de mais para o País, mas em verdade, a corte submeteu a Constituição aos fatos, e deixou que os últimos se sobrepusessem ao primeiro.

CONCLUSÃO

Os objetivos esperados foram alcançados no presente trabalho. Propunha-se, como objetivo geral, examinar a mutação constitucional e os seus limites, ao tempo em que se chegou à conclusão de que a doutrina compreende a mutação como um mecanismo informal de alteração da constituição, sendo limitada pela semântica constitucional e pelas normas que compõe o espírito da Constituição, que a definem e a tornam única frente a outras constituições.

Os objetivos específicos também foram atingidos, na medida em que concluiu-se que no julgamento do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal não respeitou os limites para a mutação constitucional, bem como, que o seu posicionamento feriu a separação de poderes e pôde ser caracterizado como ativismo judicial, que como visto, define-se como o desvirtuamento das funções institucionais do poder judiciário, que age em detrimento das funções de típicas e substancias de outro poder, exacerbando em sua discricionariedade.

A metodologia foi fundamental como forma de definir amplamente os pontos fundamentais para discursão, dando uma visão adequada sobre a origem, conceito, e evolução dos temas trabalhados, bem como, o estudo sobre a jurisprudência no tocante a presunção de inocência.

Acredita-se que a relevância desse trabalho se encontra em apontar que o judiciário brasileiro vem acumulando poderes de modo incompatível, novamente, com a democracia, atuando sem qualquer pudor e avocando competências de outros poderes, não respeitando a independência dos demais, sendo que, caso não se tenha uma reação, com um bom delinear das funções institucionais do poder judiciário, o episódio tende a se repetir no futuro.

Este trabalho não se propunha alcançar solução para a demora dos processos criminais, nem propor algo melhor que a prisão em segunda instância. Contudo, o que ficou claro, é o fato de que o judiciário não pode tomar, pela Constituição, a solução que achar melhor, pois está passa pelos outros poderes constituídos, sendo algo que demanda unidade nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed, São Paulo, Saraiva, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco. **Mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. MORAIS, Carlos Blanco (Org) **Mutações Constitucionais**. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 62.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 de junho de 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689 de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 18 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.038 de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em 18 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 18 de abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Acórdão do HC 68.726 HC**. Rel. Min. Néri da Silveira <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751798/habeas-corpus-hc-68726-df/inteiro-teor-100467989?ref=juris-tabs>> acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário Acórdão do HC 84.078 HC**. Rel. Eros Grau <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> acessado em 18/06/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Acórdão do HC 126.292** Rel. Teori Zavascki <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> acessado em 18/06/2018

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva /Almedina, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 2002.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

DUARTE, Fernanda, VEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: 1986.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Mutação, Reforma e revisão das normas constitucionais**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 2, n. 5, p. 16, out. dez. 1993.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, GUSMAN, Fábio. **Garantismo Penal Integral, 'Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078'**, 3ª edição.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Traducción. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (orig. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek*, Berlín, Verlag von O. Häring, 1906).

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 13ª edição. São Paulo. Saraiva. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Bras. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II.

NETO, José Duarte. **Rigidez e estabilidade constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**, São Paulo: Saraiva, 2010.

SÁNCHEZ, Ana Victoria. **Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto**, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, Disponível em:<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79672.pdf>. Acesso em 27/05/2018

VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva. 2014.

VECCHI, Cristiano Brandão. **A mutação constitucional: uma abordagem Alemã**. Rio de Janeiro, 2005. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.