

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SARAH CAROLINE SIQUEIRA CABRAL NAISER DE MOURA

**O JULGAMENTO DA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL N.º 937 PELO
STF: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU ATIVISMO JUDICIAL?**

BRASÍLIA

2021

SARAH CAROLINE SIQUEIRA CABRAL NAISER DE MOURA

**O JULGAMENTO DA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL N.º 937 PELO
STF: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU ATIVISMO JUDICIAL?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis.

BRASÍLIA

2021

SARAH CAROLINE SIQUEIRA CABRAL NAISER DE MOURA

**O JULGAMENTO DA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL N.º 937 PELO
STF: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU ATIVISMO JUDICIAL?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP.

Brasília, 21 de junho de 2021.

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Professor Orientador

Prof.^a Dra. Ana Carolina Cavalcanti De Albuquerque
Membro da Banca Examinadora

Prof. Me. Fernando Natal Batista
Membro da Banca Examinadora

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a decisão da Questão de Ordem na Ação Penal N.º 937, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer ou não a presença dos fenômenos da mutação constitucional e do ativismo judicial. Para tanto, realizou-se análise sobre o conceito da mutação constitucional e suas diversas formulações ao longo do tempo, além de explicitar breve panorama na doutrina nacional acerca do tema. Ademais, avaliou-se a possibilidade de se estabelecer um limite para o fenômeno. No que concerne ao ativismo judicial, analisou-se produção acadêmica estrangeira e brasileira com vistas a se aproximar do conceito, passando pela origem histórica do fenômeno, sua definição por parte da doutrina brasileira e as principais críticas que permeiam o tema. Por fim, no que tange à decisão judicial objeto deste trabalho, se resumiu o caso concreto e os principais argumentos do juiz relator da ação. Conclui-se que há mutação constitucional no caso em apreço.

Palavras-chaves: Mutação Constitucional. Ativismo Judicial. Foro por Prerrogativa de Função. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study aims to analyze the decision on the Criminal Proceeding No. 937, judged by the Federal Supreme Court, in order to recognize or not the presence of the phenomena of constitutional mutation and judicial activism. To this end, it was conducted an analysis of the concept of constitutional mutation and its various formulations over time and explained a brief overview of the national doctrine on the subject. Moreover, the possibility of establishing a limit for the phenomenon was evaluated. Regarding judicial activism, foreign and Brazilian academic production was analyzed in order to approach the concept, going through the historical origin of the phenomenon, its definition by the Brazilian doctrine and the main criticisms that permeate the theme. Finally, regarding the judicial decision that is the object of this work, the concrete case and the main arguments of the reporting judge were summarized. It is concluded that there is constitutional mutation in the case.

Keywords: Constitutional mutation. Judicial Activism. Privileged Jurisdiction. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. RETOMANDO O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	8
1.1 A mutação constitucional.....	9
1.1.1 O início na Escola Publicista Alemã.....	9
1.1.2 A mutação como parte de um conceito complexo de Constituição.....	11
1.1.3 Uma tentativa de sistematização das mudanças informais.....	13
1.1.4 Breve panorama do conceito na doutrina pátria.....	15
1.2 O problema dos limites das mutações constitucionais.....	18
2. NOTAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	21
2.1 Noções e características.....	21
2.2 Contexto brasileiro.....	25
2.3 Críticas à postura ativista.....	27
3. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO STF: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU ATIVISMO JUDICIAL?.....	30
3.1 Breve panorama do foro por prerrogativa de função na história constitucional brasileira.....	30
3.2 A Questão de Ordem na Ação Penal N.º 937.....	35
3.3 Visão crítica: uma autêntica mutação constitucional?.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

A presente monografia surge da inquietação a respeito de dois fenômenos que estão cada vez mais presentes nas decisões do Supremo Tribunal Federal: a mutação constitucional e o ativismo judicial. A fim de compreender melhor os conceitos e limites envolvidos e estabelecer uma ligação entre ambos no exame de um caso concreto. Nesse sentir, a metodologia utilizada consiste no eixo dogmático e instrumental aplicado na revisão dos conceitos atribuídos por diversos autores nacionais e estrangeiros e no estudo de caso sobre a Questão de Ordem na Ação Penal N.º 937. A esse respeito, optou-se pelo estudo de caso porque a técnica dá maior autonomia a construção narrativa e estrutura de exposição do problema.¹

Quanto ao caso selecionado, a escolha se deu com base no critério da originalidade, tendo em vista que, durante a pesquisa bibliográfica, não foi encontrado trabalho que examinasse a ocorrência da mutação constitucional na restrição do foro por prerrogativa de função.

A análise se mostra relevante na medida em que o fenômeno da mutação têm sido evocado para motivar ações da Corte Constitucional que podem ser interpretadas também como posturas ativistas. Nesse diapasão, a escolha de caso específico concreto permite analisar a aplicação do arcabouço teórico que envolve o fenômeno, suas intersecções e incongruências.

De início, registra-se que o trabalho não tem a ambição de alcançar a solução jurídica definitiva sobre o que se propõe a analisar e, tampouco, delimitar precisamente os fenômenos do ativismo e da mutação constitucional, pela razão evidente de que tais façanhas envolveriam investigação demasiadamente complexa e conhecimento muita mais aprofundado. Contudo, objetiva-se examinar a ocorrência de ativismo e mutação em ação específica. Desse modo, a pergunta que norteia o trabalho é: em que medida a decisão do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal N. 937 representou, de fato, uma mutação constitucional?

O processo de interpretação e eventual mutação promovida pelo Poder Judiciário pode acarretar diversos problemas. Considerando que, quando se concebe o poder de uma Corte Constitucional em, por meio de interpretação restritiva ou ampliativa, alterar o sentido, amplitude e significado da Constituição Federal, não é difícil cogitar também que o Supremo Tribunal Federal possa se exceder. Portanto, como hipótese, investiga-se a presença de uma

¹FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. **Univ. Jus**, Brasília, v. 0, n. 21, p. 1-17, jul. 2010, pág. 2. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4318159/mod_resource/content/1/metodologia%20de%20analise%20de%20deciso.es.pdf. Acesso em: 19 maio 2020.

mutação inconstitucional levada a cabo por meio do exercício ativista dos juízes da Corte Constitucional.

Para tanto, o capítulo 1º desta monografia se presta em conceituar a mutação constitucional, observar o que fora produzido na doutrina brasileira a respeito do tema e abordar o problema dos limites para as mudanças informais. Assim, realiza-se a revisão de importantes conceitos elaborados pelos primeiros juristas e pensadores que se ocuparam da descrição do fenômeno para, em seguida, observar que a doutrina brasileira em muito se inspirou neles e, ao final do capítulo, tentar estabelecer o que seria uma mutação inconstitucional. Desse modo, embasa-se doutrinariamente a análise levada a cabo no último capítulo.

No capítulo 2º, objetiva-se analisar o ativismo judicial, de maneira a compreender sua origem, sua interpretação e suas dimensões, assim como a relação que a postura tem com a ocorrência da mutação (in)constitucional. Em um segundo momento, surge também a necessidade de examinar diferenças fundamentais entre os sistemas de *civil law* e *common law* (onde teria surgido o ativismo) que importam para a caracterização brasileira do ativismo, notadamente mais voltada para o problema da invasão de competências e o Princípio da Separação de Poderes. Ademais, se verifica, por meio de categorias abrangentes, quais são as principais críticas voltadas ao ativismo.

Por fim, o capítulo 3º desta monografia se presta a analisar o foro por prerrogativa de função e a Questão de Ordem na Ação Penal N.º 937. Para tanto, faz-se breve panorama histórico constitucional que verifica o aumento, ao longo do tempo, das autoridades abrangidas pela prerrogativa. Além de explicitar o caso concreto que levou ao julgamento da aludida questão de ordem e analisar criticamente a decisão.

1. RETOMANDO O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

“Não se pode entrar duas vezes no mesmo rio. Dispersa-se e se junta novamente, aproxima-se e se distancia.”² A frase é atribuída à Heráclito de Éfeso, filósofo pré-socrático representante da corrente de pensamento conhecida na Filosofia como “mobilismo”. Segundo tal corrente, o movimento é a questão mais básica para o entendimento do mundo real. A realidade em Heráclito é profundamente dinâmica, encontrando a unidade na multiplicidade.

É fato que nossa sociedade, assim como a filosofia mobilista, é baseada em fatores como dinamicidade e multiplicidade. Um texto que se proponha a expressar os valores condensados nos direitos e liberdades dos indivíduos e as diretrizes básicas de como deve funcionar o Estado também precisará se modificar, dado que nossos valores e o próprio Estado também obedecem ao *panta rei* heraclitiano.

Ocorre que, modificações exageradas e constantes podem depor contra a pretensão de permanência do texto constitucional e gerar insegurança quanto aos seus valores e ditames. Há um problema de colisão, apenas aparente, entre o aspecto dinâmico e estático. Aparente porque a Constituição precisa refletir ambos, ela precisa ser a tradução do que há no presente sem deixar de influir ela própria na construção do futuro.

Há ainda outra aparente dicotomia, entre o elemento fático e o elemento normativo. Neste ponto, a boa doutrina nos ensina que ambos devem ser considerados em sua relação, em seu inseparável contexto e em seu condicionamento recíproco. Um estudo isolado que leve em conta apenas o elemento normativo ou o elemento fático não responde adequadamente a questão da influência das forças políticas e sociais e a força do Direito na dominância da vida do Estado.³

Entre as tensões descritas aparece um fenômeno denominado por boa parte da doutrina como mutação constitucional. Ao estudo do tema — levando em consideração a sua evolução ao longo da história, os principais autores da doutrina clássica, a abordagem ainda tímida na doutrina brasileira e o problema da limitação das mudanças informais — se dedica este primeiro capítulo.

A função é expor os conceitos e premissas básicos, especialmente abstratos, que permitirão, em outro momento, a análise específica de caso concreto. Pois assim é o Direito, abstrato e concreto, dinâmico e estático, factual e normativo.

²MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, pág. 17.

³HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, pág. 13.

1.1 A mutação constitucional

Segundo Karl Loewenstein, “cada Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida e submetida a uma realidade que jamais pode ser captada por meio de fórmulas fixas.”⁴ Em decorrência da realidade cambiante, a Constituição enfrenta processos de mudança formais e informais, os quais são conhecidos pela doutrina, respectivamente, como reforma constitucional e mutação constitucional.

É importante pontuar que não há uniformidade quanto a terminologia utilizada para se referir as mutações constitucionais. Conforme assevera Uadi Lamego Bulos, há quem utilize vicissitude constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa, transição constitucional, processos de fato, mudança material, processos oblíquos, processos indiretos, processos não formais, processos informais. Contudo, o uso de uma ou outra expressão alcança o mesmo resultado.⁵ No presente trabalho, optou-se por se referir ao fenômeno utilizando a expressão “mutação constitucional”, ou ainda de forma mais genérica “processos informais de mudança” embora se acredite que a terminologia é questão menos importante que não interfere na análise do objeto.

1.1.1 O início na Escola Publicista Alemã

O tema das mutações constitucionais começou a ser estudado em finais do século XIX e princípios do XX, por autores representantes da Escola alemã de Direito Público. Dois deles, Paul Laband e Jellinek estudaram o fenômeno a partir da Constituição do Império Alemão de 1871, carta essa que carregava problemáticas peculiares devido ao contexto histórico em que vigorou. Sabe-se que a Constituição do Império Alemão chegou depois de diversas tentativas de unificação alemã, com o fim da Guerra Franco-Prussiana.⁶ Ocorre que, o novo ordenamento se sobrepunha as confederações anteriores e o regime organizativo de cada um dos estados membros. Em diversos casos, não houve uma adaptação dos ordenamentos particulares ao ordenamento do Império.⁷ Fator que criava incerteza a respeito da sistematicidade do

⁴LOEWESTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, pág. 164.

⁵BULOS, Uadi Lamego. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan. 1996, pág. 28. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>. Acesso em: 12 abril 2020.

⁶URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. **Revista española de derecho constitucional**, v. 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr., 2000, pág. 106.

⁷JELLINEK, Georg. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (1906), trad. De Christian Föster: *Reforma y Mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 9-10. Apud URRUTIA,

ordenamento jurídico da época.⁸

Nesse contexto, Paul Laband descreve como a Constituição Bismarckiana é transformada sem que se acionem os mecanismos da reforma constitucional. Segundo ele, as transformações na Constituição podem se dar por meio de três vias diferentes: (I) regulação por parte das leis do *Reich* de elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de forma colateral, (II) modificação de elementos centrais do Estado por meio de leis do *Reich* que contradizem o conteúdo da Constituição e (III) alteração de elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos poderes públicos.⁹ É possível notar na caracterização do doutrinador um dos primeiros atributos dos processos informais de mudança da Constituição, como o próprio nome já propugna, são alterações realizadas por meio de vias informais, distintas daquelas promovidas pelo poder constituinte de reforma.

Outro doutrinador alemão que também se dedicou ao estudo das mutações foi Georg Jellinek. Um dos aspectos importantes de sua obra sobre a temática ora tratada é a introdução da intencionalidade como critério para distinguir a mutação da reforma constitucional:

Por reforma de la Constitución entendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntárias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.¹⁰

Novamente, se vê a indicação da informalidade da mutação, da não modificação do texto da Lei Maior, em contraposição ao processo guiado por ações voluntárias e intencionais que desembocaria na reforma do texto com base em critérios preestabelecidos. Em relação a concepção abordada anteriormente, o conceito de Jellinek inova ao trazer o aspecto da não intencionalidade de promover tal mutação.

Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. **Revista española de derecho constitucional**, v. 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr., 2000, pág. 107.

⁸URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., pág. 107.

⁹LABAND, Paul. Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung, publicado en el Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresen, 1895, págs. 149-186. Se citará por su reimpresión en Laband: Abhandlungen und Rezensionen, vol. 1, Leipzig, 1980, págs. 574-611. Apud URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. **Revista española de derecho constitucional**, v. 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr., 2000, pág. 108.

¹⁰JELLINEK, Georg. Verfassungsänderung und Verfassungswandlung (1906), trad. De Christian Förster: Reforma y Mutación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 7. Apud VECCHI, Cristiano Brandão. **A mutação constitucional: uma abordagem alemã**. 2005. 148 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, pág. 57. Em tradução livre: Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionais. E por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa incólume seu texto sem alterá-lo formalmente que se produz por fatos que não precisam ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação.

Quanto aos tipos de transformação, o autor sustenta que as leis constitucionais podem ser reformadas como as leis ordinárias, de três maneiras: (I) podem ser ab-rogadas; (II) podem receber outro texto; (III) ou podem substituir-se por leis posteriores. No primeiro caso, a Lei Maior é revogada totalmente. A segunda maneira pressupõe uma revisão parcial da Constituição. O terceiro caso se refere às chamadas reformas constitucionais tácitas (materiais), nas quais as novas leis constitucionais derrogam a parte original que não seja compatível com elas.¹¹

Segundo Urrutia, Jellinek é pouco sistemático na descrição do fenômeno, recorrendo de forma pouco ordenada a dados sobre as mudanças informais da Constituição de sua época. Desse modo, faz referência ao processo por meio da prática parlamentar, administrativa e jurisdicional, necessidade política, prática convencional, desuso de faculdades estatais, lacunas e integração.¹²

1.1.2 A mutação como parte de um conceito complexo de Constituição

Avançando um pouco mais historicamente, é necessário apontar as contribuições da doutrina constitucional produzida na época da Constituição de Weimar (1919). Nesse ponto, Rudolf Smend e Herman Heller convertem o conceito de mutação elaborado por Laband, e posteriormente desenvolvido por Jellinek, em elemento da Teoria da Constituição.¹³

Para entender em que momento o conceito de mutação se encaixa no estudo de Heller e Smend é necessário, primeiramente, entender como os autores interpretam a própria Carta Constitucional. Em Heller, parte-se de uma ideia de Constituição como organização material do Estado:

*Entendemos por organización la acción concreta de dar forma a la cooperación de los individuos y grupos que participan una el todo, mediante la supra-, sub- y co-ordinación de ellos. La constitución de un Estado coincide con su organización em cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y sólo ella. Ambas se refieren a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana.*¹⁴

¹¹JELLINEK, Georg. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (1906), trad. De Christian Förster: *Reforma y Mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 7. Apud VECCHI, Cristiano Brandão. **A mutação constitucional: uma abordagem alemã**. 2005. 148 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, pág. 58.

¹²URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Op. Cit.*, pág. 111.

¹³*Ibid.*, pág. 63.

¹⁴HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. 1ª edição eletrônica. México: FCE, 2015. Tradução de Luis Tobio. Em tradução livre: Entendemos por organização a ação concreta de dar forma a cooperação dos indivíduos e grupos

Heller se aproxima de Lassale ao dizer que a Constituição é determinada pelos fatores reais de poder que existem em um país.¹⁵ No entanto, ainda para Heller, essas relações reais de poder estão em constante movimento e mudam a cada momento, sem gerar caos, formam como organização e Constituição, a unidade e a ordenação do Estado.¹⁶

No esquema conceitual de Heller é impossível considerar isoladamente os elementos estático e dinâmico, assim como é impossível dissociar o que ele chama de Constituição não regulamentada e a regulamentada. Esta, ainda subdividida entre a regulamentada extrajudicialmente e a regulamentada juridicamente.¹⁷ Nos termos desse esquema, a norma constitucional pode se transformar de maneiras distintas: por meio da mudança do conteúdo dos princípios constitucionais e princípios gerais do Direito ou como consequência de mutação constitucional que supõe a superação dos elementos normatizados pela normalidade.¹⁸

Ainda em Heller, a normatividade está tentando constantemente se adequar a normalidade. Entretanto, pode ocorrer que a normalidade não consiga se adequar a normatividade, ou ainda se apresente contrária a ela. A normatividade pode perder sua capacidade normalizadora e a realidade não normatizada pode se revelar mais forte do que a norma estatal.¹⁹

Smend também realizou contribuições importantes à teoria material da Constituição, introduzindo um novo método em substituição a uma análise meramente jurídica. Sua obra funda a teoria científico-espiritual da Constituição e mudança constitucional, que veio a ter fortes reflexos sobre a teoria de Hsu Dau-Lin²⁰, autor que estudou as mudanças informais de forma sistemática.

Para Smend, a integração é o núcleo essencial da dinâmica do Estado que consiste na constante renovação de um número de suas manifestações. Essa integração, por sua vez, segue modelos estruturais distintos, são eles: integração pessoal, integração funcional e integração material. A integração pessoal é o processo determinado pelo líder, a burocracia política ou as

que participam no todo, mediante a supra, sub e coordenação deles. A constituição de um Estado coincide com sua organização na medida em que essa significa a constituição produzida mediante atividade humana consciente e somente ela. Ambas se referem a forma ou estrutura de uma situação política real que se renova constantemente mediante atos de vontade humana.

¹⁵LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Tradução de Walter Stonner.

¹⁶HELLER, Hermann. Op. Cit.

¹⁷HELLER, Hermann. Op. Cit.

¹⁸URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., pág. 117.

¹⁹URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., pág. 118.

²⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 178.

elites políticas. A integração funcional é formada pelas formas de vida que tendem a criar sentido coletivo. Já a integração material se refere as teorias dos elementos do Estado em seu conteúdo simbólico, por exemplo, o território e a história comum daquele povo. Toda dinâmica estatal faz parte de um sistema de integração.²¹

No que se refere a essência da Constituição, Bonavides explica a forte crítica de Smend a teoria predominante dos positivistas, dentre eles Jellinek, que consideravam a Constituição uma pluralidade de preceitos jurídicos sobre órgãos superiores do Estado, sua formação, relações e competências, assim como a posição do indivíduo perante o Estado. Por outro lado, o decisionismo de Smith também não é aceito por Smend, por considerá-lo carente de perspectiva para o exame do aspecto dinâmico da sociedade estatal.²²

Para Smend, a Constituição é fim em si mesmo, complexa, personificação do processo de integração estatal. É ordem jurídica ao mesmo tempo em que é dinâmica total na qual a vida do Estado se desenvolve. Por outro lado, como norma, a Constituição é barreira de contenção para as forças reais de poder. No entanto, esclarece que é impossível abranger todos os aspectos da vida estatal, por essa razão, a dinamicidade do Estado gera sempre situações novas não previstas constitucionalmente.²³ Uma vez que esse conceito se volta para a totalidade do Estado e sua função integrativa e não a particularidades, Smend pensa que isso permite uma interpretação constitucional mais flexível e permissiva. Para Bonavides, um dos merecimentos da teoria científico-espiritual é justamente ter alargado essas possibilidades interpretativas da Constituição, preconizando uma metodologia mais política do que propriamente jurídica.²⁴

1.1.3 Uma tentativa de sistematização das mudanças informais

Sob a orientação de Smend, Hsu Dau-Lin realizou o que é considerado o estudo mais completo e sistematizado acerca das mudanças informais. Diferente daqueles que incorporam a mutação a um conceito complexo de Constituição (Smend e Heller), ou ainda, os que observam a incongruência entre realidade e norma com perplexidade (Jellinek e Laband), o jurista asiático se voltou para a mutação em si, inclusive delimitando, entre as mutações constitucionais formais o que ele chamou de mutações constitucionais materiais, que distorcem

²¹SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*, (1928). Trad. de José M.^a Beneyto Pérez: *Constitución y Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 78. Apud URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución*. **Revista española de derecho constitucional**, v. 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr., 2000, pág. 120.

²²BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., pág. 178.

²³URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., pág. 122.

²⁴BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., pág. 180.

e interrompem o processo de realização constitucional.²⁵

Urrutia explica que, para definir e estudar as mudanças informais, Hsu Dau-Lin observa primeiramente a relação entre a norma constitucional e a realidade. Quando tal relação é congruente, há duas possibilidades: ou a realidade segue a norma ou a norma constitucional segue a realidade (o que ocorre na reforma constitucional). Por outro lado, quando a relação é incongruente, há dissociação entre norma e realidade. Essa é a caracterização da mutação para o autor, uma incongruência entre norma e realidade. Nesta perspectiva, de acordo com tal relação, podem existir quatro tipos de mutação: (I) mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita, (II) mutação por impossibilidade do exercício de determinada atribuição descrita na Constituição, (III) em razão de prática que contraria o texto constitucional e (IV) mutação mediante interpretação da Constituição.²⁶

No tipo (I), uma norma constitucional não deixa de ser observada, mas surgem relações jurídicas imprevistas ou não reguladas na Constituição. Para Hsu, a questão que se coloca aqui é se essa situação se deve a existência de uma lacuna constitucional. Entretanto, Urrutia explica que Hsu Dau-Lin partilha da concepção smendiana da Constituição como unidade espiritual, regulação do Estado enquanto totalidade, portanto, é impossível inferir uma lacuna constitucional dessa concepção.²⁷

Quanto ao tipo (II), a mutação pode ser causada pela impossibilidade de exercer uma atribuição, em muitos casos superveniente. Os direitos atribuídos pelo texto constitucional a certos sujeitos se perdem ante a impossibilidade de exercê-los e esses artigos da Constituição já não correspondem à realidade jurídica. À conta disso, ele questiona se pode ser antijurídica ou inconstitucional a aplicação de uma norma obsoleta, respondendo afirmativamente.²⁸

No tipo (III), a mudança informal pode ser causada em virtude de prática estatal que contraria a letra da Constituição, seja pelo que Hsu chama de “revisão material”, ou por meio da legislação ordinária. Urrutia explica que “as revisões materiais da Constituição são definidas como leis aprovadas pelo procedimento de revisão, mas que não modificam o texto literal da Constituição.²⁹” A questão doutrinária consistia em definir exatamente o que era uma revisão constitucional e se ela necessariamente seria acompanhada por expressa substituição do texto constitucional.

No que concerne a mutação mediante interpretação da Constituição (IV), Adriano

²⁵URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., pág. 126.

²⁶URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., pág. 126.

²⁷URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., pág. 127.

²⁸URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., pág. 128.

²⁹URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Op. Cit., pág. 128.

Santana Pedra, ao citar o trabalho de Hsu Dau-Lin, explica que ela ocorre quando os preceitos constitucionais são interpretados segundo considerações e necessidades que se modificam ao longo do tempo, sem atender ao texto fixo da Constituição, ou sem que se considere o sentido originário atribuído as normas constitucionais em questão.³⁰

1.1.4 Breve panorama do conceito na doutrina pátria

Especula-se que o tema das mudanças informais tenha chegado ao Brasil por meio do autor francês Georges Vedel, orientador do doutorado de Manoel Gonçalves Ferreira Filho na Universidade de Paris. Posteriormente, Ferreira Filho se tornou professor titular na Universidade de São Paulo, onde foi orientador de Anna Cândida da Cunha Ferraz, autora do trabalho mais aprofundado sobre o tema no Brasil.³¹

Em “Processos Informais de Mudança da Constituição”, tese de doutorado inicialmente publicada em 1986, Anna Cândida expõe seu estudo dividindo-o entre capítulos que representam as formas como se dão as mudanças informais, na interpretação constitucional legislativa, judicial e administrativa. A autora também dedica capítulos ao estudo do costume constitucional enquanto processo de mutação constitucional e, por fim, trabalha a ideia das mutações inconstitucionais, ponto controverso em boa parte da doutrina.

Para a autora, a mutação constitucional é aquela transformação que, em síntese, “altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito.”³² Como contraponto, os “processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais.”³³

Em 1992, Raul Machado Horta publica artigo denominado “Permanência e mudança na Constituição”, onde trata da mutação constitucional de forma tangencial, como espécie da mudança constitucional, tal mudança “se propõe, via de regra, a introduzir aperfeiçoamentos e

³⁰PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização**. 2009. 332 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, pág. 133. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8668>. Acesso em: 10 fevereiro 2021.

³¹SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo - RS, v. 07, n. 1, p. 80-91, jan. 2015, pág. 86. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.08/4550>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2021.

³²FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015. pág. 10.

³³Ibid., pág. 10.

correções no texto constitucional. Opera no rumo da evolução.³⁴”

No artigo, Horta reflete sobre a intangibilidade da Constituição na história da Teoria Constitucional, trabalha o chamado “sentimento constitucional” – tema clássico antes explorado por Pablo Lucas Verdú, aborda os conceitos de reforma, emenda e revisão e como cada uma pode receber tratamento diferenciado, a depender do país e da história constitucional de cada um.³⁵

Um pouco mais adiante, em 1996, Uadi Lamego Bulos escreve artigo intitulado “Da Reforma à mutação constitucional”. No trabalho, o estudioso explicita seu conceito de mutação constitucional:

Assim, denomina-se mutação constitucional, o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.³⁶

O conceito, influenciado pela doutrina clássica acerca das mudanças informais, apresenta características recorrentes, já tratadas nas primeiras páginas da presente monografia, como a informalidade da mudança e a indicação de diversas “modalidades”.

Ademais, Bulos faz uma reflexão interessante sobre os elementos dinâmico e estático da Constituição, acreditando em um equilíbrio imperioso entre os dois, de forma que um não exclua o outro: “o elemento estático, por sua vez, também não exclui mudanças, pois a sua análise opera-se em consonância com o dinamismo do ordenamento jurídico, exteriorizado pela síntese dialética das forças de transformação da sociedade.³⁷” Nessa perspectiva, Bulos explica que as normas constitucionais possuem uma “inalterabilidade relativa”, uma vez que podem sofrer alterações, independentemente das formalidades oriundas do princípio da rigidez.³⁸

Um ano depois, em 1997, Bulos publica livro denominado “mutação constitucional”. Na obra, o autor faz uma análise profunda do tema, começando pela explicação do poder constituinte e seus limites jurídicos e extrajurídicos, pormenorizando a natureza, as características e as modalidades das mutações e analisando o fenômeno e sua relação com a

³⁴HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro – RJ, v. 188, p.14-35, abr./jun. 1992, pág. 12. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45104>. Acesso em: 12 fevereiro 2021.

³⁵Ibid., pág. 9.

³⁶BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit., pág. 27.

³⁷BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit., pág. 26.

³⁸BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit., pág. 26.

interpretação, as práticas e construções constitucionais.³⁹

Avançando, em 2004, Gilmar Mendes publica o artigo “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. Na obra⁴⁰, Mendes explica como a ampliação do sistema concentrado, com a consequente multiplicação das decisões dotadas de eficácia geral acabou por transformar nossa concepção sobre a divisão de poderes, tornando comum as decisões com eficácia geral.

Com a reformulação do controle de constitucionalidade brasileiro, a ênfase passou a residir nas ações abstratas em detrimento do controle difuso. Dessa forma, foi inevitável que se fizessem reinterpretações de institutos vinculados ao sistema difuso, como a competência do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF. Nesse sentido, Mendes aponta o que chama de “autêntica mutação”, ocorrida no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988. A nova compreensão levou a uma reforma sem expressa modificação textual.⁴¹

É igualmente relevante o trabalho de Gilmar Mendes na tradução de importantes obras, como “A força normativa da Constituição”, de Konrad Hesse e “Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, escrito pelo jurista alemão Peter Häberle.

Adiante, em 2009, Luís Roberto Barroso dedica um capítulo de sua obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”, ao tema das mutações. Nas palavras do doutrinador:

É possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.⁴²

Barroso assevera que a mutação pode decorrer de uma mudança no plano fático ou uma nova percepção do plano normativo, ao falar em releitura do que deve ser considerado ético ou

³⁹BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁴⁰MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília – DF, v 41, n 162, p. 149-168, abr./jun. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 13 fevereiro 2021.

⁴¹MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., pág. 165.

⁴²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, pág. 149.

justo, aponta para um conteúdo exacerbadamente abstrato, tendo em vista a óbvia dificuldade do que pode ser considerado ético ou justo. A questão do “lastro democrático” também se revela interessante, trazendo uma perspectiva nova para a caracterização das mudanças informais.

Embora outros autores tenham escrito sobre a temática no Brasil, a intenção não é analisar pormenorizadamente todas as obras, e sim demonstrar como os autores brasileiros bebem da fonte da doutrina clássica para produzir suas próprias concepções quanto as mudanças informais.

1.2 O problema dos limites das mutações constitucionais

Há quem diga ser impossível estabelecer limites para as mudanças informais da Constituição. Bulos assevera que “não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis (...).⁴³” Diante disso, explica que a única limitação possível é de natureza subjetiva e corresponde a consciência do intérprete, conseqüentemente, o único limite estaria por conta da ponderação dos juízes ao adequarem a Lei Máxima à realidade cambiante.⁴⁴

Por outro lado, há quem diga ser possível estabelecer limites. Barroso entende que ultrapassar os limites da mutação constitucional é violar o poder constituinte e, em última análise, a própria soberania popular. Nesse sentido, o doutrinador coloca como limites (i) as possibilidades semânticas do relato da norma, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado e (ii) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela Constituição⁴⁵.

Konrad Hesse, em seu livro “Temas Fundamentais de Direito Constitucional”, aponta a importância em se estabelecer limites para o fenômeno, uma vez que o Tribunal Constitucional precisa de parâmetros mais claros porque “quando faltam tais parâmetros, então já não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais, (...) a afirmação da existência de uma mutação constitucional não se pode provar nem refutar⁴⁶.” É aí onde reside o problema, quando qualquer coisa pode ser chamada de mutação esvazia-se o conteúdo do fenômeno e aumenta-se

⁴³BULOS, Uadi Lamego. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan. 1996, pág. 43. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>. Acesso em: 12 abril 2020.

⁴⁴Ibid., pág. 43.

⁴⁵BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 128.

⁴⁶HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 278. Tradução e seleção de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho.

a elasticidade interpretativa de forma desproporcional.

Na busca de critérios e parâmetros claros, Hesse discute a pouca relevância dispensada à questão dos limites, principalmente na doutrina mais clássica. Para ele, nenhuma concepção anterior parece desenvolver parâmetros precisos que excluam a possibilidade de “atravessar” a Constituição invocando a presença de uma mudança informal.⁴⁷

A estrita separação entre realidade e norma nas teorias de Laband e Jellinek conduziu a um enfraquecimento da força normativa da Constituição⁴⁸, uma espécie de subordinação do normativo diante da força dos fatos. Já na concepção de Hsu Dau-Lin, a realidade política se tornou parte da Constituição sob as “necessidades vitais do Estado”, criando uma simplificadora conexão entre o fático e o normativo. Por fim, ainda segundo Hesse, apenas os estudos de Heller evitaram essa subordinação do normativo, no entanto, não se conseguiu uma nítida determinação de limites.⁴⁹

Após criticar as concepções anteriores e suas falhas com relação aos limites, Hesse aponta para o que seria o início do deslinde do problema:

A mutação constitucional com seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração “no interior” da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição, cuja “mutação” em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação correlativa entre normalidade e normatividade. Isso militaria em favor de um ponto de partida semelhante aos de Smend e Hsu Dau-Lin, porém a incorporação da realidade à norma exige maior clareza e diferenciação. Estas são possíveis a partir dos recentes trabalhos de F. Muller sobre a estrutura das normas constitucionais.⁵⁰

Esse ponto de partida de Hesse se distancia bastante dos trabalhos de Laband e Jellinek que vislumbravam a mutação como um processo exógeno a própria Constituição, uma transformação que se deu na realidade dos fatos e que foi suficiente para mudar, atualizar, sobrepujar o normativo. Para o doutrinador, é preciso enxergar essa alteração de forma endógena, a mudança se dá no próprio interior da norma constitucional.

⁴⁷HESSE, Konrad. Op. Cit., pág. 302.

⁴⁸A força normativa da Constituição é uma teoria desenvolvida no livro de mesmo nome, escrito por Konrad Hesse. Ao criticar o pensamento lassaleano, Hesse acredita que a Constituição não é apenas um pedaço de papel e que existem pressupostos realizáveis que permitem assegurar sua força normativa. Assim sendo, a conversão das questões jurídicas em questões de poder apenas há de ocorrer quando os pressupostos não puderem ser satisfeitos. Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

⁴⁹HESSE, Konrad. Op. Cit., pág. 302.

⁵⁰HESSE, Konrad. Op. Cit., pág. 303.

Para explicar essa mudança endógena, é preciso voltar um passo e questionar sobre a própria formação da norma constitucional, ela pode considerar a realidade como parte integrante? Nesse ponto, Hesse se utiliza dos trabalhos de Friedrich Müller, que segundo ele teriam explicações mais claras sobre a incorporação da realidade à norma.⁵¹

A partir do estudo de Hesse, percebe-se que Müller acredita na impossibilidade do isolamento entre “norma” e “realidade”, pelo contrário, a realidade em suas circunstâncias (o âmbito normativo), as quais são afetadas pelo mandato da norma (o programa normativo), é parte constitutiva da norma mesma. A partir disso, o Direito Constitucional abarca o pedaço da realidade social pressuposto, recepcionado ou produzido por suas normas diferentes.⁵²

Hesse continua, explica que “se a norma abarca os dados da realidade afetados pelo programa normativo como parte material integrante da mesma, o âmbito normativo e as modificações deste último devem levar a uma alteração do conteúdo da norma.⁵³” Obviamente, nem todo fato novo pertence ao setor da realidade regulado pela norma. O que decide se a alteração nos fatos é relevante para a norma é o programa normativo que se contém no texto da norma constitucional. “Só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma.⁵⁴”

Por fim, para concluir o raciocínio de Hesse e como ele enxerga os limites das mutações constitucionais:

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o programa normativo resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto.⁵⁵

Ou seja, o limite da mutação é o próprio limite das interpretações possíveis para o texto, não sendo admitido falar em mudança informal quando essa contradiz o próprio texto da norma, pois tudo “o que se situe mais além dessas possibilidades já não será mutação, e sim quebra constitucional ou anulação da Constituição.⁵⁶”

⁵¹HESSE, Konrad. Op. Cit., pág. 304.

⁵²HESSE, Konrad. Op. Cit., pág. 305.

⁵³HESSE, Konrad. Op. Cit., pág. 306.

⁵⁴HESSE, Konrad. Op. Cit., pág. 306.

⁵⁵HESSE, Konrad. Op. Cit., pág. 307.

⁵⁶HESSE, Konrad. Op. Cit., pág. 308.

2. NOTAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Há na doutrina brasileira uma discussão, ainda muito pequena, a respeito da relação entre os fenômenos da mutação constitucional e do ativismo judicial. Na 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).⁵⁷

A relação proposta por Ramos é de causa – consequência. Para ele, quando se distorce o sentido de um dispositivo constitucional por meio de uma postura ativista, inclusive por interpretação descolada do limite textual, O Judiciário pode chegar a perpetrar mutação inconstitucional. Para além disso, quando nessa atitude ocorre o cerceamento da atividade dos Poderes Legislativo e Executivo, haverá interferência indevida.

Fato é que a mutação constitucional tem sido, cada vez mais, invocada como argumento nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e, ao que tudo indica, não aleatoriamente, tais decisões também tem sido muito criticadas por seu conteúdo ativista.

Pretende-se, neste capítulo, analisar o fenômeno do ativismo judicial. Para tanto, o conteúdo é subdividido entre os seguintes tópicos: “noções e características”, cujo objetivo é apresentar a origem do fenômeno e delinear suas dimensões; “contexto brasileiro”, onde se evidencia diferenças importantes entre os sistemas de *common law* e *civil law*, além de destacar o contexto atual de proeminência do STF e, por fim, “críticas à postura ativista”, em que se reflete sobre as principais críticas.

2.1 Noções e características

O debate a respeito do ativismo judicial é espinhoso, complexo e extremamente atual. Se produz muito sobre o tema na doutrina brasileira e estrangeira, o assunto também é muito

⁵⁷RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva: 2010, pág. 141.

referenciado nas aulas de Direito Constitucional e na imprensa de forma geral. Ocorre que, a abordagem muitas vezes é acrítica, simplista ou instrumentalizada. Muitos utilizam o termo para atacar decisões judiciais que não se coadunam com os preceitos morais em que acreditam, sem explicar realmente o porquê essa ou aquela decisão representa um exercício da postura ativista.

No mesmo sentido, Marcelo Continentino aponta que a linguagem cotidiana política e acadêmica está impregnada pelo termo “ativismo”, além disso o termo se espraia para outras instituições e órgãos (ativismo ministerial, ativismo no CNJ). Ao mesmo tempo, é difícil divisar um sentido bem delimitado, um parâmetro ou critério que defina a dimensão semântica do conceito.⁵⁸ Aqui, se fará uma tentativa de aproximação das características de uma decisão ativista, começando pela origem do fenômeno.

As origens do termo remontam a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Arthur Schelinger teria cunhado, pela primeira vez, o termo “ativismo judicial”. Em 1947, ele publicou, na Revista *Fortune*, o artigo “*The Supreme Court: 1947*”, em que analisou a atuação dos *justices* classificando-os entre *activists* (ativistas) e *champions of judicial restraint* (campeões da restritividade judicial)⁵⁹.

Para Craig Green, a introdução original de Schelinger à questão do ativismo foi duplamente confusa: não somente ele falhou ao não explicar o que pode ser considerado ativismo, mas também se recusou a dizer se o fenômeno seria algo positivo ou negativo.⁶⁰

Inicialmente, o ativismo serviu para dar amparo aos setores mais reacionários da sociedade em questões como segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e invalidação de leis sociais na chamada *Era Lochner* (1905-1937). Na década de 50, a postura da Suprema Corte mudou radicalmente, produzindo avanços em matéria de direitos fundamentais (como no famoso caso *Brown v. Board of Education* (1954)).⁶¹ Dessa forma, é possível perceber que o ativismo serviu tanto aos reacionários quanto aos progressistas.

⁵⁸CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan. 2012, pág. 141. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496562>. Acesso em: 15 abril 2021.

⁵⁹LINDQUIST, Stefane A.; CROSS, Frank B. Measuring judicial activism. New York: Oxford University Press, 2009. Apud CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan. 2012, pág. 142. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496562>. Acesso em: 15 abril 2021.

⁶⁰GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. **Emory Law Journal**, [s. l], v. 58, n. 5, p. 1195-1263, 2009, pág. 1200. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410728. Acesso em: 15 maio 2021.

⁶¹BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, pág. 26. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

No Brasil, adepto de um sistema de controle de constitucionalidade híbrido, a discussão acerca da postura dos magistrados também não tardou a ser mencionada pela doutrina. Na lição de Luis Roberto Barroso:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁶²

Vê-se que nas palavras de Barroso, o ativismo é um fenômeno mais positivo do que negativo. Aqui, o Judiciário atua para atender demandas sociais que não puderam ser atendidas pelo Legislativo, em virtude de um “descolamento” entre a classe política e a sociedade civil. De fato, ele aponta como uma das causas para o ativismo a chamada “crise de representatividade”. O cidadão ao ver que suas demandas não estão sendo atendidas ou ao menos refletidas nas legislações produzidas, aciona o Judiciário.

O ativismo, nessa concepção, se manifesta por diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situação não expressamente contemplada em seu texto e de forma independente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos e c) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público. Em contrapartida, uma postura de autocontenção, antagônica a postura ativista, se manifesta das seguintes formas: a) evita-se aplicar diretamente a Constituição a situações não previstas em seu texto, aguardando-se o pronunciamento do legislador ordinário; b) utiliza-se critérios rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de lei e ato normativo e c) abstêm-se de interferir em políticas públicas.⁶³

Ademais, na mesma linha, argumenta-se que a principal diferença metodológica entre a postura de autocontenção e uma postura mais ativista é que, “em princípio, o ativismo judicial procura extrair ao máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito.⁶⁴”

Até o próprio Barroso, embora tenha uma visão muito otimista do fenômeno, também acredita que o ativismo não deve ser exacerbado, em suas palavras “até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.⁶⁵”

⁶²BARROSO, Luís Roberto, Op. Cit., pág. 25.

⁶³BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 26.

⁶⁴BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 26.

⁶⁵BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 32.

Outros doutrinadores tem uma visão oposta, ao invés de concretização da Constituição, acreditam em deturpação e avanço do Poder Judiciário sobre a função precípua do Poder Legislativo. Na lição de Elival da Silva Ramos:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.⁶⁶

Vê-se que a definição de Ramos aponta para uma interpretação do conceito em sentido negativo, uma vez que tais práticas importam na desnaturação de uma atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento do Poder Legislativo (que tem por função típica legislar e fiscalizar) e do Poder Executivo (que tem por função típica a prática de atos de chefia de governo, chefia de Estado e administração).

Conforme visto anteriormente, não há um tratamento uniforme sobre o que se entende “ativismo judicial”. Na doutrina, o que ocorre geralmente é a identificação de dimensões associadas ao ativismo, ou seja, pesquisas que apontam situações que são frequentemente associadas ao ativismo.⁶⁷

Bradley C. Canon não procurou definir um significado definitivo sobre o fenômeno ora tratado, tendo identificado dimensões sobre ativismo, quais sejam:

- (i) Majoritarismo, grau pelo qual políticas implementadas por meio de processos democráticos são judicialmente negadas;
- (ii) Estabilidade interpretativa, grau pelo qual recentes decisões das Cortes, doutrina ou interpretação são mudadas;
- (iii) Fidelidade interpretativa, grau pelo qual provisões constitucionais são interpretadas contrariamente à intenção dos elaborados ou à clara implicação do texto utilizado;
- (iv) Distinção do processo democrático, grau pelo qual decisões judiciais fazem política mais do que afetam a preservação do processo político democrático;
- (v) Especificidade da política, grau pelo qual uma decisão judicial estabelece uma política em detrimento de outras agências ou indivíduos;

⁶⁶RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 129.

⁶⁷BICCA, Carolina Scherer. Desmistificando o Ativismo Judicial. **Direito Público**, v. 9, n. 46, set. 2013, pág 222. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2099>. Acesso em: 10 abril 2021.

(vi) Avaliação de um produtor de política alternativo, grau pelo qual uma decisão judicial ultrapassa considerações sobre a mesma questão feitas por agências governamentais.⁶⁸

Referidas dimensões apenas corroboram a utilização ampla da expressão ativismo judicial.⁶⁹ Dimensões como a de Canon tem por premissa o sistema norte-americano, baseado no *common law*, bem diferente do sistema adotado no Brasil, *civil law*. Portanto, para entender melhor a ocorrência do fenômeno no Brasil é necessário apontar algumas diferenças importantes.

2.2 Contexto brasileiro

Uma vez que o ativismo importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será diferente a depender do papel institucional que se atribua ao Poder Judiciário.⁷⁰ Por essa razão, é necessário entender como o papel do Poder Judiciário no país afeta as concepções brasileiras sobre o ativismo judicial.

Primeiramente, o lugar atribuído às decisões judiciais em um sistema de *civil law* e *common law* é diferente. No ensinamento de Ramos, deve-se reconhecer que nos sistemas de *civil law* a jurisprudência precisa se mover dentro do quadro traçado pelo legislador. Por outro lado, nos sistemas de *common law*, como na Inglaterra ou Estados Unidos, a jurisprudência ocupa o lugar de principal fonte do direito.⁷¹

Por conseguinte, a liberdade criativa do juiz é mais fecunda nos países cujos sistemas refletem a *common law*, pois “existe na família originária do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas.^{72”}

De acordo com Elival da Silva Ramos, a discussão do ativismo na doutrina norte-americana se desloca para o plano da Filosofia Política. Na medida em que no sistema americano o Judiciário tem uma atuação mais ativa no processo de geração do Direito, torna-se mais complexa a atividade de buscar parâmetros que permitam identificar abusos do Judiciário em detrimento do Legislativo. Daí porque a discussão desemboca na Filosofia Política, onde o questionamento central não é na atuação ousada daquele poder e sim na legitimidade dele, tendo

⁶⁸CANON, Bradley C. *Defining the Dimensions of Judicial Activism*. **Judicature**, [s. l], v. 66, n. 6, 1983, pág. 239.

⁶⁹BICCA, Carolina Scherer. Op. Cit., pág. 223.

⁷⁰RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 104.

⁷¹RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 107.

⁷²RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 110.

em vista a ideologia democrática norte-americana.⁷³

Por outro lado, esta mesma explicação pode ser utilizada para se entender por que no Brasil o foco da crítica ao ativismo se concentra mais na disfunção da função jurisdicional em detrimento da função legislativa.⁷⁴ Nos sistemas de inspiração romano-germânica há um descolamento maior entre as funções típicas dos poderes, além disso, as decisões judiciais não são consideradas fontes do Direito, ressalvadas algumas exceções.⁷⁵

Para além da diferença de sistemas, há que se considerar o contexto atual em que o Poder Judiciário brasileiro está incluído. Há uma proeminência e protagonismo do Supremo Tribunal Federal nunca antes vista.

Conforme assevera Oscar Vilhena Vieira, raros são os dias em que o STF não se torna manchete nos jornais brasileiros, seja no caderno de política, legislação, economia, polícia, ciências, educação e cultura.⁷⁶

Da mesma forma, o STF tem ganhado atenção dos doutrinadores e das escolas de Direito. Temas como interpretação constitucional, ponderação de valores, princípios, ou moralidade tornaram-se corriqueiros nas aulas de Direito Constitucional. A própria Ciência Política também despertou para a necessidade de compreender melhor o papel do Direito e das agências que o aplicam.⁷⁷

Ainda de acordo com Vieira Vilhena, esse deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário é, um avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, cuja origem é os Estados Unidos. Portanto, não se trata de um processo recente, contudo, acentua-se dada a adoção de constituições mais ambiciosas. Pois muitas constituições contemporâneas são “desconfiadas do legislador”.⁷⁸

Em seu artigo, Vilhena explica que essa proeminência do Judiciário está longe de ser um fenômeno exclusivamente brasileiro, mas os contornos do tema no Brasil são ainda mais acentuados. Segundo ele, a enorme ambição da Constituição Federal de 1988, somada a concentração de poderes na esfera de jurisdição do STF aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil.⁷⁹

⁷³RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 113.

⁷⁴BICCA, Carolina Scherer. Desmistificando o Ativismo Judicial. **Direito Público**, v. 9, n. 46, set. 2013, pág. 222. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2099>. Acesso em: 10 abril 2021.

⁷⁵RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 106.

⁷⁶VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, [s.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008, pág. 442. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em: 15 abril 2021.

⁷⁷Ibid., pág. 442.

⁷⁸VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., pág. 443.

⁷⁹VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., pág. 444.

Logo após, Vilhena explica razões de ordem institucional que tem favorecido a expansão dos poderes do Supremo no sistema político brasileiro:

- (i) O *ethos* ambicioso da Constituição Federal de 1988. Nesse ponto, a Constituição regulamentou excessivamente temas não propriamente constitucionais. Tal processo criou, no entanto, uma esfera de tensão constitucional, gerando uma explosão de litigiosidade constitucional.⁸⁰
- (ii) A existência de competências superlativas. Ao Supremo foram atribuídas várias funções, dentre elas: tribunal constitucional, foro judicial especializado e tribunal de recursos de última instância.⁸¹

De fato, todo esse contexto brasileiro de Constituição Cidadã e competências múltiplas acaba por desembocar na atual proeminência da Corte Constitucional. São muitas as questões morais difíceis que acabaram por ser resolvidas pelo STF, à guisa de exemplo, o aborto de fetos anencéfalos, a pesquisa com células tronco, a união homoafetiva e a criminalização da homofobia.

A proeminência traz consigo os olhos atentos da academia, dos jornais e da sociedade. As decisões tem sido escrutinadas e uma das principais críticas, como visto, muitas vezes incorporada ao próprio conceito de ativismo judicial, é a invasão da função precípua e típica do Poder Legislativo. Contudo, essa crítica está longe de ser a única que se atribui ao fenômeno.

2.3 Críticas à postura ativista

Barroso aponta três objeções no que tange à postura ativista da Corte Constitucional: (i) riscos para a legitimidade democrática; (ii) riscos de politização da Justiça; (iii) limites a capacidade institucional do Judiciário.⁸²

Quanto aos (i) riscos para a legitimidade democrática, Barroso aponta que os membros do Poder Judiciário, notadamente, os juízes não são agentes públicos eleitos. A possibilidade de uma decisão do STF se sobrepor a uma decisão do Presidente (democraticamente eleito por milhões de pessoas), ou do Legislativo (cujos membros também são escolhidos por vontade popular) é identificada como dificuldade contramajoritária.⁸³

A esse problema de legitimidade para invalidar decisões de outros Poderes, Barroso

⁸⁰VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., pág. 447.

⁸¹VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., pág. 450.

⁸²BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 27.

⁸³BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 28.

contrapõe duas justificativas, uma de natureza normativa e outra filosófica. A normativa decorre do fato de que a Constituição brasileira atribui esse poder ao Judiciário. Ademais, argumenta que os juízes, ao aplicarem a Constituição e as leis estão concretizando decisões tomadas pelo constituinte ou legislador. Afirmção que segundo ele deve ser feita com ponderação, uma vez que a atividade dos juízes não é puramente mecânica.⁸⁴

Na justificação filosófica, explica-se que o Estado constitucional democrático é produto de duas ideias acopladas. Constitucionalismo (poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular, governo do povo). No entanto, entre tais ideias pode surgir conflito. Por essa razão, cabe à Constituição dois papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade da maioria.⁸⁵

Nesse ponto, importa dizer que, por óbvio, o Poder Judiciário e o STF desempenham um papel importante para assegurar o Estado Democrático de Direito. No entanto, há que se encontrar um equilíbrio na atuação deste Poder, para que ele não atravesse as deliberações próprias do Poder Legislativo.

Na mesma direção, o próprio Barroso aponta que “o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais.”⁸⁶

Também é importante destacar que o Judiciário não tem a opção de não decidir sobre o que é levado a sua apreciação, vide o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁸⁷ e a vedação ao *non liquet*⁸⁸ no ordenamento brasileiro.

Quanto aos (ii) riscos de politização da Justiça, Barroso faz uma reflexão sobre o que é Direito e Política e qual a relação entre os dois. Ele afirma que Direito é política na medida em que (a) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta no plano constitucional e infraconstitucional; (b) sua aplicação não é dissociada da realidade política; (c) juízes não são

⁸⁴BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 28.

⁸⁵BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 28.

⁸⁶BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 28.

⁸⁷Tal princípio é explicitado na Constituição Federal, art. 5º, “inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

⁸⁸Segundo Marmelstein, a expressão latina *non liquet* é uma abreviatura da frase “*iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*”, cujo significado aproximado é “jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento”. Dessa forma, ao declarar o *non liquet* o juiz romano se eximia de julgar casos em que a resposta jurídica não fosse tão clara. No Brasil, há uma vedação ao *non liquet*, de forma que os juízes devem julgar todos os conflitos que lhe são submetidos. Cf. MARMELSTEIN, George. **O Asno de Buridano, o Non Liquet e as Katchangas**. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em: 20 abril 2021.

seres sem memória e sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formulam.⁸⁹

A esse respeito, não se espera que juízes sejam seres sem memória ou sem subjetividade. Ocorre que, seu exercício de interpretação do texto para a extração da norma deve, no mínimo, respeitar limites jurídicos e interpretativos em detrimento de crenças ou valores pessoais.

No ponto (iii), Barroso trabalha com duas ideias presentes na doutrina constitucional contemporânea: capacidade institucional e efeitos sistêmicos.⁹⁰ A primeira, versa sobre o que o Poder Judiciário teria capacidade para decidir. Temas que envolvem aspectos técnicos ou científicos podem não ter o juiz de direito como árbitro mais qualificado. Nesse ponto, argumenta que nesse tipo de situação, deve-se prestigiar as manifestações do Legislativo e Executivo, sedendo para “juízos discricionários dotados de razoabilidade.”⁹¹

Já no que se refere aos efeitos sistêmicos, o juiz nem sempre dispõe das informações, do tempo e do conhecimento para avaliar o impacto de certas decisões e tampouco é passível de responsabilização por escolhas desastradas. “Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exceder o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.”⁹²

No mesmo sentido, parece razoável inferir do ponto (iii) que, embora não tenha sempre uma consciência do impacto de suas decisões e que por isso deve autolimitar-se espontaneamente, não poderá também o juiz decidir apenas com base em juízos consequencialistas, ignorando o próprio Direito.

⁸⁹BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 29.

⁹⁰As duas idéias são preconizadas e desenvolvidas nos estudos de Cass Sustein e Adrian Vermeule. Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, [s. l], v. 101, p. 885-951, fev. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 20 abril 2021.

⁹¹BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 30.

⁹²BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., pág. 30.

3. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO STF: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU ATIVISMO JUDICIAL?

O foro por prerrogativa de função consiste em uma das formas de atribuição da competência processual penal. É em instituto pelo qual se convencionou conferir a tribunais específicos o poder de processar e julgar determinadas pessoas. Sua razão de existir é a especial posição política ou funcional ocupada por algumas autoridades, que lhes vale um tratamento distinto dos demais cidadãos brasileiros.⁹³

O tratamento diferenciado constitui prerrogativa e não privilégio. Além do mais, se justifica na medida em que os órgãos colegiados do Poder Judiciário são menos suscetíveis as pressões externas e, que quase sempre ocorrem em casos em que os réus são agentes políticos, em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de uma experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercícios de suas carreiras.⁹⁴

No entanto, há no debate acerca do tema muita divergência quanto as suas consequências, principalmente no que tange à competência originária do Supremo Tribunal Federal. Os jornais, por vezes, relacionam a prerrogativa de foro com a ineficiência do sistema judiciário no Brasil, ou com a privilégio e impunidade de alguns.⁹⁵

Ocorre que, em recente julgamento por parte do STF (Questão de Ordem na Ação Penal 937) fixou-se interpretação restritiva quanto à prerrogativa de foro. Dentre os argumentos do voto do relator (voto esse que acabou prevalecendo), figurou o que ele convencionou chamar de mutação constitucional em sentido formal.

Pretende-se, neste capítulo, investigar a história constitucional da prerrogativa de foro, o suporte fático e principais argumentos levantados pelo relator da questão (voto que acabou prevalecendo) e, finalmente, refletir a respeito da existência de uma mutação constitucional. Ademais, também se prescrutará a respeito da existência de uma postura ativista no julgado.

3.1 Breve panorama do foro por prerrogativa de função na história constitucional brasileira

⁹³TAVARES, Newton Filho. **Foro por prerrogativa de função no Direito Comparado**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015, pág. 3. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/25999>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁹⁴PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017, pág. 179.

⁹⁵Cf. GUROVITZ, Helio. Impunidade e foro privilegiado. **G1**. [s. l], fev. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/blog/helio-gurovitz/post/impunidade-e-foro-privilegiado.html>. Acesso em: 05 jun. 2021. E GOMES, Bianca. Só 3% dos réus com foro são condenados. **Estadão**. [s. l], abr. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,so-3-dos-reus-com-foro-sao-condenados,70003692078>. Acesso em: 05 junho 2021.

As origens do foro no Brasil remontam a Constituição de 1824. Embora os privilégios de natureza pessoal sejam mais antigos do que isso, uma vez que “as origens do foro especial por prerrogativa de função remontam à instituição de um privilégio de natureza pessoal a determinados indivíduos ou classes sociais já desde o fim da Antiguidade.⁹⁶”

A primeira Constituição brasileira dispunha, em seu art. 47, sobre a atribuição exclusiva do Senado Federal de conhecer os delitos individuais cometidos por membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Senadores e Deputados, durante o período da Legislatura, assim como conhecer da responsabilidade dos Secretários e Conselheiros de Estado.⁹⁷

Além disso, a Carta Constitucional de 1824 estabelecia um privilégio absoluto para o Imperador, em seu art. 99 dizia-se que “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.⁹⁸”

Já ao Supremo Tribunal de Justiça, mais alta corte à época cabia conhecer dos delitos e erros do ofício que cometerem os seus Ministros, os das Relações, os empregados do corpo diplomático e os Presidentes das Províncias.⁹⁹

A primeira Constituição republicana, de 1891, estabeleceu no art. 53 que o Presidente seria submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarasse procedente uma acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e, nos de responsabilidade, perante o Senado.¹⁰⁰

⁹⁶TAVARES, Newton Filho. **Foro privilegiado: pontos positivos e negativos**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2016, pág. 4. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/28740>. Acesso em: 20 abril 2021.

⁹⁷**Art. 47.** E' da attribuição exclusiva do Senado

I. Conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura.

II. Conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado. Cf. NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras - 1824**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, pág. 70 Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf. Acesso em: 22 abril 2021

⁹⁸Ibid., pág. 76.

⁹⁹**Art. 164.** A este Tribunal compete

I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.

II. Conhecer dos delictos, e erro do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.

III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de Jurisdicção, e competencia das Relações Provinciaes. Cf. NOGUEIRA, Octaciano. Op. Cit., pág. 83.

¹⁰⁰**Art. 53.** O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Camara declarar procedente a accusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes communs, e, nos de responsabilidade, perante o Senado.

Paragrafo unico. Decretada a procedencia da accusação ficará o Presidente suspenso de suas funcções. Cf. NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras - 1891**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, pág. 76. Disponível em:

Posteriormente, na Constituição de 1934, o art. 58¹⁰¹ dispunha que o Presidente da República seria julgado, em crimes comuns, pela Côrte Suprema, nos de responsabilidade, por Tribunal Especial. Competia a chamada Côrte Suprema, que substituiu o STF durante a vigência da Carta de 1934¹⁰², julgar e processar originariamente o Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, juizes de Tribunais Federais, Ministros do Tribunal de Contas e Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade e os juizes federais e substitutos.¹⁰³

Na Constituição de 1946, o Senado Federal ficou com a competência de julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza, bem como processar e julgar Ministros do STF e o Procurador-Geral da República, em crimes de responsabilidade.¹⁰⁴ Em crimes comuns, o Presidente seria submetido a julgamento perante o STF, também se admitia a acusação pela Câmara dos Deputados. No que diz respeito ao Supremo, era de sua competência processar e julgar originariamente o próprio Presidente em crimes comuns, os próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns; Ministros de Estado, juizes de Tribunais Superiores Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais de Justiça dos Estados, Distrito Federal e Territórios,

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137570/Constituicoes_Brasileiras_v2_1891.pdf?sequenc e=5. Acesso em: 24 abril 2021.

¹⁰¹ **Art. 58.** O Presidente da República será processado e julgado, nos crimes comuns pela Côrte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como Presidente o da referida Côrte e se comporá de nove juizes, sendo tres Ministros da Côrte Suprema, três membros do Senado Federal e tres membros da Camara dos Deputados. O presidente terá apenas voto de qualidade. Cf. POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras - 1934**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, pág. 68. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequenc e=10. Acesso em: 5 maio 2021.

¹⁰² TAVARES, Newton Filho. Op. Cit., pág. 6.

¹⁰³ **Art. 76.** A Côrte Suprema compete:

1) processar e julgar originariamente:

- a) o Presidente da Republica e os Ministros da Côrte Suprema, nos crimes comuns;
- b) os Ministros de Estado, o Procurador Geral da Republica, os juizes dos tribunaes federaes e bem assim os das Côrtes de Appellação dos Estados, do Districto Federal e dos Territorios, os Ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomaticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do § 1º do art. 61;
- c) os juizes federaes e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade; Cf. POLETTI, Ronaldo. Op. Cit., pág. 74.

¹⁰⁴ **Art. 62.** Compete privativamente ao Senado Federal:

I – julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com os daquele;

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade. Cf. BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa L. **Constituições Brasileiras - 1946**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, pág. 63. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequenc e=9&isAllowed=y. Acesso em: 25 maio 2021.

Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática.¹⁰⁵

É patente o aumento progressivo, ao longo da história constitucional brasileira, da quantidade de autoridades abrangidas pelo foro por prerrogativa de função. Na Constituição seguinte, em 1967, a quantidade de autoridades com foro também foi expressiva. Na aludida Carta Constitucional, era competência privativa do Senado Federal julgar o Presidente em crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado, Ministros do STF, e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade.¹⁰⁶ Em crimes comuns, o julgamento cabia ao STF, que por sua vez, competia processar e julgar originariamente em crimes comuns, o Presidente, seus Ministros e o Procurador-Geral da República, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, Juízes Federais, Juízes do Trabalho e membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, Ministros dos Tribunais de Contas, União, Estados e Distrito Federal e Chefes de Missões Diplomáticas.¹⁰⁷ Em âmbito estadual, competia aos Tribunais de Justiça julgar os membros do Tribunal de Alçada e os Juízes de instâncias inferiores, em crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Enfim, a Constituição atual de 1988. Essa que tem, acima de tudo, valor simbólico por

¹⁰⁵ **Art. 101.** Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originariamente:

a) o Presidente da República nos crimes comuns;

b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;

c) os Ministros de Estado, os juízes dos tribunais superiores federais, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92; Cf. BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa L. Op. Cit, pág. 71.

¹⁰⁶ **Art. 44.** Compete privativamente ao Senado Federal:

I – julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado, havendo conexão;

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade. Cf. CAVALCANTI, Themístocles B.; BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar.

Constituições Brasileiras – 1967. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, pág. 90. Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137603/Constituicoes_Brasileiras_v6_1967.pdf?sequence=9&isAllowed=y. Acesso em: 25 maio 2021.

¹⁰⁷ **Art. 114.** Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I – processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o disposto no final do art. 88, os Juízes Federais, os Juízes do Trabalho e os Membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente; Cf. CAVALCANTI, Themístocles B.; BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. Op. Cit., pág. 109.

reprentar a restauração do Estado democrático de direito e da superação de um período histórico ditatorial, timbrado na intolerância e na violência. Tal Carta Constitucional removeu discurso e prática da burocracia tecnocrático-militar que conduziu o Brasil por mais de vinte anos.¹⁰⁸

Talvez como forma de se opor drasticamente ao regime militar, a Constituição Federal de 1988 (conhecida como Constituição Cidadã) se dedicou a propor um extenso roll de direitos e garantias fundamentais. De igual forma, o roll de autoridades englobadas ao foro por prerrogativa de função também nunca foi tão grande.

Por determinação da Constituição Federal ou leis decorrentes, possuem foro por prerrogativa de função o Presidente e seu Vice; membros do Congresso Nacional; Ministros do STF; Procurador-Geral da República; Ministros de Estado; Comandantes das Forças Armadas; Membros de Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chfes de missão diplomática de caráter permanente; as autoridades ou funcionário cujos atos estejam sujeitos à jurisdição do STF, nos casos de *habeas corpus*¹⁰⁹; Governadores dos Estados e Distrito Federal; desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal; os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho; membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas de Municípios¹¹⁰; autoridades federais da administração direta ou indireta, no caso de mandado de injunção; juízes federais; Membros do MPU; juízes estaduais e do Distrito Federal

¹⁰⁸BARROSO, Luís Roberto. **Doze anos da Constituição Brasileira de 1988 (uma breve e acidentada história de sucesso)**. Pag. 8. Disponível em: <https://constitutionnet.org/sites/default/files/Barroso,%20Luis%20R.%20%20Doze%20Anos%20da%20Constiticao%20Brasileira%20de%201988.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

¹⁰⁹**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...)
b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (...)
i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020, pág. 60.

¹¹⁰**Art. 105.** Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente:
a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020, pág. 64.

e Territórios, além dos membros do Ministério Público estadual¹¹¹; Prefeitos¹¹²; oficiais gerais das três Armas; juízes eleitorais, em crimes eleitorais.¹¹³

Diante dessa realidade histórico-constitucional, importa direcionar o estudo para a Questão de Ordem na Ação Penal N.º 937, que chegou a restringir consideravelmente a aplicação desse modo de se estabelecer a competência penal.

3.2 A Questão de Ordem na Ação Penal N.º 937

A ação penal em questão versava sobre a prática de crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral¹¹⁴. O réu, Marcos da Rocha Mendes, teria angariado votos para se eleger como Prefeito da cidade de Cabo Frio por meio da entrega de notas de cinquenta reais e distribuição de carne para potenciais eleitores.

No curso da ação, o Ministro Luís Roberto Barroso suscitou questão de ordem para que fosse julgada em Plenário a seguinte possibilidade: conferir uma interpretação restritiva as normas que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função.

Têm-se que, até aquele dado momento, a interpretação do STF com relação ao foro era no sentido de abranger todos os crimes de que são acusados os agentes públicos, inclusive aqueles praticados antes da investidura no cargo e os que não guardavam qualquer relação com o seu exercício.

O voto do relator, Ministro Barroso, foi no sentido de permitir tal interpretação restritiva. Para fundamentar seu voto, ele elencou três questões primordiais: (i) o funcionamento do sistema e suas disfuncionalidades, (ii) a necessidade da interpretação restritiva do sentido e do alcance do foro por prerrogativa de função, (iii) a necessidade de se estabelecer o momento a partir do qual a competência do órgão no qual se exerce a prerrogativa de foro seria fixada de

¹¹¹ **Art. 96.** Compete privativamente:

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020, pág. 57.

¹¹² **Art. 29.** O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça; Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020, pág. 26.

¹¹³ TAVARES, Newton Filho. **Foro privilegiado: pontos positivos e negativos**. Op. Cit., pág. 8.

¹¹⁴ **Art. 299.** Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa. BRASIL. **Código Eleitoral**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 02 maio 2021.

forma imodificável, com a finalidade de evitar o “sobe e desce” processual.

No ponto (i), o Relator explicou que o sistema abrange gente demais. Segundo ele, eram cerca de trinta e sete mil autoridades abrangidas pelo foro em todo o país. Como se viu anteriormente, de fato, a extensão que o foro por prerrogativa de função adquiriu na Constituição Federal de 1988 não encontra paralelo nem mesmo na tradição constitucional brasileira.

No direito comparado, ainda segundo o Ministro Relator, não há país com modelo equiparável ao modelo brasileiro. E algumas democracias sequer possuem um sistema de foro privilegiado.

Argumentou, ademais, que na extensão em que estava sendo praticado no Brasil até aquele momento, o foro se tornou penosamente disfuncional. Dentre as disfuncionalidades, apontou a atribuição ao STF de uma competência para o qual o tribunal não é vocacionado (corte originária de ações penais). Dessa forma, o sistema atrapalha as atividades essenciais do Supremo como Corte Constitucional.

Por fim, concluiu que a situação do sistema acaba por gerar impunidade e desprestígio para o tribunal. Impunidade porque o “zigue-zague” processual acaba por causar a prescrição dos crimes. E desprestígio porque o STF, ainda segundo Barroso, não desempenha bem o papel de julgar autoridades afetadas pelo foro.

No que concerne ao ponto (ii), o Ministro defendeu o que ele denominou “mutação constitucional em sentido técnico”:

É quando uma corte constitucional muda um entendimento consolidado, não porque o anterior fosse propriamente errado, mas porque a realidade fática mudou, ou porque a percepção social do Direito mudou, ou porque as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial revelaram-se negativas. E penso que as três hipóteses que justificam a alteração de uma linha de interpretação constitucional estão presentes aqui.¹¹⁵

O Relator argumentou que, primeiramente, quando o constituinte concebeu o foro por prerrogativa de função, ele jamais imaginou que houvesse mais de quinhentos processos de natureza criminal perante a Corte Constitucional. Essa é uma realidade que ninguém jamais imaginaria, portanto, houve uma mudança do ponto de vista fático.

Posteriormente, argumentou no sentido da clara mudança na percepção do que seja o

¹¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal Nº 937**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 03 maio de 2018, pág. 7.

“melhor Direito”. Nas suas palavras “Todos nós somos testemunhas de que esse sistema não está funcionando bem, logo é preciso repensá-lo. E os resultados negativos são muitos óbvios para desmentirmos, que são a impunidade e o desprestígio que isso traz para o Supremo.”¹¹⁶

Para encerrar o segundo ponto, o Ministro argumentou que, a interpretação mais adequada para o foro por prerrogativa, seria aquela segundo a qual os atos que importam para esta prerrogativa precisam ser praticados no cargo e em razão do cargo.

Por fim, no ponto (iii), Barroso reforçou o “sobe e desce” processual que gerava muitas prescrições e propôs a fixação da competência ou prorrogação a partir do final da instrução: “Acabou a instrução do processo, e o Relator, seja no Supremo, seja onde for, determinou às partes que se manifestem em alegações finais, a partir desse momento, perpetuou-se a jurisdição.”¹¹⁷

Ao final das votações, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, fixou as seguintes teses: (i) o foro se aplica apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas pela autoridade em questão; (ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho para apresentação de alegações finais, a competência para julgar e processar não será mais afetada se o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, por qualquer motivo.¹¹⁸

Os fenômenos do ativismo judicial e da mutação constitucional foram, por vezes, mencionados, ora para justificar a restrição proposta, ora para se opor à ela. Dessa forma, dado todo o aporte teórico que possibilitou a conceituação e investigação dos fenômenos acima, resta saber: Em que medida a decisão do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal 937 representou, de fato, uma mutação constitucional?

3.3 Visão crítica: uma autêntica mutação constitucional?

É importante ressaltar que não se pretende discutir se a tese fixada na Questão de Ordem na Ação Penal Nº 937 tem ou não conseqüências boas ou ruins, se ela diminui ou não a impunidade no sistema penal brasileiro, se ela causa ou não insegurança jurídica. Mas tão somente se o argumento da mutação constitucional é legítimo nesse caso e se há uma postura ativista na decisão. Dessa forma, desnecessário dizer que apenas os argumentos que importam para a questão principal serão analisados.

¹¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal Nº 937**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 03 de maio de 2018, pág. 7.

¹¹⁷Ibid., pág. 14.

¹¹⁸Ibid., pág. 428.

Carlos Blanco de Moraes afirma que a revelação criadora de normas constitucionais pelos tribunais constitucionais por meio de uma interpretação evolutiva e transformadora coloca três problemas, o primeiro deles é de saber se essa criação ou evolução envolve uma autêntica mutação; o segundo, pretende aferir se a referida transformação é ou não inconstitucional; e o terceiro implica uma resposta sobre os remédios do Estado de Direito perante as situações em que é o próprio Guardião da Constituição.¹¹⁹ A análise a seguir se centra nesses três pontos.

Observa-se na decisão várias alusões ao conceito de mutação constitucional, notadamente aqueles propostos pelo próprio Ministro Barroso (*vide* pág. 18 da presente monografia) e pelo Ministro Gilmar Mendes, cuja conceituação não difere muito daquela proposta pela doutrina clássica alemã. Justifica-se a existência de mutação constitucional no aludido julgamento com base nos seguintes argumentos: houve mudança na realidade fática, houve mudança na percepção social do Direito e as consequências práticas de uma orientação judicial revelaram-se negativas.

A mudança da realidade fática como característica do fenômeno da mutação aparece de forma mais enfática na doutrina alemã, com doutrinadores da Escola Publicista alemã (*vide* págs. 10-12). Isso porque o contexto histórico em que elaboraram o conceito remete a uma visível disparidade entre a realidade e a norma. Nesse ponto, o relator argumenta que, à época da Constituinte, seria impossível para os parlamentares imaginarem que um dia se teria tantas ações criminais processadas perante o STF, e que essa quantidade exorbitante representa tal mudança na realidade fática, impondo a necessidade de interpretação restritiva.

De fato, a quantidade de autoridades abrangidas pelo foro por prerrogativa de função é sem precedentes na história constitucional brasileira e também no Direito Comparado. Nenhum país previu tantas hipóteses de foro como o Brasil.¹²⁰

Por outro lado, a decisão se limitou a aplicar a interpretação restritiva apenas para os parlamentares federais, deixando diversas perguntas sem respostas. Não se esclarece em que medida a realidade fática relativa aos parlamentares federais diverge daquela de outras autoridades abrangidas pelo foro.

Também é importante ressaltar a necessidade de fundamentação abundante para se constatar uma mutação constitucional, não basta identificar uma disparidade entre a realidade

¹¹⁹ MORAES, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. **Jurismat**, n. 3, p. 55-90, jan. 2013, pág. 77. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/48581486.pdf>. Acesso em: 15 abril 2021.

¹²⁰ TAVARES, Newton Filho. **Foro por prerrogativa de função no Direito Comparado**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015, pág. 11. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/25999>. Acesso em: 20 maio 2021.

fática e a normatividade. A nova interpretação precisa encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior, do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.¹²¹

Neste ponto, apesar das divergências quanto a profundidade da argumentação, acredita-se que a mutação constitucional realmente se deu no caso em apreço. Especialmente, quando se faz uma análise voltada para os princípios constitucionais levantados no caso. Fato é que argumentar a existência da mutação por meio de interpretação de princípios é tarefa menos complexa, tendo em vista a densidade deste tipo de mandamento de otimização.

No que se refere a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da mutação, é necessário observar os textos que foram objeto da nova interpretação jurisprudencial, notadamente, arts. 102, I, “b” e “c”, 105, I, “a” e 29, X. Os textos, à nível constitucional, não especificam claramente a partir de quando se desloca a competência, se os crimes precisariam ser em função do cargo e/ou durante o cargo, deixando esse exercício para a interpretação judicial. O que ocorreu foi uma superação de uma interpretação judicial anterior e bem mais abrangente, não configurando, assim, qualquer desrespeito a limites textuais. Portanto, a mutação em apreço é constitucional.

Quanto a mudança na percepção social do Direito, o Ministro relator defende que é preciso repensar o instituto, visto que está acarretando uma situação de impunidade para criminosos e desprestígio para o Supremo. Tal argumento pressupõe uma realidade que não está absolutamente comprovada, a de que o Supremo seria, como julgador originário, menos eficiente do que a primeira instância é, em geral. Nas palavras de Gilmar Mendes: “a mim me parece que nós temos um problema sério na Justiça criminal como um todo. (...) A taxa de revelação de homicídio no Brasil é de 8%, para o país que lidera, que é campeão nestes índices.¹²²”

Contudo, há pesquisa que sugere uma dificuldade do Supremo Tribunal Federal em funcionar como corte com competência originária para ações penais.¹²³ Atribuição que, inclusive, segundo o Relator da ação ora examinada, acabaria por impactar no bom funcionamento das outras funções da Corte Constitucional, como a guarda da Constituição em

¹²¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 132.

¹²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal Nº 937**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 03 de maio de 2018, pág. 4.

¹²³Cf. FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHAVES, Luciano. **V Relatório Supremo em Números: o Foro Privilegiado e o Supremo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18097>. Acesso em: 22 maio 2020.

sede de controle de constitucionalidade.

Quanto as consequências práticas de orientação judicial se revelarem negativas, o relator argumenta que o “sobe e desce” processual acaba por gerar prescrição em diversas ações. Nesse ponto, de fato, foi adequado e necessário o estabelecimento de marco temporal a partir do qual não se poderá mais afetar a competência (notadamente, após o final da instrução processual, publicação do despacho para alegações finais).

Por fim, registra-se que o meio utilizado para tratar de uma questão complexa, como a mutação constitucional, não foi o meio mais adequado. Quanto a esse aspecto, concorda-se com o Ministro Ricardo Lewandowski: “as questões de ordem, como se sabe, constituem incidentes processuais cujo escopo é solucionar incidentes de natureza eminentemente procedimental, que têm o potencial de influir na marcha regular de um feito. Não se prestam, todavia, a resolver aspectos de direito material(...).¹²⁴”Pela mesma razão, não devem resolver questões complexas como a ocorrência de uma mutação constitucional.

Importa também, avaliar se a decisão revelou uma postura ativista por parte do Judiciário. Como visto ao longo do capítulo 2, “Notas sobre o ativismo judicial”, o fenômeno do ativismo não é descrito de forma uníssona, tampouco se tem uma sistematicidade predeterminada, com parâmetros claros para se precisar se esta ou aquela decisão é ativista.

No entanto, discutiu-se sobre o que mais caracterizaria o fenômeno no Brasil, tendo se chegado a conclusão de que a doutrina nacional foca na questão da desnaturação de uma função precípua do Poder Legislativo, qual seja, a de legislar.

Não foi possível verificar a existência de postura ativista por parte dos juízes da Corte na ação em comento. Caso a decisão tivesse se oposto ao texto claro da Constituição, a ocorrência do ativismo seria facilmente detectada, no entanto, o que ocorreu foi a superação de um entendimento anterior do próprio STF.

A conclusão a qual se chegou no que diz respeito a ocorrência ou não de mutação é que, de fato, ela se apresenta no caso em seu sentido mais clássico. Contudo, há ressalvas em relação a fundamentação e a clareza com que se demonstra tal mutação. Ademais, tal mutação é constitucional. Entretanto, se discorda radicalmente do meio empregado para interpretar restritivamente a prerrogativa de foro, por meio de Questão de Ordem em uma Ação Penal. Verifica-se que tal meio não é apto a promover uma reinterpretção do foro e nem de adereçar uma questão constitucional complexa como o fenômeno da mutação.

¹²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal Nº 937**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 03 de maio de 2018, pág. 2.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu correlacionar os fenômenos da mutação constitucional e do ativismo e observá-los em um caso concreto, a fim de compreender se a Questão de Ordem na Ação Penal Nº 937 representou uma postura ativista ou uma autêntica mutação constitucional. Para tanto, o caminho trilhado passou pela compreensão das origens, conceitos e características dos temas estudados.

Quanto à mutação constitucional, foi possível compreender que o fenômeno sempre sofreu grande influência do contexto histórico em que foi desenvolvido, de forma que seria mais preciso falar em conceito(s) do que propriamente um conceito, no singular.

Na doutrina publicista alemã, em virtude da Guerra Franco-Prussiana e dos esforços de unificação alemã que se seguiram, os autores começaram a perceber divergências entre a normatividade, o que se estava escrito no texto constitucional e o elemento factual, o que se praticava na realidade. Dessa forma, o conceito foi descrito como um distanciamento entre o factual e o normativo.

Mais a frente, outros autores explicitaram concepções mais elaboradas sobre o tema, fundindo e relacionando o elemento normativo e factual, alguns autores se preocuparam, inclusive, em explicar como se daria tal relação. Tal esforço pode ser visto facilmente no trabalho de Hermann Heller, por exemplo.

Hsu Dau-lin, por sua vez, se preocupou em dar sistematicidade ao fenômeno e escreveu sobre as possibilidades em que poderiam ocorrer tais mutações.

Já na doutrina nacional, foi possível verificar que há ainda poucos trabalhos sobre a temática. Ademais, todos os trabalhos encontrados se utilizam, em grande parte, dos conceitos elaborados pelos pensadores alemães, ou seja, há uma tentativa de se importar o fenômeno em um sistema e contexto histórico totalmente distintos daquele no qual ele foi primeiramente notado e descrito.

Quanto aos limites das mutações constitucionais, verificou-se que muitos não acreditam na possibilidade de estabelecê-los, delegando a tarefa a capacidade subjetiva dos juízes em se autoconter. Nesse ponto, mesmo o trabalho mais elaborado sobre o tema, aquele apresentado por Konrad Hesse, não estabelece limites claros para a mutação constitucional. Problema que parece ser, ao fim e ao cabo, uma questão de hermenêutica jurídica.

Quanto à relação entre o ativismo judicial e a mutação constitucional, observou-se que, para alguns autores brasileiros, os fenômenos estabelecem entre si uma afinidade do tipo causa-

consequência. Portanto, a partir do momento em que se define como ativismo uma decisão que extrapolou os limites textuais, que demonstrou um avanço do Poder Judiciário sobre a atividade típica do Poder Legislativo, ou ainda, por atribuição de efeitos incompatíveis com o texto, e que se baseou no argumento da mutação constitucional, se teria, em verdade, uma mutação inconstitucional.

Importante salientar, também, que há uma clara dificuldade em se considerar essa ou aquela decisão como ativista. Primeiro porque o termo não é definido de forma uníssona. Posteriormente, porque mesmo que o definam genericamente como o exercício exacerbado da interpretação criativa por parte dos juízes, de forma que represente uma invasão da função típica do Poder Legislativo, o problema se desloca para a resposta da seguinte pergunta: o que se pode considerar como um exercício exacerbado? Daí talvez o porquê do termo ativismo ser tão largamente utilizado de forma instrumentalizada, apenas para se referir aquela decisão que não se coaduna com os princípios morais ou valores éticos de quem a aponta.

Nesse sentido, a forma que parece mais adequada para identificar o ativismo é aquela na qual primeiro se apontam características presentes nas decisões. Desse esforço que surge o que se denomina na doutrina como “dimensões do ativismo judicial”.

Por fim, no que se refere a própria prerrogativa de foro, fica evidente que a quantidade de autoridades abarcadas pelo texto constitucional de 1988 é demasiada.

Sobre a decisão na Questão de Ordem na Ação Penal, conclui-se que o voto do relator é muito simplório quanto a argumentação da existência de uma mutação constitucional. Apenas se verifica a inadequação e o distanciamento entre a realidade fática (ou o que o relator considera ser a realidade fática) e a interpretação da prerrogativa adotada até aquele momento. Fator que, ainda segundo o relator, já permite a interpretação restritiva das normas em comento.

Verifica-se, ademais, a utilização de Questão de Ordem para a discussão de um problema extremamente complexo como a mutação constitucional. Via essa que se conclui inadequada.

Há situação que pode ser denominada como mutação constitucional, embora se acredite que a argumentação e a realidade fática precisavam ser mais bem discutidas. Ademais, não foi encontrada postura ativista por parte dos juízes do STF no julgamento do caso.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa L. **Constituições Brasileiras - 1946**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9&isAllowed=y. Acesso em: 25 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Doze anos da Constituição Brasileira de 1988 (uma breve e acidentada história de sucesso)**. Disponível em: <https://constitutionnet.org/sites/default/files/Barroso,%20Luis%20R.%20%20Doze%20Anos%20da%20Constituicao%20Brasileira%20de%201988.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 15 abril 2021.

BICCA, Carolina Scherer. Desmistificando o Ativismo Judicial. **Direito Público**, v. 9, n. 46, set. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2099>. Acesso em: 10 abril 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Código Eleitoral**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 02 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal Nº 937**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 03 maio 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

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

_____. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan. 1996. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>. Acesso em: 12 abril 2021.

CANON, Bradley C. *Defining the Dimensions of Judicial Activism*. **Judicature**, [s. l], v. 66, n. 6, 1983.

CAVALCANTI, Themístocles B.; BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras – 1967**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137603/Constituicoes_Brasileiras_v6_1967.pdf?sequence=9&isAllowed=y. Acesso em: 25 maio 2021.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan. 2012. Trimestral. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496562>. Acesso em: 15 abril 2021.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHAVES, Luciano. **V Relatório Supremo em Números: o Foro Privilegiado e o Supremo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18097>. Acesso em: 22 maio 2020.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. **Univ. Jus**, Brasília, v. 0, n. 21, p. 1-17, jul. 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4318159/mod_resource/content/1/metodologia%20de%20analise%20de%20decisoos.pdf. Acesso em: 19 maio 2020.

GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. **Emory Law Journal**, [s. l], v. 58, n. 5, p. 1195-1263, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410728. Acesso em: 15 maio 2021

GOMES, Bianca. Só 3% dos réus com foro são condenados. **Estadão**. [s. l], abr. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,so-3-dos-reus-com-foro-sao-condenados,70003692078>. Acesso em: 05 junho 2021.

GUROVITZ, Helio. Impunidade e foro privilegiado. **G1**. [s. l], fev. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/blog/helio-gurovitz/post/impunidade-e-foro-privilegiado.html>. Acesso em: 05 junho 2021.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. 1 edição eletrônica. México: FCE, 2015. Tradução de Luis Tobio.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

_____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro – RJ, v. 188, p.14-35, abr./jun. 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45104>. Acesso em: 12 fevereiro 2021.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Tradução de Walter Stonner.

LOEWESTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MARMELSTEIN, George. **O Asno de Buridano, o Non Lique e as Katchangas**. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-lique-e-as-katchangas/>. Acesso em: 20 abril 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília – DF, v 41, n 162, p. 149-168, abr./jun. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em: 13 fevereiro 2021

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. **Jurismat**, n. 3, p. 55-90, jan. 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/48581486.pdf>. Acesso em: 15 abril 2021.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras - 1824**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf. Acesso em: 22 abril 2021.

_____. **Constituições Brasileiras - 1891**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137570/Constituicoes_Brasileiras_v2_1891.pdf?sequence=5. Acesso em: 24 abril 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização**. 2009. 332 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8668>. Acesso em: 13 fevereiro 2021.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras - 1934**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10. Acesso em: 5 maio 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo - RS, v. 07, n. 1, p. 80-91, jan. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinus.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.08/4550>. Acesso em: 12 fevereiro 2021.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. **Michigan Law Review**, [s. l], v. 101, p. 885-951, fev. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 20 abril 2021

TAVARES, Newton Filho. **Foro por prerrogativa de função no Direito Comparado**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/25999>. Acesso em: 20 maio 2021.

_____. **Foro privilegiado: pontos positivos e negativos**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/28740>. Acesso em: 20 abril 2021.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución*. **Revista española de derecho constitucional**, v. 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr., 2000.

VECCHI, Cristiano Brandão. **A mutação constitucional: uma abordagem alemã**. 2005. 148 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, [s.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em: 15 abril 2021.