

JACKELINE HAYKER LIMA SILVA

**O ATIVISMO JUDICIAL APLICADO ÀS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA
2019

JACKELINE HAYKER LIMA SILVA

**O ATIVISMO JUDICIAL APLICADO ÀS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Me. Alessandro Gonçalves da Paixão.

ANÁPOLIS – 2019

JACKELINE HAYKER LIMA SILVA

**O ATIVISMO JUDICIAL APLICADO ÀS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Anápolis, ___ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

Este trabalho monográfico se instaura sob a ascensão do poder judiciário frente aos poderes executivo e legislativo, configurando-se no fenômeno hodierno denominado ativismo judicial. Os episódios responsáveis por marcar o século passado corroboraram para o advento de uma Corte Constitucional pátria protagonista na tripartição do poder estatal. O ativismo contido nas decisões é justificado pela bandeira da efetivação de direitos e concretização das garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. Contudo, sob os mesmos preceitos pairam insegurança, uma vez que a concentração indevida a qualquer esfera desequilibra o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a doutrina constitucional discute a celeuma vivenciada, sobretudo, a partir de 1988 causada pelos efeitos do ativismo judicial. Na elaboração da pesquisa foi utilizado o método de compilação ou o bibliográfico, o qual, por sua vez, se define pela explanação das ideias de diversos autores que tecem pensamentos acerca do tema em questão. Desse modo, se objetiva, de maneira geral, investigar o que pode ser extraído em maior quantidade: se os fatores benéficos ou maléficos no que tange os reflexos do ativismo judicial das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Tripartição de Poder. Democracia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – O ATIVISMO JUDICIAL	03
1.1 Histórico da separação dos três poderes	03
1.2 Surgimento do Ativismo Judicial.....	06
1.3 Ativismo Judicial x Judicialização Política	010
1.4 Mecanismo jurídico	11
CAPÍTULO II – AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINARIAS SOBRE OS IMPACTOS CAUSADOS PELO ATIVISMO	13
2.1 Negação do Ativismo Judicial.....	14
2.2 Aceitação do Ativismo Judicial	16
2.3 As alterações na LINDB	17
CAPÍTULO III - AS DECISÕES DO STF REVESTIDAS PELO ATIVISMO JUDICIAL.....	22
3.1 A aplicação do Ativismo Judicial pelo STF	22
3.2 Posição da doutrina constitucionalista sobre o Ativismo Judicial no STF	25
3.3 Principais julgados	26
CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS.....	33

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico possuiu o objetivo de analisar o ativismo judicial e a sua repercussão na Suprema Corte. Em que pese a Constituição Federal defina a organização do poder político de forma tripartida, há uma atuação proeminente ao que se designa à esfera judiciária. No entanto, qual a causa motivadora dessa postura que vem sendo adotada pelos ministros? Qual a relevância do ativismo judicial nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal para o contexto jurídico? Quais os seus reflexos em face da sociedade? Assim, denota-se na conjuntura hodierna forense o produto do movimento neoconstitucional e pós-positivista.

Por conseguinte, na elaboração monográfica foi utilizado o método de compilação ou o bibliográfico, o qual, por sua vez, se define pela explanação das ideias de diversos autores que tecem pensamentos acerca do tema em questão. Para a composição da pesquisa bibliográfica, foi contado as contribuições dos autores sobre os assuntos que permeiam o tema, através do estudo em obras jurídicas.

A seleção do fenômeno objeto e sua competente delimitação foram observadas na elaboração de cada estágio. Por meio da compilação foram reunidos os materiais e a realização dos fichamentos. A redação do texto foi devidamente revista, corrigida e submetida ao rigor da crítica a fim de que seja esclarecida a exposição de pensamentos. Há de se observar a correção da sintaxe e a amplitude do léxico, assim como todo o conjunto textual almejando o oferecimento de um conteúdo satisfatório, adequado e conciso.

Inicialmente, é apresentado o histórico da tripartição dos poderes estatais, de modo a agregar conhecimento quanto à elementaridade constada no objeto de estudo. Por conseguinte, enseja explicar sobre a origem e a gradual evolução do ativismo judicial, bem como esclarecer sobre os mecanismos passíveis de sua aplicação.

Considerando haver o tema despertado divergências na doutrina pátria, insta salientar sobre as correntes concordantes e contrárias aos preceitos permeabilizados pelo protagonismo judicial. Desse modo, emerge-se as alterações ocorridas na Lei de Introdução do Direito Brasileiro – LINDB, as quais afetaram diretamente na interpretação do magistrado.

Por fim, de modo prático, busca-se demonstrar o ativismo judicial contido nos próprios julgados da Suprema Corte nos moldes do entendimento da doutrina constitucionalista sob a reflexão dos efeitos na sociedade e no ordenamento jurídico.

CAPÍTULO I – O ATIVISMO JUDICIAL

Preliminarmente, para adentrar no cerne deste fenômeno jurídico caracterizado pela proeminência do Poder Judiciário é inexorável consolidar alguns preceitos. Por conseguinte, busca-se no decorrer do capítulo aprofundar as percepções históricas acerca do equilíbrio do poder. Sobretudo discorrer sobre um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, qual seja, o Princípio da Separação dos Poderes Estatais.

Destarte, em que pese o ativismo judicial seja um evento jurídico hodierno, faz-se mister mencionar a série de episódios filosóficos, sociais, políticos e jurídicos no âmbito mundial e nacional que teceram o cenário propício à relevância desse evento forense hodierno. Dessa maneira, a proliferação de decisões remotas dos limites abrangidos pela Constituição Federal e a grande demanda ao Supremo para deliberar sobre temas exteriores à sua competência mesclaram a significância da Judicialização da Política.

Por fim, conforme a seguir se observa, tais engrenagens jurídicas são materializadas mediante mecanismos disponibilizados pelos magistrados. Mormente, as Súmulas Vinculantes têm sido instrumento a conferir legalidade à ampliação dos atributos normativos do Supremo Tribunal Federal. Em consequência, constata-se a inquietação da doutrina constitucionalista contemporânea acerca da harmonia estabelecida pela Constituição Federal corroborada pela aventura da insegurança jurídica.

1.1 Histórico da separação dos três poderes

Para se falar em ativismo judicial, preliminarmente há de se explanar

sobre a importância da separação dos poderes estatais, uma vez que o alcance do conceito desse desagua na compreensão daquele. Encontra-se em Aristóteles (2010, p. 172) o prefácio sugestivo da separação dos poderes, com o desígnio de conter o despotismo. Conforme se lê:

Toda Cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição [...] A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas [...] por último relaciona-se como deve ser o poder judiciário.

Ainda conforme Aristóteles (2010) para se efetivar um bom governo as regulamentações políticas estariam pautadas no ideal de bem comum, a qual se torna viável com a distinção das funções públicas. Essa distinção é denominada como *Ekklésia*, *Boulè*, *Hélié*.os quais dão fundamento ao pensamento político moderno.

Segundo Pinheiro (2011), posteriormente, outros episódios demarcaram a imposição fronteiriça à tirania monárquica. A exemplo da Magna Carta de 1215, a qual concretizou via parlamentar uma redução da arbitrariedade do rei. Mais tarde, no século XVII, Locke emerge a bipartição dos poderes estatais na obra Segundo Tratado Sobre o Governo, com a sobreposição do poder Legislativo sobre o poder Executivo. Já em 1689, a fim de se ampliar a atuação parlamentar a aprovação do Bill of Rights veio a calhar.

No século adiante, em 1748, Montesquieu (2006) engajado pelos argumentos libertários de uma sociedade discorre na obra O Espírito das Leis, sobre um elemento estrutural do Estado Democrático de Direito. Cumpre a função de distinguir as diversas espécies de liberdade e estabelecer o liame desta com o propósito da democracia. A esse despeito, conclui ser a liberdade filosófica do agente distinta do propósito da liberdade política. A primeira, refere-se ao senso de vontade individual, consiste na busca do “querer”; a segunda, por sua vez, faz menção ao caráter obrigatório de cumprimento das leis pela coletividade, logo a liberdade política consiste na busca pelo “dever”.

Consequentemente, Menezes (2008) questiona a justiça intrínseca às tais

leis. Exorta sobre as particularidades do direito positivo, o qual é passível de criação, transformação e adequação por aquele que detém o poder; contrapõe-se sobre a satisfação equânime e divinamente perfeita do direito natural. Desse modo, para o alcance da justiça, preza-se que as leis constituídas pelos homens estejam sob o modelo natural objetivando o equilíbrio entre as duas fontes.

Por conseguinte, a congruência entre a liberdade e o Estado, segundo Montesquieu se fundamenta no equilíbrio, na harmonia e na compensação do poder. Contudo, referidas virtudes se afastam da natureza humana, uma vez que sempre que houver oportunidade o homem excederá ao controle, se aproximando da arbitrariedade. Por tais razões, eleva-se a teoria tripartite. Desse modo, cita Norberto Bobbio (1997, p.137):

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos.

A finalidade de Montesquieu é declarar a impossibilidade de um homem apenas exercer os três poderes estatais: o legislativo, função de criar as leis; o executivo, função de cumprir as leis "impedimento ou veto"; e o judiciário, função de julgar adversidades resultantes da sociedade: "não há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo" (MONTESQUIEU, 2006, p. 396).

Menezes (2008) ao interpretar a obra do pensador iluminista observa o Poder Legislativo compreendendo-o na união de um corpo de civis dividido em duas câmaras. Justifica-se a multiplicidade de pessoas pela estratégia política de dividir uma função demasiadamente elementar para contrapesar qualquer tirania. A divisão em câmaras se organiza pela casa alta, caracterizada pela hereditariedade dos

membros nobres; e da casa baixa, investida pela escolha dos representantes mediante escolha do povo. Exorta-se a necessidade de deliberações e consonância entre a dualidade de interesses, haja vista se tratar da “vontade geral do Estado”.

Metodicamente, ainda segundo o autor supra, a configuração do poder executivo constituída pelo próprio monarca favorece a flexibilidade política. Referido poder se caracteriza pela singularidade de seu titular, uma vez ser inexorável a sagacidade nas escolhas de praxe e afetiva prática das funções executivas formam os pilares do interesse estatal maior. Ante tal razão, compreende-se que essa particularidade se constitui em mecanismos oferecidos para a segurança e desenvolvimento político.

Por sua vez, o poder judiciário também se configura pela multiplicidade de agentes, os quais são sorteados entres os civis periodicamente a compor um tribunal competente para julgar os conflitos que assolam a sociedade. Para Montesquieu, embora esse seja o menor dos poderes, somente ele é capaz de promover a justiça entre os particulares. Assim, os membros do judiciário se caracterizam pela invisibilidade, haja vista serem apenas aplicadores das normas já existentes, por isso designado de "poder menor": "Os juizes da nação representam apenas a 'boca' que pronuncia as palavras da lei; seres humanos que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei" (MONTESQUIEU, 2006, p. 404).

O autor percebeu o desafio carregado por tal função ao analisar o liame da imparcialidade imposta ao julgador para decidir sobre a vida de um membro da sociedade. Doravante há inquietação com a subjetividade instalada no campo da aplicação jurídica. Portanto, desde então o poder judiciário agasalha a problemática pós-moderna da dita invisibilidade, abarcando, ainda, o entrave da neutralidade paramentada a uma função quase divina.

1.2 Surgimento do Ativismo Judicial

Silva (2013) vislumbra que ao ultrapassar a era iluminista foram deixados rastros carregados de opiniões, teses e teorias. As questões psicológicas, filosóficas e sociológicas permeavam os demais campos científicos da matemática, física,

biologia e incluía as ciências jurídicas.

O volume de interferência axiológica trouxe implicações às disciplinas as quais iniciaram um processo de remoção do excesso de metafísica de seus campos correspondentes e restrição da ciência aos fatos empíricos, conforme entendimento de Teixeira (2012).

Neste contexto, o austríaco Hans Kelsen (1999) eleva uma teoria que proporcionava voz própria ao Direito de forma lógica e metódica investido de rigor científico. Ressalta-se pelas noções de validade, vigência e eficácia; a distinção entre direto e moral; a concepção de norma jurídica; a diferença entre dinâmica e estática jurídica; a diferença entre a interpretação autêntica e não autêntica, dentre outros conceitos. Estes, partiram dos pressupostos de unificação tautológica e empírica da ciência e da redução da filosofia e metafísica aos enunciados não esclarecidos, os quais cumprem os requisitos da proposta “semântico-verificacionista”.

Por conseguinte, a doutrina Kelseniana objetiva apurar a cognição das ciências jurídicas e a conseqüente mecanização do judiciário, restringindo a magistratura a aplicação fria das normas, imunizando-se da interferência da moral e da justiça, sujeitando-se meramente aos desejos Estatal. Logo, por meio dessa teoria o cenário jurídico tornou-se propício à justificação de regimes autoritários.

Com o resultado catastrófico da Segunda Guerra Mundial, emerge uma resposta a essa teoria. Logo, em se tratar de casos complexos, segundo Ikawa (2004) ao interpretar Ronald Dworkin os chamados “hard cases”, buscam o aprimoramento da teoria através da inclusão da moral e dos princípios para aplicação da norma às circunstâncias fáticas, essa aprimorada versão recebeu o nome de pós-positivismo.

Em contrapartida, Miguel Reale (2003) no mesmo século concebe teoria inédita. Combinadas as escolas do formalismo, sociologismo e moralismo jurídicos, o autor brasileiro cunha um direito percebido de forma tridimensional. Conforme a doutrina supra, o formalismo consiste na aplicação do direito puramente normativo.

O sociologismo, por sua vez, se preocupa com a efetividade do direito tangente aos fatos e concentra-se nos costumes da sociedade. Por último, a corrente moralista se refere ao direito naturalista, relevando-se aos valores morais intrínsecos às leis.

Desse modo, Reale exorta a validação das três correntes para constituir o direito, pacificando tais dimensões que anteriormente eram unitárias. Assim, o direito é o resultado dessa equação, o erro, por sua vez, seria excluir um dos elementos, os quais são passíveis de perfeita combinação. Conforme o autor, denomina-se “dialética de implicação”, ou seja, ao invés dos elementos estarem em confronto, o direito é o evento pelo qual eles se interagem.

Dado o contexto doutrinário propício ao surgimento do ativismo judicial, conforme Granja (2018, p. 06) o primeiro relato desse fenômeno se deu na Suprema Corte dos Estados Unidos em 1947 por Arthur Schlesinger Jr., historiador do partido democrata. Assim, o autor aduz a seguinte consideração:

Existiam duas linhas: A primeira linha entendia que a Suprema Corte podia desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com bases nas concepções políticas dos juízes; e a segunda linha que defendia, basicamente, o oposto, pregando uma postura de autocontenção judicial, deixando as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo. A opção pela primeira linha foi intitulada de ativismo judicial.

Desde então, tem ocorrido no judiciário a proeminência nas decisões, em diferentes épocas, em diversas cortes e de vários modos. Contudo, mantêm-se a essência da interferência institucional e a semelhança do largo alcance político.

Para Teixeira (2012) no Brasil, a promulgação da Constituição de 1988, nominada por Ulisses Guimarães de “Constituição Cidadã”, tutelou uma gama de direitos fundamentais jamais cunhados anteriormente. Tal fato, estende efeitos hodiernos perante o dilema da confecção de um diploma que não corresponde com realidade estrutural do Estado.

Assim, ao analisar a perspectiva política, observa-se a inserção de um polo pelo qual está a elementar função legislativa de edição de leis e de outro lado o vácuo funcional em razão da omissão deste poder que se opõe a posicionar-se a

determinadas questões de relevância social, haja vista o contexto eletivo e a complexidade social, conforme assinala Gomes (2009).

Conseqüentemente para Ramos (2010) restado o vácuo funcional, corroborado com a valorização dos direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário especialmente em sua Corte Suprema, em muitos casos toma para si a proatividade de efetivá-los sob o prisma de seu poder, caracterizando o ativismo judicial.

Com o advento do neoconstitucionalismo, surge a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais. Paulino (2018) menciona Ronald Dworkin nas considerações de “levar os direitos fundamentais a sério”. Anteriormente, era possível apenas o controle de inconstitucionalidade por ação. Assim, diante a ausência legislativa, emerge a possibilidade do controle de inconstitucionalidade por omissão.

Assim, de acordo com Mendonça (2011) é importante introduzir e ressaltar a importância dos conceitos de Constitucionalidade Formal e Constitucionalidade Material. A primeira diz respeito a forma de construção da lei, e a segunda ao respeito pelo cumprimento da lei.

Assim, o processo legislativo elenca quesitos para validar tal atividade, qual seja, o rito, quórum e iniciativa para o projeto de lei, Paulino (2018). Logo, o vício de iniciativa acarreta a inconstitucionalidade formal. Contudo, ao se tratar da desobediência de regras contidas da Constituição Federal a partir dos princípios de direitos fundamentais há se estar diante da inconstitucionalidade material. Com o advento dessa última, estar-se diante do fenômeno atual do neoconstitucionalismo.

Frisa-se que o solo jurídico brasileiro atual vem sido preparado para a fertilidade do ativismo judicial. Conforme o raciocínio tecido, os parâmetros de Montesquieu, segundo aduz Garau (2010) são colocados à mercê da criação de um poder “protagonista” detentor da missão de resguardar a Constituição, todavia concentrador das outras funções elementares.

1.3 Ativismo Judicial x Judicialização Política

Para Cittadino (2002,) a relevância de se distinguir os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização política surge perante a ampla discussão de ambos no cenário nacional, sendo principalmente o segundo sugerido pela pauta midiática. Destarte, é comum a mescla ou até mesmo a confusão entre os dois conceitos, haja vista se tratar do desafio das funções e limites do Poder Judiciário.

De acordo com os pensamentos de Campos (2014) o fenômeno do ativismo se distingue pela extensão da atividade jurisdicional do magistrado na aplicação do direito de forma intervencionista, em momentos que caberia o atributo da neutralidade. Portanto, denota-se a expansão da atividade judiciária além da legislação pertinente com o conseqüente risco aos critérios da imparcialidade. Assim O ativismo ocorre de três formas, sendo a primeira delas na aplicação direta da Constituição Federal a situações não expressamente contempladas no seu texto, a segunda na declaração de inconstitucionalidade de leis com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; já a terceira consiste imposição de condutas ou omissões ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Em contrapartida, a judicialização segundo Campos (2014, p. 32) é um fenômeno contemporâneo, respaldado no aumento de demandas de cunho político levadas à jurisdição do Supremo Tribunal Federal pela omissão dos poderes competentes, quais sejam o Executivo ou o Legislativo. Por conseguinte, o judiciário atua em matérias de conteúdo político ou de políticas públicas embasado na legislação pertinente, como regras e princípios. Neste sentido releva o autor:

Enquanto judicializar as grandes questões políticas e sociais é demandar soluções para essas questões dentro da arena judicial, o ativismo é a escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar essa demanda e ditar as respostas, certas ou erradas, para as questões levantadas.¹⁰⁹ É por isso que a judicialização da política ganha mais espaço e se desenvolve com o ativismo judicial, do qual se abastece e se renova. Nesse sentido, Neal Tate fala em desenvolvimento da judicialização da política condicionado à atitude de os juízes decidirem participar do processo de tomada de decisões¹¹⁰ – nesse sentido, o passivíssimo judicial pode levar, em médio prazo, ao abandono da judicialização da política como

estratégia para a solução dos casos cruciais.

Desse modo, interpreta o autor que isso se deve à celeridade da resposta judiciária frente as outras alternativas, embora a tangente morosidade do sistema judiciário, ainda assim torna-se viável aos interessados. Portando, a postura dos magistrados nesse caso não se refere à movimentação para usurpar a competência contida na tríade. Em que pese o prestígio a natureza inerte, o Estado na esfera judiciária é provocado à prestação jurisdicional em razão da abstenção dos outros poderes.

Ainda segundo o autor questões como aborto e união homo afetiva se encaixam nos moldes convenientes. Haja vista que nos casos políticos e moralmente controvertidos há um tumulto deliberativo nutrido por diversas correntes de pensamentos, grupos progressistas e conservadores interessados na regulamentação dos assuntos. Nestes casos, nem sempre os poderes políticos se articulam para superar tais divergências. Logo, imputa-se na praxe ao Supremo a necessidade do sistema. Conforme se vê nas duas questões pautadas os poderes competentes estrategicamente se isentam para atribuir a responsabilidade das decisões ao poder eleitoralmente irrelevante.

1.4 Mecanismo jurídico

Conforme explicita Mendonça (2011) desde o ano de 1960 o instituto da súmula já existe no ordenamento jurídico pátrio, adveio através do Ministro do Supremo Tribunal Federal Vitor Nunes Leal com o intuito de tornar acessível o entendimento da corte para a aplicação às demandas repetitivas.

Por conseguinte, no ano de 2004 sob o contexto receoso acerca da insegurança jurídica causada ainda pelas decisões controvertidas referentes a conteúdos similares, criou-se a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual promoveu mudanças do art. 103-A5 e que posteriormente foi regulamentado pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, tratando-se da Súmula Vinculante, conforme Fantin (2015).

Assim, ainda segundo a autora, frente aos requisitos cabíveis, o STF de

ofício ou por meio de provocação das figuras legitimadas a oferecerem ação direta de inconstitucionalidade, mediante decisão de dois terços de seus membros, cumpre a função de edição de Súmula com natureza vinculante à aplicação nos demais órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Nesses termos, entende Schettino (2008) a presença de uma tendência ou até mesmo uma espécie estratégica de projeto dos Poderes Executivo e Legislativo para delegar responsabilidade de decisão ao Supremo Tribunal Federal. Destarte, a efetivação desse alargamento normativo do STF tangente ao controle de constitucionalidade desagua também na promoção do chamado ativismo processual, infringindo a harmonia originária estabelecida pela Constituição.

CAPÍTULO II – AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINARIAS SOBRE OS IMPACTOS CAUSADOS PELO ATIVISMO

O vigente capítulo possui como escopo a elucidação dos posicionamentos acerca do ativismo judicial. Como se sabe, esse fenômeno forense hodierno desperta, a longo e curto prazo, impactos no ordenamento jurídico e na sociedade. Explana-se, portanto, a respeito de duas vertentes vistas por Tassinari (2013): a negação e a aceitação do ativismo judicial. A primeira corrente argui sobre a afronta aos valores democráticos seguido pela imprecisão jurídica acarretando, assim, na descrença institucional dos poderes estatais. Nesse sentido, no princípio do próprio ativismo judicial culminou, não somente análises prejudiciais, mas um posicionamento oposto denominado de corrente da autocontenção judicial.

Contudo, a segunda corrente, vista por Vitorio (2011) credencia recursos fundados na necessidade da população e na preocupação com as instituições estatais. Há, pois, nesse posicionamento a rejeição da afronta a democracia, tendo em vista a satisfação dos direitos sociais levantados pela própria Constituição Federal. Ademais, atribui aos demais poderes a ineficiência para resolver as questões de relevância social devido ao ceticismo derramado sobre os mesmos. Portanto, há a admissão da preponderância institucional do Poder Judiciário sobre os demais, bem como se entende estar melhor qualificado para julgar determinados temas.

Por fim, inclui-se na discussão a relevância da Lei 13.665/2018 a qual inseriu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42 - LINDB). Em que pese a novidade trazida pelos artigos tenham o condão de prevenir o campo fértil para prolação de sentenças firmadas em valores jurídicos

abstratos, o próprio texto da lei propiciou tal terreno, sobretudo no Direito Público.

2.1 Negação do Ativismo Judicial

Como se sabe, o ativismo judicial manifestou-se, inicialmente nas fronteiras norte-americanas e fora identificado por Arthur Schlesinger Jr. O autor Camargo (2016) descreve a história desse fenômeno ressaltando as divergências dos juízes acerca do papel constitucional da corte americana. Desse modo, os magistrados filiavam-se aos ideais “ativista” ou “autorrestritivo”.

Conforme assegura o autor Vitorio (2011) esta última corrente, denomina-se “autorestritiva” ou também conhecida por autocontenção judicial visto que implica no oposto do que se entende por ativismo judicial. Nesse sentido, a ideia que se deseja construir é que o ativismo judicial não apenas despertou avaliações restritivas, mas como estabeleceu desde o princípio concepções totalmente inversas.

Assim, o autor Silva (2015) salienta que a primeira corrente depositava no judiciário a perícia para articular a lei a fim de promover direitos sociais, a proteção das minorias e até mesmo alterar a vontade do legislador. Desconcordante, a corrente “autorrestritiva” promovia a abstenção do judiciário para “criar um mundo novo através do alargamento ou contração da lei”, função a qual fora democraticamente delegada ao governo e aos legisladores.

Ainda para o autor Camargo (2016) o embate norte-americano formula uma lição elementar para a compreensão da relevância político-social do Supremo Tribunal Federal. Nota-se que o posicionamento “autorrestritivo” é delineado sob os argumentos de deferência positiva aos demais poderes e cautela a fim de se manter o espaço jurídico intacto. Por similitude, quanto à oposição ao ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, os autores Souza Neto e Sarmiento (2016, p. 21) interpretam alguns quesitos que atribui negatividade ao fenômeno objeto desse trabalho.

Desse modo, para os autores é mister avaliar o nível de legitimidade democrática da norma para a congruência da postura do magistrado.

O autor prossegue afirmando que:

A deferência é reconhecida como valor político de um governo democrático e de poderes separados. É a clássica autolimitação do poder judicial como exigência da própria ideia de estrutura de divisão de poderes constitucionalmente estabelecida. Trata-se, então, de elemento estrutural das relações institucionais entre o Judiciário e os outros ramos autônomos e independentes de governo.

Nesse sentido, Campos (2014) aduz que as normas provenientes dos instrumentos democráticos do plebiscito, referendo e iniciativa popular necessitam da autocontenção do Judiciário para “o exame de sua constitucionalidade”. Assim, conforme o nível de democracia reduz-se a manipulação ativista. Incluem-se, ainda, as emendas constitucionais em relação às leis hierarquicamente inferiores e as leis aprovadas por quórum considerável da casa competente.

Também para o autor supra Campos (2014) rejeitam-se os ideais ativistas ao se tratar de discrepância entre instituições. Denota-se que o Judiciário não é “*expert*” para decidir assuntos que requeiram técnicas fora da seara jurídica. O autor toma como exemplo matérias tangentes à “regulação econômica e políticas públicas redistributivas”. Observa-se, portanto, não haver razão para o Poder Judiciário se manifestar acarretando consequências diversas sobre o ordenamento jurídico dentro de temas cuja toga não há especialidade para tratar.

Nesse sentido, congruente destaca SARLET (2013, p. 231).

Em apertada síntese, busca cobrar do Poder Judiciário de modo especial em áreas sensíveis como a do controle de políticas públicas e que envolvem uma grande exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico, um maior grau de deferência em relação às opções e decisões levadas a efeito pelo legislador e pelo administrador, no sentido de uma valorização recíproca das capacidades institucionais de cada esfera estatal e mesmo propondo um produtivo ‘diálogo institucional’.

Ao seguir esse raciocínio Camargo (2016), defende a impossibilidade hodierna quanto à paridade dos poderes estatais, sendo, portanto, o protagonista do cenário brasileiro o Poder Judiciário. Contudo, até mesmo nessas circunstâncias o campo jurídico não é absolutamente capaz institucionalmente para decidir.

Ademais, a elementaridade problemática do ativismo judicial está disposta no antagonismo à democracia. Nesse contexto, Vítório (2011) assevera que somente o poder Executivo e Legislativo passa pelo crivo eleitoral. Desse modo, a função Judiciária não é passível ao sufrágio e, assim, seguindo a visão juspositivista, seria ilegítimo para criar o direito por meio das decisões. Considera-se, para tanto o sistema deixado por Montesquieu.

2.2 Aceitação do Ativismo Judicial

De acordo com a nuance histórica brasileira, Palma (2015) destaca os anos de 1970 como sendo voltados a resolução do regime militar por meio da concessão de anistia política. Posteriormente, 1980 foi marcado pela promulgação da Constituição Cidadã e ultrapassagem da arbitrariedade. Congruentemente, o que se viveu do século atual permeia a concretização democrática via do fomento social.

Nesse sentido, o artigo 3º da Constituição Federal estabelece como fundamentos do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia de desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais; a promoção do bem comum abdicada de preconceitos ou qualquer tipo de discriminação.

Para tanto, ainda de acordo com os preceitos de Palma (2015) a beneficência do ativismo judicial consiste na postura jurídica de promover os direitos garantidos pela Constituição Federal, tendo em vista a ineficiência dos outros poderes, fato como já explanado, acarretou também na “judicialização política”. Portanto, tal disposição forense cumpre a missão de reafirmar os valores democráticos desejados pelo povo.

Observa-se ao considerar o tópico anterior, o fato da corrente desfavorável ao ativismo judicial a arguição de que essas decisões estão na contramão dos critérios democráticos. Explica-se, conforme o posicionamento de Streck (2009) pelos poderes primários investidos à assembleia constituinte via do povo, detentor soberano das vontades estatais. Logo, quando as atribuições delegadas por esse titular são confiscadas pela classe magistrada, o que ocorre, sobretudo, no Supremo Tribunal Federal, a própria democracia está sendo ferida.

Considera-se, para tanto, a disposição da esfera judiciária em estimular os preceitos consagrados pela Magna Carta. Para Camargo (2016) aos tribunais é delegada a responsabilidade arbitrária para estimular tais questões, haja vista a seara política estar ineficiente pela ausência de representatividade, principalmente em temas de relevante valor social.

2.3 As alterações na LINDB

No dia 25 de abril de 2018, foi sancionada a Lei 13.665/2018 a qual alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42 - LINDB), outrora denominada Lei de Introdução ao Código Civil, por meio da inserção de outros dez novos artigos. No que se refere à LINDB, Tartuce (2018, p. 25), apresenta o seguinte conceito:

É um conjunto de normas sobre normas, ou uma norma de sobredireito (*lex legum*), eis que disciplina as próprias normas jurídicas, prevendo a maneira de sua aplicação no tempo e no espaço, bem como a sua compreensão e o entendimento do seu sentido lógico, determinando também quais são as fontes do direito, em complemento ao que consta na Constituição Federal.

Explica o autor Tartuce (2018) que a LINDB se aplica a todas as ramificações jurídicas, com exceção das quais possuem regulamentação específica. Nesse sentido, por se tratar de lei introdutória que tem por objeto a disciplina das demais normas, trata-se de norma sobre direito.

Por conseguinte, de acordo com Silva (2015) a introdução da Lei 13.665/2018 apresentou, claramente, o objetivo de inserir a segurança jurídica no ordenamento jurídico. Nesse sentido, considera-se em destaque o aprimoramento e a motivação decisória, bem como o estabelecimento dos ditames interpretativos das normas aplicadas à Administração Pública. A agregação de preceitos democráticos através da participação dos cidadãos nas decisões que ostentarem interesse popular. E o reconhecimento da responsabilidade subjetiva do agente público a que se imputar dolo ou erro grosseiro.

Nesse sentido, a Revista do Ministério Público de Contas discorre sobre os parâmetros das decisões administrativa, controladora e judicial, de modo a

impermeabilizar abstrações. Compreende-se por esfera controladora o que tange ao controle externo e interno da administração (ex: TCU, TCE e órgãos de controle interno dos entes federados); esfera administrativa refere-se ao administrado para com a administração ou até mesmo entre entes da própria administração; e a esfera judicial, diz respeito ao espaço no qual o Estado juiz compete a decidir no caso concreto.

Dispõe o art. 20 da LINDB acerca da tomada de decisões fundadas em valores e princípios permeados por abstrações e generalidades (moralidade da administração, veracidade, eficiência). Ademais, inclui-se em tal bojo a observância às consequências práticas das decisões.

Nesse sentido, Martins (2008) verifica a subjetividade contida no próprio texto legal. Especula-se, logo, a condição da autoridade administrativa, controladora ou judicial, de submissão do caso concreto aos seus recônditos preceitos políticos, sociais e morais. Visto a imposição da lei em prever as implicações das decisões no âmbito público.

Assim prossegue o autor MARTINS (2008, p. 269):

Como poderia o tomador de decisão, antecipar as consequências futuras do ato decisório e averiguar as possíveis alternativas, se apenas tem conhecimento das informações contidas nos autos, apresentadas pelos interessados? Como poderia ele verificar fatos, impactos e possíveis alternativas? Não haveria, no art. 20, uma inversão do onus probandi, que é da alçada do gestor e não do tomador de decisão? Isso não transformaria a atividade julgadora em administrativa, visto que o órgão decisório deverá, ao analisar as consequências práticas da decisão, exercer “papel” de administrador?

A preocupação doutrinária acerca desse disposto refere-se à subjetividade do próprio texto da lei, a saber, o que se entende por “valores jurídicos abstratos” mencionados no artigo 20. Segundo o insigne autor Didier Jr. (2009) tal expressão pode indicar tanto princípios jurídicos não densificados, como cláusulas abertas, tanto como conceitos abertos.

Ademais, para o autor Stolze (2018) sobre o requisito da previsibilidade

das consequências práticas, os julgadores deverão antever as possibilidades e impactos da decisão a ser proferida, aproximando-se da “prognose jurídica”.

Adiante, o art. 22 traz consigo as instruções tangentes à interpretação das normas aplicadas ao direito público para nortear a tomada de decisão da autoridade competente. Para o autor Silveira (2015) é inexorável avaliar as circunstâncias nas quais os atos percorreram, revelando as dificuldades, necessidades e ocasiões políticas do período. Na possibilidade de sansão, relevante se faz a atenuação e agravantes devido à análise circunstancial.

Contudo, em que pese o texto apresente uma “aparente” preocupação com a segurança e idoneidade das decisões, novamente o subjetivismo vem à tona proliferando lacunas para o ativismo judicial. Nota o autor Aragão (2015) que a alteração proporciona a flexibilização exacerbada da autoridade para com o caso em exame. Assim, se caberá ao julgador a previsibilidade das consequências, tais como as dificuldades encaradas pelo gestor, a eficiência exarada pelo seu cargo, os prejuízos advindos de sanções, dentre outros. Verifica-se, portanto, a abstração da norma, bem como a desvinculação da autoridade decisória das informações constadas nos autos.

O art. 23 e 24 da LINDB, conforme afirma Silveira (2015) cunha a propositura da segurança jurídica agora disposta no período de transição. Salienta-se a investidura da proporcionalidade e equanimidade do lapso modificativo acarretado por uma decisão. Desse modo, em se tratando de circunstâncias que advenham interesses gerais o período transitório favorecerá ao administrado. Logo, conforme Palma (2015) preservam-se os atos já validados.

Discorre Peixoto (2018) sobre as alterações advindas pelo art. 26 da LINDB no que se refere à aplicação do direito público a caso contencioso. Dispõem-se acerca da possibilidade de se firmar acordos ante a consulta pública e oitiva do órgão jurídico, a fim de se constar a transparência e atendimento ao interesse público.

Tal hipótese, conforme Ferraz (2018) possui o objetivo de promover a

proporcionalidade e equanimidade, eficiência, atendimento à lei e substituição do processo administrativo. Perquire-se, desse modo, sobre as consequências jurídicas e as medidas a serem tomadas, procurando o equilíbrio entre a validação ou não dos atos administrativos no plano concreto.

Em sentido semelhante, o art. 27 da LINDB também dispõe sobre a possibilidade de acordos, contudo, no caso de relevante interesse geral. Desse modo, verifica-se que as partes litigantes estarão facultadas a solucionarem o conflito mediante composição. Assim, o julgador deverá, tendo sido realizado o acordo substitutivo, motivar sua decisão sobre a compensação por benefícios indevidos ou prejuízos injustos, ouvindo previamente as partes sobre seu cabimento, forma ou valor, conforme Ferraz (2018).

O art. 28 da LINDB, por sua vez, trata sobre a responsabilidade subjetiva do agente público praticante de erro grosseiro ou ato doloso. De acordo com a autora Di Pietro (2015) tal hipótese não afasta a responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37 § 6º da CF.

Há no art. 28, segundo preceitua Ferraz (2018) o questionamento sobre a questão da facilitação da impunidade do agente público. Visto direcionar o tomador de decisão às hipóteses limitantes da responsabilidade por dolo ou erro grosseiro, qual seja, culpa grave. Desse modo, não se admite a responsabilização do administrador incidente em culpa comum.

Destarte, compreende-se que as alterações contidas na LINDB trazem em seu bojo o intento de fomentar a participação popular, instigar a autoridade competente para decidir a pensar o caso concreto e suas implicações práticas, promover a autocomposição de litígios e, sobretudo a segurança jurídica no ordenamento jurídico, conforme aduz Silva (2018).

Destarte, a conexão entre as alterações da LINDB e o ativismo judicial justifica-se conforme Freitas (2018) ao propiciar a influência sobre as questões envolvendo a improbidade na administração, bem como o subjetivismo de conceitos abertos e termos amplamente passíveis de interpretação da autoridade competente.

Ao contrário do que se propôs, provocou lacunas para o ativismo judicial. Desse modo, de acordo com o que foi exposto, o próprio texto legal que cumpre o mister de redigir sobre as decisões fundadas em termos e conceitos vagos, inclui a possibilidade de previsões pelo julgador.

CAPÍTULO III - AS DECISÕES DO STF REVESTIDAS PELO ATIVISMO JUDICIAL

3.1 A aplicação do Ativismo Judicial pelo STF

A concepção de Corte Constitucional assimilada pelo ordenamento jurídico brasileiro abrange, segundo Nunes Junior (2018) além do conceito que se tem de um mero tribunal. O Supremo Tribunal Federal em sua origem possui influência da força decisiva, política e lume kelseniano, conforme se inspira os ordenamentos norte americano combinado ao europeu.

Desse modo, para Lunardi (2016) a extensão da competência do Supremo absorve a capacidade de promoção de direitos fundamentais e concretização de políticas públicas a fim de que seja garantido. Bem como, cada esfera do poder estatal, dada a grande necessidade da sociedade, também abarca em sua dinâmica esse viés. Neste contexto, verifica-se a celeuma do ativismo jurídico.

No que se refere aos ditames jurídicos, dentre as formas de instrumentalização para dar razão ao ativismo judicial, utiliza-se os institutos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Súmula Vinculante, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, dentre outros, como preceitua Cremonezi (2018).

A ADPF está prevista no art. 102, § 1º, da CF, o qual atribui a competência para processamento o Supremo Tribunal Federal. No que tange à matéria processual, a ADPF se direciona à uma forma de controle de

constitucionalidade judicial, repressivo e abstrato. Desse modo, ao necessitar de regulamentação para discorrer sobre a legitimação ativa, hipótese de cabimento, seu objeto e efeitos, foi editada a Lei 9.882/1999, conforme Dimoulis (2016).

Assim, ainda conforme o autor acima elencado, caracteriza-se pelo cunho de impedimento nas normas e condutas contrariantes à preceitos fundamentais oriundos da Carta magna a fim de que não comprometam o sistema normativo, bem como a supremacia constitucional. Portanto, extrai-se de seus objetivos o interesse na regularidade da segurança jurídica.

É válido salientar, de acordo com Lunardi (2016) sobre as duas modalidades que a ADPF pode incorrer, qual seja a principal, ou também chamada autônoma, a qual possui o objetivo preventivo ou reparatório à preceito fundamental proveniente de ato do Poder Público, conforme art. 1º, *caput*, da Lei 9.882. Bem como a modalidade incidental ou por derivação, a qual pode se dar de forma incidente no trâmite processual. Contudo, faz-se necessário a averiguação de controvérsia constitucional relevante no que se refere a ato normativo federal.

De acordo com Barroso (2009) considera-se legítimo para a proposição da ADPF na modalidade principal, segundo o art. 2º, inciso I, os mesmos legitimados para a ADIn. Logo a CF determina o rol de competência em seu artigo 103, constatando-se, para tanto, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação em pelo menos uma das Casas do Congresso Nacional e Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional. Contudo, em se tratando da modalidade incidental há omissão na Lei 9.882/99 em razão de um veto presidencial quanto a essa parte, de modo que se designa, por ora, o mesmo rol contido no artigo 103 da CF.

O artigo 102, inciso I, alínea a da CF, designa também como competência do Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Assim, a lei 9.868/1999 regulamenta acerca do processo e

juízo da ADC, bem como da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Tal ação possui, de acordo com Dimoulis (2016) o cunho de promover a segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, resolvendo, desse modo, as divergências sobre determinados temas. Portanto, possui a capacidade para afirmar a obrigatoriedade de dispositivos, bem como despertar a invalidade do preceito questionado.

Observa-se a semelhança da finalidade contida da ADC e da ADIn, uma vez que possuem natureza dúplex ou ambivalente, sendo acarretado a constitucionalidade ou podendo validar a inconstitucionalidade, desde que seja aprovada pela maioria absoluta dos Ministros do STF. Ressalta-se que, na primeira há a diferença processual quanto à decisão procedente indicando a constitucionalidade o objeto. Destarte, em caso de julgamento improcedente, verifica-se a inconstitucionalidade. Quanto a ADIn, o julgamento procedente, indica a inconstitucionalidade do dispositivo, sendo correto o inverso, assim conclui Carvalho Neto (2006).

Considera-se para Cremonesi (2018), legítimo para promover a ADC os mesmos acima elencados em razão à ADIn. De acordo com a doutrina, garante-se em sede da ADC o contraditório, em razão de tratar-se de requisito as controvérsias judiciais, bem como discrepâncias jurisprudenciais que sejam relevantes. Assim, afirma-se sua expressão vinculante.

A ADIn, conforme Moraes (2017) possui a finalidade de remover do sistema jurídico as leis ou atos normativos que não aderiram à compatibilidade da ordem constitucional. Assim, recorda-se a função legislativa negativa imputada ao STF. Desse modo, em razão de sua especialidade, tal ação não permite desistência em sua propositura. Agrega-se, ainda, a esse contexto a impossibilidade de desistência de pedido de medida cautelar formulado, uma vez se pautar no princípio da indisponibilidade. É peculiar também quanto a prescrição, a qual lhe é afastada de qualquer decurso de tempo.

Quanto a ADIn, Moraes (2017) ressalta a impossibilidade de ocorrer o controle de constitucionalidade das normas originárias, tendo em vista a

inviabilidade das cláusulas pétreas ser passíveis de invocação de inconstitucionalidade. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro não adota a teoria alemã (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), a qual torna viável a declaração de inconstitucionalidade, mesmo das normas originárias, quando incompatíveis com os princípios seguitos de justiça dos postulados vigentes.

3.2 Posição da doutrina constitucionalista sobre o Ativismo Judicial no STF

O fenômeno hodierno do Ativismo Judicial foi proliferado com mais intensidade nas últimas décadas. Sucumbindo o chamado Civil Law e, paulatinamente, assemelhando-se ao sistema do *Common Law*. Desse modo, infere-se sobre o ativismo a caracterização do período pós-positivista do direito brasileiro. Em consonância com essa inauguração no método de decisão ao caso concreto, o qual é capaz de atingir profundamente a aplicação do direito no plano jurídico, há diversos posicionamentos feitos pela doutrina pátria para avaliar os efeitos do ativismo judicial.

Para Barroso (2008) caracteriza-se como ativismo judicial o método singular hermenêutico para se interpretar a Constituição, vislumbrando a aplicação direta e extensiva do sentido normativo. Decorre, contudo, da displicência dos demais poderes e preferência do transferir o protagonismo ao judiciário cuja responsabilidade representativa inexistente. Neste contexto, Barroso (2011, p 16) válida salientar a crítica:

O fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juizes.

Conforme explana Barroso (2011) o judiciário, gradativamente, se afastou da função técnica e especializada para aproximar-se da assunção do poder político. Supera-se, portanto, à frieza contida na lei para alcançar o anseio social. Desse modo, vislumbra-se a indeclinabilidade jurisdicional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, acumulado ao constrangimento do legislador no tocante às matérias de

interesse popular. Gerou, por consequência, o aumento do número de demandas no judiciário e acarretou também na judicialização política.

Ora, neste sentido Streck (2013) esclarece que a escolha pelos padrões da Constituição procurou abarcar novos padrões, novas idéias, novas normas teorias e fontes. Contudo, esses objetivos inovadores foram discutidos doutrinariamente e o recente modelo raiou trazendo consigo a cópia de um modelo americano indevidamente importado, como sendo a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano e a teoria da argumentação de Robert Alexy.

Por conseguinte, há de se frisar que diante dessas colocações naturalmente têm-se consequências sociais, considerando o ordenamento jurídico refletir na população, sendo verídico o contrário. Desse modo, Tassinari (2013) escreve um desses efeitos sendo o aumento do volume de demandas a serem dirimidas. Uma vez que a tensão existente no cerne do poder é deslocada para algum lugar, sendo no caso pátrio, a esfera judiciária.

Para o jurista Lopes Junior (2016) no que se refere às decisões do STF concernentes à esfera penal, não é necessário que uma decisão atenda às expectativas nutridas pela sociedade. Uma vez que, se esse fosse o objetivo, não seria necessário a fase de dilação probatória, bem como seria aceitável a obtenção de provas por meios ilícitos.

No ponto de vista da doutrina pátria o jurista Streck (2013) assevera a necessidade de encarar o ativismo judicial com uma visão crítica, tendo em vista a vontade de concretizar direitos, manto pelo qual se justifica tal postura, não se resolve meramente pela vontade do julgador. Neste sentido, a defesa da Constituição e a garantia dos direitos que foram democraticamente confeccionados são pairadas sob o risco da insegurança gerada pelo ativismo judicial. Há, portanto, o questionamento das interpretações e aplicações do direito que se desvia e exclui o próprio texto constitucional.

3.3 Principais julgados

A Ação Penal 470 e Inq. 2245/MG popularmente conhecida como “escândalo do mensalão”, pode ser brevemente resumida a partir da data de 14 de

maio de 2005 quando foi veiculada pela mídia nacional a matéria de um suposto esquema de corrupção envolvendo, principalmente, a alta cúpula do PTB.

Por meio de uma câmera escondida o diretor do Departamento de Contratação e Administração de Material dos Correios, além de receber um maço de dinheiros, explica a empresários o funcionamento de um esquema de pagamentos de propinas com a finalidade de fraudar as licitações da empresa.

Após a divulgação do vídeo pelos veículos de comunicação nacional, houve delação por próprios Deputados sobre um grande esquema de corrupção para compra de votos no Congresso Nacional. De acordo com o Deputado delator, o Partido dos Trabalhadores (PT), mediante pagamento mensal aos envolvidos, compraria votos favoráveis à base governista. Por esse motivo, ficou conhecido como “mensalão”.

Distribuído os valores, o destino derradeiro eram contas no exterior, os chamados paraísos fiscais. De acordo com a denúncia, tratava-se dos crimes de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, corrupção e evasão de divisas. Em razão dos desvios de recursos públicos, bem como concessões de benefícios indevidos a particulares em troca de dinheiro e, ainda, compra de apoio político.

Discorrida a síntese dos fatos, é válido ainda ressaltar a explosão midiática do problema entabulado. A qual, à época esteve diariamente divulgada e, conseqüentemente, despertou o senso comum punitivo sobre o caso.

Ocorre que, a doutrina constitucionalista e criminalista observa que direitos fundamentais consagrados foram violados neste caso, especialmente o princípio da presunção de inocência. O hoje Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, durante sua sabatina pelo Congresso Nacional referiu-se a esse processo como “ponto fora da curva”. Neste contexto, Lopes Júnior (2008) discorreu sobre a impossibilidade de a acusação apresentar-se de forma leviana quanto ao cenário probatório, de modo a ser desproporcional à condição de réu. Assim, compete à persecução penal a preservação da qualidade de inocência até que seja

devidamente processada pelo poder judiciário.

Ademais, em razão da historicidade da causa pautada, mesmo os réus que não detinham a prerrogativa da Constituição, foram julgados em unidade. Desse modo, transcreve-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: “no presente caso, o próprio Procurador-Geral da República entende que não existem, neste caso, elementos que justifique o desmembramento do processo”.

Contudo, é comentada pela doutrina acerca do desmembramento do processo, em violação ao princípio do Juiz Natural. Considera-se que apenas três dos trinta e oito acusados tinham prerrogativa de foro para serem processados e julgados pelo STF. Desse modo, os demais processos deveriam ser remetidos à primeira instância. Freitas (2018) destaca violação ao princípio do Duplo Grau de jurisdição, em razão das ações se originarem indevidamente no STF, suprimindo, então, uma instância de julgamento.

Por conseguinte, com o deslinde do processo, houve o chamado “trânsito em julgado parcial” intitulado pelo STF. Denota-se, conforme Streck (2013) assim, que não há previsão legal para esse acontecimento, uma vez que essa peculiaridade até então não existia na doutrina, jurisprudência e demais fontes do direito. Assim, motivados por “decisionismo jurídico”, o conceito primário processual foi ignorado, qual seja, a inexistência de coisa julgada mediante pendência de recurso.

No ano de 2009, o STF consolidou um entendimento quanto ao Princípio da Presunção de Inocência. Desse modo, verificava-se posicionamentos diferentes acerca do tema, inclusive entre os ministros, o que se discutia se tal princípio assegurava a inocência do réu, inclusive, no segundo grau de jurisdição. Uma vez que, as vias recursais não são revestidas, em regra, pelo efeito suspensivo. De outro lado, havia também o entendimento da doutrina de que a presunção de inocência se estende até o trânsito em julgado da demanda, conforme Barroso (2011). Passível é a decisão oposta de violação das garantias fundamentais que sustentam o Estado Democrático de Direito, tal como o direito de defesa, conforme preceitua Grau (2009).

Desse modo, a fim de que se pacificasse essa celeuma, a qual chegou até os préstimos do STF, chegou-se ao consenso, por meio do Habeas Corpus nº 84.078, no qual o ex ministro Eros Grau, relator do presente, decidiu a não concessão da ordem ao Habeas Corpus em razão da mitigação das garantias fundamentais, fundamentando-se nos direitos adquiridos no Estado Democrático de Direito, bem como o direito de defesa e equilíbrio do *jus puniendi* estatal e da pretensão do acusado em elidir a punição, Garau (2015).

Anos posteriores, o Supremo implantou um novo entendimento sem precedentes e dubitável constitucionalmente. Insta salientar que o momento vivenciado no Brasil em que proliferou no âmago social o anseio por justiça foi de crise política. Desse modo, o maior motivo que nutriu a mudança do posicionamento há tanto tempo pacificado no Supremo é o de evitar a impunidade dos crimes políticos, conforme Rodrigues (2017).

O fato iniciou-se em março de 2011 sob a denúncia de roubo qualificado imputada a dois jovens (M.R.D. e A.S.L). A sentença foi prolatada em 2013 quando houve a condenação de ambos os réus. Um dos agentes teve a prisão decretada, contudo, o magistrado autorizou o recurso em liberdade. Assim, ambos apelaram ao Tribunal de Justiça de São Paulo. À apreciação a apelação é negada e, como um dos agentes já estava preso, assim continuou. Ademais, ao réu que estava em liberdade, teve decretada de ofício a sua prisão, sem qualquer fundamentação. Ao impetrar Habeas Corpus ao Superior Tribunal de Justiça foi indeferido. Com o indeferimento, impetrou-se HC ao Supremo Tribunal Federal, no qual o Ministro Teori Zavascki concedeu a liminar em favor dos réus que tinha, no momento da sentença, autorização para recorrer em liberdade. Contudo, para o outro paciente o caso continuou.

Levado ao Plenário, a decisão favorável ao paciente foi reformada e o mesmo voltou à reclusão. Por conseguinte, o relator Ministro Teori Zavascki, alegou ser passível de presunção de inocência apenas a decisão em sentença e sua confirmação em segunda instância. Desse modo, em razão de não haver reexame de fatos e provas, não há que se falar em violação à presunção de inocência ou a não culpabilidade, Brasil (2016).

Desse modo, para Streck (2013) em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha alterado seu entendimento, fazia-se necessário a demonstração das razões da nova aplicação jurisprudencial, podendo até mesmo ocorrer um *overruling*. Nestes termos. Neste sentido, para Streck, o STF no ato da decisão revirou radicalmente a jurisprudência e agiu de modo a sufragar a liberdade mediante decisão referente à prisão, ademais ausentando a plausibilidade de fundamentação, objetivando aclamar a vontade popular de outro caso concreto.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial aplicado às decisões do Supremo Tribunal Federal é efetivado sob a vigência do Estado Democrático de Direito. Desse modo, a Suprema Corte é condicionada ao *mister* de Guardiã da Constituição Federal e reflete tais efeitos representativamente no ordenamento jurídico pátrio.

Considerando a celeuma existente quanto à extensão das atribuições do judiciário, é possível se observar que o limítrofe a ser acompanhado é o da razoabilidade, harmonia, legalidade e imparcialidade mediante aplicação da Lei de modo responsável e coerente. Volta-se, para tanto, aos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, sem o atento a esses há violação às próprias garantias fundamentais que a Corte justifica efetivar.

A questão objeto desdobra-se em divergências doutrinárias válidas de se destacar, tal como a vertente que nega o ativismo judicial, de modo a defender a postura de autocontenção dos magistrados. Uma vez se proliferar pelo campo jurídico a insegurança e instabilidade do Direito. Por sua vez, encontra-se presente os defensores do protagonismo do STF, haja vista se pautar no entendimento de o ser o último recurso legal para atender às demandas sociais, dado, sobretudo, ao descrédito instaurado sobre os poderes eletivos.

Desse modo, denota-se o manuseio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, edição de Súmulas Vinculantes, dentre outras a fim de que se materialize as decisões ensejadoras de estudo. Assim, não obstante, a solução de casos concretos de forma justa, o risco que se tem corrido é o da insegurança jurídica e relativização da

equanimidade, refletidos no ordenamento jurídico, bem como na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88**. SCAFF, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ARAGÃO, Alexandre S. **Comentário ao art. 21 do PL 349/2015**. Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas. Flavio H. U. Pereira (coord.). Brasília, 2015.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2010.

AZEVEDO, Carlos Alexandre. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodvim, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais da construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das formas de governo**, 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470 Minas Gerais**. Plenário. Relator: Ministério Joaquim Barbosa. V. 54, p. 11616. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf. Acesso em: 11 mai. 2019.

CAMARGO, G. Z. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. **Revista. Ciências Jurídicas Sociais**. UNIPAR. 2016.

Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CJS-UNIPAR_v.19_n.02.07.pdf. Acesso em: 24 jan. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

CREMONEZI, Heloisa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) instrumentalizado pela súmula vinculante, pela ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e pelo silêncio. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, 2018.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CRUZ, Alcir M. e BORGES, Mauro. **O art. 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018>. Acesso em: 01 mar. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais/ Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, M. Sylvia Z. **Comentário ao art. 27 do PL 349/2017**. Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas. Flavio H. U. Pereira (coord.). Brasília, 2015.

FANTIN, Adriana Aghinone. **Súmulas da AGU Comentadas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei da Improbidade Administrativa. **Revista Consultor Jurídico**, 2018.

FREITAS, Vladimir Passos. Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao Direito brasileiro. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>. Acesso em: 24 jan. 2019.

GAGLIANO Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil. Vol I**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo. **Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil.** Revista Brasileira de Políticas Públicas. 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3108/pdf>. Acesso em: 01 dez. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Brasil. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 14 out. 2018.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Revista Âmbito Jurídico, 2018.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052. Acesso em: 02 nov. 2018.

IKAWA, Daniela R. Hart. **Dworkin e discricionariedade.** Lua Nova. 2004, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452004000100006>. Acesso em: 14 out. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF Pós 88.** CEBRAP, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002013000200006&lang=pt. Acesso em: 15 out. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal.** - 9. ed. rev. e atual. Pag. 563 - São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Controle da constitucionalidade das leis 2.** Direito constitucional 3. Remédios constitucionais. São Paulo, 2016.

MARTINS, Alexandre M. S. Os valores em Miguel Reale. **Revista de Informação Legislativa**, v. 45, n. 180, pp. 263-277, out./dez. 2008.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A súmula vinculante como fonte hermenêutica de direito**. Belo Horizonte: Interesse Público, 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/40288>. Acesso em: 04 dez. 2018.

MENEZES, Marilde Loiola. **Democracia de Assembleia e Democracia de Parlamento**: uma breve história das instituições democráticas. Sociologias. Porto Alegre, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222010000100003&lang=pt. Acesso em 16 out. 2018.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da lei anticorrupção**: reflexões e interpretações prospectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NASCIMENTO, José Moacyr Doretto. A boa-fé objetiva e o processo civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, 2011. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/20311>. Acesso em: 14 jan. 2019.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; CORDEIRO, Fabiana Aparecida Menegazzo; CREMONEZI, Heloisa. **O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) instrumentalizado pela súmula vinculante, pela ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e pelo silêncio**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, ago. 2018.

PALMA, Juliana B. **Comentário ao art. 23 do PL 349/2015 Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Flavio H. U. Pereira (coord.). Brasília, 2015.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional Sem Supremacia Judicial**. Lumens Juris Editora (2018). Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/colecao-ppgd-ufmg2018/Jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional%20sem%20Supremacia%20Judicial-Lucas%20Azevedo-EB.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

PEIXOTO, Leonardo S. D. Lei que alterou a LINDB e criou Balizas para a segurança jurídica de atos e decisões. **Revista Consultor Jurídico**, 2018.

PINHEIRO, Ivan Antônio. **Mandando Montesquieu às favas**: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. Rio de Janeiro: Rev. Adm. Pública, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600006&lang=pt. Acesso em: 17 out. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

RODRIGUES, S. **De onde veio a expressão 'crime do colarinho branco'?** Veja. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/de-onde-veio-a-expressao-8216-crime-do-colarinho-branco-8217/>. Acesso em: 18 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHETTINO, José Gomes Riberto. **Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual**. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado, 2008.

SILVA, Diogo Bacha. **Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica?** Senado. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p165.pdf. Acesso em: 18 de out. 2018.

SILVA, Marco Aurélio B. **Lei da empatia e impactos do PL 7448/2017 sobre controle da administração pública**. Disponível em: <https://www.info/oiñão-e-analise/artigos/lei-de-empatia-e-impactos-do-pl-7448/2018>. Acesso em: 16 jan. 2019.

SILVEIRA, Marilda de P. **Comentário do art. 22 do PL 349/2015. Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Flavio H. U. Pereira (coord.). Brasília, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**:

teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Editorial Forum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **A Incompatibilidade Paradigmática entre Positivismo e Neoconstitucionalismo.** In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. (Orgs.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STRECK, Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 4ª Edição. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, Lei de Introdução e Parte Geral.** Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial:** limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas:** direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial:** nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. São Paulo: Rev. Direito GV, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lang=pt. Acesso em: 20 out. 2018.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito:** uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2011.