

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A PRÁTICA DE ATIVISMO JUDICIAL

THE CONSTITUTIONAL MUTATION AND THE PRACTICE OF JUDICIAL ACTIVISM

Jailson de Araujo Rodrigues¹
Djane Salomão dos Santos²

RESUMO: No momento em que os atores políticos não correspondem aos desejos sociais que lhes foram empenhados, impedindo que as demandas da sociedade sejam efetivamente atendidas, pode ser desencadeada uma ruptura entre a classe política e a sociedade civil. É nesse panorama em que há uma atuação mais ampla e contundente do Judiciário na concretização dos valores envidados pela carta constitucional. Uma das formas de ação do Poder Judiciário em tal cenário, talvez a mais importante, é através da mutação constitucional. No entanto, esse expediente pode estar sendo utilizado pelo nosso Judiciário para um protagonismo que permeia a prática de ativismo judicial. Nesse contexto, o escopo deste artigo é oferecer ao leitor uma discussão crítica sobre a relação entre mutação constitucional e ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Para isso, será estabelecido o conceito formal de mutação constitucional e sua importância na exegese da norma constitucional. Além disso, será discutido o significado doutrinário de ativismo judicial estabelecendo sua diferenciação com a judicialização da política. Ao final, é feita a apresentação e análise de importantes julgados em que, supostamente, ocorreu a prática de ativismo por parte da nossa egrégia Corte.

Palavras-chave: ativismo judicial; mutação constituicional; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: *When political actors do not correspond to the social desires that were committed to them, preventing the demands of society from being effectively met, a rupture between the political class and civil society can be triggered. It is in this scenario that there is a broader and more forceful role of the Judiciary in the implementation of the values sent by the Constitution. One of the forms of action of the Judiciary in such a scenario, perhaps the most important, is through constitutional mutation. However, this expedient may be being used by our judiciary for a protagonism that permeates the practice of judicial activism. In this context, the scope of this article is to offer the reader a critical discussion about the relationship between constitutional mutation and judicial activism within the scope of the Federal Supreme Court. For this, the formal concept of constitutional mutation and its importance in the exegesis of the constitutional norm will be established. In addition, the doctrinal meaning of judicial activism will be discussed, establishing its differentiation with the judicialization of politics. At the end, the analysis of important judgments in which, supposedly, the practice of activism on the part of our egrégious court was presented.*

Keywords: *Judicial Protagonism; Supreme Federal Court.*

¹ Advogado Especialista em Direito Constitucional
Instituto Federal da Bahia
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3368262322830341>
ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-4926-6735>
E-mail: jailson@ifba.edu.br

² Especialista em Gestão
Unidade de Ensino Superior de Feira de Santana (UNEF)
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3755640366047314>
ORCID: <https://orcid.org/0009-0634-0361>
E-mail: dja.contabilidade@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O Brasil está enfrentando uma crise institucional sem precedentes em sua história recente. O crescente desprestígio e a representatividade questionável do Poder Executivo aliado a um Legislativo desacreditado pela opinião pública culminam em um horizonte sombrio e sem perspectivas de melhorias sociais a curto prazo. De forma geral, para o olhar leigo, a política materializa o sinônimo de corrupção e a defesa de interesses partidários.

Diante desse cenário institucional caótico de deslegitimação da política em relação ao seu papel de realizar os anseios da sociedade em busca do bem comum, há uma convergência para que, em certas situações, o Poder Judiciário desempenhe funções que até então não estavam sob sua responsabilidade direta.

Os magistrados, nas diversas instâncias jurisdicionais, são chamados a atender às demandas cujo elevado e crescente grau de complexidade pode impedir que eles se mantenham adstritos à literalidade da norma, bem como às técnicas hermenêuticas e decisórias. Nesses casos, é possível que ocorra a prática de um protagonismo judicial nocivo, maculando o Princípio da Separação dos Poderes e, em maior escala, o Estado Democrático de Direito. Esse é o "terreno fértil onde brotam" o ativismo judicial e a judicialização da política.

De forma particular, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem desenvolvido um importante papel proativo no cotidiano institucional pátrio. A centralização de poder, conferida a essa egrégia Corte através da Carta Magna de 1988, permitiu a tomada de decisões sobre questões nacionais que lhe rendem aplausos acalorados e críticas contundentes, exigindo, no mínimo, uma reflexão mais aprofundada e desprovida de parcialidade. Essa forma proativa de interpretação da norma constitucional, expandindo seu sentido e abrangência, é um elemento que muitos autores utilizam para caracterizar o ativismo judicial.

O atendimento de demandas que não foram satisfeitas pelo parlamento, em certos momentos, representa um aspecto positivo de um Poder Judiciário ativista judicialmente. Entretanto, essa ação por si só não justifica a proliferação de sentenças que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica. Nessas circunstâncias, o próprio Estado Democrático de Direito estaria sob ameaça.

As questões de extenso alcance político em que as Cortes constitucionais desempenham um protagonismo jurídico podem cristalizar uma usurpação de poder por parte dos tribunais, deixando exposta a difícil tarefa de estabelecer o limiar

entre justiça e política. Isso se evidencia em situações de retração dos Poderes Legislativo e Executivo.

No instante em que os representantes políticos não correspondem aos anseios sociais que lhes foram envidados, obstaculizando que os pleitos sociais sejam efetivamente atendidos, ocorre uma ruptura entre a classe política e a sociedade civil. É nessa perspectiva em que há uma atuação mais ampla e incisiva do Judiciário na concretização dos valores empenhados pela Carta Constitucional.

Nesse contexto, o fenômeno da mutação constitucional cumpre um importante papel já que é uma maneira informal de modificação da Constituição Federal. Em regra, as constituições rígidas, como é o caso da Constituição brasileira, só podem ser modificadas mediante um processo legislativo mais complexo que as leis comuns ou sofrendo mutações em seu conteúdo, seguindo uma interpretação mais atual do mesmo texto a partir do que se entende como demanda da sociedade contemporânea. Assim, a mutação manteria a estabilidade do texto com alteração apenas em sua interpretação, cumprindo a função social a que se destina o direito constitucional.

O ativismo judicial, em geral, sempre é acompanhado de uma mutação da norma jurídica constitucional. Sob essa perspectiva, evidencia-se a necessidade de estudar a prática de ativismo judicial diante do fenômeno de mutação constitucional, a fim de estabelecer em que situações uma sentença está pautada em uma exegese contemporânea da norma constitucional ou é uma sentença de cunho político.

Neste trabalho, é discutida a relação entre mutação constitucional e a prática de ativismo judicial no judiciário brasileiro no âmbito do STF. Por meio da análise de determinados julgados polêmicos dessa colenda Corte, é possível averiguar se o fenômeno da mutação constitucional é utilizado como expediente pelo STF para prática de ativismo judicial.

Para a concretização do trabalho, realizou-se uma revisão da literatura com o objetivo de aferir o delineamento doutrinário de diferentes autores sobre o tema, percorrendo uma metodologia organizada e clara de forma a cooperar para o esclarecimento do tema e facilitar a leitura do presente artigo.

O artigo está organizado da seguinte forma: na Seção 2, são estabelecidos os conceitos doutrinários de mutação constitucional, ativismo judicial e a diferença deste com a judicialização da política. Na Seção 3, são apresentados julgados do STF apontados por doutrinadores como produtos de ativismo da egrégia Corte. Na Seção 4, são apresentadas as conclusões alcançadas pelo trabalho.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS SOBRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E ELEMENTOS CORRELATOS

Nesta seção, é apresentado o conceito de mutação constitucional e a sua importância na hermenêutica da norma constitucional. Também é desenvolvido o significado doutrinário de ativismo judicial e apontadas as consequências da prática de ativismo judicial no domínio do Direito Constitucional.

Mutação constitucional

A Constituição é uma obra comum a todas as pessoas e órgãos que compõem uma nação, dela se irradiam os princípios e as normas fundamentais que irão balizar todo o sistema jurídico pátrio. Por se tratar de uma construção humana, esse documento carece de perfeição e, portanto, não assume um caráter definitivo. Como todas as normas jurídicas, a Constituição deve ser inicialmente interpretada para que haja a sua compreensão. Seguindo essa ótica, Ferraz (2015) ressalta que dois aspectos peculiares sobressaem na interpretação da norma constitucional: o elemento político e a tipologia da norma. Nesse mesmo diapasão, Maximiliano (2011, p. 248) preceitua que “o Direito Constitucional se ampara no elemento político, volátil por natureza, e a esta característica peculiar atende, com especial e constante cuidado, o exegeta”.

Na exegese da Constituição, não se deve considerar exclusivamente a intenção do legislador, a literalidade das palavras, o encadeamento lógico no processo interpretativo. Neste momento, torna-se necessário sopesar o aspecto político da interpretação, considerando a Constituição Federal como uma carta política.

A Constituição de um Estado, ao ocupar o ápice do seu ordenamento jurídico, tem como uma de suas características fundamentais a sua estabilidade, compreendida como a durabilidade da ordem constitucional em vez da sua imutabilidade. É necessária a existência de um equilíbrio, e as normas constitucionais devem acompanhar as mudanças que a sociedade impõe. As colocações apresentadas possuem maior relevância com relação às constituições rígidas, como é o caso da Constituição brasileira. Nesse contexto, Ferraz (2015, p. 06) apresenta “tanto a estabilidade como a possibilidade de mudança como componentes necessários ao conceito de rigidez constitucional, do qual deflui a supremacia constitucional, princípio basilar do direito constitucional moderno”.

Nas constituições rígidas, a modificação do texto apenas pode ser realizada mediante um processo formal, um procedimento legislativo mais gravoso e não pelo procedimento da

legislação ordinária.

Uma característica que acompanha a rigidez constitucional é o alto grau de abstração de inúmeras normas constitucionais. Segundo Pires (2016, p. 162), “as palavras jurídicas da Constituição são abertas, têm conteúdo aberto. O texto normativo constitucional possui significado variável e suscetível a interpretações em maior escala que as normas jurídicas em geral”.

O caráter aberto das normas constitucionais é denotado pelos termos vagos e de natureza geral que são empregados pelo legislador. Diante desse fato, inúmeras vezes é necessário fazer um preenchimento, uma adequação da norma para aplicá-la ao caso concreto. Conforme Tavares (2012, p. 107), essa característica linguística tem como importante consequência “um agigantamento da tarefa dos intérpretes juntamente com sua liberdade em identificar determinado conteúdo ou sentido para norma positivada”.

A maior liberdade interpretativa, permite uma adequação contemporânea do Direito Constitucional, que pode ser compreendida como uma mudança informal do texto constitucional. Esse processo de mudança é operado sem qualquer alteração da forma do texto da Constituição, motivo pelo qual acaba sendo denominado fenômeno de mutação constitucional informal (Tavares, 2012).

Segundo Sarlet e Marinone (2017), as mutações constitucionais foram originalmente identificadas pela doutrina alemã sob a denominação de *verfassungswandlung*, posteriormente o termo foi traduzido para literatura jurídica espanhola como *mutación de la constitución* tendo sido amplamente acolhido pela doutrina ibero-americana.

Em torno desse processo hermenêutico, é importante identificar o momento em que a interpretação de uma norma constitucional se cristaliza em mutação constitucional. Para Ferraz (2015, p. 56), isso ocorre sempre que “se atribui a normativa constitucional um sentido mais amplo, tratando de situações ainda não enfrentadas por ela anteriormente ou comportamentos não considerados disciplinados por ela dantes”.

A concepção de mutação evidencia um fenômeno do direito constitucional que não possui previsão normativa. Trata-se de uma reinterpretação levando em consideração fatores exógenos, uma alteração informal da Carta Magna. Por meio dela, altera-se a interpretação, faz-se uma releitura da norma e mantém-se a plenitude do texto constitucional. Não há limites formais para a aplicação desse instituto. O poder constituinte de reforma limitou-se a estabelecer parâmetros sobre como o legislador pode alterar a Constituição Federal de maneira formal.

O fenômeno da mutação constitucional não é exclusivo

do Poder Judiciário. De acordo com Bahia (2017, p. 62), ele também “pode ser aplicado pelo Executivo, Legislativo e até pelo povo. Entretanto, como o STF representa o guardião da Constituição, é natural que as questões de maior envergadura deságuem em sua análise”. Sendo assim, não é forçoso afirmar que essa Corte ocupa posição privilegiada para a aplicação desse fenômeno.

De acordo com Dimoulis e Lunardi (2016), as mutações constitucionais possuem dois elementos intrínsecos: elemento temporal e elemento social. O primeiro deles representa que a norma passou a ter um novo significado, diferente do significado do momento anterior. O segundo representa que a mutação está vinculada a alterações sociais. Por meio da combinação desses dois elementos, torna-se possível a aplicação de mutações constitucionais no âmbito de uma teoria da interpretação constitucional evolutiva.

Diante desse raciocínio, Sacchetto (2015) preceitua que a principal justificativa para a utilização das mutações constitucionais está atrelada ao argumento da necessidade de atualização da Constituição por meio de uma interpretação evolutiva, que seja capaz de manter a força normativa da Carta Maior, de modo a evitar que o documento jurídico-político se torne engessado e destoante da realidade social. Dessa forma, as mutações constitucionais são instrumentos importantíssimos para manter a Carta Magna sempre “viva” como reflexo da realidade concreta.

Além dos dois elementos já mencionados, Bulos (2014) ressalta outros dois aspectos das mutações constitucionais: espontaneidade e a imprevisibilidade. Esse binômio espontaneidade e imprevisibilidade externa que as mutações não são programáveis, não podem ser preconcebidas, não podem ser premeditadas, sob pena de se descaracterizar esse fenômeno. É nesse sentido que Lenza (2014) afirma que as mutações constitucionais exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas. É um fenômeno natural, não se tratando de um procedimento premeditado ou programado. Dessa forma, não seria possível predeterminar a realização de uma mutação – ela ocorre ou não –. De outra forma, estar-se-ia violando a norma constitucional.

É importante ressaltar que a mudança informal por meio da mutação constitucional é apenas uma das formas de modificar a norma constitucional. Nesse sentido, Chaves (2013) elenca que a modificação da Constituição pode ocorrer por duas vias: a via formal e a via informal. A via formal ocorre por meio da reforma constitucional, procedimento este complexo, posto que a modificação do sentido e do texto da Constituição é dificultosa, externando a rigidez constitucional. Por sua vez, a via informal consubstancia-se pela muta-

ção constitucional. Assim, as constituições rígidas, como é o caso da Constituição brasileira, podem ser reformadas; mediante processo legislativo formal previsto no próprio texto da Lei Fundamental (reforma constitucional) ou mediante mudanças não formais. No primeiro caso, a mudança constitucional por intermédio da reforma constitucional exige um processo mais gravoso do que as leis comuns. A outra maneira de modificar a Constituição seria por meio da mutação constitucional.

O fenômeno da mutação pode ser de dois tipos: mutações constitucionais e as mutações inconstitucionais. Segundo Sarlet e Marinone (2017), as primeiras são as que violentam a Constituição, ou seja, aquelas que sucumbem ao confronto com a Lei fundamental por meio de controle jurisdicional. O segundo tipo, as mutações inconstitucionais, são aquelas que não violentam a Constituição, pois resistem ao controle jurisdicional. A mutação é constitucional sempre que se realiza uma reinterpretção da norma constitucional de forma a alterar o seu sentido, seu significado ou seu alcance sem violar a letra da lei e tampouco a integralidade da Constituição. É importante observar também que a alteração da Constituição deve se processar de maneira diversa de uma reforma constitucional.

De maneira geral, pode-se depreender que o fenômeno da mutação constitucional foi idealizado para preencher uma lacuna entre o texto constitucional e a realidade social, possibilitando a exegese da norma histórico-evolutiva adstrita a uma interpretação sistemática da *Lex Mater*. Além disso, esse instituto não poder ser despreendido de um viés político, pois o componente político é intrínseco à norma constitucional, e a interpretação da Constituição vincula-se de forma quase que “simbiótica” com o componente político. Contudo, esse componente político, volátil e instável, permite que os órgãos jurisdicionais façam interpretações das normas constitucionais que extrapolam os limites da própria Constituição, muitas vezes realizando julgamentos segundo convicções pessoais, incorrendo na prática do chamado ativismo judicial.

Ativismo Judicial

Em virtude de algumas decisões polêmicas, principalmente em julgados da egrégia Corte pátria, existe uma discussão doutrinária no sentido de que a mutação constitucional está sendo empregada como mecanismo para interpretações que extrapolam a norma constitucional. Fica evidente, em diversas situações, a autocriação no âmbito do direito material, incorrendo em um exercício ilegítimo de poder por parte desses órgãos jurisdicionais. Essa postura é criticada como ativismo

judicial.

Silva (2015) afirma que ativismo judicial representa uma ação em que o magistrado exacerbou sua função como julgador. Isso se refere a uma postura do Judiciário que transpassa os limites constitucionais, enfim, quando o direito positivado dá lugar às convicções pessoais do magistrado. O autor ressalta que esse comportamento deve ser repellido, especialmente no âmbito do STF, considerando que as decisões e condutas da egrégia Corte se irradiam por todo o sistema.

Barroso (2009) define ativismo judicial como uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Para ele, o ativismo judicial tem-se mostrado mais como uma solução do que um problema. A sua ocorrência evidencia as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo na atual conjuntura histórica, que se materializa na falta de representatividade. Sob esse ponto de vista, o ativismo judicial é benéfico, pois supre necessidades impostas pela sociedade que não foram resolvidas pelo Legislativo.

(...) a postura ativista por parte do magistrado pode se manifestar através de diferentes condutas: (a) aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (c) imposição de condutas ou de abstrações ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (Barroso, 2017, p. 06)

Por outro lado, ao adentrar excessivamente em questões políticas e sociais envolvendo julgados, o magistrado estaria usurpando uma competência que não é sua. Nesse sentido, Teraoka (2015) ressalta que o aspecto negativo do ativismo judicial se tipifica na intromissão do Poder Judiciário, que detém baixa legitimidade, pois não é eleito, em assuntos dos demais Poderes. Isso converge para uma violação do Princípio da Separação dos Poderes e a quebra do sistema de freio e contrapesos.

Seguindo essa lógica, Miranda e Carneiro Junior (2014) afirmam que o ativismo judicial encontra barreiras por grande parte da comunidade jurídica e um dos seus principais aspectos negativos decorre do Princípio da Separação dos Poderes, basilar nos sistemas democráticos e que serve de óbice à legitimação da ação discricionária dos magistrados.

O que se observa é que existe certa divergência doutrinária a respeito da prática de ativismo judicial. Existem doutrinadores que consideram salutar o ativismo judicial e acre-

ditam que sua existência é necessária. A maioria deles, no entanto, são contrários a essa prática e a consideram como uma anomalia que deve ser desentranhada do sistema judiciário.

O inverso do ativismo judicial é denominado de autocontenção judicial. Na autocontenção judicial, o Judiciário deve ter uma interferência reduzida em temas de competência dos outros dois Poderes. De acordo com Barroso (2009, p. 06), por essa vertente, juízes e tribunais: (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Essa era a forma de atuação jurisdicional empregada no Brasil até a chegada da Constituição de 1988.

O termo ativismo judicial, em diversas situações, é empregado pela doutrina erroneamente. A expressão ativismo judicial é utilizada para externar situações concretas de judicialização da política, chegando ao ponto de ambos os termos serem empregadas como semelhantes.

Silva (2015) em seu trabalho chama a atenção para essa “confusão” doutrinária entre judicialização da política e ativismo judicial. Segundo ele, a expressão ativismo judicial é aplicada indevidamente em casos que, na realidade, o que se está a fazer é judicialização da política, em especial política pública social.

Por judicialização da política, compreende-se:

(...) o cumprimento, via Judiciário, dos objetivos políticos constitucionais, ou seja, o Judiciário está entregando aos jurisdicionados aquilo que lhes é garantido pelo texto constitucional, ainda que de forma contingencial, pois, implementado o serviço, desaparece a necessidade de atuação do poder Judiciário. (Silva, 2015, p. 244)

O ativismo judicial, na maior parte das vezes, é instrumentalizado pelo fenômeno da mutação constitucional. Esse fato é observado por Teraoka (2015), que afirma que o ativismo judicial vem sendo acompanhado pelo reconhecimento de mutações constitucionais e mudanças de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso se materializa em virtude de não haver limites doutrinários e legais claros na aplicação do fenômeno da mutação constitucional.

Ao buscar uma maior eficácia das normas constitucionais, o órgão jurisdicional não pode se enveredar em demasia no âmbito político dos seus julgados. Possíveis lacunas entre

o sistema normativo e a realidade social não podem subsidiar decisões pautadas em âmbito pessoal, adentrando em função legiferante, alheia ao judiciário.

ALGUNS JULGADOS POLÊMICOS DO STF

Nesta seção, são apresentados julgados polêmicos do STF que foram considerados por doutrinadores como produtos de ativismo da egrégia Corte. No universo de diversas outras ações, a escolha desses casos ocorreu devido à importância social, política e econômica de cada um deles, repercutindo de forma bastante ampla no tecido social.

Progressão de Regime Prisional para Crimes Hediondos

A Constituição Federal não se ocupou de estabelecer a tipicidade de condutas criminais. Esse papel foi delegado à legislação infraconstitucional. Contudo, certos crimes que pugnam por uma reprimenda penal mais gravosa, a Magna Carta estabeleceu mandados constitucionais de criminalização. Esse fato é materializado no artigo 5º inciso XLIII da Constituição ao impor tratamento mais severo aos crimes hediondos:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (Brasil, 1988, p. 9).

No inciso XLIII do mesmo artigo, a Carta Magna trata, entre outras coisas, da aplicação do Princípio da Legalidade Estrita à individualização da pena. Segundo a inteligência desse dispositivo, a lei regulará a individualização da pena.

No ano de 1990, foi sancionada pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Melo, a Lei n.º 8072 de 25/07/1990. A nova lei, em vigor, determinava que a pena para crimes hediondos deveria ser cumprida integralmente em regime fechado.

Durante um longo período de tempo, que perdurou por mais de quinze anos, a Suprema Corte brasileira considerou que o artigo 2º, § 1º da Lei n.º 8.072, de 25/07/1990, era constitucional. Esse dispositivo constitucional restringia a progressão de regime prisional para sentenciados por crimes hediondos. Os condenados por crime hediondo tinham sua pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado, sendo vedada a transferência para regime menos rigoroso.

Esse entendimento sofreu um violento revés em 23 de março de 2006 na prolação da sentença do HC 82.959, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio Melo. No julgamento desse HC, o plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/1990. Permitiu-se, dessa forma, a progressão de regime prisional para sentenciados por crimes hediondos.

Presentemente, vigora a Súmula Vinculante n.º 26 do STF:

Súmula 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

O posicionamento adotado na progressão de regime para crimes hediondos foi, aparentemente, uma manifesta violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Ao declarar a referida norma inconstitucional, houve uma usurpação, por parte da egrégia Corte, da prerrogativa do Poder Legislativo de legislar sobre matéria de lei penal.

Apesar do artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal disciplinar que cabe à lei regulamentar a individualização da pena e impor tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos, o STF, mediante uma interpretação “elástica”, inovou invocando uma mutação constitucional. Por meio dessa inovação, o STF acabou por adentrar na função de legislador, praticando um nítido ativismo judicial sob a égide de uma suposta mutação constitucional.

Reconhecimento de União Estável em Relacionamento homoafetivo

As discussões envolvendo a família e os valores morais que ela representa sempre despertaram muita atenção e interesses diversos de vários grupos sociais. Dessa forma, o julgado referente ao reconhecimento da união estável em relacionamentos homoafetivos atraiu especial atenção, inclusive da mídia. Essa ação tramitou junto ao STF na ADPF n.º 132, posteriormente foi reconhecida como ADI 4.277.

A ADI n.º 4.277 pleiteava que os direitos previstos para casais heterossexuais fossem reconhecidos em uniões homoafetivas. Ainda segundo a ADI n.º 4.277, o não reconhecimento desses direitos seria uma evidente violação dos princípios constitucionais da igualdade, segurança jurídica, liberdade, razoabilidade ou da proporcionalidade e dignidade da pessoa

humana. Entretanto, os diplomas legais existentes disciplinavam que a união estável ou casamento referiam-se à família tradicional, composta por homem e mulher, ambos heterossexuais, conforme se aduz do artigo 226, § 3º da CF:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º – O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (Brasil, 1998, p. 61, grifo nosso).

Seguindo o entendimento da Carta Normativa Maior do nosso ordenamento pátrio, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 preceitua:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Apesar de ser um tema bastante polêmico que mobiliza diversos setores da sociedade civil, do ponto de vista legal, as normativas apresentadas impossibilitavam o reconhecimento de direitos de casais com parceiros de mesmo sexo, e algo fora desse entendimento seria um alargamento da norma. Após discussões acaloradas em plenário, a ADI n.º 4.277 teve julgado procedente, passando-se a reconhecer como unidade familiar casais de mesmo sexo.

Para Silva (2015), ao alterar o entendimento do texto constitucional, concretizou-se um posicionamento judicial ativista, houve *déficit* de democracia e *superávit* de ativismo.

Uma análise aprofundada do tema não resiste à conclusão de que a interpretação alargada da normativa constitucional, que foi dada a esse caso, mesmo levando em maior consideração a ponderação da exegese da norma no seu caráter histórico-evolutivo, induz ao resultado da prática de ativismo judicial por parte do Pretório Excelso.

Abandono do Critério Objetivo ao Direito à Seguridade Social

Para que a pessoa humana possa gozar de uma existência

digna é necessário que lhe sejam assegurados direitos básicos. Alguns desses principais direitos são os chamados direitos sociais.

A Constituição Federal de 1988 é reconhecidamente uma Constituição cidadã. Ela trouxe uma série de direitos e garantias sociais, entre as quais a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e idosos que demonstrem não possuir meios de subsistência. Esse entendimento se aduz do seguinte dispositivo constitucional:

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

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e a velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (Brasil, 1988, p. 57, grifo nosso)

Para regulamentar esse mandamento constitucional, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 8.742/93 que estabelece em seu art. 20, § 3º que se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa, a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

O entendimento da constitucionalidade de tal normativa estava firmemente estabelecido pelo STF. Destarte, considerava-se o critério absoluto da renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo para a aferição da hipossuficiência.

Após um interstício de quase duas décadas, o STF modificou seu entendimento a partir do julgamento do RE 580963/PR, no sentido de permitir outros meios para a aferição da concessão do benefício. Essa mutação constitucional tornou mais acessível a concessão desse benefício para os miseráveis, proporcionou um incremento no combate à desigualdade social. Contudo, apesar do caráter positivo do ponto de vista social, sob o aspecto jurídico, a mutação aplicada extrapolou o sentido normativo desejado pelo Constituinte Originário ao editar a norma. Houve, na verdade, uma clara prática de ativismo judicial por parte do STF.

CONCLUSÃO

O artigo tratou da relação entre mutação constitucional e a prática de ativismo judicial no judiciário brasileiro com enfoque no Supremo Tribunal Federal.

Ao longo do trabalho, foi possível realizar uma discussão crítica sobre os conceitos de mutação constitucional e ativismo judicial, e a conexão entre ambos por meio do diálogo entre diversos autores. Também foi possível apresentar qual é o papel da mutação constitucional e sua importância na exegese da norma constitucional.

Na constituição de Estado Democrático Brasileiro, os três poderes constitutivos devem empenhar esforços para consecução de seus papéis, e na realização de seus mandamentos constitucionais deve-se observar os princípios republicanos, dentre os quais sobressai o Princípio da Separação dos Poderes. Entretanto, diante da carência de um Poder Legislativo proativo, diversas questões de viés político desembocam no Poder Judiciário.

No transcorrer do trabalho, torna-se evidente que é exatamente essa conjuntura que culmina no desenvolvimento de ativismo judicial. Ao analisar seu significado doutrinário e as circunstâncias em que ocorre, cristalizou-se o entendimento de que tal prática ocorre em decorrência da judicialização de questões de teor político.

No contexto do judiciário pátrio, o que se percebeu, com este trabalho, foi a ocorrência da prática de ativismo judicial do STF, assistida pelo emprego de mutações constitucionais, inclusive no sentido de superar jurisprudências do próprio STF. Esse entendimento se baseia na análise dos três casos selecionados nos quais essa colenda Corte julgou de maneira proativa e prolatou sentenças que ultrapassam os limites constitucionais das normas que orientaram as decisões.

Sob nossa ótica, concluímos que os procedimentos informais de mudança da Constituição são necessários e devem ser realizados em concordância com a realidade concreta, sem a adoção de interpretações evolutivas de cunho subjetivo e que extrapolem o sentido intrínseco da norma, comprometendo a segurança jurídica e até mesmo o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, as mutações constitucionais representam um mecanismo legítimo de aplicação do direito moderno, devendo ser utilizadas pelo STF dentro dos limites interpretativos a que a lei dispõe. Por outro lado, no que se trata de ativismo judicial, é um expediente extremamente nocivo ao judiciário e que não deve ser utilizado pelos órgãos jurisdicionais, principalmente por essa colenda Corte.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Flávia. **Coleção descomplicando – Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Amador, 2017.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n.13: 17-32, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 52. ed. Brasília: Edições Câmara, 2017.
- _____. **Lei nº 8.072, de 26 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, XLII, da CF, e determina outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.
- _____. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**, Rel. Min. Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959**. Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio Melo, Brasília, 23 fev. 2006. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/195_HC%2082959.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580.963**. Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 18 abr. 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806764/recurso-extraordinario-re-580963-pr-stf>>. Acesso em: 06 mar. 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CHAVES, Priscila Cardozo. O neoconstitucionalismo e o instituto da mutação constitucional: uma virada metodológica na hermenêutica constitucional. **Revista Jurisvox**, Patos de Minas, vol. 2, n. 14: 171-195, dez. 2013.

DIMITRI, Dimoulis; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAXIMILANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MIRANDA, André Padoin; CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. O ativismo judicial como mecanismo efetivo da hermenêutica jurídica constitucional no moderno estado democrático de direito. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, vol. 16, n. 31: 87-100, jan./jun. 2014.

PIRES, Antônio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

SACCHETTO, Thiago Coelho. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. **Revista Electrónica de Direito Público**, Lisboa, n. 1: 123-140, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Bruno Miola. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 31, n. 1: 241-260, jan./jun. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutações constitucionais e ativismo judicial. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 16, n. 40: 115-130, abril/junho, 2015.