

Ativismo Jurídico e Mutação Constitucional

José Aleixo da Silva*

Sumário: Introdução, 1. Ativismo Jurídico e a Mutação Constitucional, 2. Quebrando Paradigma do Positivismo, 2.1 Fórmula Barroso, 2.2 Desconstrução da Mutação Constitucional, 3. Conclusão, 4. Referências.

Resumo: Atualmente há muitas controvérsias no âmbito do Ativismo Jurídico e da Mutação Constitucional na esfera hermenêutica provocando equívocos na aplicação da constituição no domínio da jurisprudência. Por intermédio de análise bibliográfica foi possível a identificação de meios para a uma interpretação mais coerente sobre a aplicação do direito e do juspositivismo, verificou-se que a mutação constitucional é utilizada de forma ativista, militante, ideológica e não como deveria ser realizada ou seja nos ditames dos doutrinadores em solo brasileiro e em sua origem mátria alemã.

Palavras-chave: Ativismo. Jurídico. Mutação. Constitucional. Hermenêutica.

Introdução

Diante dos fatos que ocorrem em nosso ordenamento jurídico e a necessidade de uma abordagem crítica sobre o que é uma mutação constitucional e o que não é, as limitações das interpretações que se faz a mutação constitucional e as consequências de um ativismo jurídico exacerbado e a judicialização da política se faz necessário um estudo que configurasse uma teoria da decisão, uma hermenêutica ontológica e fenomenológica que é o que tenta passar a crítica hermenêutica do direito.

Entretanto tem a necessidade da corte não ficar engessada no texto da lei mas é por isso que critica hermenêutica defende uma mutação constitucional que poderá mudar os sentidos do texto constitucional mas nunca e jamais uma ruptura com o texto constitucional que tem ocorrido quando abrimos a interpretação por causa dos princípios, o que de fato deve ser feito é fechar a interpretação pois este é motivo que justifica a utilização dos princípios e não o inverso, este estudo não tem como finalidade acabar com as dúvidas existentes mas contribuir para um ponto de vista olhando por um outro ponto, o ponto dos jusfilósofos Martin Heidegger e Hans Georg Gademar e do prof Lenio Streck, (PEREIRA, 2020).

1 Ativismo Jurídico e a Mutação Constitucional.

Mutação constitucional é um instituto hermenêutico que foi bastante difundido e conhecido no final da década dos anos 90 que até os dias de hoje é muito discutido por vários

* Identificar o trabalho apenas se o local de destino solicitar. Normalmente a identificação é feita por um cadastro à parte, o qual solicita uma breve biografia do Autor.

estudiosos do direito constitucional da teoria do direito, ela se torna importante justamente pela questão que permite uma atribuição de sentido a determinado institutos a determinada expressões contidas no texto constitucional, é importante qualificarmos para sabermos os limites dessa mutação constitucional, para que ela não avance em suas aplicações e seja utilizada pelo tribunal constitucional para usurpar a função dos órgãos legiferantes inclusive do poder constituinte derivado reformador, portanto entender o que é a mutação constitucional, como se aplica é um tema de extrema importância principalmente neste momento que o Brasil vive de forte ativismo judicial, (PEREIRA, 2020).

O estudo da mutação constitucional é importante e essencial e a aplicação da crítica hermenêutica do direito e a utilização da fenomenologia ontológica do pensamento de Heiggner e Gademar e do Lênio Streck nos será o método filosófico para adentrar no propósito desse estudo. Prof^o Lênio Streck diz que existe duas formas de mobilidade constitucional (Streck Lênio: critica hermenêutica da constituição), mobilidade tem a ideia de modificação constitucional (mudança):

- A primeira que é a mais comum está relacionado a ação de emenda constituição ou seja é o ato pelo qual o poder constituinte derivado revisor ou reformador altera o texto constitucional originário, fruto do poder constituinte originário sendo essa a primeira e a mais clássica.
- A segunda é mutação constitucional, se na mudança do texto constitucional só pode ser feita única e exclusivamente via emenda da constituição, a mutação constitucional vai acontecer no plano hermenêutico, não se alterando o texto constitucional mas o que se discute é o sentido para formar uma nova norma, no plano hermenêutico vai trabalhar com a questão de que só temos norma na medida em que eu atribuo o verdadeiro sentido do texto, (PEREIRA, 2020).

Então quando existe uma lei X qualquer no texto constitucional teremos ali pura e simplesmente um texto que vai se transformar/transmutar em norma na medida que o interprete lê o texto e atribui sentido a ele e assim torna-se norma, portanto a mutação constitucional vai atuar apenas nessa questão da interpretação do texto e atribuição de sentido, é a possibilidade que tem o interprete de mudar o sentido que até então era um outro sentido vigente, (PEREIRA, 2020).

Um exemplo claro dessa ideia se verifica na constituição estadunidense, ela previa a clausula de igual proteção mas o modo como ela foi tratada em relação a discriminação racial foi diferente em dois âmbitos históricos – até a década de 1950 vigorou a doutrina dos separados mas iguais admitindo a segregação escolar. Na década de 1960 a Corte Warren passou entender a segregação escolar como inconstitucional ou seja num primeiro momento a segregação racial

era um fator aceitável e num segundo momento era inconstitucional pois levava a discriminação. Os pais da constituição norte americana quando a criaram a ideia da clausula de igual proteção não estavam preocupados de como seria a aplicação dessa clausula ou seja o tratamento igualitário entre negros e brancos, (PEREIRA, 2020).

Na medida que a escravidão não mais existia, na medida que a sociedade americana avançava cada vez mais e os direitos civis de 10 negros norte-americanos eram discutidos com força, com protestos a Corte Warren iria mudar por completo a forma de ser dos Estados Unidos da América e isso é interessante porque eles não podem serem acusados de ativismo judicial nos moldes praticados no Brasil, o juiz Warren que era o chefe de justiça uma espécie de presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) –sendo chefe de justiça da suprema Corte norte-americana, quando essa Corte mudou o sentido não estava criando um direito novo –um direito que não existia, mas pura e simplesmente mudando o sentido hermenêutico do sentido atribuído a esta expressão, isto não é só valido como necessário pois isto mostra que não há uma discricionariedade mas sim a aplicação do sentido correto dessa expressão naquele momento histórico naquela tradição, daquele momento e não da tradição dos pais da constituição essa é a mudança que devemos compreender, por isso que a crítica hermenêutica do direito não é presa na literalidade da lei como muitos chegaram afirmar mas também não admite a discricionariedade de subjetivismos como outros criticam, pelo contrário ela defende sempre o direito positivo e o sentido correto desse direito positivo que se sofreu alguma alteração com o passar dos anos é claro que o poder judiciário deve observa-lo, (PEREIRA, 2020).

Todavia quando estamos diante de uma postura ativista então temos uma decisão que vai além do próprio feito constitucional acarretando o rompimento constitucional, quando o texto permanece igual mas na prática de uma interpretação que vai além, é o que ocorreu com a constituição de Weimar e o nazismo. Assim o que acontece no âmbito da proposta da mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988:

Seção IV do Senado Federal. Artigo 52 caput: “Compete privativamente ao Senado Federal”.

X – “Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Não há uma alteração do significado da norma, pretenderam mudar a própria dicção do Artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988, se vingar na tese defendida por parte dos ministros do STF estarão alterando radicalmente o texto (ao invés de “suspender” querem escrever “publicar”). Desse modo tem-se um verdadeiro rompimento constitucional pois sem

alterar o texto formal (por do devido processo legislativo constitucional) é como se tivessem feito pelo próprio poder judiciário, nesse caso não há mutação constitucional mas rompimento constitucional, (PEREIRA, 2020).

A Constituição Federal estabelece sobre a questão que o Senado que teria o poder de suspender a vigência de uma lei após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, suspender não pode ter o sentido de publicar pois são cosas distintas, o ato de publicar é o ato que dá ciência da suspensão, a publicidade é dar ciência a sociedade, o ato de suspender em tese é anterior sendo então coisas distintas, por mais que na prática andam juntas –ato de suspender não pode ser atribuído outro sentido que não seja esse, existe sem sombra de dúvida um rompimento constitucional é o STF indo além do que ele poderia nessa questão, praticando assim um ativismo judicial (dada a máxima Vênias), (PEREIRA, 2020).

Portanto não se pode confundir mutação constitucional com ativismo judicial pois a mutação constitucional é absolutamente admissível sendo normal e natural, é fruto de um círculo hermenêutico, já este rompimento constitucional que é a modificação do texto é ir além do que o sentido autoriza ir, é uma prática inconstitucional, é uma usurpação da função legisladora do Congresso Nacional, nesse caso atuando como poder constituinte derivado reformador e só ele poderia alterar essa expressão, nunca em tempo algum o STF, (PEREIRA, 2020).

Ainda de acordo com Pereira 2020, a constituição poderá ter mutação constitucional por causa do círculo hermenêutico pela a ideia de que a sociedade está em fluxo, em perene movimento, portanto o sentido pode mudar com o tempo mas não de acordo com a vontade do interprete mas com a tradição que ele está inserido naquele momento histórico, está é a função do interprete, é encontrar sempre o sentido correto e no caso do interprete jurídico encontrar o sempre o sentido correto do texto constitucional e claro também o legal mas principalmente o constitucional), (PEREIRA, 2020).

Por isso a aplicação hermenêutica do Direito discute qual a função dos princípios, é inegável que hoje estamos em circunstância de princípio do direito, os princípios chegaram com força para ciência do direito, falar sobre os princípios é de suma importância pois temos duas correntes que disputam a hegemonia dessa ideia – uma corrente é a que está o Ministro Roberto barroso –onde afirma que a função dos princípios seria a de abrir a interpretação constitucional bem os moldes que defende o Prof^o Robert Alexy que desenvolveu a ideia da ponderação dos princípios. Por outro lado temos a corrente do Rio grande do sul dos professores Alexandre de Moraes Rosa, Lenio Streck que vão afirmar que a função dos princípios seria

justamente para impedir este altíssimo grau de discricionariedade judicial que vive o Brasil, (PEREIRA, 2020).

Para o Prof^o Lenio Streck os princípios fecham a interpretação justamente para evitar o decisionismo, evitar a subjetividade que é o cerne da crítica hermenêutica do direito em relação tanto a teoria da argumentação quanto o positivismo Kelseniano e outros positivismos, justamente pelo motivo de termos nas interpretações jurídicas múltiplas respostas e da admissibilidade da discricionariedade judicial, a crítica hermenêutica do direito funciona como uma teoria da decisão, defende que existe respostas corretas mas não ideias corretas contidas no pensamento, as verdades existem na medida que estão inseridas no mundo, na medida que a tradição considera como resposta correta ou a resposta verdadeira ou uma resposta constitucionalmente correta, pois estamos sobre a égide da constituição, (PEREIRA, 2020).

Quando estamos falando de uma área científica onde optamos por um paradigma de verdade, de certeza, de caminho a ser seguido é o da constituição federal, quando falamos neste aspecto inevitavelmente iremos encontrar o caminho verdadeiro ou seja o melhor que se adequa ao texto constitucional, que não será muitas vezes aquele que o interprete prefira e que contudo não sendo sua preferência poderia lutar politicamente para que o parlamento atuando como poder constituinte derivado reformador modifique este dispositivo constitucional, pois entende que não se coaduna com a realidade social, este é o caminho para ser percorrido dentro do Estado Democrático de Direito outras opções beiram um ativismo e uma discricionariedade e subjetividades nas decisões, (PEREIRA, 2020).

A crítica hermenêutica do direito defende que os princípios não são cláusulas abertas como defende Robert Alexy (dada a máxima Vênica), mas que existe um sentido correto para admitir por exemplo o princípio da legalidade, da moralidade, o princípio da eficiência, da presunção de inocência existem sentidos que a tradição diz ser corretos, interpretando o sentido correto que se coadune aos preceitos democráticos e ao Estado de Direito, (PEREIRA, 2020).

Os princípios não podem abrir a interpretação por que os princípios vem para o direito e especialmente para o direito constitucional justamente para combater o positivismo metodológico normativista e no seu aspecto da subjetividade, da discricionariedade judicial é nessa esfera que os princípios irão atacar, irão municiar o interprete para encontrar o sentido daquele próprio princípio e o sentido correto das regras, seja um princípio ou uma regra este instituto pode sofrer algum grau de mutação, de modificação onde se modifica o sentido do texto sem modificar o próprio texto escrito, por isso que os princípios servem para fechar a interpretação e diminuir ou de preferência para acabar com a aceitação da discricionariedade judicial, com a aceitação da subjetividade do direito, quando estamos falando de interpretação

do direito não pode haver este grau de decisionismo que virou no direito brasileiro principalmente em relação a discricionariedade judicial que pode levar a uma ativismo judicial e não a uma mutação constitucional, (PEREIRA, 2020).

Aqueles que estão no neoconstitucionalismo estão presos na teoria da argumentação ainda no esquema de sujeito objeto, questão teórica hipotética e que ainda não perceberam a virada linguística, a virada fenomenológica em que tudo está inserido no mundo e que não dá para pensarmos em uma teoria da argumentação de um discurso idealizado porque o mundo não é idealizado, o mundo é o que ele é ou seja lançado na historicidade, o ser em sua história, (PEREIRA, 2020).

Portanto esta é a visão que devemos ter do direito de fato, seria melhor que todos fossemos racionais e ideais mas nós não somos só racionais somos também instintos, somos sentimentos, nós temos pré-compreensões portanto todos esses elementos são necessários para se entender a realidade do direito e nesse quesito podemos falar da virada linguística do século XXI que revolucionou a forma de se fazer filosofia e tem que chegar na ciência do direito e dar um salto metodológico de substituir a epistemologia para uma nova ontologia ou seja a ontologia fenomenológica, (PEREIRA, 2020).

Existem ainda decisões que pensam a constituição a partir de um paradigma legal e não a lei dentro de um paradigma constitucional, por que o juiz ao decidir e o que ele entende não é necessário para o direito, poderá ser em artigo ou em um livro, mas enquanto na produção normativa oriunda de um poder judiciário a sua opinião daquilo que ele pensa deve ser absolutamente neutro pois se na advocacia o advogado pode ser livre para fazer sua defesa como quiser no Ministério Público e na Magistratura são presos ao sentido correto da constituição justamente por serem servidores públicos e não podem se afastar disso, não podem atuar de forma premeditada, de uma forma idealizada e sim entendendo a conjuntura a qual eles estão inseridos no mundo (Ferrajoli, Luigi-garantismo –Uma discussão sobre Direito e Democracia pg.67), (PEREIRA 2020).

Com a constituição no final do século XX existe um direito fundamental do cidadão não apenas a prestação jurisdicional mas a prestação jurisdicional que encontre a resposta constitucionalmente mais adequada, logo não existe um direito do cidadão que o juiz lhe dê uma resposta que o agrada, mas sim que o juiz lhe dê uma resposta de acordo com a constituição, o juiz tem o dever de encontrar a resposta constitucionalmente mais adequada, (PEREIRA, 2020).

2. QUEBRANDO PARADIGMA DO POSITIVISMO

Segundo o Ministro Roberto Barroso em sua obra sobre a Constituição ele inclui o positivismo como nazista, de acordo com a citação abaixo:

O positivismo equiparou o direito a lei afastou-o da filosofia e das discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico na primeira metade do século XX. Sua decadência é emblemática associada a derrota do fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito (BARROSO, pág. 192 /2013).

O direito no foco nazista não era simplesmente percebido através da lei mas por meio de uma razão pautada pelo Führer e não no juspositivismo que é o princípio da supremacia do poder legislativo que foi absolutamente deixado de lado pela construção Schmitiana da Supremacia do Führer, vide o relato de Arent:

"A primeira indicação de que Eichmann tinha uma vaga noção de que havia mais coisas envolvidas nessa história toda do que a questão do soldado que cumpre ordens claramente criminosas em natureza e intenção, apareceu no interrogatório da polícia quando ele declarou de repente com grande ênfase que tinha vivido toda a sua vida de acordo com os princípios morais de Kant e particularmente segundo a definição Kantiana do dever (...). E para a surpresa de todos, Eichmann deu uma definição quase correta do imperativo categórico: " O que eu quis dizer com minha menção a Kant foi que o princípio de minha vontade deve ser sempre tal que possa transformar no princípio das leis gerais".

É difícil encontrar o juspositivismo nessa citação, a formação de Radbruch parece que por meio de uma simplificação excessiva e textual distanciou os nazistas do ponto onde encontravam-se mais próximos da lei entendida como imperativo categórico Kantiano ou seja de um jusnaturalismo clássico e os aproximou do juspositivismo, (SANTOS, 2018).

A aclamação da dita urgência da introjeção da ética e dos valores no direito, sua conexão com a moral não é privilégio dos tempos que seguiram 1945 e sua repetição histórica (não trágica mas em forma de farsa). Já denunciava seu deslocamento: "O juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo", ano que foi proferido essas palavras foi em 1934 início do regime nazista na Alemanha, "*Maus*" mostra a necessidade de liberdade do juiz com relação ao texto legislativo era algo que já estava em voga nessa era, mais do que isso era uma bandeira que cruzava a história alemã desde a época do império, (SANTOS, 2018).

Desta maneira o juiz torna-se o próprio juiz da lei (...) investindo-se como sacerdote-mor de uma nova "divindade" a do direito Suprapositivo e não escrito, nesta condição é lhe confiada a tarefa central de sintetizar heterogeneidade social. A associação dos juízes Alemães em texto de apoio veemente a Hitler (1933) em que mostra o desprezo pela "*Bouche de lá loi*" e a consciência como fundamento de decisão, bem como a ciência jurídicas da época trazem a moralidade para o centro da questão jurídica no nazismo e a resposta que encontram na burocracia estatal não poderia vir melhor a calhar com seus anseios, a resposta do Ministério da justiça do nacional socialismo foi na mesma direção: "O verdadeiro juiz alemão não se serviria das muletas da lei", (SANTOS, 2018).

O posicionamento dos magistrados alemães ao associar o juspositivismo ao regime totalitário alemão e ignorar os próprios discursos da figura da figura mais histriônica do período: Hitler, segundo Schmitt:

“Na jornada dos juristas Alemães realizada em Leipzig o Führer falou em 3 de outubro de 1933 sobre Estado e Direito. Mostrou a oposição entre um direito substancial, não separado da eticidade e justiça e a legalidade vazia de uma neutralidade inautêntica e desenvolveu as contradições internas do sistema de Weimar, que se autodestruíu nessa legalidade neutra e se abandonou aos seus próprios inimigos. O Führer emendou uma frase: Isso nos deve servir de advertência, (SANTOS, 2018)”.

Para Santos 2018, a advertência que Adolf Hitler faz, não soa estranha a quem lê esse texto nesse momento, há uma certa sensação de "Déjà-vu". Não soa estranha ao neoconstitucionalismo com a conexão da moral e o direito: "É preciso um direito substancial contra o direito formalista do juspositivismo”.

Ao verificar seu discurso, é evidente o que está sendo dito aqui; é impossível negligenciar o que Hitler diz, assim como é impossível negligenciar toda a obra de Carl Schmitt que sendo nazista se opôs frontalmente ao positivismo normativista Kelseniano. Com relação a Kelsen por exemplo, o pensador Alemão critica com veemência a hierarquização das normas, chamada por ele de antropomorfização e improvisada alegoria, além de dedicar a obra citada, praticamente em sua inteireza a *combater* o modelo de controle de constitucionalidade nos moldes do jurista austríaco em favor de uma guardiania política da constituição, protegida pelo Führer, dentre diversos textos ao longo de sua extensa obra, Schmitt critica o positivismo de maneira didática em seu artigo "Über Die Drei Arten Des Rechtswissenschaftlichen Denkens”, (1934) como segue:

"O direito como soberano o nomos basileus não pode ser qualquer norma, regra ou disposição gratuita, meramente positiva; o nomos que

deve suportar um rei efetivo (Richter König), deve ter em si certas qualidades de ordenamento supremas, imutáveis, mas concretas. Não se dirá de um mero modo de funcionamento ou de uma tabela de horário de trens (Fahrplan) que ele o "rei". Se o pensamento puramente normativista quiser continuar coerentemente fiel a si mesmo, pode invocar sempre tão somente normas e validades de normas, mas nunca um poder e uma autoridade concretas. Para o normativista puro que sempre retrocede a um norma enquanto fundamento de raciocínio jurídico o rei, o líder (Führer), o juiz, o Estado se tornam meras funções de normas e a autoridade maior na hierarquia dessas instâncias é apenas emanção da norma superior (...) a lei destrói com esse com esse "governo da lei" o ordenamento jurídico concreto do rei ou do líder, os donos da lex. submetem o rex", (SANTOS, 2018).

Mais adiante, é ainda mais claro: "A materialidade e objetividade do normativismo puro (Kelsen) tornam-se aqui um absurdo jurídico que destrói e dissolve o ordenamento", ou seja a estrutura do pensamento jurídico nazista, tendo em Schmidt seu corifeu opunha-se ao positivismo jurídico com toda veemência possível, não só a estrutura jurídica do Estado alemão da época também o pensamento jurídico característico do nazismo figuram em lados opostos ao juspositivismo, há também uma questão filosófica intrínseca que é a impossibilidade de correlacionar o nacional socialismo ao positivismo jurídico,(SANTOS, 2018).

Com ideal formado a partir da citação acima cabe resolvermos quais os pressupostos iniciais iremos tomar como iniciativa hermenêutica de interpretação, o pressuposto de que o positivismo é um real aplicação do direito nazista e por isso deve ser olhado com desdém e ser rotulado e assim destruindo sua reputação ou que o positivismo foi jogado para o escanteio jurídico e por este motivo abriu-se formas de compreensão morais e filosóficas como defendido pelo neoconstitucionalismo, (SANTOS, 2018).

A compreensão de pressupostos iniciais é um norteador pois depende o que entendemos das suas facetas iniciais será o nosso óculos hermenêuticos da interpretação, a teoria da decisão é o supra-sumo de uma decisão jurídica filosófica e também de uma cosmovisão democrática ou juristocrática, (HIRSCHL, 2020).

Segundo o vídeo do Prof. Lênio Streck sobre Estado e Constituição declara que ao explorar a teoria da decisão sobre o assunto demonstra em uma ilustração ou seja o que ocorre nos tramites do processo comum , com o advogado realizando uma petição inicial, o juiz ao analisar a petição pede para o advogado emendar, o advogado não entende o porquê e faz embargos e o juiz diz que não tem o que responder e diz que está claro e o advogado faz embargos dos embargos e ai ele pode ser multado ou pode fazer um agravo do embargo, cria-se um Frankenstein pois não há preocupação com a decisão jurídica, será que o direito é aquilo que os tribunais dizem o que é? Se assim for não há mais direito. No Brasil substituímos a

legislação em geral pela interpretação, pelo realismo jurídico, temos então a jurisprudencialização do direito ou será que podemos dizer que existe um positivismo jurisprudencialista? Se a constituição for jurisprudencializada não haverá mais constituição, existe o que o tribunal constitucional diz sobre ela, mas a democracia se faz através do poder que emana do povo e tem seus resultados através de seus representantes, se assim não ocorrer teremos que defender a ideia de que a democracia é um deus do século XXI que falhou e se depender do ativismo judicial pode-se dizer que sim, (STRECK, 2020).

Eros grau quando escreveu " Porque eu tenho medo dos juízes" afirmou que:

“O juiz não pode decidir para a plateia, para a mídia arquejando palmas e reconhecimento, o direito é prudência", acrescentaria que o ato de julgar não se dá num picadeiro mas sim no processo e a partir do processo, o juiz apenas decide mas não de forma solipsista, o fundamento do decisum deve buscar amparo sempre no direito jamais na própria consciência, não importa o que o juiz pensa mas sim com o que ele pensa a partir do direito. O julgador deve decidir sempre a partir do direito e nunca com fulcro em suas convicções pessoais, (NETO, 2018)”.

É comum afirmar-se que os problemas jurídicos são questões de interpretação, a verdade que existe nesta afirmação que é repetida tanto no meio jurídico como pela sociedade em geral, pode ganhar rumos opostos e usando dela se encontra sujeita a interpretações equivocadas, popularizou-se o entendimento de que a controvérsia jurídica admite respostas distintas, quando não antagônicas, dependendo do que faz o intérprete ao atribuir sentidos aos atos e fatos jurídicos e das normas regras e princípios,(NETO, 2018).

De acordo com Dantas 2021, o estado natural de parcialidade o Douto professor examina a partir de Lacan e Freud na retaguarda os ângulos psicanalíticos de transparências e contra transparência , superego, culpa, recalque como mecanismos de defesa do árbitro do juiz mas que são fundamentos para a compreensão de sua (im) parcialidade , traz o que todos temem e sobre isso se pronuncia, que é o fato de o juiz decidir aprioristicamente pela sua intuição para somente depois buscar o fundamento (se é que existe) da decisão que tomara antecipadamente invertendo a correta equação, segundo no qual o juiz deve ler os autos, analisar as provas, estudar o direito aplicável para somente depois de tudo isso decidir a quem cabe a razão.

Em qualquer ordenamento onde vigorem os princípios da isonomia e do devido processo legal a imparcialidade do julgador é pressuposto que deve estar presente para que o mérito de qualquer processo seja validamente por ele julgado, (DANTAS, 2021).

Entre o ativismo judicial, judicialização da política e a pragmática utilização dos tribunais, como sustentar a imparcialidade do juiz? É bom ressaltar que a independência dos

poderes é cláusula pétrea e nos dias hodiernos podemos dizer que existem as cláusulas pétreas dos tribunais que são as decisões que amarram os juízes das outras instâncias através das súmulas vinculantes que em tese seria para pacificar, mas se essas estiverem contra a constituição com alegação que são as decisões da constituição? Podemos então dizer que temos um novo poder originário reformador dentro do judiciário? Na ânsia de dizer o que a constituição diz podem ocorrer que os tribunais decidam contrários a constituição ou realizando outra constituição, sobre a alegação de estar-se utilizando de princípios Hermenêuticos constitucionais, (STRECK, 2014).

2.1 Fórmula Barroso

Para Campos 2019, em seu artigo Fórmula Barroso descreve que sobre as atribuições de sentido, postula que as normas não tem um sentido prévio entretanto não descobre sentido mas atribui sentido isso não quer dizer que é preciso realizar um nihilismo linguístico atribuir o que o juiz quiser, este ato de interpretação se torna arbitrário, voluntarista, subjetivista e solipsista, essa ideia causa ruptura hermenêutica do sentido originário do texto, ruptura completa do conteúdo.

Na teoria da decisão observa que quando os julgadores decidem entendendo que a norma não tem sentido prévio e por isso julga-se como entendem, trabalham com a ideia da pré-compreensão, então se atribui sentido de acordo com um pressupostos anteriores, logo decidem de acordo com ideologias ou com as performances extra judiciais que são infinitas, tem-se então uma hermenêutica relativista, (STRECK, 2014).

De acordo com Streck 2014, em sua crítica hermenêuticas do direito segue como antirelativista, analisa que a atribuição de sentido não é arbitrária de fato, o interprete atribui sentido por que a linguagem sozinha não é capaz de dar todo o sentido para fechar suficientemente os significados, mas isso vinculado a uma tradição, não em uma pré-compreensão subjetivista como se cada um escolhesse o que quisesse e pelos costumes onde a linguagem pública atribui valores para um determinado fato e dá o sentido correto, observa-se que não tem nada de subjetivista, (CAMPOS, 2019).

Em solo brasileiro temos vários livros sobre aplicação do ativismo judicial na seara da hermenêutica, este trabalho traz como umas das suas colunas o artigo do Prof. Ricardo Resende de Campos que contrapõe o então Ministro Roberto Barroso. Campos relata que o nazismo é fortemente antepositivista e se via como uma espécie de direito natural nazista, outrossim esclarece e estabelece que o ministro Barroso estipula em sua obra direito constitucional sobre a decadência do positivismo, sendo emblemática e associa a derrota do fascismo na Itália e

nazismo na Alemanha, esses movimentos políticos militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei, (CAMPOS,2019).

A barbárie não veio em nome da lei pelo contrário se estabilizou e se concretizou fora da lei, os principais direitos fundamentais perderam a validade o que aconteceu de forma acelerada em poucas semanas foi a supressão ou aniquilamento do posicionamento positivista do direito Estatal Alemão, não se tratou portanto de promover a barbárie em nome da lei pelo contrário destituiu-se primeiramente a base da lei e dos direitos fundamentais para que em segundo momento chegasse a barbárie, as margens da lei, observa-se que as consequências claras das moedas de dois lados do neoconstitucionalismo e direito civil constitucional,(Campos,2019).

Reside no fato de que se perde a autonomia do direito antes centrado nas categorias e conceitos que se estruturavam com uma forma mais clara que por um lado as expectativas da sociedade ou de determinada prática social e por outro gerava redundância no sistema jurídico, a tirania dos princípios de ambas as escolas tanto do neoconstitucionalismo e direito civil constitucional, (CAMPOS,2019).

Preconiza justamente uma decisão caso a caso gerada pela fácil sensualidade de um ordenamento com bases nos princípio (ou dizer ser) e acaba por perverter a estruturação das expectativas dos campos afetados pela decisão da fórmula Barroso, de um direito estigmatizado ou reduzido a subsunção cega aos preceitos morais como direito nazista, este direito baseado em regras precisou aproximar da ética e moral no admirável mundo cego do espantalho teórico da fórmula Barroso, onde tem a tendência em dizer que somente a ponderação pode iluminar, passou assim a ponderar e se aproximar da ética e da moral (O que é ser um bem moral ou um mal moral? estamos em um Maniqueísmo?),(CAMPOS,2019).

Não é de se espantar que este admirável mundo novo da interpretação constitucional decorrente da fórmula Barroso tem acabado como jurispopulismo camuflado de direito em uma desconstitucionalização da ordem jurídica em que a nova economia da atenção ganha protagonismo que pôr fim a consequência seria dessa falta de precisão técnica na construção da teoria para a democracia, (CAMPOS,2019).

Se em nome da lei através de uma racionalidade jurídica e dogmática jurídica, as leis positivadas derivadas das discussões democráticas que se pressupõe como constitucionais, discutidas no âmbito do congresso nacional leva ou podem levar a barbárie, é prematuro dizer que fórmula Barroso então somente ela uma jurisdição constitucional iluminada por uma vanguarda, um guia, pode iluminar o caminho do direito da sociedade, a equiparação do direito positivo como uma barbárie e a saída para uma tirania não de princípios mas de uma utilização

destes aos seus prazeres levado ao cabo por uma vanguarda "iluminista" perverte o jogo democrático, e a democracia em si é um processo de aprendizagem coletiva na qual nem o povo nem as instituições estão totalmente maduras por isso mesmo necessitam aprender com erros e acertos, não existe uma saída prévia iluminista advindo do STF para aplicar no jogo democrático, (CAMPOS,2019).

O ativismo judicial no neoconstitucionalismo as decisões dos juízes baseiam-se em decisões extrajudiciais e isso seria um golpe muito maior na autoridade do direito pois as razões jurídicas não existem, depois dos juízes decidirem com seus pressupostos anteriores começam pincelar nos autos e no direito vigente o que ele precisa para justificar uma decisão previamente antecipada com razões extrajudiciais e não do ordenamento jurídico, ou seja este direito serve como um verniz apenas para justificar decisões pautadas anteriormente e como já esclarecido, com pressupostos anteriores, (CAMPOS,2019).

Subtende-se que isso não é a causa central do direito, não é normativamente o que o juiz deve fazer, mas isso poderá ocorrer com o homem juiz em suas debilidades e convicções, não pode ocorrer nas decisões de um processo jurídico, pois nesse ato jurisdicional o juiz não está em sua esfera privada mas pública, está como um dos agentes do Estado democrático de Direito exercendo as prerrogativas estritas da magistratura, caso haja interesse do excelentíssimo juiz expressar sua cosmovisão ele poderá ir para a vida política partidária e ali realizar atos de candidatos e não de um juiz. E se isso ocorrer então a ideia do discurso de que não existe direito mas só poder e ideologia seria real e tão logo nossa democracia estaria como um Titanic, grande, bonito, instrumentalizado e afundando, (PEREIRA,2020).

Não existir o direito mas apenas poder e ideologia está claro que nos forçaria pensar que o interprete jurídico não é um ser pensante mas sim um " operador do direito", buscaria portanto a decisão com base em ideologias " morais" e por ser moral dá um sentido bom e seguro mas de qual moral estamos falando? Seria no mínimo um conceito aberto, e depois buscaria as decisões e fundamentações simplesmente para racionalizar e dar um estereótipo jurídico para justificar a decisão, no neoconstitucionalismo e na mutação constitucional prospera ou poderá prosperar a ideia de que não existe direito mas sim poder e ideologia e neste contexto dizer ser contra essa tese seria apenas um discurso para aplicar o que se nega, (PEREIRA 2020).

As decisões devem ser baseados no direito e nas razões jurídicas fixados nas regras de um Estado democrático de direito ou seja o interprete tem compromissos jurídicos de justiça, a constituição foi desenhada para que os órgãos democraticamente eleitos atualizassem de acordo com o seu tempo nesse interim as decisões da Suprema Corte advindo dos seus ministros

apoiam o ativismo jurídico e passa suposições de que o judiciário sempre acertasse pois seria um poder mais iluminista e isso seria uma incongruência porque é justamente na Suprema Corte que tivemos a defesa da escravidão e outras decisões espalhafatosa no mundo ocidental,(PEREIRA 2020).

2.2 Desconstrução da Mutação Constitucional

Mutação constitucional tem mais haver com mudanças da própria norma constitucional, da norma que se extrai do texto constitucional, é criação de uma nova regra a partir de uma interpretação do mesmo texto constitucional, (PETRON, 2021).

A suposição de que a Constituição seja viva e ela se movimenta é posição comum entre os doutrinadores entretanto ela deve se movimentar pelas instituições democráticas não apenas em decisões do pleno da Suprema Corte, é através dos atos democráticos que a população vai tomando novas decisões e mudando assim os sentidos dentro daquele quadro muito amplo que a constituição deixou, são os atos democrático da população e as instituições democráticas que devem movimentar a constituição e não as decisões parciais dos juízes fechados em uma corte, (PETRON, 2021)

O principal mecanismo deve ser via com aquilo que a Constituição diz no artigo 1 parágrafo único:

"Todo poder emana do povo que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição ", está claro que nossa carta magna deixa um espaço trabalhando com conceitos abertos exatamente para deixar espaço para atualização".

Existem situações que o STF erra, a Suprema Corte perde a mão, a questão do inquérito da fake News é um grande problema, determinação de flagrante de ofício em que confunde situações, despreza-se o processo de acusação, ainda que de fato exista erros nas palavras do deputado mas não justifica sua prisão em flagrante por uma ordem de ofício do próprio juiz que teria sido vítima. Se sob alegação de que o STF deve agir ou decidir com um certo ativismo judicial para efetivação e para limitação do interesse da maioria tão logo precisamos saber quando as decisões são democráticas e quando não são democráticas? E quem decide sobre o que é ser democrático? Como todo ponto de vista é vista sobre um ponto, não traz tranquilidade dizer que a constituição poderá ser contra maioria pois causaria uma divisão na sociedade brasileira desnecessária e o propósito sempre será o bem comum pra todos, (PETRON,2021).

Mutação Constitucional histórica e crítica do conceito é um alerta para dizer o óbvio e o necessário, o propósito da crítica do conceito da mutação constitucional é pensar crítico do direito e como estamos em um contexto acadêmico podemos propor uma abordagem crítica, entretanto não é o objetivo dessa defesa atacar as instituições inclusive o STF, sua vigilância democrática e afins, como diria o Professor Lênio Streck: “Nós não somos inimigos da corte”, em sua sustentação oral sobre A.D.C 44.

O intuito é de pensar o direito e não só de reproduzir o direito e isso é crucial para todos que buscam levar o direito a sério, nossa missão aqui é desconstruir o conceito da mutação constitucional, desconstruir uma defesa que é corrente na dogmática constitucional e sobretudo na dogmática constitucional brasileira sobre a aplicabilidade da teoria da mutação constitucional em nosso sistema, (PETRON, 2021).

Em geral o que se defende é que a teoria da mutação constitucional que tem origem na Alemanha e deve ser aplicada em nosso contexto atual de maneira que as previsões constitucionais devem ser relidas, aprimoradas a luz do tempo presente, uma espécie de evolução. Segundo o professor Mario Sergio Cortella: “Evoluir nem sempre é bom pois crises evoluem e câncer também se desenvolve, logo é preciso termos muita cautela, (PETRON,2021).

Afirma-se que a mutação constitucional seria uma mudança de interpretação capaz de fazer com que apesar do texto se manter inalterável e intacto, o texto não muda mas realiza-se uma nova interpretação daquele texto tão logo contexto social daquele texto seria sido alterado, (PETRON, 2021).

Ao realizar essa abordagem não podemos deixar de constatar que essa não é a única forma de mutação constitucional que já existiu, mas é talvez a que tenha ganhado mais popularidade no Brasil e que foi acriticamente aceita e reproduzida pela dogmática brasileira apesar de já ter sido abandonada até mesmo pela dogmática Alemã e foi acolhida pela jurisprudência do STF que a defende como fundamento da decisão e passa a conferir efeitos do conceito que muitas vezes se distanciam do que é reproduzido pela própria doutrina que já recebeu a mutação de uma forma acrítica, muitas vezes em julgamento diferentes assumem feições diferentes, significados diferentes em até no mesmo julgamento a mutação assume uma conceituação e efeitos diferentes a depender do ministro que a declara ou propõe,(PETRON, 2021).

No livro mutação constitucional histórica e critica aprofunda na gênese do conceito e demonstra os equívocos de concepção do conceito da mutação constitucional no Brasil e a sua completa inutilidade. Apesar da dogmática repetir a mutação constitucional acriticamente no Brasil se quer existe um consenso teórico sobre o que vem a ser este conceito, justamente de

como a jurisprudência brasileira tem lido e aplicado estes de formas diferentes, dissonantes a mutação acabou se transformando em um argumento que é meramente retórico, argumento que é simplesmente empregado para camuflar um decisionismo arbitrário, para justificar a tentativa de sobrepor a vontade de um dos ministros das próprias determinações constitucionais e de sujeitar a constituição a um viés arbitrário de alguns dos ministros das cortes no ocidente ou até no Brasil, (PETRON, 2021).

A mutação constitucional tem sido utilizada simplesmente como uma fundamentação teórica falaciosa, uma construção que simplesmente busca encobrir um autoritarismo de alguns dos julgadores, por isso o conceito deve ser abandonada do direito Brasileiro também. A relevância de ser abandonada é porque a princípio o ativismo judicial tomou posições nas decisões que não é possível analisarmos sobre a imparcialidade de quem está decidindo, pois o julgamento utiliza-se do conceito mutação constitucional ou apoio em princípios que é um termo aberto e que poderá ser discricionário, (PETRON, 2021).

Nas obras mais correntes do direito constitucional a mutação constitucional apareceu com uma mudança de sentidos, significados com alcance da constituição pela via da interpretativa onde altera o sentido normativo mas não o texto constitucional, perceba que não estamos falando de reforma, não estamos falando de um contexto formal de alteração da constituição, estamos falando de uma mudança informal, mudança sem que haja de fato uma emenda constitucional do texto em geral, os que defendem dizem que isso é necessário e se justifica por um suposto atraso ou suposta asfixia das constituições em função da revisão formal, ineficiência do poder legislativo ou não faz as reformas ou não faz adequadamente, ainda que este adequadamente possa também ser questionado, (PETRON, 2021).

O processo de uma mutação de acordo dogmática tradicional seria um processo natural, decorrente das mudanças sociais que é reconhecido pelo STF e não instituído pela corte. Vai ser compreendida nas palavras da dogmática brasileira como uma alteração que acontece pela ocorrência de transformações semânticas dos preceitos da constituição em decorrência das modificações no prisma histórico social, fático e axiológico em que se concretize sua aplicação, afirmar-se que a mutação é uma alternância no resultado da interpretação em função da modificação do contexto fático, social e atualização na esfera econômica e cultural (veja, cabe a análise de onde vem essas mudanças? Se for influência midiática não é mudança mas sim uma propaganda de mudança ou incentivo de mudanças e o teor jurídico não pode ser influenciado por isso), (PETRON, 2021).

De maneira que o plano de fundo da mutação constitucional é o reconhecimento de uma relevância jurídica de um hiato entre a norma e a realidade, este é conceito posto pela dogmática

brasileira tão logo fica claro que este deveria ser as posições tomadas nas decisões do S.T.F o que infelizmente não é o que acontece e temos várias decisões contrárias a própria dogmática onde em tese seria o embasamento teórico da Suprema Corte mas não é o caso, (PETRON, 2021).

No primeiro semestre de 2006 foi distribuída no Supremo Tribunal Federal a reclamação 4335/AC cujo a relatoria ficou a cargo dos ministros Gilmar Mendes e ajuizada por Valdemir Perazzo Leite defensor público da União em face da decisão proferida pelo juízo da vara de execuções penais da comarca de Rio Branco onde negou a progressão de regime para vários réus, todos estavam cumprindo pena em regime fechado devido a condenação por crimes hediondos, diante do insucesso a defensoria pública da União impetrou habeas corpus perante o tribunal de justiça do Acre (T.J –A.C) acabando por ser sucumbente outra vez, (PETRON, 2021).

Depois de algumas discussões sobre o habeas corpus e sobre a aplicação do artigo 647 do C.P.P a demonstração das decisões do Ministro Gilmar Mendes traz a condução do posicionamento de mutação constitucional no seu entendimento do artigo 52 X da C.F/1988 como uma alteração da norma pelo Supremo tribunal federal, para o ministro o caminho que conduz a decisão do caso deve enfrentar dois pontos fundamentais:

Vencer o argumento contrário ao uso da reclamação e de seu cabimento
 Discutir qual o papel hoje a ser desempenhado pelo Senado Federal no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. (Voto- de Mendes, na reclamação 4.335/ A.C pag.25).

A priori estaremos abordando o assunto sobre as funções do Senado Federal, tendo um papel histórico no controle de constitucionalidade brasileiro reconhecendo que sua incursão na ordem constitucional a atuação do Senado Federal tem apenas como órgão de divulgação das decisões do STF em oposição diversos autores, onde defendem que o Senado atua politicamente e com isso passa a conferir a eficácia geral a uma decisão judicial na qual os efeitos estavam a esfera particulares. As ações do senado Federal no sentido de suspender a eficácia da norma declarada judicialmente como inconstitucional aparece pela primeira vez na constituição de 1934 e se repete nas constituições de 1946, 1969 e de 1988, sub essas luzes declara o magistrado:

“As decisões assentadas acima, parecem consentâneas com a natureza do instituto, o Senado Federal não revoga o ato declarada inconstitucional até por que lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes a decisão do Supremo Federal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado

Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional, não pode a alta casa do congresso todavia restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Federal” (voto- de Mendes, na reclamação 4.335/ A.C pag.25).

Ao longo da história constitucional brasileiro algumas vozes se levantaram contra tal quadro, inclusive a proposta de emenda n°16/65 que pretendia alterar a forma de atuação do Senado Federal mas tal proposta foi rejeitada em 1970, o STF passou a discutir se a participação do Senado federal no sentido de suspender a norma declarada inconstitucional estar-se-á restrita aos casos de controle de constitucionalidade difuso ou valeria também para os casos controle concentrado, (PETRON, 2021).

Todavia até aquele momento a história constitucional brasileira era marcada hegemonicamente pelo uso do controle difuso de constitucionalidade e de lá para cá o contexto jurídico político no que diz respeito ao de constitucionalidade brasileiro sofreu profunda alterações quanto as suas estrutura quando comparado ao sistema constitucional de 1967/1969, não no controle concentrado mas no controle difuso, (PETRON, 2021).

Com a lei 9.868/99 e a lei 9.882/99 então novamente teríamos uma mudança, o controle concentrado passaria ocupar o local de destaque e com isso o controle difuso deveria dar lugar a uma figura, mais “moderno” e “eficaz” dado o fato de as decisões serem dotadas de eficácia erga omnes e efeito vinculante, (PETRON, 2021).

Entende que o sistema concentrado é mais célere e eficaz do que o modelo difuso principalmente em razão da possibilidade de medida liminar e como reflexo dessa “modernização” no controle de constitucionalidade pátrio o papel do Senado Federal também é objeto de uma transformação ou melhor de uma mudança. É importante observarmos que a tese da mutação constitucional sobre o artigo 52 X da C.F/1988 não é inédita ao julgado da reclamação 4.335/A.C em texto publicado em 2004/Mendes (2004” a” pag. 207) já afirmava qual mutação se havia operado, (PETRON, 2021).

Como ponto de partida o ministro do STF buscará acentuar que em diversas situações a participação do Senado Federal tem sido reconhecido como dispensada pela suprema corte e isso supostamente contribuiria para o argumento sobre a obsolescência com um todo de tal participação seria a partir de tais premissas que o ministro do S.T.F vem sustentar a existência de uma nova prática assumida pelo judiciário brasileiro que supostamente confirma a necessidade de releitura de uma norma constitucional especificamente, (PETRON, 2021).

O referido artigo constitucional tendo por objetivo que a finalidade constitucional fosse observada e nesse sentido o ministro acusa o sistema difuso de ser incapaz de solucionar os julgamentos com eficácia e rapidez, respondendo em idêntica medida aos diversos casos “iguais” que tramitam pelo judiciário e a solução seria atualização sob o título de mudança interpretativa na norma constitucional do artigo 52 inciso X da C.F/1988 (voto-Mendes reclamação nº 4.335/A.C pg.55, (PETRON, 2021).

Assim opera-se a mutação defendida por ele por meio de uma decisão do S.T.F para esse caso que na realidade não está reconhecendo a existência de uma mudança na prática jurídica brasileira mas antes criando norma constitucional a partir de uma reinterpretação constitucional, a decisão atribui toda a decisão do S.T.F inclusive no controle difuso a possibilidade de eficácia erga omnes reconhecendo a própria decisão que contem “força normativa” restando apenas ao Senado Federal a tarefa de publicar tal decisão, (PETRON, 2021).

E a partir desse entendimento que supõe uma modernização no sistema de controle supondo que a via difusa deve ser instinto e vai argumentar que é uma tendência do STF ao dispensar a participação do Senado Federal no Controle difuso, observe que foi o Supremo que dispensa a participação do órgão legislativo e essa mutação constitucional seria um autoritarismo tremendo, a carta magna prevê o Senado como um órgão que vai fazer o juízo político que deve ser substituído ou não, por isso que a constituição traz a ele privativamente a função e não ao STF, (PETRON, 2021).

A mutação constitucional deve partir do pressuposto da existência de alterações semânticas da Constituição em virtude da modificação no prisma social ou fático pergunta-se, qual é alteração semânticas da Constituição neste caso? Qual é a alteração no prisma social? O que há é a defesa do ministro da troca de um sistema por outro que lhe parece melhor, mais eficiente, mais moderno e para justificar essa ideia vai utilizar-se da mutação constitucional para (máxima vênia) maquiagem argumentativamente a tentativa de sobreposição do seu pensar/sentir=sentença a própria vontade da Constituição é como se disse-se que sua previsão é melhor que o da Constituição, neste momento podemos pensar que é grave, arbitrário, gravíssimo, (PETRON, 2021).

Na reclamação 4335 a leitura de um dos ministros traz a figura da mutação constitucional reconhecendo que a teoria atribui a ideia de uma mudança ou alteração da interpretação de um texto, o que geraria uma nova norma, mas sem alteração formal no texto, que seria preservado. Em um segundo momento passa atribuir na mutação a necessidade de

alteração do próprio texto normativo, inclusive passa a propor um novo texto para o artigo 52 inciso X da C.F/1988 como segue:

“Compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade a suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, em todo ou em parte por decisão definitiva do Supremo (GRAU, voto na Rcl n. 4.335/AC, pag.10)”.

Nessa mutação constitucional caminhamos não de um texto para uma norma mas de um texto para outro texto (substituí o primeiro?), proposta como mutação por ministro Eros Grau vai retirar do Senado a competência de suspender e vai transformar o Senado em um órgão de Publicidade ou Protocolo, primeiro não faria sentido pois as decisões do STF são publicadas, não tem o porquê o Senado dar publicidade e segundo porque é uma decisão do STF que retira do Senado uma atribuição que traz pra si, é o judiciário indo no legislativo dizendo que tal tarefa que a Constituição diz que é do Senado que faz, agora por força de uma decisão da corte lhe serão retirados, (PETRON, 2021).

Segundo essa visão, propõe-se um novo enunciado normativo, então já que a mutação seria capaz de mudar o próprio texto da Constituição essa mutação do Ministro Eros Grau, passa a ser um poder Constituinte permanente, de reforma pois modifica a Constituição e isso é uma forma arriscada da influência do realismo Jurídico, demonstrando uma posição autoritária muito forte, a corte seria um defensor da Constituição ou seria proprietária da interpretação ao ponto de desfigurar o texto? O fato é que pelo o argumento de realizar uma mutação Constitucional ofende uma das cláusulas pétreas que é a divisão dos poderes ou seja em nome da Constituição ofende a própria Constituição que é uma gravidade muito maior pois e a decisão do Ministro Gilmar Mendes é ofensiva, a do Ministro Eros Grau consegue ser pior e isso ocorre também na A.D.I 5540 do H.C 126292, R.E 778889, (PETRON, 2021).

A aplicação da mutação constitucional vai estabelecer um raciocínio onde vai assumir uma relevância jurídica tão grande que ela será capaz de subverter o texto, modificar integridade do direito e de alcançar o lugar de norma constitucional, essa invasão hermenêutica desconstrói ou desconsidera toda a história evolutiva de nossa Constituição e ignora que essa se propõem por um Estado democrático de Direito e que há um estabelecimento de um dever institucional com existência normativa de participação democrática da sociedade, sendo assim é por essa e outras coisas pontuadas no livro base desse texto que a mutação constitucional deve ser lida com muito cuidado, não para ser aplicada de maneira correta e sim para ser abandonada do direito e sobretudo no direito brasileiro, (PETRON e SILVA, 2020).

3. CONCLUSÃO

Diante da separação dos poderes e imparcialidade dos juízes estaremos sempre a sombra de um ativismo ideológico militante e a força motriz desse trabalho assume o papel de tentar ser uma voz entre várias que clama por segurança jurídica, que será impossível se não conseguirmos identificar quando as decisões são jurisdicionais e constitucionais. Entre a divagação de um mundo paradisíaco e hipotético a sociedade precisa de algo sólido e visível desde sua criação até a práxis, por isso que este trabalho quer ser uma lanterna na popa de que precisamos mudar reformando e não destruindo.

Entre as pirâmides do arcaico Egito e a biotecnologia do mundo pós modernos sempre estiveram as relações humanas nas entrelinhas da pesquisa fixa-se um ideal que é possível mudar mas sempre olhando para trás, no retrovisor da história onde teremos as indicações de que a sociedade estará segura se as instituições forem firmadas no cumprimento de suas decisões jurídicas e democráticas que será possível com a separação dos poderes nos moldes de Montesquieu.

4. REFERENCIAS

PEREIRA T. R.; STRECH L.; Curso de Direito Constitucional- À Luz da Hermenêutica. Disponível em: <<https://www.novoliveu.com/>> Acesso em 12 Setembro 2020.

STRECK L.L., Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, B.A. Neoconstitucionalismo –A Ideologia Fadada ao Fracasso do Arbítrio. Salvador- Ba; ed. Juspodivm, 2018.

NETO, N. G. R., Teoria da Decisão e Controle Judicial de Políticas Públicas e Ambientais. Curitiba- PR; ed. Juruá, 2018.

DANTAS, R. D. A Imparcialidade do Divã. São Paulo; Ed. Thomson Reuters Brasil; 2021.

CAMPOS,2019 R.R.; Fórmula Barroso; Disponível em: <

PEDRON, F. Q. SILVA, J. P. S.; MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL- História e Crítica do Conceito; Belo Horizonte; Ed. Conhecimento, 2020.

HIRSCHL, R. Rumo à Juristocracia. São Paulo; Ed. Cedet, 2020.

STRECK, L. Estado e Constituição. Disponível em You Tube:
<<https://youtu.be/HrcIPu2Ja48>> Acesso em 23 Out. 2020.