

# MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL e ATIVISMO JUDICIAL

Marcia Helena Bosch

Juíza de Direito de SP, professora da Escola Paulista da Magistratura e

Doutoranda em Direitos das Relações Sociais – PUC-SP

1. Introdução. 2. Mutação Constitucional. 3. Limites da Mutação Constitucional. 4. Ativismo Judicial. 5. Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal. 6. Conclusão. BIBLIOGRAFIA.

## **1. Introdução**

O Brasil acompanhou recentemente acirradas discussões e grandes julgamentos a respeito de alguns direitos fundamentais (lei da ficha limpa, aposentadoria especial, greve de servidor público, demarcação de terras indígenas, pesquisa de céulas tronco, regime de cumprimento de pena dos crimes hediondos, prisão do fiel depositário e casamento entre pessoas do mesmo sexo), os quais trouxeram à discussão se, nestas decisões, ocorreu a chamada mutação constitucional, esta entendida como uma alteração informal da constituição, mas sem alteração do seu texto ou se se operou, por meio de um ativismo judicial, quebra de uma das regras essenciais do Estado Democrático de Direito, qual seja, que ao Judiciário é vedada a tarefa legislativa.

## **2. Mutação constitucional**

A Constituição Federal, norma fundamental de um Estado, não obstante a sua rigidez, não está livre de mudanças e alterações, as quais podem ser *alterações formais e alterações informais*, conforme dividem os juristas.

O artigo 1º *caput* da Constituição Federal, traz o *Estado Democrático de Direito* como um dos princípios da ordem política, sendo que dele certamente decorre o *princípio da separação dos poderes* e do respeito à lei.

O artigo 2º da CF/88 traz a necessária independência dos poderes de administrar/executar, julgar e legislar (“*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”), o que vem reforçado pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, CF/88, ao estabelecer a separação dos poderes como *cláusula pétrea*, inalcançável até mesmo pelas emendas da constituição.

A *alteração formal* ou *reforma* da Constituição ocorre por decisão judicial ou por outro meio previsto constitucionalmente (processos previamente previstos na própria constituição), tais como a produção legislativa, com destaque para a *emenda constitucional* prevista no artigo 60 CF/88, com as ressalvas (cláusulas pétreas), do parágrafo 4º deste mesmo artigo, as quais não podem ser alteradas sem plebiscito ou referendo (*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos poderes; IV- os direitos e garantias individuais*).

Além disso, a própria Constituição Federal traz no seu corpo mecanismos para a sua perfeita aplicação e efetividade dos direitos nela previstos, como por exemplo, nas hipóteses de normas programáticas, dirigidas ao legislador e nas hipóteses de normas de eficácia diferida (aquelas que não adquirem eficácia sem a intervenção de outras normas), em que previu - para a inércia do Poder

Legislativo - o mandado de injunção coletivo ou individual (art. 5º, LXXI), além da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, par. 2º).

Já dentre as *alterações informais* da constituição tem-se a *mutação constitucional*, que representa na verdade uma alteração da constituição sem alteração do seu texto, ou seja, as mudanças das circunstâncias sociais que não modificam o texto (a letra) da constituição, mas lhe atribuem significado diferente do até então atribuído.

Estas mudanças, que têm para os estudiosos da *mutação constitucional* o diferencial da *intencionalidade*, no sentido de que somente as alterações formais da Constituição têm a intenção como elemento propulsor e não as *mutações* constitucionais que se se processam lentamente, em momentos cronologicamente afastados um do outro, não podem, em hipótese alguma, contrariar ou ofender a constituição, ao contrário, devem ser acolhidas por ela.

Pode-se afirmar daí que a mutação constitucional se apresenta como um procedimento natural, fruto da evolução da sociedade, presente sempre que se fizer necessária uma nova interpretação da constituição, cujo texto não se altera com a mutação, sendo vedado ao intérprete extrapolar o processo hermenêutico e aplicar a constituição fora do que determina seu texto e seu espírito, valendo-se (indevidamente) do processo de *mutação constitucional*, o que caracterizaria uma verdadeira ruptura constitucional (conforme ensina *Nelson Nery Junior*, in *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, Estudos e homenagem A J.J. Gomes Canotilho*, Ed. Revista dos Tribunais).

Segundo a professora **Anna Candida da Cunha Ferraz** (in *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e mutações inconstitucionais*, Editora Max Limonad) a mutação constitucional “*tem a função de completar a constituição, é uma decorrência lógica da constituição,*

*na medida em que ela é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial e o essencial as vezes é incompleto, exigindo atuação ulterior, dando continuidade e aplicação, mas sem vulnerar a obra constitucional.”*

Porém, se é verdade que a mutação constitucional representa um valioso processo jurídico para a harmonização entre o texto e a realidade constitucional, também é verdade que dentro de um estado constitucional, este processo comporta limites.

### **3. Limites da Mutaç o Constitucional**

Os tribunais superiores do Pa s, ao realizar a *adapta o interpretativa entre o texto constitucional e a realidade a ser operada* tem a obriga o de n o incorrer em **decisionismos e arbitrariedades**, o que certamente configura viola o do poder constituinte e viola o da soberania popular (n o pode contrariar texto expresso da constitui o).

Os limites da muta o est o ligados   atividade da jurisdi o, cabendo ao Supremo Tribunal Federal o cumprimento da *letra expressa* da constitui o (na sua tarefa de interpretar) e nos limites dos poderes e das fun es impostos pela pr pria constitui o.

J  a modifica o do texto escrito da constitui o federal deve ser empreendida por meio de emenda formal, em processo legislativo perante o Congresso Nacional. Vale dizer ent o que n o se pode decidir contra texto expresso da constitui o, utilizando-se do instituto da *muta o*, caso contr rio o Supremo Tribunal Federal estaria investido do poder para emendar a constitui o, com atua o ilimitada, em flagrante afronta   divis o de poderes, dentre outros.

Sabe-se que a tarefa do Supremo Tribunal Federal na interpretação e na aplicação da constituição está limitada na própria constituição, pois ao mesmo tempo em que ele é o guardião dela, subordina-se a ela também, na correta interpretação do seu artigo 102, *caput* (*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*).

Ocorre que o Brasil tem visto e assistido atuações recentes do Supremo Tribunal Federal em julgamentos de grande repercussão, os chamados julgamentos midiáticos (*lei da ficha limpa, aposentadoria especial, greve do servidor público, demarcação de terras indígenas, união estável homoafetiva, regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, pesquisa de células tronco, prisão do fiel depositário*), em que ele decidiu com uma *postura proativa* na sua atividade interpretativa, considerando que sempre que provocado, tem o dever de julgar, dando máxima efetivamente às normas constitucionais, à concretização dos direitos fundamentais insculpidos na constituição federal.

Para outros, porém, esta *postura proativa* do Supremo Tribunal Federal, que representa o órgão máximo do Poder Judiciário, afronta o princípio da separação dos poderes e extrapola os limites da sua competência, incorrendo no chamado **ativismo judicial**, o qual não guarda qualquer parentesco ou ligação com a mutação constitucional aqui mencionada.

#### 4. Ativismo Judicial

A expressão *ativismo judicial* foi importada dos Estados Unidos após ter sido utilizada pelo professor Arthur Schlesinger Jr. em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte, separando-os entre os juízes “ativistas” e os juízes adeptos à “autocontenção”.

Um dos precedentes mais comentados de ativismo judicial vem retratado no julgamento pela Suprema Corte, em 1954, do caso *Brown vs. Board of Education*, decidindo-se naquela ocasião que no campo da educação pública a separação de crianças negras e crianças brancas não mais teria espaço, uma vez que a segregação pelo critério racial em escolas públicas negava aos negros o direito à igualdade protegido pela 14ª emenda da constituição dos EUA, considerando a Suprema Corte que o ensino segregado seria fatalmente desigual, por mais que as escolas para negros e para brancos dispusessem das mesmas condições materiais, iniciando-se, a partir deste julgamento, um processo gradual de integração dos negros à sociedade, segundo os críticos.

Porém, a história aponta que na verdade as bases do *ativismo judicial* foram construídas muitos anos antes e por um longo período em que a Corte foi presidida por John Marshall (Corte Marshall, de 1801 a 1835), com destaque para o famoso caso "Marbury contra Madison" que foi decidido no ano de 1803 pela Suprema Corte, sendo a principal referência do controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário.

Este caso abriu a discussão para a possibilidade do Poder Judiciário rever os atos do Congresso praticados em ofensa à constituição. Na eleição de 1800 dos EUA, após *John Adams* ter sido derrotado por *Thomas Jefferson*, aquele nomeou vários juízes para cargos relevantes, buscando manter controle sobre o Estado, dentre eles o juiz de paz, *William Marbury*. Porém, o secretário da justiça do novo presidente se negou a intitular *Marbury* como juiz, obrigando-o a lançar mão do *writ of mandamus* perante a Suprema Corte exigindo a entrega do diploma.

O Juiz *John Marshall* foi o relator do processo que concluiu (em 1803), segundo sua interpretação, que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para decidir *mandamus* contrariava a Constituição Federal, e fundado nesta inconstitucionalidade, deixou de conhecer do *mandamus*.

Outro julgamento marcante e muito criticado na história da corte americana foi no ano de 1857, chamado de *Dred Scott vs. Sandford*, onde um escravo foi transportado de um Estado para outro pelo seu dono, e tendo vivido por um tempo na condição de homem livre acreditava que mesmo voltando para o estado onde a escravidão era permitida, não poderia mais perder sua liberdade.

Após ter processado a viúva do seu dono, *Scott* - que inicialmente obtivera ganho de causa numa corte de Missouri (em 1850) - viu esta decisão reformada pela Suprema Corte em 1852, decidindo os juízes que *Scott* não havia se tornado livre por ter vivido num Estado em que a escravidão não era permitida e por ser negro, não poderia ser considerado um cidadão e por isso, não tinha o direito de se dirigir, por meio de um processo, à Suprema Corte.

Estas e tantas outras decisões registradas na história da Suprema Corte dos Estados Unidos, chamadas de *ativistas*, inicialmente e por se dirigir à concretização de direitos sociais e políticos dos cidadãos, eram vistas como positivas, mas com o tempo esta característica (juiz ativista) passou a ocupar discussões nas plataformas políticas, na medida em que candidatos não economizavam em apontar que, se eleitos, indicariam juízes conscientes do seu papel de *interpretar a lei* e não de *fazê-las* (como *Ronald Regan*, por exemplo).

Pois bem, quando se fala em *ativismo judicial* impossível não se tocar em questões cruciais que permeiam este tema, dentre elas: a separação dos poderes, o subjetivismo judicial e a insegurança jurídica.

É verdade que muitos defendem o *ativismo judicial* com o argumento de que os novos tempos (com novos direitos) reclamam um papel criativo por parte do juiz, no momento em que é chamado a interpretar uma lei, exigindo dele, agora,

um esforço maior, até porque a concretização dos valores constitucionais não é tarefa exclusiva do Poder Legislativo, o qual muitas vezes é dominado pela omissão.

Seguem na defesa do *ativismo judicial* entendendo como possível a convivência entre ele (o *ativismo*) e a segurança jurídica, o princípio da legalidade e a independência dos poderes, na medida em que esta postura ou nova tendência vem ao encontro ou socorro da verdadeira concretização (ou efetivação) dos direitos fundamentais, preenchendo-se por meio dele (*ativismo*) as lacunas deixadas pela lei, a qual deve ser interpretada de acordo com as suas finalidades sociais.

Assim, pode (e deve) o juiz pautar-se em condutas que não estejam expressamente previstas em lei, desde que assim o faça para o fim de concretizar direitos fundamentais decorrentes da constituição, inclusive para assegurar a credibilidade do próprio Poder Judiciário e das instituições públicas, sem que isto implique qualquer ofensa à separação dos poderes.

Para este argumento, o da ofensa à separação dos poderes, entendem que somente é usado por aqueles que não compreendem a organização do Estado e o correto lugar político conquistado pelo Supremo Tribunal Federal, braço fundamental do mecanismo de materialização das finalidades sociais da constituição.

Por separação dos poderes, os defensores do *ativismo judicial* sustentam que um órgão (ou poder) está autorizado a exercer atribuições de outro órgão (ou poder), quando houver expressa previsão, tal como ocorre nas *funções atípicas*, o que certamente ameniza a rigidez da ideia de independência dos poderes e especialmente a ideia de usurpação de funções.

Para eles o princípio da separação dos poderes nos dias atuais deve ser interpretado de uma maneira “constitucionalmente adequada”, abrindo espaço para uma “legislação judicial”, fruto do ativismo, considerando que a própria constituição imbuíu o Judiciário de competência de rever atos do Poder Legislativo através do controle de constitucionalidade, a revelar uma FUNÇÃO ATÍPICA muito além da sua auto administração.

Portanto, diante deste quadro e especialmente após a Constituição Federal de 1988 que trouxe um rol amplíssimo de direitos fundamentais no seu artigo 5º, o Estado passa a ficar comprometido com a efetivação destes direitos e ante a inércia e omissão do Executivo e Legislativo, que parecem ignorar por inúmeras vezes estes direitos, o Judiciário assume um papel *político* e *social*, ainda que esta sua “nova” função afaste a validade de atos dos outros poderes.

## **5. Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**

No âmbito do Supremo Tribunal Federal e unicamente em razão da atuação deficitária dos outros poderes, não se pode (ou não foi possível) evitar que em situações de reiterada inércia e omissões, o Judiciário atuasse positivamente na concretização de inúmeros direitos fundamentais, inovando na ordem jurídica com decisões de caráter normativo, o que, diga-se, não pode ser visto como exercício indevido do poder, mas apenas ocupação de espaços deixados pelos demais poderes ou até mesmo pela deficiente (qualitativamente falando) produção legislativa.

Feitas estas considerações, todas em prol e defesa do chamado *ativismo judicial*, não se pode deixar de trazer agora alguns argumentos absolutamente avessos e contrários a esta tendência (postura), especialmente do Supremo Tribunal Federal, bem como os riscos e equívocos que incorre e comete todo aquele que

se põe a defender (e ver como amparada constitucionalmente), uma “legislação judicial”.

Na sua obra *O Direito posto e o direito pressuposto* (8ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo), Eros Grau pontua que a Constituição Federal adotou o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade, sendo que qualquer juiz pode decidir se uma lei é ou não inconstitucional (no controle concentrado).

Segue criticando que atualmente os juízes e o Supremo Tribunal Federal passaram a exercer, além do controle de constitucionalidade das leis, também o chamado controle de *razoabilidade* das leis, sendo que ao decidir se determinada lei é ou não razoável, prevalece certamente a preferência (pessoal) de cada julgador, de modo a romper a regra essencial do Estado Democrático do Direito, de que ao Judiciário é vedada a tarefa legislativa.

Um exemplo disto, segue o jurista, com o Judiciário legislando, aplicando ou afastando determinada lei (e a própria constituição), sob o critério pessoal de cada juiz quanto ao que é razoável ou não razoável, foi a emenda à constituição feita pelo Supremo Tribunal Federal - sob o fundamento de concretizar o princípio da igualdade” - autorizando a união civil entre pessoas do mesmo sexo (casamento homoafetivo), a despeito do texto expresso da própria constituição prever casamento entre homem e mulher.

Ao lado deste jurista, *Elival da Silva Ramos*, na sua obra “Ativismo Judicial, parâmetros dogmáticos”, Editora Saraiva, 2010, crítico desta tendência, também defende que:

*“Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de*

*feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Esta ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes...”*

Segue defendendo que *ativismo* nada mais é do que “Disfunção no exercício da função jurisdicional em detrimento da função legislativa ou usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, com violação à separação dos poderes”

Assim, seguem vários estudiosos e preocupados com os rumos desta novel “legislação judicial” na pesada crítica a este *ativismo* que nada mais representa que decisões judiciais permeadas de convicções pessoais em detrimento à lei e a própria constituição, representando verdadeiro abuso do poder por ser exercido fora dos limites constitucionais.

Ao Judiciário, com suas funções (inclusive atípicas) e atribuições delineadas pela constituição é permitido (e esperado) apenas que deixe de aplicar determinada lei somente quando ela for inconstitucional e ainda com a necessária fundamentação (artigo 93, X, CF).

## **6. Conclusão**

Não há dúvidas de que o princípio da separação dos poderes impõe limites à função jurisdicional, não autorizando, por consequência, o exercício de um poder (o de legislar, o de afastar a aplicação da lei em razão das suas convicções pessoais, ou do seu conceito de razoabilidade) que a constituição não conferiu aos juízes.

Da mesma forma, não parece correto acolher o argumento de que tais decisões (inconstitucionais), estão, na verdade, a serviço dos direitos previstos na própria constituição, ou até mesmo a serviço do justo, da ideia ou concepção de justiça

(subjéitiva) e isto porque não se pode subtrair do Direito sua autonomia e independência em relação à ética, à moral e à religião.

O juiz tem o dever de vincular seus atos à constituição e à legislação infraconstitucional, cômscio da proibição de aplicação alternativa do direito, bem como da proibição de lançar mão de critérios pessoais e sentimentais nas suas decisões em detrimento da lei.

O intérprete, satisfeito ou não com a lei a ser aplicada em determinado conflito, somente poderá afastá-la por meio da análise e posterior declaração fundamentada da inconstitucionalidade desta lei (controle concentrado), independentemente da sua vontade, da sua concepção de justiça e do razoável, lembrando-se da mais comezinha lição de Direito de que *a lei é a medida de segurança de todo cidadão*.

Os argumentos de que determinada lei está defasada, é insuficiente ou injusta, somente poderá servir ao processo de iniciativa para alteração legislativa (ou produção legislativa) e ainda pelos meios previstos expressamente na própria constituição.

Com todo respeito à concepção do professor *Mario Guimarães* quando defende que: “Juiz independente é o que possui lastro filosófico, concepção serena da vida e do homem, com capacidade de estar só, sem medo do isolamento. A erudição é o que menos conta na formação do juiz, pois quantas vezes ela só serviu para acobertar interesses inconfessáveis! Experiência da vida, dos dramas e sofrimentos, para que possa enxergar nos autos aquilo que eles não revelam, para que sinta o litígio real das partes sob a verdade processual que elas se limitam a apresentar. Juiz sem independência não é juiz, é joguete, é instrumento, trai a sua missão, é coautor de ilegalidades e injustiças, é um despersonalizado, é um nada e não merece respeito de ninguém”, tenho que *juiz independente* é aquele que está livre (independente) dos piores sintomas do poder (na verdade poder-dever), aqueles sintomas que lhes atormentam as ideias, a alma e especialmente o discernimento e o coloca na vã e ilusória fé de que tudo pode, de que tem o direito de aplicar ou não determinada lei, segundo sua vontade, suas crenças, seus amores, seus desamores, seus preconceitos, suas

raivas, suas dores e amarguras... aquele que está livre (independente) deste chamado *ativismo judicial*.

## **BIBLIOGRAFIA**

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Editora Martins Fontes. 1ª Edição, 5ª Tiragem, 2000, São Paulo.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e mutações inconstitucionais**, Editora Max Limonad, São Paulo.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª Edição, Ed. Malheiros, 2011, São Paulo.

MIARELLI, Mayra Marinho e LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012

NERY, Nelson. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, Estudos e homenagem A J.J. Gomes Canotilho**, Ed. Revista dos Tribunais.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Ativismo Judicial, paradigmas atuais**. 1ª Edição, Ed. Letras Jurídicas, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, parâmetros dogmáticos**, 1ª ed. 2010, Ed. Saraiva, São Paulo

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. 1ª Edição, 2012, Ed. Saraiva, São Paulo.