

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Leon Denis Peres Quirino Resende

Mutações constitucionais e ativismo judicial: bases dogmáticas

Juiz de Fora

2023

Leon Denis Peres Quirino Resende

Mutações constitucionais e ativismo judicial: bases dogmáticas

Trabalho de conclusão de curso apresentado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Stigert de Sousa

Juiz de Fora

2023

Denis, Leon.

Mutações constitucionais e ativismo judicial: bases dogmáticas /
Leon Denis. -- 2023.

39 p.

Orientador: Bruno Stigert

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade
Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2023.

1. Mutações constitucionais. 2. Ativismo judicial. 3. Revisão de
normas. I. Stigert, Bruno , orient. II. Título.

Leon Denis Peres Quirino Resende

Mutações constitucionais e ativismo judicial: bases dogmáticas

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Bruno Stigert de Sousa

Prof. Dr. Rodolfo Bastos Combat

Prof. Dra. Brenda Dutra Franco

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 23 de janeiro de 2023

RESUMO

Em um contexto de protagonismo do Judiciário, aventam-se discussões sobre as mutações constitucionais e o ativismo judicial. O presente trabalho tem por objetivo delimitar a natureza jurídica das mutações constitucionais, apresentando seus requisitos e cenários de aplicação, bem como introduzir o ativismo judicial segundo sua origem, as razões da sua evolução no cenário brasileiro e os seus efeitos no cenário jurídico. Essa base dogmática possibilitará correlacionar ambos os institutos, permitindo alcançar a conclusão se as mutações constitucionais são uma forma de ativismo judicial e até que ponto elas são uma forma legítima de revisão de normas. Para essa finalidade, a metodologia utilizada é a revisão bibliográfica de caráter expositivo, com levantamento de autores de renome e especialistas no assunto que ora se discute. Ao final, serão sugeridos critérios de utilização das mutações constitucionais sem que caracterize o ativismo judicial, considerando o desenvolvimento apresentado no decorrer desse trabalho.

Palavras-chave: Mutações Constitucionais. Ativismo Judicial. Revisão de Normas.

ABSTRACT

In a context of the Judiciary's protagonism, there are discussions about constitutional mutations and judicial activism. This paper aims to delimit the legal nature of constitutional mutations, presenting its requirements and application scenarios, as well as introduce judicial activism according to its origin, the reasons for its evolution in the Brazilian scenario and its effects on the legal scenario. This dogmatic basis will make it possible to correlate both institutes to answer whether constitutional mutations are a form of judicial activism and to what extent constitutional mutations are a legitimate form of revision of norms. For this purpose, the methodology used is a bibliographical review of an expository nature, with a survey of renowned authors and experts on the subject under discussion. At the end, criteria for the use of constitutional mutations will be suggested, considering the development presented throughout this work.

Keywords: Constitutional Mutations. Judicial Activism. Revision of norms.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art	artigo
CF	Constituição Federal
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros
MI	Mandado de Injunção
Rcl	Reclamação Constitucional
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	9
2.1 Mutação constitucional alçada à autonomia dogmática	8
2.2 Requisitos da mutação constitucional	11
3 CENÁRIOS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	14
4 O ATIVISMO JUDICIAL E A INFLUÊNCIA DO SISTEMA NORTE-AMERICANO	16
5 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	20
6 CAUSAS PARA O CRESCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL.....	21
6.1 Desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito.....	21
6.2 Fatores sociais	22
6.3 Crescimento da litigiosidade e o controle de constitucionalidade exercido pelo STF	24
6.4 Pluripartidarismo e inércia legislativa	24
6.5 Exercício de competência normativa atípica pelo STF	27
7 CONTROLE JUDICIAL.....	28
8 BASES PARA A IDENTIFICAÇÃO DE UMA DECISÃO ATIVISTA.....	30
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

Por sua natureza, o processo de elaboração das Constituições guarda algumas diferenças em relação à regulamentação ordinária. Enquanto esta precisa apresentar linguagem específica e codificada, aquelas devem ser dotadas, intencionalmente, de linguagem aberta e carecedora de precisão. Tal característica não poderia ser diferente, na medida em que a norma Máxima assume o condão de referenciar todo o ordenamento jurídico de um Estado Soberano, e, por isso, deve acompanhar todo o seu desenvolvimento social, econômico e político.

Essa ideia de ausência de completude da norma constitucional (HESSE apud MENDES, 2016, p. 176) permite ao intérprete adaptar a norma segundo o contexto em que será aplicada, de modo que a Constituição seja plenamente aplicável no decurso do tempo e mantenha a sua identidade nas transformações inevitáveis que um organismo complexo como a sociedade exige.

Por representarem a história consolidada desde a sua elaboração e o contexto social a qual regula, as constituições devem acompanhar as mudanças da sociedade, de modo a materializar a sua força normativa. Konrad Hesse delimita o que seria a força normativa da Constituição ao afirmar que:

a Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a constituição como um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido, precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança (HESSE, 2009, p. 10).

Para essa finalidade, a maioria das constituições dispõe de mecanismos de mutação, em sentido amplo, que permitem, segundo Gilmar Mendes, “a sobrevivência do texto constitucional, ao permitir que seu conteúdo permaneça aplicável aos contextos da atualidade, muitos dos quais nem poderiam ter sido previstos quando da elaboração dos seus dispositivos” (MENDES; MORAIS, p. 178).

Assim sendo, esses mecanismos entram em cena quando a abertura semântica das normas constitucionais é insuficiente para a realização de atividades

interpretativas inovadoras que permitam a melhor aplicação da norma no contexto social estabelecido.

Tais mecanismos de mudança são concretizados pelo processo formal de revisão das normas constitucionais, a partir de processo legislativo formal definido na Carta Magna, e pelas revisões informais, representadas aqui pelas mutações constitucionais.

Estudar o processo de formação das mutações constitucionais é importante para entender as bases de sua aplicação, isto é, se essas mutações fazem parte de um contexto de atualização e evolução da Constituição, ou se refletem mera ferramenta para a construção de um perfil ativista de determinada Corte Constitucional.

Também é importante entender o que seria uma decisão ativista, correlacionando-a com o uso das mutações constitucionais, para assim chegar à conclusão sobre os requisitos, as características e os seus modos de aplicação.

2 MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Muito embora parte da doutrina entenda que as mutações constitucionais fazem parte do campo de revisão constitucional, é certo que há diferenças claras entre revisão formal e mutação constitucional.

Enquanto a primeira é alicerçada em parâmetros estabelecidos na própria Constituição, assumindo, assim, caráter formal, a segunda ocorre à sombra desse processo previsto constitucionalmente, pois confere novos significados ao texto constitucional sem alterá-lo, resultando na criação de nova norma sem o crivo do processo de revisão formal previamente estabelecido.

Reforçando essa ideia, Ana Cândida Ferraz, em uma interpretação mais abrangente, define as mutações constitucionais a “processos informais ou indiretos que produzem alterações no significado e alcance do texto constitucional, sem alterar a letra e o espírito e que ocorrem à margem do poder reformador ou de revisão” (FERRAZ, 2015, p. 10).

Já para Carlos Blanco de Moraes (2016, p. 49), mutação constitucional é entendida “como a modificação inovadora e informal do sentido das normas da Constituição, registrada à margem de um processo de revisão constitucional”.

O autor defende se tratar de um fenômeno gerador de normas inovadoras, carregadas de conteúdo político, “geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder de revisão constitucional, alteram o significado das disposições constitucionais vigentes ou desvitalizam a sua eficácia” (MENDES; MORAIS, 2016, p. 65).

Finaliza o autor defendendo que o que contribui para o aparecimento crescente das mutações constitucionais é a pressão gerada por grupos de interesses específicos “que integram a sociedade pluralista, sendo o Estado impelido a integrá-los no processo público de decisão, mediante trâmites de “democracia participativa”, limitadora da unilateralidade da decisão soberana” (MENDES; MORAIS, 2016, p. 65).

2.1 Mutações Constitucionais Alçada à Autonomia Dogmática

Sem embargos da discussão acima, há ainda muitos autores que não conferem autonomia dogmática às mutações constitucionais, como é o caso de Peter Haberle. O autor sustenta existir somente a interpretação constitucional, dentro da qual a

mutação constitucional seria a aplicação incorreta, ou indevida, das regras de hermenêutica normativa. (HABERLE apud MORAIS, 1978, p. 82).

Para justificar essa linha de raciocínio, Haberle introduz o conceito de pós-compreensão da norma jurídica, isto é, a compreensão superveniente da norma diante de um novo contexto temporalmente condicionado que confere ao operador jurídico uma nova concepção acerca de uma disposição normativa. Em outras palavras, essa concepção, segundo o autor, permitiria a conclusão de que “toda lei interpretada é uma lei com duração temporal limitada” (HABERLE apud MENDES, 2016, p. 177). Isso porque o texto constitucional, a partir de novas experiências, tornar-se-ia outro diferente do passado.

Nesse sentido, não haveria motivos para atribuir às mutações constitucionais autonomia dogmática, tendo em vista que a hermenêutica é uma atividade interpretativa temporalmente situada, e, portanto, sujeita ao contexto social, econômico e jurídico da época.

Contudo, a doutrina majoritária entende haver diferenças substanciais entre mutação constitucional e interpretação normativa, ainda que enfrente dificuldades em estabelecer critérios objetivos para essa diferenciação.

Em linhas gerais, para essa corrente doutrinária, enquanto a interpretação normativa deflui das várias técnicas interpretativas de uma norma com o fito de delimitar o objeto e âmbito de aplicação de acordo com a realidade fática e social estabelecida em determinado contexto, a mutação constitucional busca alcançar substrato decisório inovador e, não raras vezes, de caráter político, sem que haja necessariamente correlação entre essa decisão e o conteúdo semântico da norma constitucional.

Como, *a priori*, ambos os institutos podem se confundir a partir da ideia de interpretação constitucional, a linha que os separa é tênue e de difícil delimitação.

Canotilho (2003, p. 1.229) confere às mutações constitucionais a definição de que são “alterações não formais da Lei Fundamental de natureza exogenética, isto é, modificações que nascem em decorrência de um contexto externo, alheio ao próprio conteúdo normativo estabelecido”. Acrescenta o autor que tais alterações significam criação de normas fora do processo formal de revisão constitucional, o que implicaria a violação do compromisso constitucional e, dessa forma, são inadmissíveis no meio jurídico.

Carlos Blanco de Moraes critica o entendimento do autor, dizendo que tal definição não abarca as alterações jurisprudenciais dotadas de inovação normativa que reiteradamente se apresentam nos diversos ordenamentos jurídicos democráticos.

Informa o autor que:

(...) essas mudanças conferidas pela jurisprudência não chegam a assumir uma ruptura com o consenso ou a identidade da Lei Fundamental, mas ao mesmo tempo não guarda nenhuma correspondência com o enunciado textual da Constituição, de forma a enquadrar-se num processo típico de interpretação evolutiva. (MENDES; MORAIS, 2016, p. 63).

2.2 Requisitos da mutação constitucional

Um dos critérios capaz de diferenciar as mutações constitucionais da simples atividade interpretativa é a consolidação das mutações caso não haja oposição, pelos atores políticos, às mudanças introduzidas pela alteração informal. Por outras palavras, sem que essa aceitação tácita esteja presente, a mutação constitucional não existiria, tendo em vista a dificuldade de sua reiteração e consolidação frente à resistência dos demais órgãos, ou Poderes, que a fazem oposição.

Nesse sentido, alguns autores, como Mariana Melo Egídio (2016, p. 333), entendem que a mutação constitucional, ao ser consolidada pela ausência de oposição pelos demais poderes em relação ao seu conteúdo, conferiria ao Órgão Julgador legitimidade democrática.

Segundo Paulo Castro Rangel:

“Se o juiz se remete a aplicar a lei, a executá-la, abstraindo de qualquer outro tópico, fator ou padrão decisório, então parece óbvio que ele não carece de qualquer outro tipo de legitimação. Se o seu “modus” decisório é apenas e só o clássico silogismo judiciário, então o juiz não está apenas coberto de legitimidade, ele goza realmente de legitimidade democrática. Em cada espécie, compete-lhe dizer o que diz a lei, o produto do Parlamento; ele não é senão a “longa manus” do Parlamento.” (RANGEL apud EGÍDIO, 2016, p. 353)

Pode-se inferir, então, que as mutações constitucionais não decorrem senão por um processo gradual de maturação e aceitação, a partir da ideia de consolidação no tempo, de modo que tais decisões não sofram oposição pelos diversos atores políticos e se institua um novo costume constitucional.

O caso de aplicação da lei 8.742/93, que trata sobre a organização da Assistência Social e mais especificamente sobre a concessão do LOAS, é um bom exemplo desse conceito de oposição quando se trata de mutações constitucionais.

O art. 20, §3º dessa lei determinava, como critério objetivo, que a pessoa portadora de deficiência que auferisse renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo teria direito ao benefício. Diante da complexidade das demandas, fora proposta pelo Procurador-Geral da República a ADI 1.232/DF, para discutir a referida disposição normativa.

O STF declarou a norma constitucional, porque a definição de um critério objetivo, por si só, não ensejaria à declaração de inconstitucionalidade da norma, mormente porque o art. 203, V da CF é de eficácia limitada.

Em virtude da complexidade dos casos de concessão do benefício assistencial, em que os juízes se defrontavam com situações de flagrante miserabilidade, ainda que não houvesse enquadramento ao critério objetivo do art. 20, §3º da referida lei, as vias originárias do Poder Judiciário continuavam a analisar os casos concretos por outros critérios de concessão, mesmo com a declaração de constitucionalidade da norma proferida pelo STF.

Diante da realidade fática que se apresentou, o próprio STF passou a adotar o entendimento dos Juízes ordinários, alterando, na Rcl 4.374, a sua posição a respeito da aplicabilidade do critério objetivo supramencionado e contrariando a sua própria declaração de constitucionalidade da norma proferida anos antes, no bojo da ADI 1.232/DF.

O STF deu ensejo, portanto, à mutação constitucional já iniciada pelas instâncias ordinárias, em razão do contundente contexto social em que o programa de assistência social estava inserido. Tempos depois, a Corte Constitucional declarou, por via difusa (RE 567.985), a inconstitucionalidade do art. 20, §3º.

É importante salientar que a declaração de constitucionalidade proferida pelo STF no âmbito da ADI 1.232/DF se deu em um contexto totalmente diferente daquele observado no RE 567.985. Daí conclui-se que a Corte Constitucional operou a mutação constitucional, mesmo que por pouco tempo, já que posteriormente declarou a norma inconstitucional, influenciada pelo efeito das distintas realidades econômicas e sociais vividas e da forte oposição da sociedade e do próprio Poder Judiciário.

Sem a oposição mencionada, haveria a estabilização da decisão proferida no bojo da ADI 1.232/DF, e, dessa forma, dificilmente haveria mudança no cenário de

aplicação da Lei 8.742/93, a menos que o Poder Legislativo revisasse a norma por meio de nova Lei.

Seguindo adiante, outro critério trazido pela doutrina é no sentido de que as mutações devem guardar fidelidade com o programa normativo da Constituição. Nesse particular, há uma celeuma se a fidelidade ao programa normativo constitucional também inclui, aí, a correspondência da mutação ao enunciado linguístico da norma objeto de análise.

Nesse particular, parte da doutrina, como é o caso de Carlos Blanco (2016 p.78), entende que a conclusão inovadora adotada pelo julgador deve guardar o mínimo de correspondência com o texto normativo. Tal entendimento permitiria a criação de respostas jurisdicionais inovadoras e necessárias ao tempo e ao contexto social apresentado ao julgador sem a utilização de técnicas de interpretação que acabariam criando normas não previstas ou não autorizadas pelo legislador.

Nesse sentido, a observância da mínima correspondência ao texto constitucional asseguraria a adequada integração entre o programa normativo, isto é, o conteúdo da norma constitucional, e o ambiente normativo, que é o contexto político e social em que a norma seria aplicada. Uma vez não respeitado tal critério, estar-se-ia diante de uma mutação inconstitucional, representada por uma atuação legislativa do juiz não autorizada pelo ordenamento jurídico.

Esse cenário foi observado na Rcl 4.335, que tratou sobre o papel do Senado Federal no controle jurisdicional de constitucionalidade. Discutiu-se a possibilidade de progressão de regime para réus que cumpriam penas em razão da prática de crimes hediondos, tendo o STF declarado o art. 2, §1º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão de regime nesses casos, inconstitucional no âmbito do HC 82.959.

Como se tratou de decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade, seus efeitos operaram somente *inter partes*, podendo ser estendidos mediante mecanismo previsto na CF de 1988, qual seja, a expedição, pelo Senado Federal, de Resolução que confere efeitos *erga omnes* ao *decisum* da Corte Suprema.

Contudo, o STF adotou o entendimento de que tal Resolução é desnecessária, sob fundamento de que, após a promulgação da Constituição, foram-lhe conferidos novos poderes, sobretudo em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, vide EC n. 03/1993.

Logo, se a Corte Suprema passou a ter amplitude de poder no controle abstrato, como, por exemplo, suspender liminarmente a eficácia da lei ou ato impugnado, não

faria mais sentido a necessidade de aplicação da norma prevista no art. 52, X para conferir o mesmo efeito às decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade.

Sem olvidar das discussões acerca da usurpação de competência do Senado Federal, houve, aqui, uma verdadeira mutação constitucional, na medida em que o art. 52, X da Constituição Federal continua plenamente em vigor, mas sem aplicação em função do entendimento adotado pela Corte Suprema.

Assim sendo, a norma constitucional em questão se tornou letra morta, a partir de quando foi observado efeito prático que não guarda nenhuma correspondência com o seu texto, à medida que transfere uma atribuição conferida ao Senado Federal para o próprio Supremo Tribunal Federal, sem qualquer embasamento no texto constitucional.

Mesmo assim, observou-se a estabilização da mutação constitucional pela ausência de oposição do Órgão destinatário da norma: o Senado Federal.

3 CENÁRIOS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Gilmar Mendes (2016, p. 188) entende que para a implementação de uma mutação constitucional, são necessárias algumas circunstâncias fáticas ou jurídicas, ou, ainda, a existência de lacunas ou incompletudes de disciplina normativa.

Diz-se por circunstâncias fáticas as alterações na esfera política, econômica e social, a exemplo do que recentemente o sistema jurídico brasileiro enfrentou sobre o aumento da influência dos tratados internacionais e a suas respectivas consequências da internalização no direito brasileiro.

As circunstâncias jurídicas, por sua vez, dizem respeito à própria evolução da interpretação de um princípio ou termo constitucional. Isso significa que a interpretação conferida a determinado princípio hoje pode ser diferente daquela dada há 20 anos atrás, cenário esse que poderia exigir do julgador uma releitura do princípio objeto de análise para adequá-lo ao caso concreto.

Por fim, outra circunstância favorável ao aparecimento de mutações constitucionais é aquela em que se apresentam lacunas normativas ou incompletudes da norma. Isso decorre, muitas vezes, da ausência de previsão do legislador acerca de algumas nuances de aplicabilidade da norma, motivo pelo qual o Judiciário deve intervir com esforço hermenêutico para estender o seu sentido, de modo a assegurar a sua plena eficácia da norma diante da situação inovadora que lhe é posta.

Ocorre que, constantemente, o Judiciário se depara com a completa ausência de norma regulamentadora, que, por outras palavras, significa latente omissão legislativa.

Tal discussão permeia um amplo campo de debate, tendo em vista que a doutrina constitucional não trouxe, ainda, soluções que corrijam essas omissões legislativas sem que o Judiciário ingresse no espectro de criação positiva de normas.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal enfrentou essa celeuma na discussão a respeito do direito de greve dos servidores públicos, objeto de deliberação no Mandado de Injunção n. 20.

Na época, o Ministro Carlos Velloso propôs que se aplicasse a Lei 7.783/89, relativa ao direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, aos servidores públicos, mesmo que existisse, nessa Lei, norma proibitiva de que seus preceitos fossem aplicados, também, aos servidores públicos.

A discussão se renovou paulatinamente por meio de outros julgamentos, até que o Ministro Gilmar Mendes propôs nova solução, no sentido de que o Judiciário deveria intervir incisivamente na solução da controvérsia, por meio de sentença aditiva. O entendimento foi sustentado em voto proferido no MI 670:

A não regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos. Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões da Corte.

(...)

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 17 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda n.19/1988 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais...
(MENDES, MI 670)

Com efeito, o papel do Poder Judiciário diante de um estado de inércia legislativa em determinada matéria é um tema não pacificado na doutrina. Muito se discute a respeito dos efeitos da sentença em sede de Mandados de Injunção e a declaração de inconstitucionalidade por omissão no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão. Sobre esse novo papel “normativo” do STF, haverá tópico específico mais adiante.

4 O ATIVISMO JUDICIAL E A INFLUÊNCIA DO SISTEMA NORTE-AMERICANO

Definidas as mutações constitucionais, adentraremos no tópico de ativismo judicial. Porém, não há como delimitar os aspectos que permeiam o ativismo judicial sem antes tecer alguns comentários sobre a cultura jurídica norte-americana, que há muito tempo vivenciou experiências de posições mais ativistas de sua Corte Suprema.

A experiência de ativismo judicial prematura vivenciada pelos EUA – desde a implementação do *judicial review*, no caso *Marbury vs Madison*, em 1803 - ocorreu devido a características do seu próprio sistema jurídico, o *Common Law*, que se reveste de maior predomínio dos precedentes dos tribunais. Não poderia ser diferente, tendo em vista que a Constituição Americana é sintética, com apenas sete artigos e vinte e sete emendas.

Essa abstratividade permitiu, e permite, aos tribunais estabelecer sentenças prescritivas de aplicação dos direitos nela elencados de acordo com o caso concreto, o que estimula, muitas vezes, a adoção de medidas que constroem os órgãos e demais Poderes estatais a agir de determinada maneira, muitas vezes ultrapassando o limite da Separação dos Poderes.

Por causa desses fatores, a cultura jurídica norte-americana logrou o posto de pioneira no assunto, adquirindo maturidade científico-jurídica, com a sua doutrina desenvolvendo uma série de teorias que, com certa frequência, são importadas ao Direito Brasileiro.

Um exemplo dado pela autora Tassinari (2013, p. 54) é a teoria da Constituição Invisível, de Laurence Tribe, já absolutamente incorporada na doutrina constitucional brasileira, que diz que a Constituição envolve bases históricas, teleológicas, sistemáticas e morais que vão muito além do texto escrito.

Nesse sentido, existe, além do texto expresso, uma constituição silenciosa, cujos valores acompanham o evoluir da sociedade e necessitam de integração pelo intérprete.

Tassinari, nesse particular, realiza a seguinte digressão:

“A Constituição estadunidense deixa em aberto muitas questões. A maior delas é a de saber o que ela própria inclui e o que exclui. Pode um cidadão ler a correspondência eletrônica de outro? Pode-se perder o emprego por ser a favor da descriminalização da maconha? Estas, dentre muitas outras questões, no fundo, são direcionadas à

Constituição, embora o meio para obter tais respostas, na contemporaneidade, tenha sido o Judiciário.” (TASSINARI, 2013, p. 55)

Nesse contexto, tem-se por inadequada a importação ao Brasil da experiência integral de ativismo judicial norte-americana, tendo em vista que há diferenças substanciais nos sistemas jurídicos desses países.

O Common Law, conforme já mencionado, é pautado pela prevalência dos precedentes das cortes, ao passo que o Civil Law é pautado pela estrita observância da lei, cabendo ao Poder Judiciário a interpretação e melhor aplicação dos diplomas normativos desenvolvidos pelo Poder Legislativo.

Além disso, como já dito, a Constituição americana possui um texto extremamente abstrato, com poucos artigos, o que estimula a criatividade dos juízes na sua integração ao caso concreto. Ao contrário, a Constituição brasileira é prescritiva, analítica, abordando diversos assuntos que funcionam como mandamento de otimização do Estado. Justamente por isso, o ativismo judicial, tal qual ocorre nos Estados Unidos, não funciona em um ordenamento jurídico que é regido pelo império das leis.

Por isso, as mutações constitucionais operadas pelo Poder Judiciário Brasileiro contribuem para a imanência de uma Constituição silenciosa, continuamente alterada por processos de revisão alheios aos previstos constitucionalmente.

Diferentemente da experiência norte-americana, esse cenário traz à baila a discussão sobre os limites que o Poder Judiciário Brasileiro possui para criar interpretações da norma sem qualquer correspondência com o texto constitucional, já que essa manobra, em tese, violaria o princípio democrático, tendo em vista que essas interpretações foram introduzidas por órgão desprovido de representatividade e em detrimento das normas estabelecidas pelos representantes do povo - o Poder Constituinte.

Nesse sentido, segundo Canotilho (2003, p. 1223), a alteração informal que agredir os limites materiais, isto é, a identidade constitucional, e outros pilares que consubstanciam o compromisso do constituinte, deve ser considerada inconstitucional, por clara incompatibilidade entre os fatores externos embaixadores da referida mutação e a própria ordem constitucional.

Adiante, Tassinari (2013, p.56), fazendo remissão aos estudos de Christopher Wolfe, informa que o *judicial review* norte-americano passou por três principais fases.

Na primeira delas, chamada de “*traditional era*”, surgiu a noção de que a Constituição, se interpretada de maneira correta, permite a construção de sentidos que podem ser aplicados no caso concreto, afastando-se, assim, a ideia de que o único papel da Constituição é o de estabelecer generalidades, que são complementadas pelas leis.

A segunda fase, denominada de “*transicional era*”, foi marcada pela influência do capitalismo “*laissez-faire*”. A Corte Suprema assumiu uma posição de interferência na competência dos outros Poderes, ao impedir que normas voltadas à higiene e segurança do trabalho fossem aplicadas, sob fundamento de violação à liberdade contratual da época.

Nas palavras de Tassinari *apud* Wolfe, “isso demonstrou ser muito mais uma questão de vontade (will) – ou de legislação – da Corte do que propriamente de julgamento e interpretação” (TASSINARI *apud* WOLFE, p. 57)

Esse exemplo demonstra que decisões que invadem a esfera política, e, portanto, assumem perfil ativistas, não necessariamente precisam ser dotadas de intervenção ativa. Uma decisão de perfil conservador, não intervencionista, pode ser caracterizada como ativista quando invade a competência de outro poder com motivações eminentemente políticas.

Por fim, a última fase, a “*modern era*”, que reflete a assunção de um protagonismo pelos juízes, que, segundo TASSINARI, “passaram não apenas a atribuir à lei caráter secundário, mas a reescrevê-las” (TASSINARI, p. 58).

Considerando a cronologia do *judicial review* proposta por Wolfe, observa-se uma mudança gradual no perfil decisório da Suprema Corte Americana. Como forma de justificar esse comportamento da Corte, João Lemos Esteves (2016, p. 257) defende a tese de sedução do Direito pelo que ele chama de “Guerras Culturais”, que não raras vezes influenciam a decisão dos juízes em prol de determinados interesses de classe.

Para embasar esse entendimento, o autor, fazendo remissão aos estudos de Robert Bork, examinou que a Corte Constitucional Americana, muito embora tenha proferido julgamentos paradigmáticos em sentido contrário, julgava conforme a elite dominante de cada época.

Como exemplo, o autor citou que no início da década passada a classe dominante era a empresarial, observando-se muitos julgados na esteira do discurso persuasivo burguês da época, a exemplo do caso *Lochner v. New York*, em que a

Corte Suprema invalidou norma que estabelecia limites mínimos e máximos de trabalho em indústrias no Estado de Nova York.

A partir da segunda metade do século passado, a classe intelectual e acadêmica assumiu o protagonismo do discurso persuasivo, sob um contexto de forte influência de clamores sociais advindos da Segunda Guerra Mundial, pelo que passou a introduzir um discurso progressista que também influenciou a Corte Americana em suas decisões.

Conclui o autor que essa realidade é preocupante sob o ponto de vista jurídico, na medida em que desvirtua os valores consolidados no texto constitucional, devido à não observância do que ele chama de “intenção original do constituinte”.

João Lemos Esteves diz:

“As leis podem a todo tempo ser modificadas, desde que a maioria política dê o seu assentimento e respeito os procedimentos constitucionalmente previstos. Assim sendo, é compreensível que a “intenção do legislador” (*mens legislatoris*) ceda em face do elemento objetivo (*mens legis*) na interpretação de atos legislativos. Mas poder-se-á (ou dever-se-á) chegar à mesma solução tratando-se da apreensão do sentido normativo da Constituição? Não cremos. A Constituição – reiteramos – é um compromisso político com vocação de durabilidade, visando proteger a democracia e os direitos individuais dos cidadãos. A Lei Fundamental, como já sabemos, só poderá ser revista mediante um procedimento complexo e a aprovação por uma maioria qualificada. Assim sendo, preconizar uma interpretação atualista da Constituição é negar a sua função: com efeito, a Constituição teria exclusivamente o significado que a comunidade política hoje lhe atribuisse. Pergunta-se então: para que serve a Constituição? Se em última instância, está nas mãos dos intérpretes de hoje da Lei Fundamental lhe atribuir o conteúdo que julgarem mais conveniente ao tempo presente, sem tomar em consideração a “intenção original” do Poder Constituinte, então a Constituição perde a sua relevância no sistema jurídico. Primeiro, porque sua vinculatividade para o Poder Legislativo será mínima, porquanto dada a plasticidade do significado das provisões constitucionais o legislador será livre para interpretar e concretizar de acordo com as suas conveniências políticas imediatas. Segundo, porque os princípios e as normas de direitos fundamentais converter-se-iam em habilitações constitucionais para o Tribunal Constitucional fazer política, invadindo a esfera de competência própria do poder legislativo.” (ESTEVES, 2013, p. 272)

No entanto, Ramos (2016, p. 122) vai além, defendendo que a exclusiva observância da intenção original do constituinte conduz a um passivismo judicial, pois

o intérprete considera a intenção original do constituinte sem a sua devida atualização ao contexto atual.

Nesse sentido, defende a aplicação da teoria conceitualista, ou originalista moderada, a qual defende a observância da intenção original do constituinte, concatenada com a ideia de que a sociedade está em franca evolução, sendo necessário que o significado das normas constitucionais seja adaptado a esses novos contextos.

5 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Muito embora parte da doutrina considere ativismo judicial e judicialização da política sinônimos, há autores que propõem a sua necessária diferenciação, como é o caso de Clarissa Tassinari.

Para a autora (2013, p. 19), a judicialização da política é permeada pelo contexto de crescente protagonismo judicial, em decorrência das experiências vividas, principalmente, na Segunda Guerra Mundial, que ensejou o maior reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. A autora acrescenta:

“Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.” (TASSINARI, 2013, p.19)

O ativismo judicial, por sua vez, seria a consequência desse contexto de judicialização da política, dado que o órgão judicante passa a proferir decisões dotadas de supremacia, que comumente invadem a esfera de competência dos outros Poderes.

Nesse sentido, afirma Ramos (2015, p. 101):

“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa²⁸¹, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário²⁸², e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.” (RAMOS, 2013, p. 101)

6 CAUSAS PARA O CRESCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

Por ser um fenômeno de grande complexidade, o ativismo judicial não possui uma única causa para o seu crescimento, observando-se diversos fatores de contribuição para o seu impulsionamento.

6.1 Desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito

O marco temporal para a criação de um ambiente favorável ao crescimento do ativismo judicial se deu ainda na Segunda Guerra Mundial, com a reaproximação entre o direito e a moral e a relativização do positivismo jurídico, tal como era entendido na época.

Essa reaproximação permitiu o aumento da carga de subjetividade na valoração das normas, já que os princípios jurídicos foram alçados a uma categoria de extrema importância para a hermenêutica jurídica.

Isso significou, segundo Tassinari (2013, p. 89), a transição do Estado Legislativo de Direito, pautado por um positivismo exacerbado, que requeria obediência ao formalismo rigoroso, para o Estado Democrático de Direito, pautado, sobretudo, pela criação de Cartas Constitucionais analíticas ao redor do mundo, conferindo ao Estado o mandamento de respeito a diversos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Como consequência, houve aumento da litigiosidade e de demandas judiciais, pois, como afirma Tassinari:

ao agregarem direitos sociais e determinarem objetivos ao Estado, aumentaram a densidade normativa das constituições, que, como já mencionado, passaram não apenas a ser concebidas como um elemento organizacional, mas também a influir diretamente na política governamental a partir de uma noção de irradiação constitucional pelo sistema jurídico. (TASSINARI, 2013, p. 26)

Ramos (2015, p. 241) também sustenta que o modelo de Estado Social-Democrático contribuiu para o crescimento do ativismo judicial, uma vez que recaem sobre o Poder Judiciário as exigências sociais para a consecução mais rápida possível das finalidades insculpidas na Constituição, incluindo “a imediata fruição de direitos

sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras”.

Nesse sentido, continua o autor:

“que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.” (RAMOS, 2015, p. 241)

6.2 Fatores Sociais

Não menos importante, questões de ordem social também contribuem para o fortalecimento do ativismo judicial. José Eduardo Faria (2010, p. 73) elenca, para tanto, algumas tendências globais de mudanças estruturais nas relações jurídicas, quais sejam, a maior participação de grupos de interesse privados no processo legislativo, como, por exemplo, os lobbys dos empresários; descentralização do poder em decorrência do pluralismo inerente à democracia, o que reduz o caráter imperativo do direito; enfraquecimento dos direitos sociais do Estado, que cede aos “mercados comuns”, regulados pela *lex mercatória*, a exemplo da Reforma Trabalhista introduzida pela Lei 13.467/17, que a pretexto de se garantir maior empregabilidade, relativizou diversos direitos inerentes aos trabalhadores; fortalecimento do direito penal, com um maior endurecimento da legislação, em razão de um latente sentimento de impunidade, dentre outros.

Tassinari comenta essas tendências, afirmando que “diante deste ambiente de certa fragilização da esfera estatal, que, em regra, é resultado da interferência das forças da economia, em um movimento contrário, a sociedade se apresenta imersa em uma ampla litigiosidade como modo de resgatar e exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito.” (TASSINARI, 2013, p. 27)

Tal contexto faz surgir o que a autora chama de Juristocracia, revestida na ideia de que compete ao Judiciário decidir sobre todas as questões jurídicas no cotidiano dos cidadãos, inclusive aquelas de caráter banal.

Isso pode ser visto como algo positivo, na medida em que o Judiciário ainda detém credibilidade no exercício das suas funções, mas ao mesmo tempo possui uma

faceta negativa, tendo em vista que acusa uma clara deficiência no cumprimento do papel constitucional pelos Poderes, sugerindo uma crise de relacionamento entre eles.

Segundo a autora, mencionando achados de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, as condições políticas para o afloramento desse cenário são:

a) transformação do modo de compreensão da democracia como “vontade da maioria” (democracy as majority rule and popular responsibility), adicionando-se a importância do poder contramajoritário, que acaba tendo o Judiciário como seu representante; b) a afirmação da separação dos poderes, que facilitou a judicialização; c) a (falta de) implementação de políticas públicas, apesar da existência de um vasto rol de direitos assegurados constitucionalmente; d) a atuação de certos grupos de interesse ao utilizar a jurisdição como meio de expandir os direitos garantidos, pleiteando a inclusão de outros não afirmados na constituição; e) o fortalecimento do controle de constitucionalidade, que, muitas vezes, aparece amplamente vinculado com o sistema político, no sentido de que acabou sendo utilizado pela oposição parlamentar para barrar as iniciativas do governo; f) a inefetividade das instituições majoritárias, fazendo-se referência tanto ao Legislativo quanto ao Executivo, devido à ausência de implementação de políticas públicas por parte deste, o que representa um problema na condução da administração; e, por último, g) a delegação de poderes pelas próprias instituições majoritárias ao Judiciário, criando-se, assim, uma situação de conveniência, em que, para não gerar controvérsias políticas para o congressista (ou administrador), ao invés de definir lei que proíba (ou permita) certas questões de grande divergência social, atribui-se tal função aos juízes e tribunais, evitando a indisposição política, o conflito e a polêmica com os seus eleitores e, principalmente, com seus opositores. (TATE; VALLINDER apud TASSINARI, 2013, p.29)

6.3 Crescimento da litigiosidade e o Controle de Constitucionalidade exercido pelo STF

A massificação dos litígios também é fator de contribuição para o ativismo judicial, pois a crescente demanda por exigências de ordem difusa e coletiva, como os direitos consumeristas e os trabalhistas, resulta em diversos litígios individuais que requerem mecanismos de jurisdição defensiva pelas cortes, como o julgamento de casos em bloco, a criação de súmulas vinculantes e, por que não dizer, o controle de constitucionalidade exercido em âmbito difuso e abstrato.

Nesse último particular, Ramos (2015, p. 243) sustenta que a expansão do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário é reflexo de uma

Constituição provedora, que constrange o Estado a intervir em diversas frentes e a garantir direitos fundamentais de diversas ordens.

Em decorrência desse maior lastro de atuação estatal, cresce a necessidade de edição de leis pelo Poder Legislativo, o que sugere um aumento proporcional do controle formal e material dessas mesmas leis pelo Poder Judiciário.

6.4 Pluripartidarismo e inércia legislativa

Outro fator de contribuição para o ativismo judicial, segundo Ramos (2015, p. 256), é a falta de maturidade institucional no Brasil, marcada por uma democracia jovem e por um pluripartidarismo que dificulta a produção normativa.

Nesse sentido, não raras vezes o Judiciário se depara com questões de flagrante omissão legislativa, consubstanciada no dissenso de um arranjo político em que vigora, atualmente, 32 partidos políticos legalizados no TSE.

Além da flagrante omissão legislativa, o dissenso na votação de pautas importantes, representado pelas disputas de poder que ocorrem entre os partidos, conduz o Supremo Tribunal Federal ao posto de nova instância para essas discussões, mormente porque as minorias partidárias se valem de mecanismos jurídicos para embargar votações legislativas que contrariam seus interesses.

Naturalmente, essas discussões, que deveriam se limitar ao âmbito do próprio regimento interno das casas legislativas, acabam se transferindo para o judiciário, que em vez de se limitar à sua função de controle, passa a assumir um papel de preponderância em relação aos demais Poderes.

Esse contexto induz a um Estado impotente na consecução do programa constitucional estabelecido, ocasionando verdadeira crise entre os Poderes, na medida em que o Judiciário é chamado a intervir em questão que deveria ser normatizada pelo Poder Legislativo.

Por isso, espera-se que Poder Judiciário implemente mutações constitucionais que demonstrem sensibilidade ao “fenômeno crescente da “individualização” dos direitos fundamentais e da sua afirmação agressiva frente ao legislador” (MORAIS, 2016, p. 65).

Em um contexto normalizado de representação no Congresso Nacional, a influência desse fenômeno conduz a alterações legislativas que resultam em uma maior integração dos direitos dessas classes sociais. De outra banda, se o Órgão

Legislativo demonstra inércia frente a essas influências, o Judiciário, sobretudo o STF, realiza a atividade interpretativa da norma, de modo a consolidar, muitas vezes, verdadeiras mutações constitucionais, renovando a discussão – contemporânea, diga-se de passagem – acerca do ativismo judicial e seus limites.

Esse cenário foi observado no julgamento da ADPF 132, que tratava do reconhecimento da união estável também para pessoas do mesmo sexo, afastando-se, desse modo, a aplicação literal do art. 1723 do Código Civil.

Nos debates do plenário, a Corte Suprema logo enfrentou impasse acerca da melhor técnica hermenêutica para solucionar a lide, com a proposta inicial de se aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição ao referido artigo do código civilista. Todavia, observou-se a impossibilidade de aplicação dessa técnica, mormente porque a norma objeto de discussão era uma réplica do art. 226, §3º da Constituição Federal, que diz: ““§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.””

Nesse sentido, segundo Gilmar Mendes (BITTENCOURT apud MENDES, 2016, p. 209), por estar explícito no texto constitucional o reconhecimento da união estável somente entre o homem e a mulher, aplicar a técnica de interpretação conforme a Constituição corresponderia a uma atecnia hermenêutica, haja vista que haveria violação literal do próprio texto da norma discutida, incompatível com a técnica proposta.

Segundo parcela considerável da doutrina, é importante destacar que a norma constitucional analisada não poderia ser declarada inconstitucional, pois decorrente do Poder Constituinte Originário. Estabelecido esse óbice, é necessário considerar, também, o contexto social da época, envolto de enorme pressão da comunidade LGBT por equiparação de direitos; não menos importante, colaborou para esse cenário o explícito estado de mora do Congresso Nacional em resolver a questão.

Nesse sentido, como garantir o direito fundamental da composição familiar aos casais de mesmo sexo se o próprio texto da Constituição é um obstáculo a esse desiderato?

Não se pode olvidar também que o simples indeferimento do pleito arguido na ADPF por conformidade ao texto constitucional conduziria o público afetado a um estado de dependência do Congresso Nacional, que demonstrara, até então, dissensão a respeito do tema. Nesse sentido, o direito pleiteado não poderia ser

exercido até que houvesse Emenda Constitucional alterando o quadro jurídico da matéria.

Muito embora tenha havido essa discussão, a Corte Suprema optou, mesmo assim, por aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição, sob fundamento de que, em se tratando de direitos fundamentais, não é possível interpretar a norma restritivamente. Conferiu-se, portanto, novo sentido à norma do art. 226, §3º da CF, de modo a abarcar a possibilidade de reconhecimento da união estável aos casais homossexuais, ainda que contrariando seu próprio texto expresso.

Naturalmente, a conclusão a que se chegou sofreu diversas críticas da doutrina, como a de Lênio Streck:

As sentenças interpretativas só podem ser corretamente compreendidas através da diferença que existe entre texto e norma. A interpretação conforme a Constituição não modifica o texto da norma, mas produz uma norma a partir da parametricidade constitucional. Esse é o limite do sentido e o sentido do limite. Ou seja, somente a partir dela – da parametricidade constitucional – e não a partir de analogias ou outras formas de extensão de sentido, é que se pode fazer a referida atribuição de sentido (Sinnggebung). E, outra coisa: a diferença entre texto e norma não quer dizer que seja permitida a atribuição de qualquer norma ao texto. E muito se pode admitir que, a pretexto da aplicação da máxima hermenêutica “texto e norma”, a PGR venha a pretender substituir o próprio texto da Constituição – pela via indireta de interpretação conforme dada ao Código Civil – por um outro (aquele que ela, a PGR, entenda ser mais adequado). Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa seara. Ou seja, que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais ou patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal. O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador. (GILMAR apud STRECK, 2016, p. 211)

No mesmo sentido, Ramos:

O principal limite para o uso da interpretação conforme, sob pena de derivar o órgão de controle para o ativismo judicial, é a textualidade do dispositivo preservado, que, mediante a adequada e racional combinação dos diversos critérios hermenêuticos, deve conter espaço de interpretação que comporte a proposta normativa reputada harmônica com a Constituição. Se a alternativa exegética pressuposta pela decisão de improcedência desfigura por completo o dispositivo que se pretende salvar, impõe-se a conversão do decisório em decreto de invalidação. (RAMOS, 2015, p. 180)

Dessa forma, a conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal contrariou texto expresso de norma constitucional, ainda que a pretexto de proporcionar a uma minoria carente de proteção o exercício dos seus direitos. Pode-se dizer que a Corte demonstrou atitude ativista, operando verdadeira mutação constitucional sem o mínimo de correspondência ao texto constitucional.

6.5 Exercício de competência normativa atípica pelo STF

Por fim, também contribui como causa para a expansão do ativismo judicial a introdução, pela EC n. 45/2004, de mecanismos que conferem ao Supremo Tribunal Federal uma atividade atípica normativa, consubstanciada na elaboração de Súmulas Vinculantes e de decisões proferidas em Mandado de Injunção.

No que diz respeito às primeiras, Ramos (2015, p. 261) sustenta que ““a súmula vinculante se apresenta antes como um ato de criação de normas do que de aplicação normativa””, significando verdadeiro mecanismo de consolidação do posicionamento vinculativo do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria.

Em relação aos Mandados de Injunção, de acordo com Pegoraro (2016, p. 302), diante das normas de eficácia limitada, há ainda o desafio da reforma constitucional quando manifestamente ausente a atividade legislativa sobre esse determinado mandamento.

Nas palavras do autor, verifica-se, neste caso, ““um hiato entre o texto da Constituição escrita e a Constituição Vigente, procedendo-se, muitas vezes, à reforma da Constituição pela via dos fatos, devido à apatia das forças políticas que deveriam

havê-la desenvolvido, pois nem o recurso da inconstitucionalidade por omissão, onde esteja essa previsão, parece ser suficiente””. (PEGORARO, 2016, p. 302)

Por isso, justifica-se o crescente posicionamento da Corte Suprema no sentido de se admitir o suprimento normativo com efeitos *erga omnes*, sobretudo quando o Congresso já fora notificado outras vezes da mora legislativa.

Ramos (2015, p. 266) traz como exemplo o julgamento do MI 670, já mencionado nesse trabalho, em que a Corte adotou novo posicionamento, não se limitando somente a notificar o Congresso da mora legislativa, mas proferindo sentença aditiva para a aplicação do direito de greve também aos funcionários públicos.

Assim sendo, passou-se a discutir se os efeitos do Mandado de Injunção remetem ao controle abstrato da omissão legislativa, e embora ainda não se trate de posicionamento consolidado, é um indício de que o STF caminha para um entendimento mais proativo para o tratamento das omissões legislativas.

7 CONTROLE JUDICIAL

Para aferir se uma determinada decisão possui caráter ativista ou não, Ramos (2015, p.134) propôs uma classificação com base na intensidade de controle exercido pelo órgão julgante.

Segundo o autor, as funções de governo, consubstanciadas na elaboração de diretrizes e programas de governo, raramente são afetadas pelo controle julgante, pois são revestidas de caráter extremamente político, legitimadas pelo sufrágio previsto constitucionalmente.

Nesse sentido, por importarem natureza política, as decisões sobre programas de governo geralmente não são submetidas ao controle jurisdicional, por fazerem parte do lastro discricionário do gestor.

Adiante, o autor indica que há um controle de mínima intensidade sobre o exercício de jurisdição pelo Poder Legislativo. Como exemplo, a titularidade exercida pelo Senado Federal para julgamento de autoridades de alto escalão por crime de responsabilidade, por também ser de caráter político, não admite a intervenção do judiciário quanto ao mérito do julgamento.

Todavia, segundo o autor (2015, p. 134), passou-se a admitir intervenção do judiciário no que tange aos aspectos formais do julgamento, como a observância de princípios como o devido processo legal e o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Outro exemplo trazido pelo autor é o exercício do veto à sanção de Lei aprovada pelo Congresso Nacional. Ainda que o veto possa ser permeado de questões jurídicas, significando controle de constitucionalidade preventivo, a intervenção do Poder Judiciário, nessa seara, também é adstrita, tão somente, aos aspectos formais do exercício dessa prerrogativa, como, por exemplo, a observância do requisito da tempestividade.

Como atos de controle de intensidade média-fraca, o autor coloca os atos *interna corporis* das casas legislativas e o controle de constitucionalidade fundado em princípios.

No que diz respeito aos primeiros, a jurisprudência do STF até então assentada era no sentido de que as normas regimentais sobre o processo legislativo eram de cunho meramente ordinatórios, regulamentares, insuscetíveis de violar direitos

subjetivos dos parlamentares, e, portanto, sem fundamento para que o judiciário interviesse.

No entanto, o autor reconhece a tendência global de controle sobre o conteúdo dos atos *interna corporis* do legislativo, sobretudo quando é identificada arbitrariedade que afronta o princípio do pluralismo político, por meio de manobras que cerceiam o direito de oposição das minorias partidárias. (RAMOS, 2015, p. 139)

Adiante, o controle de constitucionalidade fundado em princípios é aquele em que a norma objeto de análise em relação à constituição é formada, majoritariamente, por princípios. Isso porque os princípios, por possuírem demasiada carga subjetiva, requerem a sua adequada adaptação aos parâmetros constitucionais, preservando-se-lhes os núcleos essenciais.

Nesse sentido, segundo o autor ““uma vez preservado esse núcleo significativo, há que se deferir ao legislador o poder de realizar acomodações concretizadoras dos princípios em disputa que se situem na zona de incerteza das respectivas prescrições.”” (RAMOS, 2013, p. 142)

Seguindo a classificação do autor, há o controle médio forte quando se tratar de controle de constitucionalidade fundado em regras e de atos administrativos em que haja discricionariedade.

O controle jurisdicional se acentua quando realizado o controle de constitucionalidade sobre regras, porque estas possuem o condão de regular, de modo objetivo e específico, as matérias objeto do seu conteúdo. Assim sendo, presume-se que o legislador previu todas as nuances que contornam a matéria e decidiu de modo determinado e específico a respeito delas, facilitando a análise de sua conformação em relação à Constituição.

Por conseguinte, os atos administrativos dotados de discricionariedade também são sujeitos, segundo Ramos, ao controle médio forte do Judiciário, quando a discricionariedade advier de fundamentos de valor indeterminado, como, por exemplo, aqueles pertinentes à publicidade governamental, em que se exige, conforme o art. 37, §1º da CF, o caráter “educativo, informativo ou de orientação social”.

Por fim, os atos administrativos vinculados se sujeitam ao controle máximo do judiciário, por seu caráter prescritivo, com ampla restrição à vontade do administrador. Por esse motivo, uma vez desatendido qualquer requisito necessário para a validade do ato vinculado, haverá o controle de validade pelo judiciário.

8 BASES PARA A IDENTIFICAÇÃO DE UMA DECISÃO ATIVISTA

Ramos (2015, p. 145) elenca como primeiro parâmetro para se aferir se uma decisão possui caráter ativista ou não a necessidade de que a interpretação constitucional seja aderente às diversas possibilidades de sentidos que o texto da norma pode projetar.

Portanto, se a norma extraída pelo interprete não guarda nenhuma correspondência com o seu texto, haveria a constatação de uma mutação inconstitucional.

Nesse sentido, explica HESSE:

“o limite da textualidade “é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição” e se, por um lado, “inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação”, por outro, “exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição” (HESSE apud RAMOS, p. 145)

Outro requisito inexorável das decisões ativistas é a transgressão pelo órgão julgante de suas próprias competências. Isso decorre, segundo Tassinari (2013, p. 92) por meio “de julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do aplicador, não condicionados, portanto, a elementos jurídicos, embora, por vezes, possuam a aparência de juridicidade”.

Nesse contexto, uma decisão ativista é prontamente identificada quando é evidente o exercício de uma competência não conferida ao órgão julgante, ou, em se tratando de uma competência prevista, haja excessos no seu exercício.

Quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal realiza uma mutação constitucional sem qualquer mínima correspondência com o texto da Constituição, exerce indevida produção normativa, avocando uma competência que não lhe é inerente.

Como exemplo de decisão ativista, o STF declarou procedente a ADO 26/DF, que versava sobre a violação dos direitos fundamentais dos homossexuais e

transgêneros em decorrência de atos discriminatórios direcionados a esses públicos. O reconhecimento desse estado de inércia legislativa conduziu o STF a uma posição incisiva a respeito do tema, praticando a técnica da analogia, em contexto que gerou muitos questionamentos pela doutrina.

Isso porque a Corte Suprema invocou os incisos XLI e XLII do art. 5º da CF, equiparando as condutas discriminatórias contra os homossexuais e transgêneros aos crimes de racismo. Todavia, as normas constitucionais que preveem esses mandamentos de criminalização são de eficácia limitada, atribuindo-se ao legislativo a criação de lei ordinária, com critérios e limites definidos de acordo com a conveniência política do Órgão Legiferante.

Nesse sentido, a decisão do STF deveria se ater aos limites da lei que regulamenta esses mandamentos constitucionais, qual seja, a Lei 7.716/89, já que a própria Constituição assim determina.

O *decisum* da Corte Suprema demonstrou, porém, a aplicação da técnica da analogia sem qualquer correspondência ao texto da Lei 7.716/89, que qualifica, conforme o seu art. 1º, o crime de racismo como “*resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”.

Não é difícil concluir que os atos discriminatórios perpetrados contra os homossexuais e transgêneros não se amoldam a nenhum dos vocábulos previstos no art. 1º da Lei 7.716/89, evidenciando-se, dessa forma, a posição ativista da Corte Suprema.

Nesse contexto, a aplicação imediata da lei que regula os crimes de racismo ao caso em comento significou produção normativa indevida do STF, pois estendeu a aplicação da Lei 7.716/89 a casos alheios aos que a norma estabelece, sem qualquer mínima correspondência textual. No mesmo passo, não oportunizou ao Poder Legislativo a edição da norma em prazo razoável, de modo a respeitar o princípio da Separação dos Poderes e garantir a máxima proteção e efetivação dos direitos dos homossexuais e dos transgêneros.

Evidentemente, sabe-se dos desafios que pairam sobre o tema da inércia legislativa, mormente em casos que o STF já notificou o Poder Legislativo e houve descumprimento do prazo inicialmente assinalado para a edição da norma. Aliás, a reiteração da omissão legislativa é um critério razoável para que o STF adote posição ativista, sob fundamento da máxima efetivação dos direitos fundamentais.

No entanto, a separação e harmonia entre os poderes constitui norma constitucional cogente que deve ser respeitada, e oportunizar ao Poder Legislativo a possibilidade de sanar a omissão legislativa antes de se operar mutação constitucional é uma medida que atenuaria as críticas contundentes da doutrina em relação a esse protagonismo anômalo do Poder Judiciário.

Outro caso emblemático de ativismo judicial indevido é a edição da Portaria GP n. 69/2019 pelo Ministro Dias Toffoli, na qual se instaurou o inquérito das *fake news*. O fundamento utilizado para a instauração desse inquérito de ofício recaiu sobre art. 43 do Regimento Interno do STF, que diz: *Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.*

Como se observa, a instauração de inquéritos com base no art. 43 do RISTF possui como condição necessária a averiguação de fatos ocorridos nas dependências do Tribunal, o que evidentemente não é o caso em comento. O objeto do inquérito das *fake news* tornou-se demasiado abrangente, assumindo contornos de inquisitorialidade, na medida em que o Ministro Relator ordena medidas investigativas ao seu alvedrio, muitas vezes sem qualquer participação do Ministério Público.

Não se questiona a relevância do objeto de investigação do inquérito em discussão, porém há, aqui, uma clara violação de competência constitucional do *Parquet*, motivo pelo qual essa atuação do STF também se enquadra como ativismo judicial.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mutações constitucionais fazem parte da realidade de qualquer ordenamento jurídico, por representarem respostas às mudanças sociais, econômicas e políticas.

Ao mesmo tempo, elas podem significar erosão no equilíbrio da autonomia dos Poderes, já que são introduzidas, geralmente, para reparar uma anomalia já presente, a exemplo da dificuldade de atualização formal da Constituição pelo Poder Legislativo.

Por outras palavras, a mutação constitucional é introduzida em decorrência de um descompasso entre a norma constitucional e a realidade na qual ela é aplicada. Justamente por isso, incumbe ao Poder Legislativo exercer a prerrogativa de revisar formalmente a Constituição.

Se o Poder Judiciário é invocado e opera mutação constitucional, é porque ou há inércia legislativa, ou a norma introduzida é interpretada de modo a não cumprir o programa normativo estabelecido pelo Poder Constituinte Originário.

O ativismo judicial, por sua vez, é entendido como um pronunciamento do Poder Judiciário que comumente excede a sua esfera de competências, podendo, dentre outros efeitos, também invadir a esfera de competência dos outros poderes.

Nesse sentido, a delimitação da natureza jurídica das mutações constitucionais é mais tênue do que a do ativismo judicial, haja vista que as primeiras, além de demonstrarem utilidade no processo de transformação e adaptação das Constitucionais, também podem ser uma ferramenta importante para a introdução de uma decisão ativista. Já o segundo possui uma delimitação dogmática objetiva e de fácil compreensão.

Por isso, é importante a definição de requisitos para a utilização das mutações constitucionais. O primeiro deles, uníssono na doutrina, é que as mutações constitucionais devem guardar o mínimo de correspondência com o texto da norma constitucional, sob pena de violação do compromisso democrático e do programa constitucional estabelecido pelo Constituinte.

Como segundo requisito, o caráter de *ultima ratio* das mutações constitucionais deve ser respeitado, pois, em decorrência da sua essência inovadora, o significado de uma determinada norma até então predominante sofre ruptura, ainda que essa mutação respeite os limites textuais dessa norma.

Por isso, as mutações constitucionais devem ser guardadas para casos de extrema inércia legislativa, pois deve-se conceder a possibilidade do poder legiferante de exercer seu poder típico, atualizando a norma e melhor a adequando ao contexto exigido.

Por fim, as mutações constitucionais devem se limitar aos direitos e garantias fundamentais, por significarem mandamentos dos quais o Estado não pode se desvencilhar. Nesse sentido, a inércia legislativa não pode ser óbice ao exercício de um direito ou garantia fundamental, podendo o Tribunal Constitucional valer-se da mutação constitucional para resolver a anomalia.

Ausente um desses critérios, surge uma decisão ativista, operada por meio de uma mutação inconstitucional e que extrapola a competência do órgão julgante.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2. Ed. Rio de Janeiro, p. 95.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 18.769, 08 dez. 1993.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 14.303, 26 jul. 1993.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 05 out. 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

EGÍDIO, Mariana Melo. **Poder Constituinte, legitimidade democrática e mutações constitucionais**. MENDES, Gilmar Ferreira. MORAIS, Carlos Blanco de. Série CIDP - Centro de Investigação de Direito Público: Mutações Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 333-363

ESTEVES, João Lemos. **O originalismo e as mutações informais**: notas sinópticas. MENDES, Gilmar Ferreira. MORAIS, Carlos Blanco de. Série CIDP - Centro de Investigação de Direito Público: Mutações Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 257-279

FARIA, José Eduardo. **As novas formas e funções do direito**: nove tendências. In: ——. Sociologia Jurídica: direito e conjuntura. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança na Constituição**. Osasco: EDIFIEO, 2015.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Limites da mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Limite entre interpretação e mutação**: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. MENDES, Gilmar Ferreira. MORAIS, Carlos Blanco de. Série CIDP - Centro de Investigação de Direito Público: Mutações Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175-257.

MORAIS, Carlos Blanco de. **As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial**: a fronteira crítica entre interpretação e a mutação. MENDES, Gilmar Ferreira. MORAIS, Carlos Blanco de. Série CIDP - Centro de Investigação de Direito Público: Mutações Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 49-103.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites de atuação do judiciário. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2013

TRIBE, Laurence. **The invisible constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Tribunal Superior Eleitoral, 2022. Partidos políticos registrados no TSE. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse/registrados-no-tse>. Acesso em: 18 dez. 2022

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

