

Mutação constitucional e ativismo judicial

*Thiago Massao Cortizo Teraoka*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. Ativismo judicial. III. Mutação constitucional. IV. Relação entre mutação constitucional e ativismo: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. V. Conclusão.

I. Introdução

O ativismo judicial tem sido analisado sobre diversos ângulos.

Há estudos que apontam seus aspectos negativos, especialmente sobre o ângulo de uma intromissão indevida do Poder Judiciário², especialmente do Supremo Tribunal Federal, em outros Poderes da República.

Por outro lado, há também aqueles que defendem abertamente uma postura mais “ativista” do Poder Judiciário, conferindo aos seus órgãos um protagonismo político na implementação de direitos fundamentais, especialmente em favor de minorias que, supostamente, não possuem a defesa dos Poderes majoritários da República³.

Há outros doutrinadores, também de grande relevo, que simplesmente indicam que não há propriamente um ativismo como algo novo ou disfuncional, mas mera criação judicial do direito, o que seria ínsito ao sistema⁴.

Assumindo que o ativismo exista, pois parece evidente a mudança da postura do Poder Judiciário nos últimos 15 anos, ainda assim não é fácil traçar os parâmetros do ativismo judicial. Há dificuldades claras em delinear os aspectos do fenômeno.

Nesse ponto, insere-se, com humildade, a nossa contribuição.

O objetivo deste artigo é demonstrar que o ativismo judicial, no Brasil, tem sido instrumentalizado por mudanças abruptas de interpretação jurisprudencial de conceitos e dispositivos presentes na Constituição, especialmente por parte de seu maior intérprete, o Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, insere-se a preocupação com a mutação constitucional.

¹ Mestre e doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professor da Escola Paulista da Magistratura (EPM).

² Por exemplo: Elival da Silva Ramos, em seu livro: *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, obra pela qual conquistou a cadeira de Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

³ Por exemplo: o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, em seu artigo *Retrospectiva 2008 - Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 18, abril/maio/junho 2009, p. 6. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 12 nov. 2014.

⁴ Por exemplo: Inocêncio Martires Coelho, em seu artigo: *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 475-498.

Para tanto, após breve análise do fenômeno do ativismo e da mutação constitucional, analisaremos alguns julgados em que houve uma forte alteração de jurisprudência, que caracterizaria a mutação constitucional, relacionando-os com o ativismo judicial. Também analisaremos julgado publicado ainda em 2014, do Supremo Tribunal Federal, a respeito do artigo 52, X, da Constituição, no qual fica claro que a postura ativista tem relação no caso brasileiro com o reconhecimento de mutação constitucional.

Desde já, observo que optamos por excluir do objeto de estudo o caso da justiça e do direito eleitoral. Isso por dois motivos fundamentais: (i) o caráter reconhecidamente normativo da justiça eleitoral; e (ii) a enormidade de mutações/legislações impostas pelo Poder Judiciário. O problema do direito eleitoral e da justiça eleitoral merece estudo específico, o qual não será feito neste artigo.

II. Ativismo judicial

Keenan D. Kmiec atribui a Arthur Schelesinger o uso primeiro da expressão “judicial activism”, em uma publicação da “Fortune Magazine”, em 1947. No artigo, Arthur Schelesinger contrapunha e classificava os juízes da Suprema Corte em “ativistas” e “campeões da autocontenção”⁵.

Luis Roberto Barroso ensina que, em um primeiro momento, o ativismo judicial foi uma reação conservadora:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott X Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast X Parrish, 1937).⁶

No entanto, atualmente, especialmente no caso brasileiro, o ativismo judicial está ganhando contornos progressistas, no sentido de defesa de minorias.

O ativismo judicial é visto por alguns como algo bom⁷. Para outros, o ativismo é algo disfuncional, que deveria ser expurgado do sistema⁸. Outros, ainda, como Inocêncio Martires Coelho, afirmam que o fenômeno é equiparado à criação judicial do direito, algo normal e intrínseco ao sistema⁹.

⁵ The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, California, p. 1445-1446, Oct. 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>.

⁶ *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. p. 5.

⁷ Luis Roberto Barroso afirma: “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (*Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. p. 6).

⁸ “Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a 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 de 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 Poderes.” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. p. 116-117).

⁹ Para Inocêncio Martires Coelho, em seu artigo “*Ativismo judicial ou criação judicial do direito*”, a ideia de criação e de interpretação do direito não são conceitos contrapostos. Sem interpretação, não há aplicação de enunciados normativos (p. 475). A atividade criativa judicial seria inevitável (p. 478). Conclui Inocêncio Martires Coelho: “A essa luz, portanto, o ativismo judicial, pelo menos na forma e com os argumentos emocionais que usualmente se utilizam para combatê-lo, não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a velha criação judicial do direito. Nada mais do que isso.” (p. 498).

Ao decidir por escrever sobre o tema, tenho convicção que o ativismo judicial realmente existe, como fato social. Pela análise da jurisprudência que se fará a seguir, verifica-se uma maior intromissão (ou controle, para utilizar uma palavra mais neutra, sem conteúdo valorativo) do Poder Judiciário nas escolhas feitas pelos poderes democraticamente eleitos.

Também tenho convicção que o termo “ativista” não é adjetivo que fica bem para um juiz ou para um órgão judicial¹⁰, aos quais se pressupõe a neutralidade¹¹.

O termo “ativismo judicial”, assim, tem carga negativa; ainda que as consequências de uma decisão ativista sejam boas¹². Equivale à intromissão do Poder Judiciário, que detém baixa legitimidade popular (pois não eleito), em assuntos dos demais Poderes.

Não se pode confundir, ainda, a mera fiscalização de constitucionalidade, com o ativismo judicial. Nem sempre o controle de constitucionalidade indica ativismo. Keenan D. Kmiec lembra, por exemplo, que não pode ser considerada ativista uma decisão que julgue inconstitucional uma lei que institua uma religião oficial¹³.

Na verdade, a essência do ativismo judicial está em desconsiderar uma decisão proferida por outro Poder, havendo uma solução legislada, teoricamente possível e razoável pela interpretação do texto constitucional.

A doutrina discute maneiras de classificar uma decisão judicial como ativista ou não. Luis Roberto Barroso associa a ideia de ativismo judicial com condutas como (i) aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e em atividade independente do legislador; (ii) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e (iii) imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas¹⁴.

Entre os utilizados, proponho um critério auxiliar, que pode ser utilizado em conjunto com outros: a superação de precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal. Portanto, nos termos propostos e submetidos à análise dos leitores, será ativista a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal que desconsidera o precedente firmado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sem alteração relevante de fato ou de direito. É critério também citado por Keenan D. Kmiec¹⁵.

¹⁰ “O rótulo ativista, quando atribuído a um magistrado que nunca se deparou com a expressão ‘ativismo judicial’, é de causar arrepios. Com efeito, tendo em vista o princípio da inércia do Poder Judiciário e da Separação de Poderes, a expressão soa como algo que seria proibido ao Poder Judiciário, a significar que este estaria usurpando uma competência que não lhe fora conferida; ou, então, agindo de ofício. A expressão também pode ensejar a errônea interpretação de que o julgador seria militante deste ou daquele grupo ou movimento social, o que, se não lhe comprometesse a imparcialidade, o colocaria na condição de, no mínimo, suspeito para decidir certas causas.” OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. *Ativismo judicial ou ativismo jurídico? O ativismo do poder judiciário como proposta ao passivismo do poder legislativo no Brasil*. In: JORNADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2., 2012, Salvador. Brasília, DF: ESMAF, 2014. p. 221.

¹¹ A neutralidade é ideal da magistratura, ainda que a neutralidade total, quanto a aspectos ideológicos, religiosos, políticos etc., seja impossível de fato.

¹² Por exemplo, o reconhecimento judicial da juridicidade da união estável homoafetiva.

¹³ The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, California, p. 1445-1446, Oct. 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>.

¹⁴ *Retrospectiva 2008 - Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*, p. 5.

¹⁵ “Os juizes normalmente acusam seus colegas de ativismo judicial quando eles contrariam precedentes, mas o conceito não é tão simples como pode aparecer em um primeiro momento”. É citado por Kmiec, embora critique o critério. (*The origin and current meanings of “judicial activism”*. p. 1466).

Veja-se que a relação entre “mutação constitucional” e “ativismo judicial” não passa despercebido pela doutrina nacional. Transcrevo lição de Elival da Silva Ramos:

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 devesse 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 gravidade fala por si só. Se o caso envolve o 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 indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc).¹⁶

No caso brasileiro, o critério proposto é relevante.

Isso porque diante da facilidade formal de se emendar o texto constitucional, a alegação de mutação constitucional (entendida como alteração substancial de interpretação da constituição) deve ter razões ainda mais relevantes.

III. Mutação constitucional

A mutação constitucional é modo informal de mudança da Constituição.

Carlos Blanco de Moraes ensina que “a mutação informal foi apreendida nos Estados Unidos, no Séc. XIX a propósito da noção de ‘Living Constitution’ criada pela política e pela jurisprudência. A questão ganhou especial relevo desde o caso ‘McCulloch v. Maryland’ (1819), tendo o Juiz Marshall defendido um construtivismo constitucional, com base na cláusula dos poderes implícitos, o qual não mereceu então especial resistência.¹⁷”

É, portanto, tema que se insere na estabilidade da Constituição, conferida por sua rigidez.

Em síntese, as constituições rígidas podem ser reformadas, mediante processo legislativo mais gravoso do que para as leis comuns ou sofrerem mutações em seu conteúdo, mediante interpretação mais atual do mesmo texto. No último caso (mutações) mantém-se a estabilidade dos textos, com alteração em sua interpretação.

O poder instituído de reforma constitucional é o denominado pela doutrina de Poder Constituinte Reformador ou Poder Constituinte Derivado Reformador¹⁸. Em paralelo, a doutrina indica a mutação constitucional como fruto de obra do “poder constituinte difuso” ou “poder constituinte em sentido amplo”¹⁹.

¹⁶ *Ativismo judicial*. p. 141.

¹⁷ *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autopsia de um acórdão controverso*. p. 494.

¹⁸ Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

¹⁹ SILVA, Lucas Gonçalves da. *Mutação constitucional pela Justiça Constitucional: tipologia e limites*. 2009. f. 29. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

Em uma visão mais ampla da história constitucional, a nossa tradição não é a estabilidade dos textos. A sucessão de constituições é extensa. Foram sete constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988).

E mesmo a Constituição de 1988 sofreu 85 emendas (até fevereiro de 2015) mediante o seu procedimento normal e seis emendas de revisão. Todas essas alterações são alterações formais do texto constitucional.

Anna Luisa W. S. Daniele, em trabalho publicado em 2008, afirma que a constituição já havia passado por três ciclos de reforma²⁰.

Há quem entenda que, embora tenhamos rigidez constitucional, o procedimento ainda é demasiadamente simples, o que facilitaria a multiplicação de emendas. Em minha opinião, a multiplicidade de reformas é resultado da característica analítica de nossa Constituição, que pretende dispor de muitos pormenores, o que fragiliza o texto contra o tempo.

O estudo da mutação constitucional é focado na experiência estrangeira, especialmente nos Estados Unidos da América. Isso porque a Constituição Americana de 1787 prevê um procedimento difícilíssimo de emenda. Além disso, trata-se de uma constituição sintética, o que facilita não existir mudanças formais de texto constitucional.

De toda sorte, a nossa tradição é de falta de estabilidade do texto constitucional. As reformas, para o bem ou para o mal, vêm ocorrendo de maneira formal, mediante emendas decorrentes de propostas de emendas à Constituição aprovadas pelo Congresso Nacional.

Nesse contexto, o estudo da mutação constitucional poderia parecer descolado da realidade nacional, mas não é. E não é, especialmente pelo ativismo imposto e proposto pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

As mutações constitucionais podem ser decorrentes de nova legislação integrativa (mutação legislativa); edição de outros tipos de regulamentos pelo Poder Executivo (mutação executiva); decorrentes dos costumes; e a mutação judicial²¹. A mutação é resultado da interpretação da constituição por seus diversos intérpretes.²²

Nesse ponto, costuma-se dizer que o Supremo Tribunal Federal é o intérprete máximo da Constituição²³. E realmente o é, pois sendo os dispositivos expressos na Constituição normas jurídicas, isto é, objeto de estudo do Direito, a instância judicial máxima há de ter a maior relevância, considerando que o Poder Judiciário como um todo é o responsável por dar a última e definitiva palavra sobre os assuntos contenciosos do Direito.

Assim, a alteração da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, conferindo interpretação ou alcance diverso a dispositivos constitucionais caracteriza mutação constitucional.

A mutação constitucional, como forma de alteração da Constituição, apresenta um problema de difícil solução. É cediço e aceito sem grandes e atuais críticas que as

²⁰ De acordo com Anna Daniele os ciclos sofridos pelo texto constitucional são o pré-revisão, revisional e pós-revisional. Cf. DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana. *Interpretação e mutação constitucional*. 2008. f. 92-93. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

²¹ DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana. *Interpretação e mutação constitucional*. p. 113 -134.

²² DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana. *Interpretação e mutação constitucional*. p. 141.

²³ Nesse ponto, já em 1954, o termo “interprete máximo da Constituição”, para se referir ao Supremo Tribunal Federal, foi utilizado para emendar acórdão (STF, RE 25151, Min. Abner de Vasconcelos, j. 30/08/1954, segunda turma, DJ 22/04/1954).

normas produzidas pelo Poder Constituinte derivado reformador possam ser objeto de controle de constitucionalidade²⁴. No entanto, os sentidos produzidos por uma mutação constitucional acabam sendo, na prática, quase totalmente imune a controle²⁵.

Por esse motivo, é importante o senso de crítica da comunidade jurídica, especialmente nas universidades, sempre que o Supremo Tribunal Federal altera fortemente o sentido de sua jurisprudência. Isso porque “(...) só é válida juridicamente a mudança do critério jurisprudencial que respeita os limites da idoneidade e justificação das mudanças, pois as variações na jurisprudência sem idoneidade e não justificadas correspondem, no fundo, a arbitrariedade da jurisdição constitucional.²⁶”.

Feitas essas observações, passo a analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, que, em nossa análise, poderiam indicar mutação constitucional em conjunto com postura ativista.

IV. Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

(a) Direito processual penal

A Constituição Federal determina, em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Era jurisprudência consolidada a conclusão que poderia haver exigência de prévio recolhimento a prisão, para o conhecimento de apelação no processo penal (Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”).

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

O Supremo Tribunal Federal já havia decidido que “contra decisão condenatória, proferida em Segunda Instância por Tribunal Estadual cabe, apenas, recurso de índole extraordinária – especial ou extraordinário – sem efeito suspensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão, mesmo antes de seu trânsito em julgado.²⁷”

No entanto, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal alterou substancialmente interpretação que se fazia do dispositivo constitucional para, em interpretação mais literal da Constituição, excluir a possibilidade de toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo motivação indicativa de necessária cautelaridade.

²⁴ Há vários exemplos. Cito a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade de emenda constitucional frente ao princípio da anterioridade eleitoral que sequer é expresso como cláusula pétrea ou direito fundamental (STF, ADI 3685/DF, Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, 10-08-2006).

²⁵ “Não se pode aceitar que a mutação constitucional produza excessos e promova resultados conflitantes com o sistema. Assim como as mudanças formais da Constituição (reforma e revisão) estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, da mesma forma as mudanças informais (mutação) também são suscetíveis de serem controladas”. No entanto, apesar de concluir pela necessidade de controle, o autor acaba por indagar pragmaticamente “*Quis custodiet custodes?*”, a indicar que não há método efetivo de controle de uma mutação reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. (PEDRA, Adriano Sant’Ana. *As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino americana*. p. 60).

²⁶ SILVA, Lucas Gonçalves da. *Mutação constitucional pela Justiça Constitucional: tipologia e limites*. p. 135.

²⁷ STF, HC 69.176, Ministro Paulo Brossard, Segunda Turma, DJ 23/10/1992.

Então, para o Supremo Tribunal Federal, atualmente, a ausência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário não obsta a manutenção do condenado em liberdade²⁸. Não é possível, pois, a antecipação de pena²⁹.

A atual interpretação do Supremo Tribunal Federal, apesar de trazer grande sensação de impunidade à população em geral e gerar a interposição de recursos meramente protelatórios pela defesa de criminosos, parece prestigiar o próprio texto da Constituição. A interpretação vigente até então, na minha opinião, restringia direito fundamental onde não era possível restringir. No que interessa a este artigo, penso que a postura mais ativista e defensora dos direitos fundamentais, no caso, era justificada pelo próprio texto constitucional, no que plenamente também justificada a mutação constitucional.

De toda sorte, uma observação deve ser feita. Apesar de válida e ser a mais correta pelo texto constitucional, a interpretação do Supremo Tribunal Federal não é a melhor para um país que tem níveis alarmantes de corrupção e banditismo, em todas as classes sociais. Assim, entre outros motivos, pela moralidade e em vistas à eficiência do sistema repressor penal, essa interpretação correta, porém laxista, indica a necessidade de aprovação da Proposta de Emenda à Constituição do Senado nº 15/2011³⁰.

b) Direito penal

b.1) Vedação à progressão de crimes hediondos

Em seu artigo 5º, XLVI, determina a Constituição Federal: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outra as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

No mesmo artigo, no inciso XLIII, a Constituição impõe mandamento de criminalização, em desfavor de crimes hediondos: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

O Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, editou a Lei Federal nº 8.072, de 25/07/1990, na qual se havia determinado que a pena para os crimes hediondos “será cumprida integralmente em regime fechado”.

Por quase dezesseis anos, o Supremo Tribunal Federal aceitava como constitucional a restrição à progressão de regime para os condenados por crimes hediondos³¹.

²⁸ STF, HC 91830 MC - AgR/R, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, j. 01/04/2008, DJ 06/02/2014.

²⁹ “Inadmissível que a finalidade da custódia cautelar seja desvirtuada a ponto de configurar antecipação de pena”. STF, HC 90464/RS, Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira turma, DJ 04/05/2007.

³⁰ É a chamada “PEC dos Recursos” ou “PEC do Peluso”, que “altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias.” Se aprovada, a Proposta tem o objetivo de possibilitar o trânsito em julgado após o julgamento em segunda instância, o que poderá possibilitar o imediato cumprimento da pena pelo condenado, sem necessidade de se aguardar o esgotamento das quatro instâncias recursais possíveis, com seus respectivos embargos de declaração e infringentes.

³¹ “O réu - que foi condenado pela prática de crimes hediondos ou de infrações penais a estes equiparadas - não tem o direito de cumprir a pena em regime de execução progressiva, pois a sanção penal imposta a tais delitos deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, por efeito de norma legal (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º), cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.” (STF, HC 85142/SP, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, j. 16/08/2005, DJ 14/10/2005).

Todavia, a partir do julgamento do Habeas Corpus 82.959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em plenário de 23/02/2006, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, no que permitiu a progressão de condenados por crimes hediondos. Atualmente, há Súmula Vinculante nesse sentido:

“Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

Mais uma vez, a postura ativista do Supremo Tribunal Federal caminhou ao lado de uma verdadeira mutação constitucional. Apesar de o texto da Constituição determinar que caberá à lei regulamentar a individualização da pena e impor tratamento mais severo aos crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal nulificou a escolha realizada pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (escolha que antes o Supremo havia aceitado), de modo a igualar, neste aspecto, os crimes hediondos e os não hediondos³².

b.2) O caso do tráfico de drogas

O tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo por força constitucional, no já transcrito dispositivo do artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Além de caracterizá-lo como hediondo, a Constituição Federal impõe, por mais de uma vez, dispositivos que indicam a necessidade de combate ainda mais rigoroso ao tráfico de drogas (artigos 5º, LI³³; 144, § 1º, II³⁴; 243, parágrafo único³⁵).

Após a Lei Federal nº 11.464/2007, determinou-se que a pena dos condenados por crimes hediondos “será cumprida inicialmente em regime fechado” e progressão “dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos) se reincidente”.

“LATROCÍNIO E ROUBO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. REGIME FECHADO. 1. O cumprimento da pena em regime fechado, na hipótese de crime hediondo, dispensa o advérbio específico integralmente. A impossibilidade da progressão resulta da natureza hedionda do delito. 2. HC indeferido.” (STF, HC 84401/RJ, Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 02/12/2005).

³² Nesse ponto, observo que houve reação legislativa, no que foi editada a Lei Federal nº 11.464, de 28/03/2007, que estabeleceu critérios mais rigorosos para a progressão dos criminosos que praticaram crimes hediondos. No entanto, como lei mais severa, somente pode ser aplicada a crimes cometidos posteriormente à sua vigência.

³³ “Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.”

³⁴ “(...) § 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

II. prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência”.

³⁵ “Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.”

Por outro lado, apesar de a Constituição Federal determinar que o tráfico de drogas seja combatido com veemência, a Lei Federal nº 11.343, de 23/08/2006, criou a figura do traficante privilegiado. A partir de então, para o agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa, a pena poderia ser reduzida de 1/6 a 2/3. Portanto, nessas condições e em regra geral, a pena final do traficante privilegiado será de no máximo 2 anos.

A Lei Federal nº 11.343/2006, no entanto, vedava a conversão da pena em restritiva de direitos, o que era absolutamente salutar, em razão da hediondez do crime de tráfico. E vedava o benefício em dois dispositivos: o artigo 33, § 4º, e o artigo 44³⁶.

Apesar dos mandamentos constitucional e legislativo, o Supremo Tribunal Federal tem permitido a imposição de regime inicial diverso do fechado³⁷ ou mesmo a aplicação de pena restritiva de direitos ao criminoso traficante³⁸.

Portanto, interessante observar que a postura ativista do Supremo Tribunal Federal não apenas impediu a restrição de direitos (no caso o direito à progressão) de criminosos que praticaram crimes hediondos. Também impôs, contrariamente ao texto da lei, benefícios que criminosos traficantes não detinham, ao menos de forma reconhecida amplamente: regime inicial aberto e possibilidade de conversão de sua pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos.

Mais uma vez, a postura ativista caminhou ao lado de alteração de jurisprudência, que configura a mutação constitucional.

c) Direito da seguridade social

Impõe a Constituição Federal a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei³⁹.

Em regulamentação desse dispositivo constitucional, os Poderes eleitos editaram a Lei Federal nº 8.742, de 07 de dezembro de 2014:

³⁶ “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.”

³⁷ Mesmo após a Lei Federal 11.464/2007: “Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. (...)” (STF, HC 111840 / ES, Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 17-12-2013)

³⁸ EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais os arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, sessão de julgamento de 1º.9.2010, Informativo/STF 598). 2. Ordem concedida. (STF, HC 102351/SP, Ministra Cármen Lúcia, Julgamento: 21/09/2010, Primeira Turma, DJe 15/10/2014).

³⁹ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário-mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Após, a Lei nº 12.435/2011:

§ 3º. Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

O Supremo Tribunal Federal tinha posição firme no sentido da constitucionalidade do critério legal para a aferição da miserabilidade⁴⁰. Assim, considerava-se como critério absoluto o valor de ¼ de salário-mínimo, *per capita*. O Supremo Tribunal Federal chegou a prover reclamação nesse sentido, para afastar a análise casuística por cada juiz, a respeito do critério de miserabilidade⁴¹.

Após quase vinte anos de consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (nem sempre acolhida pelas instâncias ordinárias, é verdade), o Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento de modo a permitir outros meios para a aferição do critério de miserabilidade⁴².

O problema é que a lei não é direcionada somente ao magistrado, mas também aos administradores. Nesse ponto, penso que fica muito difícil para um gestor público, que não possui as mesmas garantias de um juiz, determinar gastos públicos sem base em critérios objetivos.

Na prática, penso que a decisão ativista do Supremo Tribunal Federal, que afastou o critério objetivo previsto na lei e reconheceu a mutação constitucional, acarretará grande judicialização da questão, com consequências ainda não verificadas.

⁴⁰ EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE "FAMÍLIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA" DADO PELO PAR.3. DO ART. 20 DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTENCIA SOCIAL (LEI N. 8.742, DE 07.12.93) PARA REGULAMENTAR O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.1. Argüição de inconstitucionalidade do par. 3. do art. 20 da Lei n. 8.472/93, que preve o limite máximo de 1/4 do salário-mínimo de renda mensal "per capita" da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário-mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição. 2. A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação. 3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico. 4. Pedido cautelar indeferido. (STF, ADI 1232 MC/DF, Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 26-05-1995).

⁴¹ Transcrição de voto da Ministra Ellen Gracie, efetuado pelo Ministro Sepúlveda Pertence: "Sr. Presidente, recordando os termos do voto que proferi, admitindo que haja uma omissão parcial do legislador, não vejo como deixar a apreciação de cada juiz, em cada caso concreto, estabelecer outras modalidades dessa seguridade social gratuita, quando não o pode fazer na Previdência Social, que pende da contribuição do segurado". STF, RE 439591 AgR/SP, Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 24/06/2005).

⁴² STF, RE 580963/PR, Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 14/11/2013.

d) Direito internacional/direito civil/empresarial

Também é caso paradigmático de mutação constitucional a grande alteração de jurisprudência referente à possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

A Constituição Federal, imposta pelo Poder Constituinte originário, previa (na verdade prevê) expressamente a possibilidade de prisão de depositário infiel⁴³.

Por outro lado, o pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992, não prevê essa possibilidade⁴⁴.

Durante mais de vinte anos, o Supremo Tribunal Federal manteve seu entendimento consolidado no sentido de que seria possível a prisão civil de depositário infiel, apesar dos termos do pacto de São José da Costa Rica. O Supremo Tribunal entendia que:

*os tratados internacionais, necessariamente subordinados à autoridade da Constituição da República, não podem legitimar interpretações que restrinjam a eficácia jurídica das normas constitucionais (...). A ordem constitucional vigente no Brasil – que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (artigo 5º, LXVIII) – não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção constitucional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência internacional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República.*⁴⁵

Assim, por mais de vinte anos, o Supremo Tribunal Federal privilegiou a literalidade da Constituição e a possibilidade de o Congresso disciplinar a matéria, impondo a prisão civil nos casos de depositário infiel. É a razão de ser das decisões judiciais até então.

A partir do final de 2006, quando do início do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, verificou-se o reconhecimento pela Excelsa Corte da ilegitimidade da prisão civil do depositário infiel⁴⁶.

No caso, importante observar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a mutação constitucional⁴⁷.

⁴³ Artigo 5º, LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

⁴⁴ “7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

⁴⁵ STF, AI 403828 AgR/MS, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 19/02/2010.

⁴⁶ Mesmo antes do término do julgamento ou da publicação do acórdão, o entendimento pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel já era aplicado (STF, HC 90172/SP, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 17/08/2007).

⁴⁷ É trecho de acórdão: “A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.” (STF, HC 90450/MG, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 06/02/2009).

e) Direito processual administrativo

Outra mutação constitucional, novamente para suplantar a decisão tomada pelo legislador, refere-se à interpretação da garantia do duplo grau administrativo⁴⁸, na esfera tributária, trabalhista ou mesmo administrativa. Mais especificamente discutia-se se leis podem ou não condicionar o conhecimento do recurso administrativo à efetivação de depósito do valor do tributo ou da multa lançados.

O Supremo Tribunal Federal tinha posição firmada no sentido da constitucionalidade da exigência do depósito recursal. Isso em relação às multas trabalhistas⁴⁹, ou exações fiscais previdenciárias⁵⁰ ou tributárias⁵¹.

No entanto, quase vinte anos após a vigência da Constituição, a partir de 2007, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a exigência do depósito prévio para conhecimento de recurso administrativo era inconstitucional. Portanto, as leis que assim previam foram consideradas inconstitucionais⁵².

Além da grande mudança de jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal no final de 2010, editou duas súmulas vinculantes, que consolidam a questão em favor da possibilidade de recurso administrativo⁵³.

Novamente, verifica-se a relação de uma postura mais ativista do Supremo Tribunal Federal com a grande virada de orientação da jurisprudência.

f) O caso do artigo 52, X, da Constituição Federal - uma mutação que não ocorreu?

O artigo 52, X, da Constituição Federal atribui a competência para o Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

Apesar do texto da Constituição, parte da doutrina capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes⁵⁵ afirmava que, mesmo em sede de controle incidental, as decisões do Supremo Tribunal Federal seriam vinculantes, de eficácia genérica e *erga omnes*. Assim, na prática, essa doutrina sustentava mutação constitucional⁵⁶ e afastava qualquer participação efetiva do Senado no âmbito de eficácia do controle de constitucionalidade.

⁴⁸ Determina a Constituição Federal, no seu artigo 5º, LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

⁴⁹ STF, RE 210235/MG, Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 19/12/1997.

⁵⁰ STF, RE 309033 AgR/SP, Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 08/03/2002.

⁵¹ STF, AI 390708 AgR/RJ, Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 07/02/2003; STF, RE 368441 AgR/SP, Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 23/05/2003.

⁵² STF, ADI 1976 / DF, Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17/05/2007.

⁵³ Súmula Vinculante 21: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”; Súmula Vinculante 28: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.”

⁵⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

⁵⁵ Em seu *Curso de direito constitucional*, o Ministro Gilmar Mendes afirma: “Proferi voto reafirmando minha posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso.” (2. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1091).

⁵⁶ A expressão “mutação constitucional” foi utilizada pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, no item 3.5.3 (“A suspensão da execução da lei pelo Senado e mutação constitucional”), conforme “*Curso de direito constitucional*”, p. 1084. A mesma expressão também é utilizada no voto da Reclamação nº 4335.

Em meados de 2014, pelo julgamento da Reclamação 4335, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, deu procedência a uma reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União. É do teor da ementa, da lavra de Gilmar Mendes, o reconhecimento do “efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade” e o reconhecimento do “caráter expansivo da decisão”.

Transcrevo a ementa do acórdão:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.⁵⁷

O voto do relator, uma verdadeira aula de direito constitucional, Ministro Gilmar Mendes, foi no sentido da mutação constitucional, a conferir a eficácia “erga omnes” da decisão em controle incidental efetivada em *Habeas Corpus*.

O Ministro Eros Roberto Grau também reconheceu a mutação constitucional⁵⁸.

O Ministro Sepúlveda Pertence não reconheceu a mutação. Não concordou em uma mutação por decreto do próprio Poder que com essa mutação se ampliaria:

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

O Ministro Joaquim Barbosa também não reconheceu a mutação constitucional, embora tenha criticado a atitude de instâncias ordinárias de não se submeter às orientações do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Joaquim Barbosa concedeu o *Habeas Corpus* de ofício⁵⁹.

⁵⁷ STF, Rcl 4335, Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 22/10/2014.

⁵⁸ “A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do entendimento adotado pelo Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto --- voto dele, Relator --- e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução de lei declarada inconstitucional.” (p. 82 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335).

⁵⁹ Palavras do próprio Ministro Joaquim Barbosa: “Primeiro, as próprias circunstâncias do caso concreto são bem esclarecedoras. O que suscita o interesse da reclamante não é a omissão do Senado Federal em dar ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal. O que a motiva é a infeliz recalcitrância de um juiz em relação à orientação desta Corte. O anacronismo patológico, no caso, não é do art. 52, X, da Constituição, mas do juiz que exerce a autoridade reclamada - portanto, do próprio Poder Judiciário. Receio que, no caso, em que aparentemente estamos a lidar com atos de um juiz que parece estar convicto de que é seu dever julgar contrariamente à orientação do Supremo Tribunal Federal enquanto não vier a suspensão do ato pelo Senado, a resposta da Corte dará ao desaforo uma dimensão que ele não tem. Em resumo, a decisão diverge da orientação da Corte, como tantas outras, e basta verificar que o *habeas corpus* concedido liminarmente pelo relator resolve a questão.” (p. 98 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335).

Também o Ministro Ricardo Lewandowski rejeitou a proposta de reconhecimento de mutação constitucional. Em suas palavras, o reconhecimento da mutação seria afrontosa ao Princípio da Separação de Poderes⁶⁰. Também, pelo seu voto, concedeu o *Habeas Corpus* de ofício.

Após intenso debate, o Ministro Teori Zavascki afastou a necessidade de reconhecimento de mutação constitucional; em teoria não reconheceu a mutação;

*(...) ainda que se reconheça que a resolução do Senado permaneça tendo, como teve desde a sua origem, aptidão para conferir eficácia erga omnes às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de preceitos normativos – tese adotada com razão, pelos votos divergentes –, isso não significa que tal aptidão expansiva das decisões só ocorra quando e se houver a intervenção do Senado (...)*⁶¹

Para o Ministro Teori Zavascki, “a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomada em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X, da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional (...)⁶²”

Em outras palavras e sendo mais simplista do que o Ministro Teori Zavascki, na prática, reconheceu-se que, em alguns casos, pelo menos nos paradigmáticos, havia sim a “força expansiva” das decisões do Supremo Tribunal Federal, no que haveria efeitos *ultra partes*, ainda que sem a resolução do Senado Federal.

Assim, pela minha leitura, sob censura, ainda que não tenha se utilizado da expressão, o Ministro Teori Zavascki também reconheceu certa mutação constitucional, em muito menor medida do que o Relator, Ministro Gilmar Mendes. De toda sorte, há evidenciada preocupação do Ministro Teori Zavascki em evitar o sem número de reclamações, que poderia congestionar o Supremo Tribunal Federal. Assim, o Ministro Teori Zavascki não faz a equivalência entre força expansiva e força vinculante, a permitir o ajuizamento de reclamações⁶³. No caso concreto, no entanto, em razão da superveniência de Súmula Vinculante a respeito, o ministro Teori Zavascki deu provimento à reclamação.

⁶⁰ “Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa.” (p. 120 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335).

⁶¹ P. 150 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335.

⁶² P. 163 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335.

⁶³ “O mesmo sentido restritivo há de ser conferido à norma de competência sobre cabimento de reclamação. É que, considerando o vastíssimo elenco de decisões da Corte Suprema com eficácia expansiva, e a tendência de universalização dessa eficácia, a admissão incondicional de reclamação em caso de descumprimento de qualquer delas, transformará o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias. Em outras palavras, não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de reclamação. Por outro lado, conforme ficou decidido na Reclamação (AgRg) 16.038 (Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 22.10.2013) “o remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal”.

O Ministro Luis Roberto Barroso também reconhece a importância dos precedentes. No entanto, lembra que seria importante o respeito aos precedentes tanto de forma vertical quanto horizontal (pelo mesmo Tribunal). Não reconheceu a mutação constitucional, apesar de reconhecer que a consagração da tese, desde que pelo Poder Constituinte, traria um avanço⁶⁴. De toda sorte, considerando a superveniência de Súmula Vinculante a respeito, votou pela procedência da reclamação.

O Ministro Marco Aurélio não conheceu da reclamação e rejeitou a tese da mutação constitucional⁶⁵.

O Ministro Celso de Mello acompanhou o voto do Ministro Teori Zavaski⁶⁶.

De toda a análise dos votos, observa-se que a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal não se posicionou abertamente pelo reconhecimento de uma mutação constitucional. No entanto, muitos deixaram claro que, cada vez mais, há de se reconhecer uma força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo em casos referentes a controle difuso de constitucionalidade.

No que interessa a este estudo, verifica-se que a decisão que poderia se delinear caso prevalecesse o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, seria profundamente atípicos (pois reduziria muito o papel do Senado, contra a doutrina majoritária de então). Mais uma vez, verifica-se que, no caso brasileiro, o ativismo judicial tem muita relação com o reconhecimento de mutações constitucionais.

V. Conclusões

O ativismo judicial é fenômeno que decorre da maior judicialização das questões. O Poder Judiciário passou a se preocupar mais intensamente com a efetivação dos direitos fundamentais, proferindo decisões que esbarram em conteúdos de escolhas tipicamente políticas.

No caso brasileiro, o ativismo judicial vem sendo acompanhado de reconhecimento de mutações constitucionais e superação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Assim, sem negar a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal, é de ser mantida a sua jurisprudência, segundo a qual, em princípio, a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar." (p. 168 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335).

⁶⁴ De modo que eu acho que aqui a solução institucionalmente mais legítima é a mesma. Portanto, o Supremo acha que esse modelo deve mudar. Porém, como ele está previsto textualmente na Constituição, e nós não somos poder constituinte originário, nem tampouco derivado, eu acho que se pode doutrinariamente concitar o Congresso Nacional a agir.

Porém, penso não ser possível interpretar um Texto Constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e o constituinte seria irrelevante.

De modo que eu gosto da tese, mas vejo este obstáculo: a mutação do artigo 52, X. Eu acho até que a realidade tem impulsionado no sentido da mutação, mas nós não podemos prescindir da mudança do texto. (p. 186 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335).

⁶⁵ P. 189 e 190 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335.

⁶⁶ P. 192 e 193 do inteiro teor acórdão da Reclamação 4335.

Bibliografia

ALVES, Adalberto Robert. *A interpretação e a mutação constitucional*. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Retrospectiva 2008 - judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 18, abril/maio/junho 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 12 nov. 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 475-498.

DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana. *Interpretação e mutação constitucional*. 2008. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. 2008.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of - judicial activism. *California Law Review*, California, p. 1441-1447, Oct. 2004. Disponível em: <http://constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Ativismo judicial ou ativismo jurídico? O ativismo do poder judiciário como proposta ao passivismo do poder legislativo no Brasil. In: JORNADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2., 2012, Salvador. Brasília, DF: ESMAF, 2014. p. 221-238. (Coleção Jornada de Estudos ESMAF, 21).

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de uma acórdão controverso. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 487-526.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 333 p.

SILVA, Lucas Gonçalves da. *Mutação constitucional pela justiça constitucional: tipologia e limites*. 2009. 160 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.426 p.