

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Milene Minario

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Taubaté -SP
2019**

Milene Minario

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Graduação necessário para a obtenção do diploma de Bacharel em Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientador(o): Prof. Me. Robson Flores Pinto.

**Taubaté - SP
2019**

MILENE MINARIO
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Graduação apresentado para a obtenção do Certificado de Graduação pelo Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Área de concentração: Direito Constitucional.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____ Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Dedico o presente trabalho primeiramente à minha família, em especial a minha mãe, que sempre se dedicou para que tudo me corresse bem. Aos meus amigos pela paciência e apoio durante todo meu período acadêmico, não desistindo de mim mesmo quando eu titubeava. Ao meu orientador, pela disponibilidade em me oferecer ajuda, indicando prontamente tudo o que fora necessário para a elaboração do presente trabalho. São os grandes responsáveis pelas minhas conquistas, sem eles eu nada conseguiria.

“Fé é pisar no primeiro degrau mesmo que você não veja a escada inteira.” Martin Luther King.

RESUMO

A pesquisa que segue é um Trabalho de Graduação (TG) para a obtenção de título de bacharel em Direito. Ela busca esmiuçar a mutação constitucional e o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, que se apresentam como sendo fenômenos jurídicos. A mutação constitucional pode ser entendida como a modificação do entendimento sem que haja mudança no texto legal, e, por sua vez, o ativismo judicial tem sua importância demarcada pela história, nos Estados Unidos, por exemplo, onde surgiu pela primeira vez tal termo, a Suprema Corte tem sido um exemplo de como o Poder Judiciário é influenciado e influencia a política, e, não menos importante mas no Supremo Tribunal Federal tanto no âmbito do controle abstrato (concentrado) ou concreto (difuso), através da discussão acerca do art. 52, X da Constituição Federal, muito têm se falado e discutido academicamente quanto ao papel do Pretório Excelso com relação as suas decisões que repercutem por toda a sociedade e também causam discussões no âmbito jurídico. O presente trabalho elucida a historicidade de tais fenômenos através da metodologia de pesquisa baseada no método dialético, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, em que serão utilizados os processos de identificação e compilação, bem como por intermédio de artigos científicos, jurisprudências, dados obtidos em órgãos competentes e doutrinas. Através dos capítulos que seguem se concluiu que o papel institucional do Supremo Tribunal Federal é o basilar de defensor da Constituição, mas algumas vezes exacerbadamente a Suprema Corte acaba por exercer poderes que não são inerentes à ela, devido a judicialização da vida e, outras vezes, aos interesses subjetivos dos Ministros.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Ativismo Judicial. Judicialização. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The research that follows is undergraduate work (TG) to obtain a bachelor's degree in law. It seeks to scrutinize constitutional change and judicial activism in the Federal Supreme Court, which appear to be legal phenomena. Constitutional change can be understood as a change of understanding without changing the legal text, and in turn judicial activism has its importance demarcated by history in the United States, for example, where such a term first appeared, The Supreme Court has been an example of how the judiciary is influenced and influences politics, and not least but in the Federal Supreme Court both within the scope of abstract control - concentrated or diffuse - through the discussion of art. 52, X of the Federal Constitution, much has been said and discussed academically about the role of Pretorio Excelso in relation to its decisions that have repercussions throughout society and also cause discussions in the legal field. The present work elucidates the historicity of such phenomena through the research methodology based on the dialectical method, through bibliographic and documentary research, in which the identification and compilation processes will be used, as well as through scientific articles, jurisprudence, data obtained. in competent bodies and doctrines. The following chapters have concluded that the institutional role of the Federal Supreme Court is the fundamental defender of the Constitution, but sometimes the Supreme Court exercises powers that are not inherent to it, due to the judicialization of life, and sometimes , to the subjective interests of Ministers.

Keywords: Constitutional Mutation. Judicial activism. Judicialization. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA	10
2.1 O controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade.....	13
2.2 A judicialização da vida	16
3 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	18
3.1 Hipóteses	20
3.2 Análise de casos	21
3.2.1 Licença-maternidade	22
3.2.2 Presunção de inocência.....	25
3.2.2 Art. 52, X da Constituição Federal, um caso novo de mutação?.....	30
4 O ATIVISMO JUDICIAL	37
4.1 Aspectos Gerais do Ativismo Judicial.....	38
4.2 O ativismo judicial pelo mundo	39
4.2.1 O ativismo nos Estados Unidos	39
4.2.2 O ativismo na Alemanha	42
4.2.3 O ativismo no Brasil.....	44
4.3 Uma questão política ou ínsita ao sistema?	47
4.4 Possíveis limitações ao ativismo judicial: a autorrestrrição judicial	50
4.5 A mutação constitucional e o ativismo judicial.....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho o tema Mutações Constitucionais e o Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal será examinado de forma a verificar os principais apontamentos referentes aos assuntos correlacionados com tais fenômenos jurídicos.

Em relação ao contexto serão apontadas as possíveis causas que dão abertura para que o Pretório Excelso por vezes tome decisões que são aclamadas pelos estudiosos como “ativistas” e também ocorra a mudança de interpretação constitucional sem modificação do texto legal (mutação constitucional).

As possíveis causas do ativismo judicial podem ser compreendidas como sendo a judicialização dos aspectos gerais da vida, o papel assumido pela Corte Suprema após a Constituição Federal de 1988, o fenômeno da constitucionalização e o controle de constitucionalidade brasileiro, que é exemplificado como uma das principais causas do ativismo judicial. (BARROSO, 2012, p. 24)

Ainda com relação às decisões proferidas pela referida Corte, é indiscutível a relevância e repercussão das locuções declaradas por alguns ministros. Um exemplo claro e indiscutível é a vinculação da imprensa com tais palavras expressadas pelos ministros, elas estampam capas de jornais, revistas e quase sempre vêm com um certo favoritismo ou simpatia por parte dos atuantes na Corte com vinculação à algum veredito. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 17)

Em suma, indiscutível a necessidade de se observar e estudar de maneira mais aprofundada tais aspectos jurídicos que dão ensejo à mutação e ao ativismo, visto que são fenômenos que nascem na necessidade da sociedade em ter alguma confiança em algum Poder Público, reflexo da crise de representatividade do Poder Executivo, o Poder Judiciário acaba inflando em poder e sendo o “responsável” por questões que não lhe são de competência exclusiva e algumas vezes com certa discricionariedade, em específico do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, O tema Mutações Constitucionais e o Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal é atualmente um assunto de relevância sobremaneira no âmbito jurídico e também na sociedade. O fenômeno da mutação constitucional e da importância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, refletem e demonstram uma série de fatores sociais e indiscutivelmente políticos. Em seu imo o ativismo judicial é também uma matéria que deve ser aprofundada e estudada pelos

operadores do Direito e por todos os cidadãos, pois versa sobre a tomada de decisões e repercussões nos tribunais e no cotidiano dos brasileiros. Por estas razões e pela necessidade de se compreender de forma antológica o assunto, a Mutação Constitucional e o Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal serão esmiuçados para uma maior compreensão e perfazendo portanto o objetivo geral do trabalho de gradua o, através da metodologia de pesquisa baseada no método dial tico, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, em que serão utilizados os processos de identifica o e compila o, bem como por intermédio de artigos científicos, jurisprudências e doutrinas.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A Constituição de um Estado presume-se estável, por se tratar de norma que contém a estrutura do Estado, mas isso não significa que ela é imutável. A modificação da Constituição é consubstanciada através da relação entre estática e a dinâmica constitucional, variando de acordo com diversas variáveis. (FERRAZ, 2015b, p. 6)

Em consonância às mudanças constitucionais, se observadas a interpretação e a reforma constitucional, diferente daquela reforma oriunda do poder constituinte derivado, é assídua a ocorrência de maneira informal várias modificações, sem revisões ou emendas ou até mesmo limitações. A este fenômeno os juristas nomeiam de mutação constitucional. (BULOS, 1996, p. 26)

Para que se compreenda de maneira mais eficaz o que tais mudanças e também o fenômeno do ativismo judicial, necessário é olhar para o passado, na história não exclusivamente brasileira, mas de diversas cortes constitucionais em várias partes do mundo as decisões mais polêmicas, políticas e algumas vezes versando sobre temas morais e controversos na sociedade. (BARROSO, 2012, p. 23)

No tocante a historicidade da Mutação Constitucional e do Ativismo Judicial, necessário   observar a evolu o histórica das Constitui es, principalmente em rela o aos poderes, em especial o poder Judiciário e sua atua o. Na Antiga Grécia (séc. VI e IV a.C.), haviam os magistrados escolhidos pelos homens livres que exerciam transit rios mandatos e a organiza o política das polis recebia o nome de politeia, traduzida como Constitui o. Vale ainda ressaltar que, nesta época não existia prote o aos direitos individuais, as delibera es eram todas voltadas para um bem em comum da sociedade como um todo, visto que haviam também muitos excluídos do rol dos homens livres, como as mulheres, por exemplo. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, N.p.) Já em Roma o processo se deu de uma forma diferente

[...] na Roma Antiga o desenvolvimento de uma doutrina de direitos individuais similar a que se cristalizou na Modernidade, a concep o então vigente já não demandava, como na Grécia, a absoluta submissão do indivíduo   coletividade. De fato, já despontava ali a valoriza o da esfera individual e da propriedade, concomitante   sofisticac o do Direito Privado romano e ao reconhecimento de direitos civis ao cidadão de Roma, como o direito ao casamento (*ius connubium*),   celebra o de negócios jurídicos (*ius commercium*),  

elaboração de testamento (*faccio testamenti*) e à postulação em juízo (*legis acciones*). (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, n.p.)

Com um breve salto na história, ao fim da idade média acabou-se por desenvolver a ideia que antecipou o constitucionalismo moderno, os chamados pactos que eram feitos por reis e certos estamentos sociais que limitavam, de certa forma, ao reconhecer direito aos estamentos sociais superiores, alguns direitos e prerrogativas dos governantes. O mais famoso destes pactos foi a Magna Carta de 1215, conhecida como A Magna Carta de João Sem-Terra, onde o rei se comprometia a respeitar alguns direitos dos nobres ingleses. O que faltava nesta espécie de pacto era a universalidade, caráter das chamadas constituições modernas, que reconhece direitos à todos e não somente a alguns. (SOUZA NETO; SARMENTO, Op. cit., n.p.)

De maneira que se observa, a mudança mais relevante na contextualização e, de fato, para a Constituição em si, que teve seu apogeu com o constitucionalismo moderno que iniciou a proteção aos direitos individuais e com base em alguns acontecimentos históricos importantes como o iluminismo, houve a mudança da construção política e, por exemplo, o Absolutismo que refletiu os ideais de Thomas Hobbes. A relação importante que se perfaz com a historicidade da atuação judicial juntamente com as Constituições, é de que os poderes estatais e a criação de Constituições são o reflexo do momento em que a sociedade se encontra, sendo portanto a carta magna e sua interpretação uma lente sociopolítica da coletividade. A valorização do indivíduo, o reconhecimento de que existem direitos universais e que a sociedade é formada por vínculos sociais, o jurisnaturalismo moderno e lockeano que constituía o Estado como somente respeitador dos direitos naturais atribuído aos indivíduos. Todas estas transformações somadas a divisão do poder dos governantes, a garantia dos direitos individuais e a necessidade da democracia foram os pilares do constitucionalismo moderno. (SOUZA NETO; SARMENTO, Op. cit., n.p.)

Em razão desta modificação, oriunda das revoluções burguesas, tem-se o deslocamento de poderes do Estado para os parlamentos, deixando a maior confiança ao legislador e não aos juízes, que ainda sofriam de certa descrença em decorrência dos privilégios vividos pela classe no regime antigo, considerados no fim do século XVIII como sendo inimigos de qualquer reforma liberal, chamados de nobreza de toga e portanto existia uma relação inversa entre o quão menor fosse os poderes do

judiciário maiores seriam as proteções aos indivíduos, ou seja, o direito não seria o que os juízes afirmam que é, tendo praticamente nenhum viés possível para interpretações. (LEITE; ANDRADE 2018, p. 318)

No Brasil, o ocorrido foi que fez-se necessário, em razão do histórico do país e da política, a criação de uma Constituição rígida que pudesse ter em seu âmago procedimentos inflexíveis para que a segurança jurídica e a supressão de direitos fundamentais não ocorresse, em razão disto a Constituição Federal da República de 1988 trouxe consigo um quórum de aprovação para as emendas constitucionais e as limitações materiais. O que acontece é que, apesar da rigidez, a interpretação e a necessidade de adequação das normas constitucionais à realidade da sociedade acabam por ensejar na mutação constitucional, que se baseia nesta ideia de que não se pode alterar algumas normas mas existe a necessidade de olhá-las de maneira diferente e também compreendê-la em acordo com o momento atual da sociedade, seria somente uma mudança nas nuances da essência da norma. (SANTOS, C., 2014, p. 598)

No contexto do paradigma liberal de Estado de Direito, e para atender ao ideal de segurança jurídica, advertiu o Barão de Montesquieu: “os julgamentos devem se basear num texto preciso de lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos” (LEITE; ANDRADE, 2017, p. 318)

Ainda em relação a basilar do tema, o controle de constitucionalidade brasileiro deve ser levado em consideração e mais afundo explorado em um momento posterior, visto que é em decorrência deste que o Pretório Excelso toma decisões em prol de sua competência como defensor da Constituição.

Em razão desta dificuldade e facilitação da concretização aos órgãos responsáveis pela interpretação Constitucional, a constituição pode também ser compreendida como “um organismo vivo, submetido à dinâmica da realidade social, e que, portanto, não se esgota por meio de fórmulas fixas e predeterminadas” (SARLET, 2017, n.p.)

2.1 O controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade

No que tange ao controle de constitucionalidade, Barroso afirma como sendo um importante mecanismo do sistema jurídico que apura a consonância e compatibilidade de uma lei ou ato infraconstitucional com a Constituição. Neste contexto, é necessário observar também a rigidez e supremacia das quais a própria Constituição institui no sistema, que é o que ocorre como pressuposto base para o controle de constitucionalidade. (BARROSO, 2016, N.p.)

O controle difuso de constitucionalidade é que merece o enfoque durante este trabalho, visto sua correlação com a mutação que será explanada mais adiante, é um controle que garante a todo e qualquer juiz o reconhecimento da inconstitucionalidade e por tanto a sua não aplicação. Em relação a historicidade, tem-se o caso *Marbury v. Madison*, na corte Americana em 1803 como origem principal, dando acesso ao judiciário de estabelecer o sentido das leis e sendo um dos principais precedentes do sistema americano. (BARROSO, Ibid., N.p.)

No Brasil o sistema de controle é híbrido, portando houve uma mistura entre o sistema americano, que é difuso (incidental) e o sistema continental e europeu, também chamado de controle concentrado (por via principal). Na modalidade de controle difuso todos os órgãos devem recusar-se aplicar normas que entendem inconstitucionais e tal controle é um dos que se manteve nas histórias das Constituições brasileiras, desde e a primeira Constituição republicana e até hoje. (BARROSO, Ibid, n.p.)

Com a Constituição de 1988 uma série de inovações foram trazidas como, por exemplo, a ampliação do art. 103 para a legitimação ativa na propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade; a introdução de mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção; a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental; por via principal o Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de Ação direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição e já também da Ação Direta de Constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional nº 3/93 (art. 102, I, a) (BARROSO, 2016, n.p.)

A emenda constitucional n. 3, de 1993, outorgou uma nova competência à corte, consistente no julgamento da ação direta de constitucionalidade. Já a emenda constitucional n. 45 eliminou várias

das competências alheias ao controle de constitucionalidade presentes no texto original da Constituição, transferindo-as, basicamente, ao Superior Tribunal de Justiça. Reintroduziu, além disso, a relevância geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, através do mecanismo da repercussão geral. (VERÍSSIMO, 2008, p. 418)

Entre outras são as competências do Supremo Tribunal Federal, como por exemplo a competência de julgar ações originárias ligadas ao controle de constitucionalidade – ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual – julgamento de ações declaratórias de inconstitucionalidade etc. Neste caso, também ações originárias não ligadas ao controle de constitucionalidade, como por exemplo, ações penais comuns ou os chamados crimes de responsabilidade entre outros.

Em relação a judicialização dos aspectos gerais da sociedade, parece ter sido previamente arranjado pelo constituinte, uma vez que a Constituição de 1988 trouxe consigo vários mecanismos que possibilitam a tutela judicial para implementar, viabilizar direitos e “princípios de transformação social”, modificando não só isto como também reprogramando a política nacional do Brasil. Outorgou poderes ao chefe do executivo que antes não existiam, legislativamente, tal como na questão de distribuição de recursos com um poder de reunir partidos políticos a seu favor e ter mais projetos aprovados. Entre estas mudanças, outras demais foram trazidas com a promulgação da Constituição de 1988. (VERÍSSIMO, 2008, p.409)

Para muitos constitucionalistas, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não é um processo recente. Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. (VIEIRA, 2008, p. 443)

Como se observa, o amplo controle de constitucionalidade brasileiro, que hibridamente misturou o sistema americano com o europeu, acabou por poder trazer qualquer questão relevante ao alcance da suprema corte brasileira. São casos deste exemplo, o fato de que somente no ano de 2008 o Supremo julgou, em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental questões a cerca de:

O pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros. (BARROSO, 2012, p.25)

Não significa dizer, no entanto que a corte está se manifestando sem provocação, pelo contrário, em todos estes casos houve atuação que respeitou os limites constitucionais do sistema brasileiro, o que ocorre é o real excesso de possibilidade de se judicializar qualquer questão seja em controle difuso ou concentrado através das ações originárias, trazendo um aumento excessivo de ações das quais o Supremo tem que se posicionar. Apesar de não ser um exercício deliberado da corte, o ativismo judicial, um do foco temático, é uma forma de ser proativo, de integrar as normas constitucionais em um contexto novo, com um alcance diferente e ativamente. (BARROSO, *Ibid.*, p. 25)

Por fim, a questão principal do controle difuso que se correlaciona com a mutação constitucional, tem enfoque no art. 52, X da Constituição Federal, uma vez que o controle abstrato por parte do Supremo Tribunal Federal depende de resolução senatorial para que seus efeitos sejam *erga omnes* e vinculantes, o que gerou amplo debate na Suprema Corte e alguns julgados que acabam por transmutar a controvérsia da corte sobre o tema, que terá um tópico específico para um estudo mais aprofundado.

2.2 A judicialização da vida

Há uma tendência de questões com larga reverberação política ou social que são decididas pelo Poder Judiciário, vão em *contra sensu* das instâncias convencionais como o Congresso Nacional e o Poder Executivo, por exemplo - A esta transmissão de poder axiomáticamente há mudanças significativas na linguagem e argumentação e como a sociedade participa deste processo. Barroso enuncia as causas possíveis deste fenômeno. (BARROSO, 2012, p. 24)

Dá-se como primeira possível causa, a redemocratização, que teve ápice com a Constituição de 1988, onde modifica-se o papel do Supremo Tribunal Federal e o caráter político se recupera, deixando de ser somente um departamento técnico e além de defender a Constituição, também podendo afrontar os outros poderes. Somando ao fato de que, com a ampla democracia, a população iniciou o movimento de procurar seus direitos por medidas judiciais, expandindo-se também o papel do Ministério Público e em suma a fortificação do Poder Judiciário. (BARROSO, *Ibid.*, p. 24)

Como segunda causa, afirma o constitucionalista, é a constitucionalização na sociedade brasileira. Seguiu a Constituição uma tendência mundial, observada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), onde se trouxeram várias diferentes matérias que antes eram somente datadas ao processo político, com o cunho de desconfiança do poder legislativo. “Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito.” Afirma Barroso, a medida em que uma questão se torna constitucional ela automaticamente é uma pretensão jurídica, podendo ser questionada e pretendida através de ação. (BARROSO, *Ibid.*, p. 24)

Em última causa, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro pode ser apontado como um dos causadores do fenômeno da judicialização da vida, em razão de sua abrangência e sendo uma mescla entre o controle americano e europeu, sendo assim, se admite que qualquer tribunal se negue a aplicar alguma norma com o entendimento de inconstitucionalidade da mesma, com base no controle difuso e americano, incidental, enquanto que também pode ocorrer o controle através de via concentrada, por ação direta que prevê um rol de matérias que podem ser levadas à crivo do Supremo diretamente. (BARROSO, 2012, p. 25)

Somando esta extensa amplitude ao fato de que o art. 103 da Constituição Federal trouxe consigo um rol que abre possibilidade de inúmeros órgãos adentrarem com ações diretas, podendo dar então a conclusão de que praticamente qualquer questão pode ser levada a apreciação e julgamento do judiciário. (BARROSO, 2012, p. 25)

Não obstante, este fenômeno se relaciona com o ativismo judicial, uma vez que há maior interferência e maior conduta do Poder Judiciário. Tal tema será enfrentado mais a frente, porém, vale ressalvas ao mesmo.

3 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para Uadi Lammego, o elemento dinâmico das Constituições consiste neste processo de alteração informal das normas, não revestido de limites expressos ou requisitos específicos e a tal fenômeno nomeia-se Mutação Constitucional. (BULOS, 1996, p. 25)

Anna Candida Cunha Ferraz citando Karl Wheare assevera que as mudanas na Constituio irão acontecer de duas maneiras distintas: primeiramente quando há mudanas de cunho puramente social, que, se não de fato mudam o texto da Constituio, acabam por lhe aplicar um significado diverso do que anteriormente lhe era cabível; de segunda forma, explica-se a alterao literal do texto, seja através de emendas formais ou decisões judiciais ou alguma conveno de natureza constitucional. (FERRAZ Apud WHEARE, 2015b, p. 7)

Daí a distino que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional e mutao constitucional; a primeira consiste nas modificaes constitucionais reguladas no próprio texto da Constituio (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alterao, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposies constitucionais, através ora da interpretao judicial, ora dos costumes, ora das leis, alteraes essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas. (FERRAZ, 2015b, p.9)

Um processo que foi observado primeiramente pelos alemães, ao notarem que a Constituio de 1871 sofria diversas alteraes não oriundas de reformas, fez-se pela primeira vez a distino entre reforma constitucional e mutao constitucional. Após, Laband, compreendeu que tal fato ocorria por uma lenta mudana, sem ligaes com reformas e vários constitucionalistas sobrelevaram a questão e os sentidos e conteúdo dos quais as Constituies se modificam, como realmente um organismo vivo (BULOS, Op. Cit, p. 27).

Por sua vez para Jellinek a mutao constitucional acaba por ser o reconhecimento da influência sobre o mundo normativo, mundo do direito, do mundo

real que é o mundo de fato e a força normativa constitucional define-se pela força normativa do fato. (SANTOS, A., Apud. Jellinek, 2015, p. 17)

A influência dos autores alemães ultrapassou o mundo ocidental e no oriente, Dau-Lin definiu mutação constitucional como sendo uma inconsistência que existe entre a realidade constitucional e as normas constitucionais, uma vez que a realidade se modifica e as normas constitucionais das quais se originam não representam mais a realidade, o que não ocorre, por exemplo, nas constituições não escritas, como a Britânica, por que neste caso a vida estatal é a Constituição. (SANTOS, A., Apud. Dau-Lin, 2015, p. 19)

Portanto a mutação acaba sendo considerada como um possível alteração do texto de forma espontânea sem seguir procedimentos que são muito mais formais, como por exemplo, o processo de aprovação de uma emenda à Constituição.

Logo, se se pensa que esse “alguém” é um grupo de juízes, conseqüentemente a constituição não passaria de uma coleção de ideias que tais intérpretes, por ocuparem cargos de poder num determinado momento, impuseram a toda comunidade política. Porém, em tempos de juristocracia excessiva, é importante lembrete de Fisher (1998, p. 276): a Corte não é a Constituição. (LEITE; ANDRADE, 2017, p. 318)

Em relação a isto, importante debate em relação a possível Mutações Constitucionais, apontada pelo próprio ministro do Gilmar Mendes, é a modificação do entendimento em relação ao que dispõe o art. 52, “x” da Constituição Federal de 1988, que será mais a frente explorado.

Quanto à terminologia do termo, Uadi Lammego aponta que para Jorge Miranda, por exemplo, a terminologia utilizada é vicissitude constitucional tácita, enquanto que para José Gomes Canotilho, a expressão usada é transições constitucionais ao referir-se “à revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”. (BULOS, 1996, p. 27)

O uso de tais termos, em outras palavras, veio para conceituar a base de que o propósito da mutação constitucional silenciosa (*stillen verfassungswandlungen*) é o mesmo: a modificação operada no âmbito constitucional através do poder reformador, por meios difusos de mudança. (BULOS, 1996, p. 27)

A questão apontada na doutrina como sendo a problemática da mutação e o ponto mais criticado, é sem dúvidas, o fato de que a mutação constitucional é originária do Poder Constituinte Reformador, todavia não incide sobre ela quase ou nenhuma forma de controle. (TERAOKA, 2015, p.119)

Lammêgo constitui a natureza de tal fenômeno de duas maneiras: como sendo informal e formal. Os meios difusos, ou informais são as mudanças que ocorrem de forma lenta e gradual, sem grandes percepções, através de costumes os Tribunais constroem entendimentos que vão lentamente modificando indiretamente o significado das normas constitucionais sem, de fato, alterar seu texto, em períodos distintos no tempo. (BULOS, 1996, p.29)

Para Flavio Martins, existe um “poder constituinte difuso”, que é um poder de fato e é a própria mutação constitucional. Segundo ele o termo “difuso” faz referência ao fato de que qualquer interprete pode fazê-lo, não apenas os órgãos do poder judiciário ou o próprio supremo. Porém, quando o supremo o faz ganha grande relevância e se projeta no âmbito jurídico, uma vez que há em algumas decisões até mesmo o efeito vinculante. (NUNES JUNIOR, 2019, p. 347)

3.1 Hipóteses

As hipóteses de mutação constitucional apontadas por Flávio Martins são três: a mudança de interpretação da Constituição por qualquer um dos interpretes dela, em geral do poder judiciário e do Supremo; no processo de hermenêutica; e a alteração do sentido do texto constitucional. (NUNES JUNIOR, Ibid., p. 348)

Um exemplo desta mutação constitucional é a alteração do significado de “casa” no art. 5º, XI da CF, que agora compreende além da residência o local de trabalho da pessoa. Outro exemplo foi a recente interpretação com relação ao princípio da presunção de inocência onde o texto constitucional (art. 5º, LVII) não sofreu qualquer mudança, porém as discussões e modificações foram extremamente importantes. (NUNES JUNIOR, 2019, p. 348)

Outra hipótese de mutação é a praxe constitucional, uma “reiteração de atos políticos que acabam por alterar o sentido da Constituição, sem alteração de seu texto”, como exemplo, tem-se o parlamentarismo durante o reinado de D. Pedro II, pois este preferia não governar, em razão de sua personalidade, fato que deu ensejo a criação de uma monarquia parlamentarista que não estava prevista na constituição

de 1824. Em consonância, temos outro exemplo, como quando durante a crise política em 2016 a ex-presidente Dilma Rousseff nomeou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil, como o ex-presidente possuía alto capital político muito dizem que ele seria o Chegue de Governo enquanto que ela exerceria a função de Chefe de Estado, sendo um informal semipresidencialismo inexistindo a alteração do texto da Constituição. (NUNES JUNIOR, 2019, p. 351)

Em sequência a última forma é a construção constitucional, que se traduz como sendo a criação doutrinária ou jurisprudencial que traz a mudança de forma inovadora ao significado da Constituição. Como por exemplo, a teoria brasileira do habeas corpus disposta na Constituição de 1891,

Por conta de uma teoria adotada principalmente por Ruy Barbosa, no Brasil, o habeas corpus tutelaria quaisquer direitos, e não apenas a liberdade de locomoção. Por ser uma teoria genuinamente brasileira, recebeu o nome de “teoria brasileira do habeas corpus” (NUNES JUNIOR, 2019, p. 351)

Em outras palavras, é uma maneira de interpretação conveniente que através de um entendimento sistemático de princípios e normas acaba por criar um instituto explicitamente não previstas no próprio bojo da Constituição. (NUNES JUNIOR, 2019, p. 351)

3.2 Análise de casos

Em relação aos casos de mutação constitucional é necessário observar que nem sempre é consenso entre os próprios Ministros que de fato ocorreu o fenômeno da mutação constitucional. Como exemplo têm-se os julgados correlatos ao art. 52, X da Constituição Federal que terá atenção especial aduzida no presente trabalho.

Além disso, não é incomum as decisões onde há um entendimento diverso do texto constitucional receberem muitas críticas e holofotes por parte da imprensa e também serem nem sempre pacíficos entre os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal. Na contramão de tais decisões conflitantes também há exemplos onde se supera a compreensão anterior de uma norma por todos, ou pela maioria, como é o caso do Recurso Extraordinário 778.889 com repercussão geral reconhecida, que ampliou o prazo de licença-maternidade também para as mães adotantes, caso que também estará em destaque a seguir.

Como já citado anteriormente, não é incomum observar tais modificações, um exemplo disto foi a já supracitada modificação no entendimento do princípio da inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição onde em decisão do Supremo indeferiu as liminares das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 43 e 44, que gerou muita polêmica, o tribunal supremo entendeu que é possível a execução de pena privativa de liberdade após a condenação em segunda instancia, apesar de conceder de forma excepcional o efeito suspensivo.

3.2.1 Licença-maternidade

No ano de 2016 no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 778.889, relatado pelo ministro Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que a licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII da Constituição Federal abrange não só a licença da gestante mas também a da adotante, nos dois casos o prazo de 120 dias deve ser concedido, dentre os argumentos (NUNES JUNIOR, 2019 p. 348)

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar

sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutações constitucionais. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 778.889, Relator: Min. Roberto Barroso.)

Segundo o tribunal, as crianças adotadas são um grupo frágil e vulnerável que em razão disto demandam esforço da família para uma real adaptação correta,

criando-se assim laços de afetividade e superando os traumas passados. Por conseguinte é necessário a concessão de tal prazo, sendo reconhecida a impossibilidade de se dar prazo inferior ao concedido aos filhos biológicos em razão da violação do princípio da proporcionalidade como vedação a proteção insuficiente. Ainda com relação ao tema, entendeu a suprema corte que quanto mais velha a criança maior é a dificuldade de adaptação e a dificuldade da adoção ser viabilizada, em decorrência do planejamento familiar ser basilarmente a criação de um filho biológico ou adoção de um bebê. Por proteção a tutela da dignidade da autonomia da mulher, dando liberdade para a mesma escolher seus projetos de sua vida. “Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 778.889, Relator: Min. Roberto Barroso)

Também reconheceu que a servidora, que deu ensejo ao REExt, havia gozado de 45 dias de licença-maternidade, com base no art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e na Lei 11.770/2008, também no Decreto nº 6.691/2008 e na Resolução nº 30/2008 do Conselho da Justiça Federal (CJF), mas que apesar disso fazia jus ao prazo de 120 dias. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 778.889, Relator: Min. Roberto Barroso)

Como base, a tese discutiu abertamente a necessidade de revisão do entendimento do tribunal, trazendo em seu âmago as questões relativas a proteção da criança, a mudança do papel da mulher na sociedade que fez com que a norma precisasse de revisão, uma vez que o Código Civil de 1916 “À mulher reservava-se um papel secundário, de mera “colaboradora” e, portanto de sujeição ao cônjuge”. O Min. Barroso também se relatou as terminologias descabidas de filiação, como os ilegítimos e em seguida à discriminação em relação ao filho adotivo, que só tinha direito a metade da herança e era tratado como filho de “segunda categoria”. Citou as modificações trazidas com o advento da Lei 4.655/1965 e por fim os avanços trazidos com a Constituição de 1988, com a proteção maior à mulher e o estigma do filho adotivo. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 778.889, Relator: Min. Roberto Barroso)

Por maioria de votos o Recurso Extraordinário fora provido, apesar do Ministro Marco Aurélio apresentar voto diferente do relator Min. Barroso, afirmando que o texto

da constituição somente abrange à mulher que dá a luz e não a adotante, asseverando “Se formos à Carta Federal vamos ver que se cogita da licença à gestante. Pressupõe, portanto, o texto constitucional a gestação”, no entanto somente teve suporte a tese do Min. Barroso fixando que: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”, em voto de apoio dos demais Ministros que computaram a maioria do plenário. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 778.889, Relator: Min. Roberto Barroso)

3.2.2 Presunção de inocência

Para que se possa compreender de maneira mais eficaz as mudanças ocorridas no tocante a tal princípio, é necessário atinar para o avanço e importância histórica do princípio da presunção de inocência. Ele sobreveio com os ideais iluministas e juntamente com o Direito das gentes, negligenciando as formas de tratamento que eram comuns como tortura, por exemplo. Nesse passo, com base no direito europeu constitucional o Brasil adotou a pena privativa de liberdade como uma opção no Código Penal do Império de 1830, mas ainda haviam as penas de caráter desumano. Lentamente tais penas foram sendo extintas do ordenamento jurídico brasileiro e resultaram na garantia e princípio fundamental da presunção da inocência, explicita no art. 5º, LVII da Constituição Federal da República de 1988, a atual carta magna. (SOARES; RORATO, 2018, p. 368)

Tal garantia acabou por ser a base para que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fazendo com que se respeite a dignidade da pessoa humana e ao mesmo tempo certifique a população que no âmbito penal não haverá desrespeito a sua legitimação. Em razão de tal fato se adotou a inocência como caráter do homem que deve ser mantido até que se analise, através de provas concretas que o mesmo não o é. Caso não seja possível a aferição de culpa à pessoa, deve-se, na dúvida, ser mantido inocente (SOARES; RORATO; Apud NUCCI, 2018, p. 368)

Sobreleva ainda citar que o princípio da presunção de inocência tem base em inúmeras normas de cunho internacional, tais como a Convenção Europeia de Direitos

Humanos em seu art. 6.2 que afirma "2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada" ou também a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 8º, n. 2 que assevera "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]". Em relação a origem, têm-se que a primeira vez que surgiu o princípio com tais dizeres foi a partir da Revolução Francesa, em decorrência do que dispõe o art. 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fixando que "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei". Com relação a tal proteção internacional

Desenvolve-se, nesse contexto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, fixando garantias e mecanismos de proteção aos direitos humanos, tendo como um dos supedâneos o direito de liberdade. No âmbito criminal, surge o denominado Direito Processual Penal Internacional, a partir da Carta de São Francisco, de 1945, detalhado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Desse modo, a seara de proteção dos direitos humanos, sob uma perspectiva criminal, passou a ter uma dupla proteção, interna (no âmbito dos Estados) e externa (Direito Internacional). (PAULINO, 2017, p. 215)

Neste contexto é necessário observar que a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência também tem proteção relacionada aos Direitos Humanos, uma vez que é necessária a busca da persecução do Direito de forma eficaz, de modo que o que se procura ao aplicar e interpretar as normas constitucionais é a "busca de um equilíbrio entre a segurança da sociedade e a liberdade individual". (PAULINO, Op. Cit., p. 216)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, como guarda do texto constitucional modificou seu entendimento com relação ao que dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, *ipsis litteris* "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", diversas vezes e o que se observa e é relevante para a análise é a mudança de interpretação constitucional, que por consequência acaba levando a norma principiológica ao fenômeno da mutação constitucional. O princípio da presunção de inocência fora informalmente modificado, mas antes do último

entendimento do Supremo, entendia-se em completo oposto, em poucos anos anteriores ao julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade que deram uma nova compreensão para o texto constitucional. Tal entendimento é reforçado no HC 68.726 julgado em 28/06/1991 (DE ASSIS, 2018, p. 143)

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIADA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5º , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI Nº 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXHAURIDAS ESTÃO AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPEÇA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 68.726, Relator: Moreira Alves, p.209)

Contudo, no ano de 2009 houve mudança com relação aos participantes do Pleno do Supremo e em decorrência dessa modificação houve a primeira mutação constitucional quanto a abrangência da garantia, indo em contramão com o entendimento anteriormente fixado e reiterado do próprio tribunal. No julgamento do HC 84.078 o Pleno roborou que a execução da pena em segunda instância quando ainda há recursos excepcionais é contrária a garantia do princípio da presunção de inocência, obstando portanto a prisão anterior ao trânsito em julgado. (DE ASSIS, Op. Cit, p. 144)

Somente em 2016, sete anos após consolidado o entendimento do STF que o mesmo voltou a reapreciar a questão, no julgamento da HC 126.292 em 17/02/2016, onde se reestabeleceu o entendimento de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. Na vigência

do novo CPC, no ARE 964.246 com repercussão geral, afirmando que a tese do HC 126.292 deveria ser aplicada para todos os juízes e todos os tribunais e processos em curso. (DE ASSIS, Op. Cit, p. 145)

Somente com a sessão realizada em 05/10/2016 que replicou os argumentos do HC supracitados, em decisão proferida em sede de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADCs nº 43 e 44, onde se negou provimento as liminares, por 6 votos a 5, houve a ratificação da modificação do entendimento anterior. Ficaram vencidos neste julgamento os ministros Marco Aurélio, relator, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, em parte, o ministro Dias Toffoli. O Ministro Edson Fachin afirmou

[...] interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo o qual 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória', entendendo necessário concebe-la com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução de pena privativa de liberdade. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, Relator: Marco Aurélio.)

Apesar disto, admitiu a exceção no caso concreto, sendo possível a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário no âmbito criminal, a regra geral continua compondo-se só com o efeito devolutivo. O efeito suspensivo fica obrigado somente no comprovado abuso de poder, afirmou que se o caráter da regra do art. 5º, LVII fosse absoluto a admissão seria no limite, a execução da pena privativa de liberdade só se daria no momento em que o réu desistisse de opor embargos de declaração. (NUNES JUNIOR, 2019, p. 349)

O ministro Barroso, por sua vez, concordou e asseverou que a presunção de inocência é “ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal” e que como se interpretava de forma absoluta houve a seletividade do sistema penal, acabando por agravar de maneira excessiva a descrença da população em relação ao sistema de justiça. Teori Zavascki também compreendeu de maneira parecida, afirmando que deve haver um equilíbrio entre a dignidade defensiva do acusado a partir das expectativas dispostas no sistema criminal do país. De igual forma, os votos da Ministra Rosa Weber e do Ministro Luiz Fux atestaram “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do

direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”. Gilmar Mendes asseverou que apesar de haver a possibilidade de concessão excepcional de efeito suspensivo, a execução da pena em razão de condenação já na segunda instancia jamais viola a presunção de inocência. Por fim a Ministra Carmen Lucia afirmou “A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo.” (NUNES JUNIOR, 2019, p. 350)

Em contra sensu, o Ministro Dias Toffoli, em relação de que a execução da pena fica suspensa quando da pendência de REsp ao Superior Tribunal de Justiça, mas não de RE ao Supremo Tribunal Federal, por sua vez o Ministro Ricardo Lewandowski atestou que “não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão taxativo”. Celso de Mello, segundo o qual afirmou que a nova jurisprudência do STF “reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais”. O Ministro Marco Aurélio, relator, constatou (NUNES JUNIOR, Ibid, p. 350)

[...] o dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante a supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. (NUNES JUNIOR, Ibid, p. 350)

Em relação a esta modificação, frisa relevar que não existem direitos absolutos, os direitos fundamentais não fogem desta relativização, uma vez que se houvessem direitos absolutos o detentor do direito poderia utilizá-lo de todos meios, sendo eles éticos ou não éticos, findando na violação de vários outros direitos que não foram compreendidos como absolutos. Um exemplo deste fato é o caso do ex-senador Luiz Estevão que foi condenado em 2006 a cumprir 31 anos de prisão em decorrência de desvio de verbas que foram destinadas exclusivamente a construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, contra tal decisão interpôs 34 recursos e o còrreu fez 29 recursos, todos infrutíferos. Se preservado o entendimento anterior do Supremo o mesmo poderia interpor ainda mais recursos antes de ser preso de fato. (NUNES JUNIOR, Ibid, p. 350)

A tese firmada nestas decisões do Supremo e reafirmada em 2016, apesar de ter repercussão e obrigatoriedade já apresentou outras decisões contrárias ao entendimento do Pleno, como é o caso da HC 138.337, apenas seis dias após o julgamento do ARE, o ministro Marco Aurélio deferiu liminar que suspendia a execução da pena privativa de liberdade para condenado já em segunda instância e formulou pareceres desfavoráveis ao procedimento que o Supremo havia adotado, afirmando ainda que “as decisões tomadas nos citados precedentes não têm força vinculante”. Diante de tal rejeição por parte dos ministros vencidos fica clara a divergência que apesar de já debruçada no Tribunal ainda não se findou por completo. (DE ASSIS, 2018, p. 146)

3.2.2 Art. 52, X da Constituição Federal, um caso novo de mutação?

Em tese sustentada por Gilmar Mendes, o art. 52, X da Constituição Federal de 1988 tem o sentido de somente dar publicidade às decisões pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante ao controle difuso de constitucionalidade. Segundo ele, mesmo se tratando de decisões por via do controle difuso o efeito seria erga omnes e vinculante, por conseguinte ocorreria uma indiscutível aproximação entre o controle difuso e o controle abstrato de constitucionalidade, um de seus argumentos é que já existem mudanças associadas a competência do Senado Federal, no que se refere ao controle difuso. (SANTOS, C., 2014, p. 599)

Há divergência doutrinária quanto a legitimidade de tal mutação constitucional, uma vez que, tal como defende Hesse, há a necessidade de não ocorrer mudança da literalidade do texto e neste caso a interpretação acaba por ser diversa da literal e “desde Laband a Hesse, passando por Jellinek, Kelsen e Dau-Lin. Todos, sem exceção, sustentam que o fenômeno da mutação constitucional preserva o texto da norma, que é alvo da mudança, apenas, de sentido ou significado.” (TEIXEIRA; NASCIMENTO, 2017, p. 459)

Essas práticas de mutação constitucional usualmente utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, que desvirtuam o texto constitucional, foram previstas por Konrad Hesse: “onde o interprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição”. Dessa maneira, quando o interprete elabora uma interpretação que não se encontra no limite do texto constitucional,

está desvirtuando a Constituição e, por isso, avançando no campo da reforma constitucional. (NUNES JUNIOR, 2019, p. 353)

Esta discussão teve ênfase em 2014, no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, apresentada pela Defensoria Pública, caso em que se discutia o alcance da decisão do Supremo proferida em habeas corpus onde o propósito era a discussão do alcance e efeitos do art. 52, X da CF, também tendo por objeto a progressividade do regime penal. Em suma, o juízo *a quo* não deferiu o habeas corpus que requeria a aplicação do regime de progressão de pena *ad argumentandum tantum* que a decisão do STF foi proferida com efeito *inter partes*, e como o Senado Federal não baixou Resolução, não teve efeito *erga omnes*. (FERRAZ, 2015a, p.124)

Cumprе ressalvar que o texto do art. 52, X da Constituição é expрesso em dizer que “Cumprе privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.” (BRASIL, 1988)

Com base, em uma sucinta lembrança histórica desta competência, sobreleva que o Senado Federal apenas com o advento da Constituição Federal de 1934 teve tal competência e a partir de tal feito todas as próximas Constituições mantiveram a mesma aptidão, inclusive fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, a atual carta federativa. Relembrando que a CF de 1891

[...] introduziu, no plano constitucional brasileiro, o controle difuso de constitucionalidade, inspirado no modelo do *judicial review* criado nos Estados Unidos da América. Tratava-se de um controle do ato inconstitucional realizado no caso concreto, por todo e qualquer juiz. A decisão proferida no caso *sub judice* reconhecia a inconstitucionalidade da lei ou do ato questionado pela parte e afastava a sua aplicação *in casu*, com efeitos *ex tunc*. Isto porquanto o ato inconstitucional – na construção da doutrina clássica norte-americana, adotada no Brasil por influência de juristas entre os quais Rui Barbosa – é nulo, irritado, e não produz nenhum efeito. (FERRAZ Apud Cunha Ferraz, 2015a, p. 116).

No período em que compreende as Constituições de 1934 e 1946 a doutrina e a jurisprudência muito debatiam sobre esta competência do Senado Federal, pactuando o entendimento de que o a suspensão do ato inconstitucional pelo Senado

só pode produzir efeitos posteriores a resolução, ou seja, efeitos *ex nunc*. (FERRAZ, 2015a, p. 117)

Em contra sensu, o STF firmou que a resolução senatorial somente tem caráter político, por consequência discricionário e portanto não pode, de maneira alguma, adentrar os aspectos materiais, somente os formais e em razão disto pode admitir que a suspensão senatorial de atos inconstitucionais produzisse efeitos *erga omnes*, que são idênticos aos produzidos por via de controle concentrado de constitucionalidade. Tratando-se por fim de uma função exercida pelo Senado com a finalidade de modificar os efeitos de decisões proferidas em sede de controle difuso, produzindo efeito inovador no ordenamento político e portanto sendo uma decisão de caráter político-jurídico. (FERRAZ, 2015a, p. 117)

Obsta dizer que tal decisão do Senado Federal, ao baixar uma resolução é limitada, pois ela não pode suspender a execução de parte de lei, quando a mesma for considerada como inconstitucional pelo Supremo ou suspender toda a lei, quando toda ela for julgada inconstitucional pela suprema corte. Em outras palavras, não pode nem ampliar ou restringir o conteúdo do julgado que lhe é compelido. Importante salientar também que tal artigo fora mantido pela Constituição de 1988, somente limitando o objeto da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. (FERRAZ, 2015a, p. 118)

Portanto, com as mudanças ocorridas através de Emendas Constitucionais e inovações que vieram pós a atual Constituição, se deu origem aos questionamentos e teses com relação ao dispositivo do artigo constitucional supramencionado.

Gilmar Mendes, relator da Reclamação 4.335-5/AC defendeu a tese de que a participação do Senado Federal é totalmente dispensável para o atual sistema de controle de constitucionalidade, asseverando que a sua função disposta no art. 52, X é exclusivamente de dar publicidade, defendendo que houve sim mutação constitucional e que a decisão do próprio tribunal já seria o suficiente para que os efeitos das decisões em via difusa sejam *erga omnes* e tenham vinculantes, como afirmou em seu voto “[...] não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa eficácia normativa” (MENDES, 2004, p. 165)

Por sua vez, o Ministro Eros Grau entendeu que o papel do Senado Federal seria o de tão somente de publicar a Decisão do Supremo no Diário Oficial, vendo outro significado ao texto do constituinte, mas votando a favor do voto do relator,

deixando claro que a interpretação deveria mesmo ser revista mas não se sujeitando a tese do relator de forma completa. (TAVARES, 2015, p. 288)

Além dos dois votos, também se manifestaram, votando contra, os ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, afirmando que o entendimento do texto do art. 52, X deve se manter.

Sepúlveda alertou para que, apesar de brilhantes os entendimentos de seus colegas, o perigo se de compreender como sendo uma mutação constitucional tal interpretação, pois aumentaria o poder da Corte, de forma radical, asseverando também que

Traço outras considerações no sentido da decisão que, então, se tomou e que, depois, se consolidaria no Tribunal a partir do acórdão do Ministro Ilmar Galvão de dispensar a reserva de Plenário nos demais tribunais, se já houvesse decisão incidente do Supremo declaratória da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo de que de cuidasse. Mas, partir daí, a reduzir-se a nada o papel do Senado – que todos os textos constitucionais subsequentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram – parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 4.335/AC, Relator: Min. Gilmar Mendes)

Adotou também o referido Ministro que ao invés de se modificar o entendimento da norma, limitando a competência do Senado Federal, o correto seria, através da ampliação de poderes trazida pela Emenda Constitucional de nº 45 de 2004, a edição de súmula vinculante, tendo portanto o efeito desejado pelos outros colegas, como sendo vinculante e erga omnes.

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, sustentou que a suspensão da execução pelo Senado de forma alguma caracterizava algum obstáculo à efetivação das decisões proferidas pela Corte, uma vez que seu caráter é meramente complementar. (TAVARES, 2015, p. 290)

Dessa forma, imprescindível seria, para o Ministro Joaquim Barbosa, a manutenção da leitura tradicional do artigo 52, X. Descartou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional sofrida pelo dispositivo, afirmando que, com a proposta do Relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão e ainda que se aceitasse a tese, ela careceria de dois fatores adicionais, quais sejam: (i) o decurso de um espaço de tempo maior para a verificação da mutação; e (ii)

consequente e definitivo desuso do dispositivo (TAVARES, *Ibid*, p. 290)

Para Anna Cândida Ferraz, a interpretação dada pelo Ministro Gilmar Mendes viola de maneira inequívoca a “força normativa da Constituição escrita e a efetividade das normas, cujo respeito obriga a todos os poderes constituídos”, afirmando que, o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição deve respeitá-la e não violá-la, afirmando que (FERRAZ, 2015a, p. 120)

Se a disposição normativa contida no inciso X perdeu sua utilidade, considerada tão relevante desde 1934 (embora nem sempre utilizada), e, se nos dias atuais, o Supremo Tribunal Federal assume novo papel relativo à legitimação da jurisdição constitucional — tema ressaltado pela doutrina vigente — para suprimi-la ou modificá-la impõe-se edição de Emenda Constitucional, obra do constituinte derivado. Como ensina HESSE acima citado: «Não tem o Poder Judiciário — poder constituído — atribuição de modificar letra expressa da Constituição nem fazer às vezes do Constituinte Originário ou Derivado, pois isso significa ultrapassar suas funções constitucionais» e, convenhasse, não tem competência para produzir, como se acentuou, verdadeira mutação inconstitucional. O fato é que, em razão dessa discussão, não há encaminhamento de decisões do Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal desde 2006. (FERRAZ, 2015a, p. 122)

Ainda com relação aos votos, somente depois de cinco anos, em 2013 o Ministro Lewandowski apresentou seu voto na sessão plenária, discordando do voto do Ministro Relator e explanando que não se pode “fazer pouco” do que a Constituição prevê, e que

[...] primeiro, constato que a Câmara Alta, não tem descuidado do cumprimento dessa relevante competência que os constituintes brasileiros lhe têm atribuído, de forma reiterada, desde o advento da Carta de 1934. Nesse sentido, assinalo que, entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso..(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 4.335/AC, Relator: Min. Gilmar Mendes)

O julgamento não foi concluído na mesma sessão, pois o Ministro Teori Albino Zavascki pediu vista dos autos, sendo somente retomado o julgamento em 20 de março de 2014, onde manifestou-se contrário ao entendimento de que se tratava de uma mutação constitucional, como votado por Gilmar Mendes e Eros Grau, mas julgou procedente a reclamação, mesmo que não concordando com a interpretação dada pelo relator. Sustentou durante seu voto que a questão do alcance da temática do art. 52, X não era, de forma isolada, determinante para a apreciação da presente reclamação. Em sua visão a aptidão senatorial não traduziria que todas as vezes só teriam eficácia erga omnes as decisões que sucedessem de Resolução, uma vez que não é a única forma de ampliação das decisões da Corte, já que

10. Considerando, assim, a força expansiva dessas tantas outras decisões do Supremo Tribunal Federal, além daquelas de que trata o art. 52, X da Constituição, resta saber se todas elas, em caso de descumprimento, dão ensejo ao imediato ajuizamento de reclamação perante a Corte Suprema. A resposta afirmativa a essa questão, bem se percebe, transforma o Supremo Tribunal Federal em órgão de controle dos atos executivos que decorrem, não apenas das decisões que toma em sua competência originária – como as ações de controle concentrado de constitucionalidade e as ações de descumprimento de preceito fundamental –, como também de todas as demais decisões por ele tomadas, quando revestidas, em alguma medida, de eficácia expansiva. Não há dúvida de que o descumprimento de qualquer dessas decisões importará, em maior ou menor intensidade, ofensa à autoridade das decisões da Suprema Corte, o que, numa interpretação literal e radical do art. 102, I, I da Constituição, permitiria a qualquer prejudicado, a intentar perante a Corte a ação de reclamação para “garantia da autoridade de suas decisões”. Todavia, tudo recomenda que se confira interpretação estrita a essa competência, a exemplo do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal em relação àquela prevista na letra f do mesmo dispositivo. (...) Assim, sem negar a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal, é de ser mantida a sua jurisprudência, segundo a qual, em princípio, a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar. A legitimação ativa mais ampla somente será cabível nas hipóteses expressamente previstas na Constituição ou em lei ou de atribuição de efeitos vinculantes erga omnes – notadamente contra atos ofensivos a decisões tomadas em ações de controle concentrado de constitucionalidade e a súmulas vinculantes, em que se admite legitimação ativa mais ampla (CF, art. 102, § 2º, e art. 103-A, caput e § 3º; Lei 9.882/99, art. 13, e Lei 11.419/06, art. 7º). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 4335/AC, Relator: Min. Gilmar Mendes.)

Por conseguinte, o Ministro entendeu que a Reclamação não seria cabível, pois a parte que a ajuizou não participou do HC 82.959/SP, entretanto asseverou que no curso do julgamento foi editada a Súmula Vinculante de n. 26, sendo uma saída que justificou o conhecimento e provimento da Reclamação e, apesar de salvaguardar como correto o texto do art. 52, X da CF/88, se manifestou a favor da força expansiva dos precedentes judiciais, uma tendência que tem se observado no país e “afirmando que no Brasil é perceptível movimento semelhante ao de outros países do *civil law* que se aproximam, paulatinamente, de uma cultura do *stare decisis*, típico do sistema do *common law*”. (TAVARES, 2015, p. 294)

A Reclamação 4.335-5/AC foi julgada procedente, tendo os Ministros Luís Roberto Barroso, Celso de Mello e a Ministra Rosa Weber acompanhado o entendimento do ministro Teori Zavascki (Informativo n. 749 do STF), restando controversa a questão sobre a Mutação Constitucional entre os Ministros, uma vez que restou entendido por Teori e mais três Ministros que o mecanismo que trata o art. 52, X ainda está em vigor e proporcionalmente é correlato a uma parcela mínima de jurisdição constitucional, existindo formas diversas da Corte dar eficácia expansiva aos seus julgados. (TAVARES, *Ibid*, p. 295)

4 O ATIVISMO JUDICIAL

No que se refere ao ativismo judicial, sua relação é direta com a atuação ampla e intensa do Judiciário, no Brasil tal fenômeno é expressado principalmente no que se refere a atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, como defensor da Constituição e as interferências e repercussões que tal fato acarreta em relação aos outros Poderes. A postura ativista ocorre de formas diferentes, como por exemplo, a aplicação direta da Constituição à casos em que não há manifestação expressa da norma e sem ter ocorrido nenhuma pronúncia do legislador, ou até mesmo a imposição de determinadas condutas, com caráter de políticas públicas, ao Poder Público etc. (BARROSO, 2012, p.26)

Nesse contexto, pode-se assumir que o ativismo judicial pressupõe a ampliação da ingerência do Judiciário nos outros poderes, a fim de que aquele intensifique os valores e os objetivos constitucionais. Na prática, o ativismo pode ser percebido pela declaração de inconstitucionalidade de normas oriundas do Legislativo, pela estipulação de condutas ao poder público, bem como pelo uso do texto constitucional, sem anuência do legislador, em conjunturas não previstas expressamente pela Lei Maior. (ARAGÃO, 2013, p.60)

Em sua origem, o ativismo judicial surgiu na jurisprudência americana, *Keenan D. Kmiec e Arthur Schelesinger*, que utilizaram pela primeira vez o termo em uma publicação na revista “Fortune Magazine” em 1947, classificando os juízes da Suprema Corte Americana como sendo “ativistas” e “campeões da autocontenção”. (TERAOKA, 2016, p. 116)

Ao relatar o que ocorria na corte americana, os jornalistas acabaram por diferenciar os juízes da Suprema Corte, “A decisão prolatada por juízes ativistas ficava atrelada a resultados enquanto que a de autoria de juízes optantes pela autocontenção ficava com limitações processuais.” e a repercussão do artigo fora enorme, criando para toda a sociedade um rótulo aos juízes em decorrência de suas opções judiciais e o termo se tornou referência e popular. (SAUL TOURINHO LEAL, 2008, p. 21)

Barroso faz referência a jurisprudência norte-americana como conservadora, num primeiro momento

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, 2012, p. 26)

Apesar de ser o berço do termo ativismo judicial como se reconhecesse, para o compreendê-lo basicamente é necessário a observância as diversas dimensões e aprofundamentos com relação ao tema, uma vez que dada a complexidade e aos fatores variáveis o próprio termo ativista traz consigo diversas nuances que serão a seguir aduzidas e explanadas de forma mais completa.

4.1 Aspectos Gerais do Ativismo Judicial

Em *contra sensu* do ativismo judicial, tem-se a auto-contenção judicial, que permeia um comportamento por parte do Judiciário que busca evitar a interferência nos demais Poderes, abstando-se, por exemplo, de interferir em definições de políticas públicas. Até a Constituição de 1988 este era o modelo seguido pelo Poder Judiciário no Brasil, tal posição se modificou, pois agora se busca “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional” exibindo uma série de comportamentos ativistas por parte dos juízes. Um exemplo de tal fato é a fidelidade partidária, entendeu o Supremo que a vaga no Congresso Nacional não pertence ao candidato e sim ao partido a qual ele é filiado, acabando por criar uma nova forma de perda de mandato parlamentar, uma forma que não consta de maneira expressa na Constituição, também a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com adição de súmula vinculante, sem qualquer previsão na CFRB. (BARROSO, 2012, p. 26)

O que se observa é que, no Brasil existe uma grande crise de representatividade com relação aos poderes Executivo e Legislativo, que decorre de

diversos fatores, como por exemplo o fato de que nunca na história dois ex-presidentes foram presos, o que demonstra um inegável desgosto da população em geral com diversos protestos e crises políticas que sobrevêm com tais acontecimentos.

Em relação a isto o fenômeno acaba por sendo considerado por alguns como positivo, uma vez que a população encontra respaldo em suas demandas através da via judicial, Barroso afirma que “A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil.” (BARROSO, *Ibid*, p. 27)

4.2 O ativismo judicial pelo mundo

O ativismo judicial toma grandes proporções na história através do que ocorreu nos Estados Unidos, como já supramencionado foi lá onde ocorreu a primeira citação ao termo “ativismo judicial”, mas além disso, é também nos Estados Unidos onde tal tema se difunde inclusive com a história do seu constitucionalismo, e alguns defendem até que há onipresença do ativismo no campo norte-americano. (CAMPOS, 2012, p. 29)

Ainda no âmbito dos Estados Unidos é necessário citar que a importância do ativismo se difundiu e tomou proporções ideológicas, políticas e sociais, acabando polarizando e tornando como referência na política americana, sendo até mesmo combatido ou defendido por alguns. Para a compreensão do ativismo contemporâneo no Brasil, faz-se necessário o entendimento basilar de como se formou tal fenômeno nos Estados Unidos. (CAMPOS, *Ibid.*, p. 30)

4.2.1 O ativismo nos Estados Unidos

Retomando no histórico das decisões norte-americanas que remeteram ao ativismo judicial têm-se o caso de *Marbury v. Madison*, que trouxeram uma modificação na Suprema Corte e também na sociedade, representando o poder da corte no âmbito do *judicial review*, como já citado anteriormente, transformando o papel da Suprema Corte para sempre e sendo um precedente muitíssimo importante. Um outro caso é de *Dred Scott v. Stanford*, onde se buscou a solução da escravidão nos Estados Unidos no entanto acabou por somente acentuar a competição entre o

Norte, que era antiescravagista e o Sul que por sua vez era escravagista, fazendo com que a Guerra civil emergisse mais rapidamente. (CAMPOS, 2012, p. 36)

Apesar disso, nem todos os cientistas do direito constitucional consideram que a origem do ativismo é a jurisprudência norte-americana. Pode-se dizer que o termo foi utilizado inicialmente como pretexto para perpetuar a segregação racial presente nos Estados Unidos; assim, adquiriu viés conservador. Em outra linha, o termo despontou como crítica negativa ao comportamento da Suprema Corte desse país, quando o jornalista americano Arthur Schlesinger o empregou ao publicar artigo na revista Fortune para caracterizar os nove juízes da corte e a filosofia de atuação de cada um deles. (ARAGÃO, 2013, p.59)

Portanto a história do ativismo nos Estados Unidos é demarcada através de uma disputa entre os liberais e os conservadores que anseiam pela Suprema Corte através de um duelo político para que seus entendimentos morais, suas decisões em casos mais complexos e que exigem orientações ideológicas, trazendo uma série de decisões que são políticas e algumas vezes em sentidos opostos e até mesmo controversas. (CAMPOS, 2012, p. 48)

Um aspecto fundamental do ativismo judicial que Schlesinger detectou imediatamente foi a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade. Keenan D. Kmiec, ao comentar o artigo de Schlesinger, destaca que este já havia detectado que os judicial activists entendem como indissociáveis Direito e Política, o que impediria existir uma resposta “correta” em definitivo, pois toda decisão judicial importaria uma escolha política do julgador. Segundo essa perspectiva, o autocomedimento não passaria de um ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhoras sociais que devem nortear o julgador. (TEIXEIRA, 2012, p. 039)

Ocorre que existe um interesse grande por parte dos partidos políticos e acontece uma verdadeira “guerra ideológica” para a utilização da variável entre os democratas – que representam os ideais mais liberais – e os republicanos que vão na contramão e defendem os interesses mais conservadores, e através deste embate que acaba visando a nomeação do Presidente, as decisões judiciais se tornam impactantes: a composição da Suprema Corte tem que ser escolhida e normalmente mais adequada, variando de acordo com os interesses sobrepostos dos políticos. (CAMPOS, 2012, p. 48)

Conservadores e liberais divergem sobre o grau de intervenção do Estado na economia, federalismo, aborto, direito dos gays, ações afirmativas raciais, pena de morte, financiamento de campanhas eleitorais, etc. Mas o desenvolvimento judicial dessas controvérsias mostra um ponto em comum: ambos são dispostos a utilizar o ativismo judicial para avançar suas agendas políticas-ideológicas e são igualmente dispostos a atacar juízes e cortes quando não é sua agenda que está sendo posta em prática. Como disse um destacado juiz norte-americano, “quando liberais são preponderantes na Corte, conservadores exaltam autorrestrição e denunciam ativismo”, mas “quando conservadores são preponderantes na Corte, liberais exaltam autorrestrição... e denunciam ‘ativismo judicial conservador’” (CAMPOS, 2012, p. 48)

Essa disputa ideológica mais se assemelha a um ciclo interminável, uma vez que na história dos Estados Unidos diversas “eras” são demarcadas como sendo impostas por representantes na Corte que defendem interesses específicos relacionados aos partidos supramencionados, um exemplo disso é “*Warren Court Era*”, demarcado como um grande momento do ativismo judicial norte-americano, revolucionando o entendimento anterior e auto restrito da época e afirmando o caráter dinâmico da Constituição, alegando que a mesma é um “*living document*”, e, deve se ater as mudanças que ocorrem na sociedade, se guiando pela basilar da dignidade do homem e expandindo as interpretações aos próprios princípios constitucionais, afirmando alguns direitos e ganhando atenção por se tornar única e dar norte ao debate com relação ao ativismo judicial. (CAMPOS, 2012, p. 57)

Entender a basilar de como funciona e funcionou o ativismo nos Estados Unidos é importante para a compreensão de como o próprio Supremo se inspira em alguns momentos em tal sistema - mesmo que as diferenças sejam grandes - um exemplo de tal comportamento é o apego aos precedentes e a forma com que alguns Ministros se aliam a alguns ideais, valores e opiniões. Não cabe aqui esmiuçar toda a história do ativismo norte americano, pois é muito extensa e demarcada de diversas modificações, mas a basilar da mesma já fora explicada e é o suficiente para compreender como o papel de uma Corte Suprema pode sim influenciar politicamente em um país, governo e funcionar como um filtro para os anseios populacionais.

4.2.2 O ativismo na Alemanha

Por sua vez o Tribunal Constitucional Alemão é contrário a Suprema Corte Norte-americana, e seu ativismo é observado através da maneira como ocorre a interpretação das normas constitucionais, através do entendimento baseado nos direitos fundamentais da Constituição alemã (CAMPOS, 2012, p.87).

Ordem objetiva de valores, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ponderação, proporcionalidade, concordância prática, mínimo existencial, núcleo essencial são elementos de uma gramática de garantia dos direitos fundamentais que faz do caso alemão um paradigma da importância que uma corte constitucional pode alcançar no sistema político e na sociedade em que está inserida. (CAMPOS, 2012, p. 87)

O que aconteceu foi que, com a traumatizante história da Alemanha e do regime nazista e a catástrofe do desrespeito aos Direitos Humanos, em 1949 fora promulgada a Constituição que trazia em seu âmago diversas proteções a direitos fundamentais, assegurando os valores relativos a liberdade, igualdade, e a ideia de que o homem é o centro e de sua dignidade. Estabeleceu também o Tribunal Constitucional com grandes poderes de decisão e controle, fazendo valer e reforçando a defesa dos direitos fundamentais e da garantia da dignidade humana, conhecido como “*Bundeverfassungsgericht*”. (CAMPOS, 2012, p. 87)

O Tribunal Constitucional alemão demonstra sempre profunda preocupação com seus argumentos de justificação, caracterizados por ampla teorização dos princípios e dos direitos fundamentais, máxime a dignidade da pessoa humana, combinada com a consideração técnica e exaustiva dos fatos reais envolvidos. Ativistas ou não, as decisões do Tribunal Constitucional são sempre teóricas e coerentes fundadas e factualmente detalhadas. (HUTZLER, 2018, p. 107)

O Tribunal Constitucional alemão desempenha um papel importante de controle de constitucionalidade, participando direta e indiretamente do sistema normativo e desempenhando com técnicas que inspiram todo o mundo, inclusive o Supremo Tribunal Federal, na defesa dos direitos fundamentais e da interpretação principiológica, apesar de suas decisões acarretarem indiretamente sobre o Poder

Legislativo e Executivo, fato que faz com que os membros do Parlamento tomem decisões procurando se ajustar para que os projetos de lei não sofram futuras declarações de inconstitucionalidade. Tal fato acaba por trazer dificuldades ao Tribunal Constitucional alemão, em razão de contradições e na maior parte, das tensões que sobrevêm “entre democracia e constitucionalismo, entre liberdade e ordem, entre a autoridade do direito e sua integridade, entre direitos individuais do *Rechtsstaat* e o princípio da solidariedade fundado no conceito *Sozialstaat*”. (CAMPOS, 2012, p. 89)

[...] no qual Radbruch reitera que o direito deve ser entendido como uma ordem ou instituição cujo sentido é servir à justiça, pode ser dividido em duas partes: na primeira, o autor comenta as consequências da legalidade do regime nazista, descrevendo casos que exemplificam esta problemática; na segunda, o autor concentra-se na superação do positivismo jurídico – que não consegue explicar a validade das leis –, apresentando sua conhecida fórmula injustiça extrema não é direito – segundo a qual a maior parte do direito produzido pelo regime nazista não mereceria sequer a qualidade de direito –, aplicada pelos tribunais alemães do segundo pós-guerra e adotada, mais recentemente, por Robert Alexy. (MORAIS; TRINDADE, Apud ALEXY, 2011, p. 145)

Importante ressaltar que o sistema brasileiro se inspira no alemão ao trazer a possibilidade de haver um diálogo entre os Poderes – Judiciário e Legislativo – sem que haja uma violação à independência e harmonia dos mesmos, tal estratégia é explicada por Donald Kommers

São provimentos de cunho admonitório, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a Corte sustenta a ainda constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora. Ambas são, sem dúvida, estratégias destinadas à construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes. (FERNANDES; BORGES, Apud VALLE, 2011, p. 72)

Como exemplo de tal estratégia é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, que acaba sendo um mecanismo que cria este diálogo entre os

Poderes, mas que ainda é criticada pela doutrina, uma vez que ao julgar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão precedente, pode-se, nos termos da Lei 9.868/99 dar ciência ao Poder competente para a adoção das medidas mas não obriga-lo a realmente suprir a omissão.

O Tribunal Constitucional alemão demonstra sempre profunda preocupação com seus argumentos de justificação, caracterizados por ampla teorização dos princípios e dos direitos fundamentais, máxime a dignidade da pessoa humana, combinada com a consideração técnica e exaustiva dos fatos reais envolvidos. Ativistas ou não, as decisões do Tribunal Constitucional são sempre teóricas e coerentes fundadas e factualmente detalhadas. (HUTZLER, 2018, p. 107)

Apesar disto, o ativismo judicial na Alemanha ainda é posto de maneira sutil e contida, principalmente observado no que se refere a concretização dos direitos fundamentais, apesar de não existir consenso doutrinário em relação ao tema. (FERNANDES; BORGES, 2011, p. 73)

4.2.3 O ativismo no Brasil

Por sua vez, no Brasil o ativismo judicial ainda é relativamente novo, para Veríssimo ele se deu através de um processo histórico de modificação da Constituição, como sendo a atual Constituição propensa a já citada “judicialização” e portanto, modificando o papel do Poder Judiciário, fazendo com que o mesmo perca a credibilidade como um “prestadora do serviço público” e se envolvendo muito mais com as questões políticas nacionais que a fazem funcionar através de uma ação política e de mediação entre as classes sociais que precisam deste canal para que sejam representadas. (VERÍSSIMO, 2008, p. 411)

O Supremo vem modificando sua postura hermenêutica na direção de decisões mais criativas, valorativas e inovadoras de direitos e de posições jurídicas fundamentais, e isso está inserido em um contexto amplo de transformações do papel do Direito e do papel da Corte dentro da nova ordem política e democrática que emergiu com a Constituição de 1988. Essa avançada postura hermenêutica, somada aos seus novos poderes de decisão, principalmente, à ampla eficácia vinculante de suas decisões, tem sido decisiva para o crescimento do ativismo judicial na tarefa de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais. (CAMPOS, 2012, p. 260)

Como viés para a análise do ativismo, a judicialização tem forte influência mas ainda não define a postura ativista, esta se dá através de algumas vertentes, uma delas é a aplicação direta da Constituição quando não há necessidade, já que não há expressa manifestação no texto constitucional e independentemente do legislador ordinário, por exemplo.

Além disso, a postura adotada pelos ministros ao declarar a inconstitucionalidade de atos normativos que decorrem do poder legislativo com fulcro em critérios com pouca rigidez que “os de parente e ostensiva violação da Constituição” (BARROSO, 2012, p.26)

O ativismo judicial do Supremo foi, inclusive, assumido publicamente, em 2008, por um dos mais importantes ministros de sua história – Celso de Mello. Censurando posturas de passivismo judicial, o ministro defendeu que “práticas do ativismo judicial” tornam-se uma “necessidade institucional” diante da conveniente omissão ou retardamento excessivo pelo Poder Público no cumprimento de obrigações impostas pela Constituição. Para o ministro, não se pode admitir a “pura passividade” da Corte diante de ofensas à Constituição e aos direitos nela estabelecidos, justificando-se, nesses casos, o “comportamento afirmativo do Poder Judiciário.” Portanto, Celso de Mello assumiu que o ativismo judicial do Supremo pode fazer parte da paisagem institucional brasileira como uma prática legítima e necessária. A ascensão do ativismo judicial do Supremo é, sem dúvida, uma parte importante da vida política e social do Brasil contemporâneo. (CAMPOS, Op. Cit, p. 17.)

Através de tais mudanças e do aspecto ativista da Suprema Corte do Brasil, pode-se observar que o ativismo contribui para que alguns o entendam como um fenômeno de “tribunalização”, somado a judicialização dos aspectos da vida pelos fatos supracitados trazem portanto um conjunto diverso de práticas das quais o Supremo Tribunal Federal adota ao resolver os diversos conflitos de áreas distintas e que muitas vezes acaba por expandir o papel da própria corte ou dar ao texto original significado distinto através da mutação constitucional, tornando-se uma realidade institucional e sendo parte da composição político-institucional do país, inclusive admitido pelo próprio Ministro Celso de Mello, como anterior citado. (CAMPOS, 2012, p. 17)

É fato que quando uma corte constitucional ou suprema decide muito e sobre muitas coisas, relevantes ou pouco importantes, ela acaba tornando-se personagem especial da vida cotidiana da respectiva sociedade. Nesses casos, das decisões mais determinantes até as mais rotineiras, a corte constitucional se apresenta como uma arena fundamental para o debate sobre esses temas. Isso é assim particularmente em países que adotam constituições abrangentes, que disciplinam quase toda a vida política e social de seu país – a constituição é ubíqua e, desse modo, tanto as grandes questões como os pequenos conflitos são problemas constitucionais, que acabam judicializados e decididos pelas cortes. (CAMPOS, 2012, p. 139)

Como uma tendência supranacional, o ativismo judicial tem sido observado também em diversos países que adotam diferentes tipos de sistemas legais, tais quais como *commom law* ou *civil law*, há exemplos de países de ambos em que as cortes também adquirem uma postura ativista, não sendo portanto um fenômeno exclusivamente ocidental, ganhando uma amplitude significativa nos últimos anos em diversos lugares do mundo, tema que será abordado logo a seguir, mas relata a relevância e “ubiquidade do ativismo judicial”, uma vez que não é fenômeno exclusivamente brasileiro e nacional, apesar das particularidades do Supremo Tribunal Federal nos tempos contemporâneos. (CAMPOS, *Ibid*, p. 22)

No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação. Uma característica própria do nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade. Desde o surgimento em solo brasileiro dessa modalidade de controle de legitimidade constitucional das leis ou atos normativos com força de lei, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 1965,¹³ à Constituição de 1946, deu-se um substantivo acréscimo no rol de legitimados ativos que hoje se encontram previstos no art. 103 do texto constitucional. Tal ampliação aumenta também a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação o seu meio natural de implementação. Um debate (sobre a constitucionalidade das leis), que antes de 1965 ficava primordialmente concentrado no meio político, hoje concentra-se cada vez mais nas instâncias judiciais ordinárias, que estão em condições de exercer o controle difuso, mas também concentra-se, derradeiramente, naquilo que é decidido no juízo abstrato do Supremo Tribunal Federal. (TEIXEIRA, 2012, p. 041)

Portanto, a importância do controle de constitucionalidade é importante quando se relaciona com o ativismo, mas não só isso, uma vez que também a mutação constitucional é observada através destas decisões “ativistas” do Supremo Tribunal Federal e, no entanto, a difícil e tênue linha que permeia o tema é se realmente estas decisões ativistas são ou não boas para a sociedade ou para o sistema jurídico como um todo, uma vez que algumas vezes elas são até mesmo correlacionadas com o momento político em que vive o país ou de acordo com as convicções dos próprios Ministros.

[...] E, aqui, merece destaque o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja atuação vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, na medida em que passa a se pronunciar sobre temas que muitas vezes não encontram parâmetros constitucionais, e aumentando a tensão que marca a relação entre os poderes, ou entre constitucionalismo e democracia..(TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 158)

[...] Tanto é assim que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal assumiu um papel ativo na vida institucional brasileira, ao decidir casos de larga repercussão política, econômica ou social, como, por exemplo, os desafios da lei de biossegurança, o problema do nepotismo no poder público, os vícios da lei de imprensa, a demarcação de terras indígenas, o papel do Ministério Público na investigação criminal, o controle das políticas públicas, a questão do racismo, o aborto de anencéfalos, entre outros. (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 158)

Corroborando com tais fundamentos têm-se que a tendência ativista brasileira acaba conferindo certa discricionariedade aos juristas, fazendo com que através de uma possibilidade de concretização de direitos fundamentais pela ponderação de princípios criem uma abertura para o “voluntarismo, cujo resultado é uma justiça lotérica, marcada pela imprevisibilidade” uma vez que as decisões tão tomadas através de convicções dos julgadores. (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 157)

4.3 Uma questão política ou ínsita ao sistema?

A partir de tal perspectiva, muito se têm discutido com relação à qual é a linha tênue que separa a política das decisões do Supremo Tribunal Federal ao papel básico correlato ao exercício da jurisdição por parte dos ministros que compõe tal órgão. Para observar isso basta um breve lembrete do que normalmente é estampado

na capa dos jornais ou nas manchetes, o Supremo tem atuado, através de seu papel de proteger a Constituição Federal, como uma grande entidade política que por vezes aparece nas questões de economia, ciências e política, em especial. Para Barroso tal fato é benéfico, por um lado, uma vez que o Brasil tem um histórico complexo com relação a representatividade e o Supremo acaba por trazer “visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia”. (BARROSO, 2012, p. 24)

O processo de judicialização da política veio na contramão das políticas totalitárias e historicamente da 2ª guerra mundial, com o advento da proteção aos direitos humanos, em especial da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU aliados à falha da eficácia política macroeconômica que teve declínio ao final dos anos 60. Estes fatores levaram a uma otimização das relações entre os três poderes – Judiciário, Executivo e Legislativo – fazendo com que as políticas públicas acabam por não serem eficientes e o Poder Judiciário é chamado para solucionar aquilo que os demais não o fizeram ou fizeram de maneira equivocada, nesse contexto fica quase impossível delimitar a diferença entre “direito” e “interesse político” por parte do judiciário. (GT03 “DIREITOS, IDENTIDADES E ORDEM PÚBLICA” (1ª SESSÃO), 1996)

Uma questão a se observar que se relaciona com a judicialização da vida e a já citada maneira como a Constituição de 1988 ampliou os mecanismos de acesso à justiça e facilitou a participação ativa dos tribunais é o fato de que, apesar de atender os anseios populacionais, ocorre uma lentidão e excesso de questões que são diariamente levadas ao Judiciário, exemplo disso é

Segundo dados do próprio Supremo Tribunal Federal, a média anual de processos distribuídos a essa corte era, na década de 1940, de 2.500. No final da década de 1950 esse número sobe para 7.000, mantendo-se estável entre 7.000 e 8.000 na década seguinte. O número pouco mais que dobra entre as décadas de 1970 e 1980. Portanto, em um espaço de 50 anos, o volume anual de distribuições ao Supremo Tribunal Federal aumentou em aproximadamente oito vezes, isto é, cresceu a uma proporção média de 4,5% ao ano. Após a Constituição de 1988, contudo, em um espaço de apenas 16 anos (1989–2004), o volume anual de distribuições mais que quadruplica. Isso representou um aumento à proporção média de 10,5% ao ano. Se for tomado apenas o período compreendido entre 1997 e 2002, o aumento é de espantosos 470%, ou 41,6% ao ano. (VERÍSSIMO, 2008, p. 413)

Uma crítica observada que tem conexão com as decisões dos ministros é o fato de que diversas liminares individuais são concedidas, causam efeitos importantíssimos e por mais precária, juridicamente, pois dependem de expressão do plenário do Supremo, o próprio pleno sequer se manifesta ou demoram tanto tempo para a apreciação da questão que a mesma já perfez os efeitos. Como exemplo temos os casos em que Gilmar Mendes suspendeu a nomeação do Ex-presidente Lula para o cargo de Ministro da Casa Civil de Dilma Roussef, ou quando o Ministro Luiz Fux suspendeu e também mandou que se reiniciasse a tramitação do pacote “10 medidas contra a corrupção” entre outros. (ARGUELHES, RIBEIRO, 2018, p. 14)

Em contra partida, o papel da Excelsa Corte acaba por se vincular a uma esperança da população em ver a defesa das minorias, uma vez que há grandes expectativas em relação as suas decisões e seus efeitos, podendo citar-se como uma potência do Supremo para revolucionar, inovar e através da proteção aos grupo minoritários, um verdadeiro ativismo e mutação constitucional. Um grande exemplo disso foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção de nº 4733 no primeiro semestre de 2019, segundo o qual foi reconhecida a criminalização da homofobia, determinando que a conduta homofóbica deve ser punida através da Lei do Racismo, Lei 7.716/89 que prevê crimes de discriminação ou preconceito por “raça, cor, etnia e procedência nacional”. Tal postura é questionável, já que a tipificação de crimes não é de competência do Poder Judiciário e nem mesmo através do julgamento das ações do controle concentrado poderia haver a possibilidade de tal mutação de maneira congruente. (VERÍSSIMO, 2008, p. 410)

[...] texto constitucional transformou em regra jurídica um conjunto amplo e por vezes contraditório de anseios sociais e políticos, consagrando ideais de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa e dirigismo econômico. Outorgou à justiça a tarefa de implementar esse plano difuso de ação e ampliou significativamente os mecanismos de acesso que instrumentalizam esse ideal. (VERÍSSIMO, 2008, p. 411)

Esse fenômeno não é único e exclusivo do Brasil, como exemplo, na França

[...] o papel do *Conseil Constitutionnel* foi decisivo para a sorte de diversas iniciativas de reforma, tais como o programa de nacionalização patrocinado pelo governo de François Mitterand, a política universitária e a política de competitividade incluída na Lei de Imprensa de 1984. (Stone, 1994). Na decisão que bloqueou o programa de nacionalização de Mitterand, o *Conseil Constitutionnel* adotou claramente razões alheias a critérios de política econômica em sentido estrito, apoiando-se na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. (GT03 “DIREITOS, IDENTIDADES E ORDEM PÚBLICA” (1ª SESSÃO), 1996, p. 3)

Barroso reforça tal ideia de que o Judiciário como um todo tem “enfrentado” os outros Poderes, extrapolando a basilar de órgão técnico e dando passos largos no ativismo, fazendo valer as leis que se tornaram mais acessíveis a população através do processo democrático, gerando uma busca maior pela cidadania e execução dos direitos de forma mais ampla e eficaz, uma verdadeira expansão na qual ocorreu a fortificação do Judiciário e a demanda pela justiça aumentada por parte da população. (BARROSO, 2012, p. 24)

A questão já citada anteriormente, como sendo a constitucionalização do Direito e a abrangência enorme que a Constituição de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico, também pode ser apontada como uma causa do ativismo judicial, já que ao se tornar norma constitucional, o direito previsto acaba também sendo uma futura pretensão jurídica e a Carta Magna é extravagante em direitos e garantias, portanto, dá maior poder ao Judiciário que é quem protege e assegura tais direitos como premissa fundamental de sua competência.

4.4 Possíveis limitações ao ativismo judicial: a autorrestrição judicial

Por fim, para uma síntese da temática é importante ressaltar que o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal tem a sua relevância observada, seja como Corte Suprema que tem consigo a guarda da Constituição e é responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade, seja por abrir caminho para que algumas áreas da sociedade que necessitam de amparo acabem por encontrarem respaldo, apesar de estrategicamente, algumas decisões são benéficas a todos, mesmo que o caráter político seja o maior ensejo dos ministros do Supremo.

A relação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário se dá através da dinâmica construída nestas questões, uma vez que as influências e o desenvolvimento da história do constitucionalismo acaba por trazer a lógica da

compreensão da necessidade de ponderação dos aspectos, tais quais o sistema de freios e contrapesos, *check and balances*, têm produzido resultados melhores dos que anteriormente o tinha, apesar das discussões relevantes em razão das limitações que devem ser impostas aos poderes, inclusive o Judiciário e principalmente ao Supremo Tribunal Federal.

Tal como sustenta Aragão

Essas ferramentas constitucionais possuem natureza eminentemente política e podem permitir que o Poder Judiciário se transforme em um poder “acima dos outros”, ao exercer o controle concentrado de constitucionalidade, capaz de comprometer a tripartição de poderes. Em razão disso, o STF não pode criar norma tampouco refutar partes de uma lei questionada como inconstitucional, pois, ao assim agir, arriscar-se-ia a alterar o espírito da lei, ato que não lhe compete. (ARAGÃO, 2013, p. 71)

Ainda sim muito se critica em relação a atuação no que concerne ao impacto das decisões do Supremo, por se tratar de sua competência originária e muitas vezes sua interpretação favorável de forma política, pode até mesmo chegar a atrapalhar e interferir nas Comissões Parlamentares de Inquérito e acabar por mitigar a independência destas.

Apesar das críticas, muitas apontadas durante o presente trabalho, é inegável que a atuação do Supremo Tribunal Federal representa um órgão jurídico-político uma vez que a Constituição o outorga “a competência para decidir sobre a convergência entre as leis infraconstitucionais e a Constituição, a qual constitui a fusão entre política e direito” (ARAGÃO, *Ibid*, p. 94), representando portanto a “balança” ou a estabilidade entre a política e o direito, atuando como um ponto de equilíbrio que algumas vezes se perfaz como um “vilão” ou “mocinho” da população e de seus anseios, e que também pode vir a extrapolar suas competências e ser incongruente, tal como já supramencionado anteriormente.

A autorrestrrição judicial em contraponto ao ativismo judicial se caracteriza como sendo a retração, os tribunais se distanciando de decidir contra os demais poderes, se esquivando e dando aos poderes a possibilidade de dúvida quanto a legitimidade de seus próprios atos. (ALEXANDRE, *Ibid*, p. 164)

Já na perspectiva negativa, o ativismo judicial é depreciado como “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional”, descambando o juiz para o voluntarismo ou “decisionismo judicial”. Enquanto a perspectiva positiva do fenômeno costuma ser secundada pela adoção de postulados neoconstitucionalistas, a perspectiva negativa costuma aparecer entre os críticos a essa corrente, reforçada pela defesa da autocontenção ou autorrestrrição judicial, como modo de evitar distorções na prática da especialização funcional. (VIARO, 2017, p. 239)

Se cita as dimensões da autorrestrrição judicial, classificando-as em procedimentais ou substantivas. A primeira, se inclui a rigidez e o formalismo nos requisitos para acesso à Corte, o uso de elevada precaução nos instrumentos processuais de decisão, entre outros. Por sua vez, as técnicas substantivas são entendidas como o uso de mais compreensão ao sentido literal do texto normativo, a preferência a deferir às decisões que anteriormente foram decididas por outros poderes, uma maior valorização à presunção de constitucionalidade das leis, a não interferência em políticas públicas e sociais, um respeito maior aos precedentes. (CAMPOS, 2012, p. 165)

4.5 A mutação constitucional e o ativismo judicial

No que cerne ao Ativismo Judicial e a Mutação Constitucional no Supremo Tribunal Federal, após todo o explanado têm-se que as decisões judiciais que extrapolam a função típica do Poder Judiciário são fruto de uma “legislação judicial” que tem seu imo no ativismo judicial, como ocorre na Corte Suprema. As questões que se correlacionam com os direitos fundamentais e a omissão do Poder Legislativo em realizar seu papel fazem com que o Supremo adote a postura política em prol do social, com julgamentos midiáticos e podendo ser visto como uma corte que extrapola o princípio da separação dos poderes, por realizar função atípica as suas prerrogativas. (BOSCH, 2019, p.9)

Outrossim, como sustenta Canotilho em relação a mutação constitucional

[...] o problema das transições ou mutações constitucionais (Verfassungswandlungen). Antecipando alguma coisa do que será dito a propósito da revisão da constituição, considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em

termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto. (CANOTILHO, 1993. p. 231)

Em decorrência da falha do sistema e quanto mais se observa que o mesmo não cumpre seu papel, mais o ativismo judicial vem funcionando como uma espécie de solução, com a fundamentação baseada nas normas e princípios constitucionais, e, por sua vez, afirma Bosch que se houver expressa previsão da possível “usurpação de funções” a mesma pode ocorrer, vindo o Poder Judiciário a exercer algumas funções que não lhe são típicas. (1º SIMPÓSIO SOBRE CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO Apud BOSCH, 2016, p.472)

Portanto o que ocorre é que através de uma aceção política o Supremo Tribunal Federal, com fulcro nos princípios e nas omissões dos demais poderes, aferindo a si próprio funções que nem sempre são suas, tais como a de legislar ou interpretar determinada norma conforme seu entendimento, mas não necessariamente os seus entendimentos são o que correspondem com aquilo que lhe é competência. Muito se tem debatido com relação à tais decisões, uma vez que o papel ativista da corte é facilmente detectável e cada vez mais perceptível. (BOSCH, 2019, p. 12)

Desse modo, paulatinamente, as decisões dos tribunais estaduais e regionais que antes negavam direitos sociais cedem lugar àquelas que conferem eficácia imediata às normas constitucionais, assegurando a prestação de saúde, educação, moradia, previdência, entre outros. O mesmo movimento se verifica tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal – por exemplo, o RE n.º 271.286-AgR, relativo à concessão gratuita de medicamentos para portador do vírus HIV –, com a renovação de seus ministros e, sobretudo, com o advento das Leis n.º 9.868/99 e n.º 9.882/99, regulamentadoras do trâmite processual necessário da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, bem como da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça – por exemplo, RMS 11.183/ PR, também relativo ao fornecimento de medicamentos –, registra um aumento significativo de demandas voltadas à efetividade dos direitos fundamentais. (TRINDADE; MORAIS; 2011, p. 155)

Exemplo de tais fatos se faz em um caso recente, uma advogada reclamou pelo desprezo e demora em julgar um caso de um senhor de 80 anos, que veio a falecer após 11 anos de espera pelo resultado de seu processo (GGN, 2019), em contrário o

que ocorreu com a liminar relacionada ao caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva fora julgada em algumas horas pelo Supremo. (POLZONOFF JUNIOR, 2019)

Outrossim, os argumentos utilizados pela Corte Suprema acabam indo em contramão do fato de que a defasagem do sistema não pode ser considerada justificativa suficiente para que o mesmo aja através de papéis que não lhe são constitucionalmente impostos, ferindo a concepção mais ampla do Princípio da autonomia dos Poderes, ou seja, através da necessidade e carência sistemática quanto ao amparo aos mais excluídos da sociedade é preciso que se inicie um processo legislativo ou através de meios diversos que são previstos pela Carta Magna e este papel ativista pode não ser considerado o mais adequado (BOSCH, 2019, p. 12), nas palavras de Mario Guimarães:

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 brinquedo, é instrumento, trai a sua missão, é coautor de ilegalidades e injustiças, é um despersonalizado, é um nada e não merece respeito de ninguém (BOSCH Apud Mario Guimarães, 2019, p. 12)

Em síntese ao que fora anteriormente elucidado é que o ativismo brasileiro tem a base no neoconstitucionalismo e por conseguinte se aprimorou conforme o aumento de jurisdição, corroborado pela discricionariedade judicial que como deficiência tem a extenuação da força normativa da Constituição. Como consequência afeta-se a base do regime democrático de Direito. (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 160.)

Portanto, como já apontado o ativismo e a mutação constitucional são fenômenos observados através das Constituições, e o papel dos estudiosos têm sido se debruçar através de seus entendimentos buscando a melhor solução para que tais fenômenos coexistam sem que haja prejuízo ou desrespeito aos princípios constitucionais. No Brasil muito têm se criticado com relação à atuação do Supremo Tribunal Federal, não é raro constatar que tanto os juristas como a população se demonstram insatisfeitos e assim sendo nasce a necessidade de estudar tais fenômenos e compreendê-los da forma mais completa possível, considerando o momento atual da história em que o país vive e também todo o contexto passado pelo

qual o estado de Direito se construiu e se constrói, na busca da melhor solução possível para tais discussões e conflitos. Seria uma Suprema Corte contida? A autorrestrrição judicial é a solução? As interpretações principiológicas e a politização do Supremo seria o melhor remédio? São muitos questionamentos que permeiam os estudos e também as considerações da população, mas com base em todo o exposto faz-se necessário uma grande reflexão sobre todos os motivos que causam e o que acontecerá futuramente com a Corte que tem a guarda da carta suprema do país, a Constituição Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No tocante ao tema exposto, têm-se que é importante o conhecimento das basilares do histórico do ativismo judicial para a compreensão também da mutação constitucional, uma vez que os fenômenos muitas das vezes se acompanham, não necessariamente, como já explanado anteriormente – O que ocorre é que as questões relacionadas à postura dos juízes ou Ministros, não só no Brasil, são importantes para que se observe a evolução da sociedade e também do Direito, como ciência, em decorrência da dinamicidade e da necessidade de se acompanhar e interpretar de acordo com o momento atual em que se vive, tais modificações são justificáveis.

Portanto, através do presente trabalho se buscou explorar as hipóteses da Mutação Constitucional e do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal, com fulcro em artigos e na própria jurisprudência do Tribunal, uma vez que muitos são os casos em que tais fenômenos são observados e as causas são múltiplas e já apontadas anteriormente, como exemplo, a Constituição de 1988, que é conhecida também como Constituição Cidadã que ampliou o rol de competências da Suprema Corte e também os direitos e garantias fundamentais que avança na jurisprudência em defesa das minorias e das omissões dos demais poderes etc. Todas são causas e corroboram para o aumento de questões levadas ao crivo do Judiciário e também à Suprema Corte que tem a última palavra na maioria dos casos e portanto acaba por ser o centro do atual sistema constitucional brasileiro, por se tratar de guardião da Constituição.

No decorrer de todo o trabalho foram focalizados também os julgamentos de alguns casos como a questão incontroversa da liberdade em segunda instância – princípio da presunção de inocência; a questão também não pacífica relacionada ao art. 52, X da Constituição Federal etc. Pontos recentes que demonstram um Supremo Tribunal Federal que se preocupa em muito com casos que repercutem politicamente, ou que causam amplo debate no mundo jurídico.

Apesar das críticas, como alguns autores relacionam a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal como sendo um desrespeito a Separação dos Poderes, outros sobrelevam a importância da defesa de debates que se associam as camadas ignoradas da sociedade, sendo uma Corte que pode agir em defesa de determinadas minorias desprezadas pelo Poder Público normalmente.

Em suma, não há resolução clara para tais fenômenos, a resposta ainda está tempestuosa, os juristas e estudiosos ainda se debruçam sobre os temas e a população ainda se encontra fervorosa sobre cada julgamento importante e se preocupa juntamente com a imprensa aguardando o que acontecerá em seguida, sem nenhuma certeza em relação a tais temas. Talvez uma postura autocontida ou o Poder Público fazendo o seu papel de maneira efetiva poderia vir a ser uma barragem para os fenômenos do ativismo judicial e por sua vez da mutação constitucional, quando se dão de maneira exacerbada. Entretanto muito ainda há de ser discutido, o Brasil é um país relativamente novo e demarcado por uma história complexa que dá origem ao que se conhece hoje, tanto as soluções como os paradigmas, posto que há muito a ser discutido e repensado.

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos - Cebrap**, [s.l.], v. 37, n. 1, p.13-32, abr. 2018. Quadrimestral. Novos Estudos - CEBRAP. <http://dx.doi.org/10.25091/s01013300201800010003>. Disponível em: <<http://novosestudios.uol.com.br/produto/110/>>. Acesso em: 13 set. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1., p. 23-32, jun. 2012. Semestral.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOSCH, Marcia Helena. São Paulo, **Mutação Constitucional e Ativismo Judicial**. p.9<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_tutela_coletiva_artigo_marcia_ativismo.pdf> Acesso em 20/09/2019
- BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p.25-43, jan. 1996. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acesso em: 01 set. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 de set. de 2018..
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, Relator: Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**: 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 05 de junho de 2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 68.726, Relator: Moreira Alves, p.209. **Diário da Justiça Eletrônico**: 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10764335>>. Acesso em: 15 set. 2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 4.335/AC, Relator: Min. Gilmar Mendes). **Diário da Justiça Eletrônico**: 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 778.889, Relator: Min. Roberto Barroso. **Diário da Justiça Eletrônico**: 10 de março de 2016. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782>>. Acesso em: 10 set. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 376 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p.141-149, jan. 2012. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496562>>. Acesso em: 08 set. 2018.

DE ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício. **A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes**. *Revista de Informação Legislativa*, 2018, 55.217: 135-156.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 192, p.67-77, 30 out. 2011. Trimestral. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496924>>. Acesso em: 05 set. 2019.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. O descumprimento da Constituição pelos poderes constituídos e seus reflexos institucionais no Brasil. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, [s.l.], p.95-127, 1 dez. 2015a. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.19.04>.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO: MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS**. Osasco: Edifio, 2015b.

GGN, Jornal (Org.). **Cliente morre esperando julgamento e advogada parabeniza Rosa Weber**. 2019. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/justica/cliente-morre-esperando-julgamento-e-advogada-parabeniza-rosa-weber/>>. Acesso em: 01 out. 2019.

GT03 “DIREITOS, IDENTIDADES E ORDEM PÚBLICA” (1ª SESSÃO), 1996, Caxambu-mg. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**. Brasília: Universidade de Brasília, 1996. 18 p.

HUTZLER, Fernanda Souza. **O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social**. 2018. 278 f. Monografia (Especialização) - Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Brasília, 2018.

LEITE, Glauco Salomão; ANDRADE, José Armando de. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, IDEOLOGIA E ANÁLISE DO DISCURSO: UM ESTUDO A PARTIR DO PROBLEMA DAS MUTAÇÕES (IN)CONSTITUCIONAIS. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p.315-334, 2018. Trimestral.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 162, p. 155-161, abr./jun. 2004.

NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 50, n. 16, p.207-232, 20 set. 2019. Semestral.

POLZONOFF JUNIOR, Paulo. **No STF, Lula tem prioridade sobre quem está morrendo sem remédios. E não adianta reclamar**. 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/no-stf-lula-tem-prioridade-sobre-quem-esta-morrendo-sem-remedios-e-nao-adianta-reclamar/>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

SANTOS, Anderson Clei. **Mutação constitucional e a crise da democracia representativa**. 2015. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2015.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “MUTAÇÃO À BRASILEIRA”: Uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 10, n. 2, p.597-614, dez. 2014. Quadrimestral. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201425>>. Acesso em: 12 set. 2018.

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

SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CONDENAÇÃO PENAL EM SEGUNDO GRAU. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, n. 8, p. 366-381, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Paginação Irregular.

TAVARES, José Luís da Silva. O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO À LUZ DA RECLAMAÇÃO 4.335-5/AC: THE ROLE OF SENATE IN JUDICIAL REVIEW IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL COMPLAINT 4.335/AC2. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Minas Gerais, v. 31, n. 2, p.273-300, dez. 2015. Semestral.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO EVOLUÇÃO NORMATIVA OU PATOLOGIA CONSTITUCIONAL?: TEMPO E DIREITO À LUZ DA HERMENÊUTICA-FILOSÓFICA. **Journal Of Institutional Studies: Revista Estudos Institucionais**, São Paulo, v. 3, n. 1, p.432-474, jun. 2017. Semestral. Disponível em: <<https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.87>>. Acesso em: 05 set. 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966>>. Acesso em: 16 Set. 2018.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutação constitucional e ativismo judicial. **Cadernos Jurídicos**: Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 40, p.115-130, abr. 2015. Quadrimestral.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. ATIVISMO JUDICIAL: AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA, ALEMÃ E BRASILEIRA. **Revista da Faculdade de Direito Ufpr**, [s.l.], v. 53, p.137-164, 30 jun. 2011. Universidade Federal do Parana. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v53i0.30764>.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constitui o de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "  brasileira". **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, Dec. 2008. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004&lng=en&nrm=iso>. access on 01 Oct. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200004>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em: 14 Set. 2018.

VIARO, Felipe Albertini Nani. **Judicializa o, ativismo judicial e interpreta o Constitucional**. Interpreta o constitucional no Brasil. Coordena o: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, p. 231-254, 2017.

1  SIMPÓSIO SOBRE CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO, 1., 2015, Marília. **ATIVISMO JURÍDICO NO BRASIL: ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS E ATUAIS**. Marília: Univem, 2016. 1 v. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst>>. Acesso em: 14 set. 2019.