

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS Nº 82.959/SP JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

CONSTITUTIONAL CHANGE AND JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS OF HABEAS CORPUS Nº 82.959/SP JUDGED BY THE FEDERAL SUPREME COURT.

Bruno Gonçalves Baloq

Thayse Caroline Anjos Santos

Alunos do curso de Direito do Centro Universitário Icesp

Resumo: Este trabalho tem como foco principal apresentar o fenômeno da Mutação Constitucional, e mostrar como em sua decorrência o ativismo judicial pode estar presente nesses processos de alterações informais da Constituição. Para tanto, abordaremos o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto ao artigo 52, X, da Constituição Federal (CF) no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959-7/SP. Sobretudo, relacionado ao controle de constitucionalidade difuso.

Palavras-chave: Mutação Constitucional, Ativismo Judicial e Habeas Corpus Nº 82.959-7/SP.

Abstract: The main focus of this work is to present the phenomenon of Constitutional Mutation, and to show how, as a result, judicial activism can be present in these processes of informal amendments to the Constitution. Therefore, we will address the understanding of the Federal Supreme Court (STF), regarding article 52, X, of the Federal Constitution (CF) in the judgment of Habeas Corpus nº 82.959-7/SP. Above all, related to diffuse constitutionality control.

Keywords: Constitutional Mutation, Judicial Activism and Habeas Corpus Nº 82.959-7/SP.

Sumário: Introdução, 1. Conceito da Mutação Constitucional, 2. Teoria da Constituição Aberta, 3. Modalidades de alteração constitucional, 3.1. Formal (Emenda Constitucional), 3.2. Informal (Mutações Constitucionais), 4. Diferença entre Mutação Constitucional e Ativismo Judicial, 5. Casos de mutação constitucional reconhecidos no Supremo Tribunal Federal, 6. O Habeas Corpus Nº 82.959-7, e a atuação do Supremo Tribunal Federal como criador judicial do direito, Considerações finais. Referencial bibliográfico.

Introdução

A mutação constitucional permite a alteração do sentido das normas constitucionais, sem que haja a alteração expressa no texto da norma. A partir daí, surge a preocupação em verificar se essa alteração se caracteriza apenas como uma mutação constitucional ou pode se tornar um ativismo judicial.

Nesse sentido, há diversos entendimentos sobre o tema, uma parte da doutrina defende, de forma contundente, que o Poder Judiciário deve ter uma atitude mais ativa e ampla em suas interpretações, garantindo agilidade aos julgamentos e adequação contextualizada das leis aos

casos reais daquele momento, ou seja, realizar a alteração da norma através da mutação constitucional, sendo a forma mais rápida do que se fosse pelo processo formal por meio de uma PEC (Proposta de Emenda Constitucional).

Entretanto, há doutrinadores que entendem que pode haver uma atuação ampla e excessiva do Poder Judiciário, caso a interpretação não seja dada conforme os limites da própria constituição. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal poderia extrapolar suas competências, usurpando a função do legislativo.

No caso do HC 82.959/SP analisado, teria ocorrido o ativismo judicial ou mutação constitucional?

Destarte, o objetivo precípua deste trabalho é demonstrar que a mutação constitucional pode ser considerada, em alguns casos, como ativismo judicial.

O artigo está organizado em seis tópicos. No primeiro tópico, será abordado o conceito da mutação constitucional, em seguida, a teoria de constituição aberta e as modalidades de alteração constitucional, quais sejam, Formal e Informal.

Posteriormente, serão apresentados os divergentes aspectos entre Mutação Constitucional e Ativismo Judicial, demonstrando os casos de mutação constitucional reconhecidos no Supremo Tribunal Federal e, por fim, o estudo de um caso prático, no qual sob viés da mutação constitucional houve uma extrapolação dos limites, configurando o ativismo judicial.

1. Mutação constitucional

Para alcançar o objetivo principal deste trabalho, no qual visa analisar as fundamentações do julgamento do Habeas Corpus 82.959-7, e entender suas peculiaridades em relação à incidência de mutação constitucional, faz-se necessário apresentar o conceito da mutação constitucional.

Para tanto, cabe esclarecer o conceito no cerne da sua origem. As normas constitucionais, bem como os direitos fundamentais são positivados por meio do Poder Constituinte Originário, de modo que a constituição promulgada é a lei máxima e o alicerce para todo o ordenamento jurídico, sendo pressuposto de validade das outras leis, dentro do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 é a carta suprema do Estado, e por sua relevância, atua como garantidora dos direitos fundamentais. A Constituição brasileira é considerada rígida, em razão da dificuldade para ser alterada, ou seja, somente de modo formal através de emenda constitucional e informal pela interpretação do seu texto. (Salomão, 2022).

É no quesito da interpretação que se origina o instituto da mutação constitucional. Segundo Gilmar Mendes (2008, p. 152), as mutações constitucionais nada mais são do que as alterações do significado das palavras, para a sua contextualização no tempo atual, produzindo leituras sempre renovadas das normas constitucionais.

Destarte, pelo que se extrai dessa definição dada por Gilmar Mendes, a mutação constitucional não é alteração física, mas sim alteração do sentido interpretativo do texto constitucional, permanecendo o texto original inalterado.

Lenza (2015, p. 168) por sua vez, entende que a mutação constitucional exterioriza o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais, ou seja, esses processos de alteração não estariam formalmente estabelecidos no texto constitucional, mas de modo informal pelo processo de interpretação.

Nesse sentido, observa-se que o papel das leis dentro da sociedade é solucionar os conflitos advindos das relações sociais, portanto, é fundamental que as normas jurídicas possam ser alteradas ao longo da evolução e mudanças sociais culturais, para que seja, a lei, adequada ao tempo contemporâneo e para que a sua aplicação seja eficaz.

Porém, a mutação não pode ser considerada como um mecanismo de alteração recorrente, mas como uma possibilidade de adaptação das normas para a realidade social.

No entanto, a mutação constitucional, diante da dificuldade estabelecer limites na extensão da sua interpretação, pode causar incertezas e insegurança dentro do ordenamento jurídico. Conforme relata Gilmar Mendes (2008,p.154), vejamos:

Por isso é que todos os juristas, e não apenas os intérpretes/aplicadores da Constituição, quando analisam os processos informais de criação do direito por via interpretativa, advertem, à partida, que uma coisa são as leituras que, mesmo novas, ainda se mantenham no espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico, e outra, bem distinta, são as criações sub-reptícias de novos preceitos, mediante interpretações que ultrapassam o sentido literal possível dos enunciados jurídicos e acabam por transformar os seus intérpretes em legisladores sem mandato.

Desse modo, é inevitável, muitas vezes, na criação judicial do direito, os intérpretes assumirem uma nítida postura legislativa, ultrapassando os limites.

2. Teoria da Constituição Aberta

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é conhecida como constituição cidadã, a qual assegura direitos e deveres a todos os brasileiros e aos que se encontram em território nacional, assim define Gilmar Mendes (2008, p.202). Porém, a sociedade está sempre evoluindo, e torna-se inevitável que uma Constituição elaborada em 1988 fique obsoleta com o passar do tempo. É nesse contexto que entra a teoria da constituição aberta.

A teoria explicativa da constituição aberta nada mais é do que uma forma da constituição continuar atual de acordo com o seu tempo, impedindo, assim, a perda de sua força normativa. Essa teoria está ligada ao fenômeno da mutação constitucional. Sendo assim, deve-se fazer uma breve análise dessa teoria, à luz dos doutrinadores Peter Häberle e Konrad Hesse.

Peter Häberle (apud Gilmar Mendes, 2008 p.07), possui uma visão mais republicana acerca da lei constitucional e de sua interpretação. Segundo ele, a interpretação constitucional deve acontecer em uma sociedade aberta e numerosa, onde todos deveriam participar, não apenas os órgãos estatais, mas todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos daquela sociedade, atingindo, só assim, a verdadeira democracia.

Segundo Peter Haberle (2014, p.27), a sociedade aberta dos intérpretes da constituição é um conceito que busca ressaltar a importância do diálogo e da participação democrática na interpretação e aplicação das normas constitucionais. Para o autor, a interpretação constitucional não deve ser vista como um monopólio de especialistas, mas sim como um processo aberto e contínuo que envolve toda a sociedade. Nesse sentido, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição representa uma visão inclusiva e participativa da democracia, em que todos têm voz e podem contribuir para a construção de uma interpretação mais justa e adequada da Constituição.

A visão de Häberle (2014, p.28) acerca do assunto combate o processualismo do Direito e do Estado, equiparando os cidadãos aos órgãos estatais, garantindo que a constituição continue servindo de instrumento ordenador, conformador e estabilizador da vida em sociedade.

Já Konrad Hesse (apud Gilmar Mendes, 2008 p.10) possui uma visão diferente acerca do assunto em tela. Para ele, mesmo que não se tenha um conceito majorativo sobre a natureza da constituição, pode-se, através de teorias conhecidas, extrair a inspiração para compreender as nuances constitucionais.

Com isso, Hesse (apud Gilmar Mendes 2008, p.10) expõe a ideia de que, agindo dessa forma, conseguiremos resolver os conflitos sociais, através da interpretação constitucional, de acordo com a evolução social.

Porém, o doutrinador alemão deixa bem claro em sua obra que, para que isso ocorra, as teorias e conceitos devem ser atuais, e não de outras épocas, caso contrário, não seríamos capazes de dar consistência para uma doutrina constitucional atual e adequada.

Nas palavras de Hesse (apud Gilmar Mendes 2008, p.11), a constituição deve ser entendida como a "*ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais*".

Tanto o entendimento de Hesse, quanto o de Heberle têm grande relevância no cenário atual do judiciário brasileiro, já que nossa Carta Magna tem mais de 30 anos, é natural que ela se torne obsoleta com o passar do tempo, fazendo-se necessário a utilização de outros meios para atualizá-la.

3. Modalidades de alteração constitucional

As modalidades de alteração constitucional são os meios pelos quais a Constituição pode ser modificada. Segundo Gilmar Mendes (2008), existem duas modalidades de alteração constitucional: formal e informal, explanadas a seguir.

3.1. Alteração formal

A modalidade de alteração formal da norma constitucional, é um tema basilar dentro do ordenando jurídico e está previsto no artigo 60 da Constituição Federal de 1988, *ex vi*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Como delimitado, essa alteração só pode ser realizada por meio de emendas constitucionais, que são mudanças específicas em determinados artigos ou dispositivos da Constituição, ou até mesmo trazer novos artigos e incisos para a Carta Magna. Essas emendas devem ser aprovadas pelo Congresso Nacional em duas votações em cada Casa, com a

aprovação de pelo menos três quintos dos membros em cada uma delas, conforme estabelece o artigo 60, §2º da Constituição Federal.

Gilmar Mendes (2008), destaca que a alteração formal da Constituição é um processo complexo e solene, que deve ser realizado com o objetivo de aperfeiçoar a ordem jurídica e as instituições políticas do país. É importante ressaltar que as emendas constitucionais não podem ser utilizadas para suprimir direitos e garantias fundamentais, alterar cláusulas pétreas ou modificar a forma federativa de Estado, conforme estabelecido no artigo 60, §4º da Constituição Federal.

Mendes (2008) enfatiza que a estabilidade da Constituição é um dos princípios fundamentais do Direito Constitucional. A estabilidade significa que a Constituição não pode ser facilmente alterada, o que garante a segurança jurídica e a previsibilidade das normas constitucionais. Dessa forma, é necessário um processo rigoroso para a alteração formal da Constituição, de modo a evitar mudanças frequentes e arbitrárias.

3.2. Alteração informal

A alteração informal da Constituição, também conhecida como mutação constitucional, enseja sua ocorrência quando uma norma constitucional é interpretada de forma a alterar seu significado original sem que haja a mudança no texto, diferentemente de uma emenda formal, que altera a matéria constitucional, descrito por Lenza (2015, p.168).

Segundo o jurista Gilmar Mendes (2008), a mutação constitucional é uma realidade inerente ao sistema constitucional moderno e decorre da necessidade de adaptação da Constituição às transformações sociais e políticas que ocorrem ao longo do tempo.

Mendes (2008) destaca que a mutação constitucional pode ocorrer de diversas formas, como por meio da interpretação constitucional pelos tribunais, pela criação de novos costumes constitucionais ou pela evolução da jurisprudência constitucional.

No entanto, o autor ressalta que a mutação constitucional não pode ser utilizada para violar os princípios fundamentais da Constituição ou para alterar o núcleo essencial de seus direitos e garantias fundamentais. Segundo o autor, isso seria uma afronta ao princípio da rigidez constitucional, que é uma das características fundamentais do Estado de Direito.

Em suma, a alteração informal da Constituição por meio da mutação constitucional é um fenômeno que faz parte da evolução do sistema constitucional e que permite a sua adaptação

às mudanças sociais e políticas. No entanto, é importante que essa mutação seja realizada dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição, de modo a preservar a sua integridade e a sua efetividade como norma fundamental do ordenamento jurídico, tutelando os direitos fundamentais.

4. Diferença entre mutação constitucional e ativismo judicial

Partindo da ideia de Hesse (2014), a via interpretativa das normas para aplicação na solução dos conflitos de uma sociedade configura-se como um modelo mais rápido que o processo formal do legislativo na criação de novas leis. Nesse contexto, ela condiz com as eminentes necessidades sociais e as expectativas em relação ao judiciário, como mais eficiente e rápida, na evolução das leis e aplicação imediata ao fato.

Ocorre que, a interpretação concebida a uma norma constitucional por meio da mutação constitucional, deveria limitar-se apenas como técnica de decisão, não se pode ampliar essa interpretação a ponto de contradizer, modificar, ou criar uma lei.

No entendimento de Gilmar Mendes (2008, p.80), esclarece que:

No âmbito esfera da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, em rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos.

Pois bem, se essa criatividade não conhece limites, estamos diante do ativismo judicial, que é a extensão da competência do poder judiciário, insurgindo na possibilidade da criação judicial do direito, de modo que, o judiciário deixa de ser o intérprete e atua como legislador.

Dito isso, é necessária uma breve digressão, acerca do modelo de tripartição de poderes adotado em nossa Carta Magna de 1988, em seu artigo 2º, que estabelece a separação entre os três poderes, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, além disso, determina que estes são independentes e harmônicos entre si.

Historicamente, a obra de Montesquieu “O espírito das Leis” de 1748, foi a chave para a ciência jurídica aderir a ideia da separação dos poderes, na concepção da limitação do poder

do Estado, de forma que os poderes deveriam ser independentes, com atribuições específicas, e em virtude da sua incompletude um poder limitaria o outro.

Nesse contexto, Lenza (2015, p.591), destaca a importância da separação dos poderes, cada qual atuando dentro da sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida, como dito alhures, quando da manifestação do poder constituinte originário. As atribuições asseguradas constitucionalmente, não poderão ser delegadas de poder para o outro, pelo prisma do princípio da indelegabilidade de atribuições. Para Barroso (2009, p.5):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Embora, a teoria do *check and balances* (freios e contrapesos) prevê a possibilidade de um poder controlar o outro poder, ou mesmo, exercer a função de outro poder de forma excepcional, tal exercício deve ser precedido de previsão constitucional. No entanto, ao exercer uma função atípica o Poder deverá respeitar a Constituição e atuar com limites.

Assim, quando o poder judiciário, passa a atuar de forma mais extensiva ao interpretar a lei, este extrapola sua competência, insurgindo no ativismo judicial, que é diametralmente o oposto da mutação constitucional, qual seja, apenas a possibilidade informal da alteração da norma constitucional, sem que haja mudança do texto, de modo que a mutação não é palpável e nem formal.

Contudo, em diversas situações, fica evidente que o judiciário tem praticado uma conduta ativista, o que será demonstrado na apresentação dos casos no próximo tópico.

5. Casos de mutação constitucional reconhecidos no Supremo Tribunal Federal

A mutação constitucional é um conceito que se refere à evolução e interpretação da Constituição ao longo do tempo, adaptando-a às necessidades e demandas da sociedade.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF), nos casos abordados a seguir, deu um novo significado ao texto constitucional, para adequação da norma ao momento atual.

Fidelidade partidária: Primeiramente, é preciso deixar claro que não existe o princípio da Fidelidade Partidária no ordenamento jurídico brasileiro. Dito isso, o STF, no julgamento do MS 20.927/DF, entendeu que não seria possível a perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária. Contudo, em 2007, o Partido Frente Liberal, foi ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), através da Consulta nº 1.398, provocando o Supremo Tribunal Federal novamente, que, dessa vez, entendeu que o mandato pertence ao Partido Político, e não ao eleito, já que os votos vão para a legenda do partido. Sendo assim, passou a ser possível a perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária. (Nejaim, 2017).

União homoafetiva: (artigo 226, §3º - Constituição Federal): Ao analisarmos a letra fria da Lei, a união estável deveria ser reconhecida apenas para casais formados entre homens e mulheres. Porém, com o passar do tempo, ficou demonstrado que a união estável entre pessoas do mesmo sexo é algo natural na sociedade moderna, o que levou o Governador do Rio de Janeiro, por meio da ADPF 132/RJ, e a Procuradora Geral da República, através do ADIN 4277/DF, a afrontar o contexto arcaico e conservador presente à época. O Supremo Tribunal Federal julgou essas ações no ano de 2011, gerando grande repercussão jurídica. A Suprema Corte entendeu que a letra da lei do artigo 226, §3º da CF/88 é primitiva e retrógrada, dando respaldo para tratamentos homofóbicos e racistas. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a norma deve ser interpretada de modo que possibilite o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos. (Nejaim, 2017).

Esses são apenas alguns exemplos de casos nos quais o Supremo Tribunal Federal promoveu a mutação constitucional. É importante ressaltar que essas interpretações e mudanças são frequentemente objeto de debates e controvérsias, pois podem afetar a divisão de poderes e a estabilidade jurídica.

No entanto, o papel do Supremo Tribunal Federal na interpretação da Constituição é fundamental para a garantia dos direitos fundamentais e a adaptação da lei às demandas sociais em constante evolução.

6. O Habeas Corpus nº 82.959-7/SP e a atuação do Supremo Tribunal Federal como criador judicial do direito

6.1. Breve histórico do caso

Trata-se do julgamento sobre a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que veda a progressão de regime para crimes hediondos.

No caso em questão, à época dos fatos, o réu, foi acusado pelo crime de atentado violento ao pudor, previsto no artigo 214, cc. artigos 224, § 1º, I, 226, III, e 71, todos do Código Penal, foi sentenciado e condenado a cumprir a pena em regime integral fechado. Em sede recurso, no Tribunal de Justiça de São Paulo, foi dado parcial provimento, reduzindo a pena para 12 anos e 3 meses, porém mantido o regime integral fechado. (HC 82.959-7/SP. 2006).

Posteriormente, foi impetrado Habeas Corpus (HC nº 23.920) perante o Superior Tribunal de Justiça, em que foi denegado, sob a fundamentação de estar de acordo com o entendimento do STF, ao qual o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, é compatível com a constituição. (HC 82.959-7/SP. 2006).

Contra a referida decisão, impetrou-se outro HC no STF, aduzindo que o crime de atentado ao pudor na forma simples, não é hediondo, e da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime da pena aos condenados por crime hediondo. Do qual passamos a analisar a decisão. (HC 82.959-7/SP. 2006).

6.2. A nova interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto ao artigo 52, X, da Constituição Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Cumprir destacar, que no julgamento em questão, o Supremo Tribunal Federal remodelou o entendimento que fora aplicado anteriormente quanto à constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, no julgamento do Habeas Corpus nº 69.657-1/SP no ano de 1992, na época entendeu pela constitucionalidade do artigo, acatando a vedação de progressão de regime para os crimes hediondos, de modo o dispositivo não feria a individualização da pena prevista no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal. Assim permaneceu o entendimento até o ano de 2006.

Note-se, *in casu*, que o Supremo Tribunal Federal contrariando a interpretação anterior, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959-7/SP declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo por ofensa ao princípio da individualização da pena, possibilitando a progressão do

regime de pena para os crimes hediondos e equiparados, e propiciando o entendimento de conceder efeitos gerais da decisão.

Para melhor compreensão dos efeitos da decisão, cumpre-se fazer brevemente a diferenciação entre Controle Difuso e Controle Concentrado. De acordo com a Luciana Russo (2013), o Controle Difuso é o entendimento que pode ser realizado por todos os juízes, mas somente quando estiverem analisando um caso concreto, nesse caso juiz, antes de analisar o mérito da ação, deverá inicialmente decidir se considera a norma constitucional ou inconstitucional, e a decisão valerá apenas para as partes no processo.

Ainda definido por Luciana Russo (2013) o Controle Concentrado, é a competência constitucional, atribuída ao STF, por meio de uma ação específica, proposta por aqueles que sejam legitimados, estabelecidos pelo art. 103 da CF/88, quais sejam o Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Para tanto, assim expõe:

A norma será analisada abstratamente, em tese, sendo o controle de sua constitucionalidade o próprio mérito da ação. A decisão, nesse caso, será aplicável para todos e vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração direta e indireta das esferas federal, estadual e municipal (não vincula a função legislativa). Dessa forma, é como se a norma fosse retirada do ordenamento jurídico, pois a partir dessa decisão não será mais aplicável para ninguém.

Nesse raciocínio, ao ser declarada a inconstitucionalidade da lei, por meio do controle difuso de constitucionalidade, determina a CF/88 em seu artigo 52, X, que compete privativamente ao senado suspender a execução, no todo ou em parte, *in verbis*:

“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;”

Lenza (2015, pg. 327) explica que a suspensão pelo Senado Federal poderá dar-se em relação a leis federais, estaduais ou mesmo municipais que forem declaradas inconstitucionais pelo STF, de modo incidental, no controle difuso de constitucionalidade.

Assevera Gilmar Mendes (2008, p.1), em palestra nos Estados Unidos, que:

O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juizes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Entretanto, o controle difuso, aplica-se ao caso concreto, os efeitos da decisão valerão somente entre as partes do processo, ou seja, dentro dos limites estabelecidos daquela lide.

Ocorre que no julgamento do caso em tela, o Ministro Gilmar Mendes (2006), em seu voto, na discussão dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade da norma, admite do efeito *erga omnes* (a decisão vale para todos), ao firmar o entendimento de que o controle judicial de constitucionalidade, poderá ser aplicado tanto no controle direto (concentrado/abstrato), quanto no controle incidental (difuso).

Destaca-se o trecho transcrito abaixo do seu voto:

Não há negar, ademais, que aceita a ideia da situação "ainda constitucional", deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento, fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o "apelo ao legislador" e a declaração de inconstitucionalidade com efeito limitados ou restritos estão muito próximos do prisma conceitual ou ontológico.

Essas considerações demonstram que razões de segurança jurídica podem revelar-se aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Noutras palavras, o Ministro entende que a decisão proferida, não deveria depender da suspensão pelo Senado Federal, atribuindo ao artigo 52, X, da Constituição Federal, uma característica de norma ultrapassada e ineficaz, quando comparada ao controle concentrado, ou seja, a decisão, ainda que no âmbito do controle difuso da lei declarada inconstitucional deveria ter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com a decisão do Supremo Tribunal Federal (publicação do Acórdão), ao contrário do que determina o dispositivo constitucional.

Essa questão, notadamente, viola o princípio da tripartição de poderes, ao deixar de aplicar a norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal passa a usurpar a competência do legislativo, caracterizado, portanto, o ativismo judicial.

Não se trata de mutação constitucional, no qual há uma mudança de interpretação do dispositivo constitucional, como em outras decisões do Supremo Tribunal Federal como, por exemplo, o caso do reconhecimento da união homoafetiva. Trata-se de tornar um artigo constitucional sem efeito ou inexistente.

Todavia, como explanado por Lenza (2015, p. 331), Gilmar Mendes, em seu estudo, entende que não há ocorrência de ativismo judicial, mas sim, mutação constitucional, vai além, afirma ser possível sem qualquer exagero, falar-se em de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico, dá-se à regra do artigo 52, X da Constituição Federal, uma nova compreensão.

Além do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau, também sustentou a tese da mutação constitucional da decisão, vejamos:

Tenho reiteradamente insistido em que a interpretação do direito é compreensão não apenas dos textos, mas também --- repito-me da realidade. Alterada a realidade social, a norma que se extrai de um mesmo texto será diversa daquela que dele seria extraída anteriormente à mudança da realidade. Daí a distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente. No primeiro caso o texto porta em si, desde o seu primeiro momento de vigência, a nódoa da inconstitucionalidade. No segundo, nasce são; mas, no correr do tempo, outra sendo a realidade, torna-se supervenientemente inconstitucional.

Essa perspectiva, contudo, se opõe, à peculiaridade do sistema do controle de constitucionalidade que prevê o efeito *erga omnes* apenas para o controle concentrado, para controle difuso como ocorre no caso debatido, os efeitos da decisão deverão ser entre as partes. Portanto, para que se tenha o efeito *erga omnes*, nesse último modelo (controle difuso), o disposto no artigo 52, X da CF, dispõe que é prerrogativa do Senado Federal, suspender a lei.

Insta salientar, que embora a decisão do Habeas Corpus nº 82.959-7/SP, tenha concedido a ordem ao impetrante, e declarado a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, naquele momento não ficou reconhecida a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal. Contudo, com base no julgamento deste Habeas Corpus, ainda que sem a edição de súmula vinculante e sem que houvesse a ratificação do Senado Federal, a Defensoria Pública da União (DPU), apresentou a Reclamação 4.335/AC, contra a decisão do Juiz de Direito do Vara de Execuções Penais, que indeferiu os pedidos de progressão de regime, cabe ressaltar, acertadamente, sob a seguinte fundamentação:

Conquanto o Plenário do Superior Tribunal Federal, em maioria apertada, (...) tenha declarado *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, por via de Habeas Corpus nº 82.959-7/SP, isto após dezesseis anos (Crimes Hediondos) dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me da melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos interpartes.

No julgamento da Reclamação, novamente os Ministros Relator Gilmar Mendes e Eros Grau, mantiveram a sustentação, da mutação constitucional, o efeito transcendente e *erga omnes* da decisão do Habeas Corpus. (HC 82.959-7/SP. 2006).

Os ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, não entenderam pela ocorrência da mutação constitucional, bem como o efeito *erga omnes*, prevalecendo a competência do Senado Federal para a suspensão da lei, por ora declarada inconstitucional. (Teraoka, 2015)

Apesar da Reclamação ter sido conhecida por maioria dos Ministros, foi mantido o entendimento que para a incidência do efeito *erga omnes* no controle difuso, ainda depende da ratificação do Senado, ou de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. (Lenza, 2015, p. 331)

Nesse ponto, é importante destacar que para atingir o efeito esperado da decisão do HC, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 26, declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, dessa forma, pela utilização da súmula vinculante se daria o efeito *erga omnes*.

Caso contrário, admitir que o Supremo Tribunal Federal possa declarar a inconstitucionalidade da lei em sede de controle difuso e não aplicar o disposto pelo artigo 52, X, da Constituição Federal, como arguido por Gilmar Mendes, é afronta direta à Constituição Federal, visto que não foi dado ao Supremo Tribunal Federal o poder de reforma.

Destarte, nos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, na mencionada Reclamação 4.335/AC, ambos entenderam que a edição de súmula vinculante, seria mais eficaz e legítimo, além de garantir a segurança jurídica. (Lenza 2015, p. 330)

Por isso, vê-se a importância de analisar o entendimento dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, em reconhecer a mutação constitucional, para anular, tornar ineficaz ou extirpar a norma constitucional, que trate sobre cláusula pétrea, sobretudo, no caso em questão, a separação dos poderes.

Deve-se deixar claro, que para alcançar a mudança pretendida do artigo 52, X da Constituição Federal, a via legalmente estabelecida é necessariamente pela reforma formal da constituição, não sendo possível pela interpretação da norma por meio da mutação constitucional.

No tocante, o Supremo Tribunal Federal em seus julgados tem atuado com tendência expansiva de suas atribuições constitucionais, utilizando o recurso da mutação constitucional como justificativa, para atuar de forma proativa. Tal cenário é preocupante por colocar em risco a força da norma constitucional, as prerrogativas do Poder Legislativo derivado reformador e a vontade do Constituinte originário.

Conclusão

A mutação constitucional é um instituto importante e utilizado de forma recorrente pelo Poder Judiciário no âmbito da hermenêutica jurídica, como restou demonstrado nos exemplos apresentados neste trabalho.

Não há como negar o fato de que por meio da mutação constitucional existe uma maior agilidade da adequação da norma à evolução da sociedade, tendo em vista, consistir na atribuição de novos sentidos ao conteúdo do texto normativo, proporcionando efetividade da lei para realidade fática.

Contudo, existem regras e limites que devem ser respeitados, nesse ponto, cabe ressaltar a Tripartição dos Poderes, sistema que está previsto na Constituição Federal de 1988, o qual delimita a competência e as funções dos três poderes, quais sejam: Legislativo, Executivo e Judiciário.

De modo que, a partir do caso estudado, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal ao deixar de cumprir a norma explícita do artigo 52, X da Constituição Federal no controle de constitucionalidade difuso, extrapola suas prerrogativas, contrariando o sistema de freios e contrapesos. Deve-se deixar claro que o Supremo Tribunal Federal, não possui competência para legislar, e quando atribui a uma norma constitucional uma interpretação que viola diretamente o que foi disposto pelo legislador constituinte, não se caracteriza a mutação constitucional.

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, por pura conveniência desconsiderar a força normativa da Constituição e a vontade do Legislador Constituinte, ponto esse, que ficou evidente nos fundamentos do julgado Habeas Corpus nº 82.959-7/SP, que além de não cumprir a regra do artigo 52, X da Constituição Federal, ainda induz o entendimento de que o Senado Federal, seria apenas um “pombo correio”, não dependeria da resolução deste, que suspende o

ato declarado inconstitucional, tão somente, daria o recado do Supremo Tribunal Federal, além disso, o Senado Federal, sequer é obrigado a suspender a lei que foi declarada inconstitucional.

Por todo o exposto, recomenda-se o fortalecimento do Sistema de Freios e Contrapesos, para que o instrumento da mutação constitucional, não se torne ativismo judicial, uma vez que gera insegurança jurídica e enfraquece as instituições.

Referencial bibliográfico

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, 2009.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de março de 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição. Ed Saraiva 2008.

MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. Ed. Saraiva. 2008.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis**. 2.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SALOMÃO, Pedro Ottoni. **Ativismo Judicial, aspectos jurídicos e conceituais**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/338446/ativismo-judicial--aspectos-juridicos-e-conceituais>>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **Mutação constitucional e ativismo judicial - Cadernos Jurídicos**. São Paulo, ano 16, nº 40, p. 115-130, abril-junho/2015.

NEJAIM, Eduardo. Três Grandes Casos de Mutação Constitucional reconhecidos no STF. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/tres-grandes-casos-de-mutacao-constitucional-reconhecidos-no-stf/>. Acesso em 08 de junho de 2023.

RUSSO, Luciana. **A diferença entre os efeitos da decisão proferida no controle difuso e no controle concentrado de constitucionalidade**. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-diferenca-entre-os-efeitos-da-decisao-proferida-no-controle-difuso-e-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade/112019691>>. Acesso em 12/07/2023.