



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO
ALTO VALE DO ITAJAÍ – UNIDAVI**

DANIELA ZANCANARO

ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL

Rio do Sul - SC

2022

DANIELA ZANCANARO

ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI

Orientador: Professor Doutor Pablo Franciano Steffen.

Rio do Sul - SC

2022

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

A monografia intitulada “**ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL**”, elaborada pela acadêmica DANIELA ZANCANARO, foi considerada

() APROVADA

() REPROVADA

por todos os membros da banca examinadora para a obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO, merecendo nota _____.

Rio do Sul, _____ de _____ 2022.

Profa. Vanessa Cristina Bauer
Coordenadora do Curso de Direito

Apresentação realizada na presença dos seguintes membros da banca:

Presidente: _____

Membro: _____

Membro: _____

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Rio do Sul, _____ de _____ 2022.

Daniela Zancanaro
Acadêmica

DEDICATÓRIA

Dedico essa obra a meu amado Édili, pela estrutura prestada, além de todo apoio nessa brilhante jornada acadêmica, minha fonte de inspiração, o qual compartilhamos momentos que serão eternizados em nossas memórias.

A meu querido pai José, que sempre me incentivou a superar as dificuldades do dia a dia e por sua compreensão entre os altos e baixos advindos do período vivido, ensinando valores que me impulsionaram ao caminho do sucesso.

A minha querida mãe Anair, por seu amor incondicional e por sempre estar ao meu lado em todos os momentos com a máxima dedicação e cuidado sempre almejando que tudo estivesse confortável para mim.

A minha irmã Denise, que sempre manteve um laço de fidelidade e carinho incondicionais, virtudes as quais sou admiradora assídua.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me guia sempre através das intuições no caminho do bem.

Ao meu dileto orientador, Professor Doutor Pablo Franciano Steffen, pela confiança e atenção prestadas durante essa pesquisa jurídica e por motivar meu desenvolvimento intelectual.

A minha Família, pela estrutura e apoio prestados nessa jornada acadêmica, em que juntos atravessamos firmes e fortes turbilhões de momentos.

A todos os Docentes que dedicaram tempo ministrando ensinamentos imprescindíveis para a carreira jurídica, profissionais exemplares, os quais eu tive a honra de compactuar conhecimentos.

A todos os colegas da Turma DID Matutino, por permanecermos juntos durante estes cinco anos da faculdade, pessoas estas que transpassaram o simples vínculo de colegas e tornaram-se meus verdadeiros amigos.

Em especial ainda, as minhas amigas de coração Luzia Losi e Paula Schmitz, as quais andamos sempre de mãos dadas.

“Uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior.”

Jeremy Bentham

“Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt.”

“A liberdade não encontra refúgio em uma jurisprudência de dúvida.”

Sandra Day O'Connor

Voto dos Juízes da Suprema Corte Americana:
Justice O'Connor, Kennedy e Souter em
Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

RESUMO

O presente trabalho está inserido na linha de pesquisa do Estudo Crítico do Direito, expressamente ao grupo do Direito Material, abrangendo neste, a área do Direito Constitucional e Penal. Seu objetivo principal visa analisar a Jurisdição Constitucional e Judiciária através da independência e harmonia dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, as quais trazem legitimidade como modo de limitação e controle do poder, além da garantia de efetividade dos direitos fundamentais dos indivíduos. O seu escopo científico é abordar os limites e a necessidade interpretativa de um julgamento protagonista frente a eventual norma constitucional questionando-se assim o Ativismo Judicial e a Politização do Direito Penal que o Judiciário deve obedecer para não afrontar a soberania dos outros Poderes da República. Para tanto, no primeiro capítulo será apresentado um histórico constitucional sobre a legitimidade e separação dos três poderes. No segundo capítulo será mostrado o protagonismo do judiciário frente aos tribunais e magistrados. No terceiro capítulo destaca-se a conduta punitiva através da política criminal e pontos relevantes para que se obtenha um sistema penal de precedentes normativos. No tocante à metodologia utilizou-se os parâmetros do Método de abordagem Indutiva, o Método de procedimento empregou-se o Monográfico, na Pesquisa utilizou-se da Técnica Indireta Documental e Bibliográfica.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Constituição Federal. Política Criminal. Separação de Poderes. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present work is inserted in the research line of the Critical Study of Law, expressly to the Material Law group, covering the area of Constitutional and Criminal Law. Its main objective is to analyze the Constitutional and Judiciary Jurisdiction through the independence and harmony of the three powers, Legislative, Executive and Judiciary, which bring legitimacy as a way of limiting and controlling power, in addition to guaranteeing the effectiveness of the fundamental rights of individuals. Its scientific scope is to approach the limits and the interpretative need of a protagonist judgment in face of the eventual constitutional norm, thus questioning the Judicial Activism and the Politicization of Criminal Law that the Judiciary must obey, in order not to affront the sovereignty of the other Powers of the Republic. In order to do so, in the first chapter a constitutional history on the legitimacy and separation of the three powers will be presented. In the second chapter, the role of the judiciary in front of the courts and magistrates will be shown. The third chapter highlights the punitive conduct through criminal policy and relevant points to obtain a penal system of normative precedents. Regarding the methodology the parameters of the Inductive approach method were used, the procedure method was used the Monographic, in the Research, the Indirect Documentary and Bibliographic Technique was used.

Keywords: Judicial Activism. Federal Constitution. Criminal Policy. Separation of Powers. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. CAPÍTULO 1 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	14
2.1 Separações de Poderes.....	18
2.2 Legitimidade Jurisdicional.....	21
2.3 O caráter Antidemocrático do Neoconstitucionalismo.....	25
2.4 A Constitucionalização do Direito Infraconstitucional.....	29
3. CAPÍTULO 2 - ATIVISMO JUDICIAL: O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO..	33
3.1 Ativismo como reação à Inércia do Órgão Estatal.....	38
3.2 As implicações do Ativismo Judicial	42
3.3 O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal	46
3.3.1 O Ativismo Judicial dos Magistrados.....	50
4. CAPÍTULO 3 - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL.....	54
4.1 Duplo Grau de Jurisdição: Conduta Punitiva frente ao STF.....	62
4.2 Ativismo Judicial no Julgamento de <i>Habeas Corpus</i>	65
4.3 Presunção de Inocência.....	69
4.4 Por um Sistema Penal de Precedentes.....	74
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS.....	82

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, o meio Jurídico Brasileiro tem testemunhado decisões proferidas em todas as instâncias que destoam de mandamentos legais expressos, inclusive constitucionais, denotando uma evidente usurpação de função por parte do Poder Judiciário, o qual passa assim a criar um direito novo, trazendo instabilidade ao ordenamento jurídico como um todo. Tal circunstância repercute no desenvolvimento nacional, tendo em vista que a credibilidade e estabilidade das instituições de um país é um elemento essencial para tanto.

A Carta Magna de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, a função precípua de guardião da Constituição; como consequência, compete-lhe exercer em última instância o controle difuso de constitucionalidade e em caráter exclusivo o controle concentrado de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, tais fatores certamente ofereceram maior liberdade para a Suprema Corte interpretar as leis e agir nos vazios jurídicos.

Entretanto, ao Poder Legislativo cabe a competência de legislar, porém nem sempre essa função é desempenhada correspondendo aos anseios da coletividade, valendo-se de sua discricionariedade legislativa, o legislador ora deixa de editar as normas necessárias à concretização dos preceitos fundamentais contidos na Carta Magna, ora cria normas em desconformidade com o texto constitucional, que posteriormente serão declaradas inconstitucionais.

Na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, é possível verificar em alguns julgamentos que a Corte Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade acaba por interferir no campo de atuação do Poder Legislativo, conferindo caráter normativo às suas decisões, criando direitos, extrapolando sua competência e por fim, gerando ênfase ao protagonismo. Esse fenômeno denominado Ativismo Judicial, é impulsionado por diversos fatores entre eles a ineficiência do Poder Legislativo conforme citado no parágrafo anterior. A prática do Ativismo é vista com certa preocupação pela sociedade como uma possível ameaça à democracia, especialmente quando confrontado com o princípio da separação dos poderes, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, busca-se justificar o Ativismo Judicial como importante para a tutela do direito das minorias, porém é necessário estar sempre sujeito aos limites impostos pelo texto normativo da Constituição Federal.

Neste ponto, importante é a discussão acerca da neutralidade política, ante o princípio da imparcialidade do juiz, ao qual a política por si só implica em parcialidade, ocasionando aos juízes julgarem pressionados pela imprensa e pela opinião pública, em que pese, devam ser sensíveis aos anseios do povo.

À vista disso, o presente trabalho tem como propósito inicialmente fazer uma análise sobre a situação fático-jurídica brasileira interligada a legitimidade jurisdicional, ao neoconstitucionalismo, além ainda dos direitos infraconstitucionais no sentido de deslindar se o aludido Ativismo surge no cenário contemporâneo como uma consequência das anomias legislativas e governamentais que se verificam. Assim sendo, o objetivo geral pretendido por meio desta pesquisa consiste em estudar e explanar os conceitos jurídico-sociológicos de forma a relacionar a omissão do Poder Legislativo ao fenômeno do Ativismo Judicial no contexto político e social brasileiro levando em consideração princípios constitucionais fundamentais, investigar qual o limite de atuação do Poder Judiciário frente a conduta punitiva, para não afrontar a soberania dos outros Poderes da República. Outrossim, foram determinados os seguintes objetivos específicos: analisar o que é o Ativismo Judicial, discutir a Judicialização e investigar o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política Criminal.

Para tanto, diante desses objetivos optou-se por dividir o estudo que se expõe em três capítulos. Num primeiro momento fez-se a anunciada recapitulação do contexto constitucional em análise a jurisdição a fim de extrair os limites de competências e atribuições típicas de cada Poder e fazer uso da acepção garantista culminada com o texto constitucional para definir a existência da legitimidade num Estado Democrático de Direito Brasileiro com a finalidade de, concomitantemente, identificar a sistemática necessária para fazer cessar as multicitadas divergências observadas entre eles e os tribunais superiores.

No segundo capítulo, foi realizada análise crítica das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional com a exposição de casos concretos diante da constatação de que há um ativismo judicial instalado perante a Constituição Federal vigente, infringindo alguns artigos normativos constitucionais. Procura-se ainda compreender o motivo de questões eminentemente políticas estarem sendo objeto de julgamento pela Suprema Corte do Brasil deixando esta, de ter uma atuação discreta e transformando-se na principal arena decisória do país em que o cenário atual aponta para a necessidade de se examinar a relação de forças entre os poderes para verificar se estamos enfrentando uma situação de desarmonia

ou se o cenário atual retrata apenas a dinâmica normal do sistema de freios e contrapesos e a simples evolução democrática de uma sociedade especialmente plural. Com uma atividade crescente, nessas pouco mais de duas décadas o STF passou a ser provocado a manifestar-se sobre os mais diversos temas extrapolando, muitas das vezes, o próprio domínio do Direito. Por conta disso, passou a exercer um papel de suma importância na efetivação das disposições constitucionais, nutrindo o ideário de justiça da sociedade.

Problema inerente ao Direito em geral não deixou de ter reflexos no específico ramo do Direito Penal, tema este abrangido no objeto de estudo do terceiro e último capítulo, ao qual foi abordado a Política Criminal e a conduta punitiva nas decisões liminares e de mérito no julgamento dos processos que fixaram a tese do STF sobre a possibilidade de execução da pena após a decisão de segundo grau, repercutindo no ativismo perante a atual regra do CPP. Eis aqui o surgimento do Pacote anticrime justificado na necessidade de acabar com a impunidade cujos reflexos desta recente legislação no que se refere à violação do duplo grau de jurisdição e à presunção de inocência, têm a previsão de antecipação de pena antes do trânsito em julgado mesmo sendo incompatível com a ordem constitucional (incisos LVII e LIV do art. 5º) e conflitante com a normativa do próprio CPP (art. 283).

Este trabalho de pesquisa foi realizado pelo método indutivo, utilizando-se das fontes bibliográfica e documental, objetivando a análise do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal com o intuito de verificar as possibilidades e os limites de sua prática, frente a inércia do poder legislativo.

ZANCANARO, Daniela. **ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL**. Ano 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI. Rio do Sul - SC.

STEFFEN, Pablo Franciano. Advogado. Professor e Mestre do curso de Direito na UNIDAVI. Doutor em Ciência Jurídica na UNIVALI.

2. CAPÍTULO 1 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Jurisdição Constitucional é um mecanismo de suma importância para manter a coerência normativa de um sistema jurídico em relação à Constituição.¹ Possui o significado de outorga de poderes à órgão jurisdicional para verificar a conformação das leis e demais atos ao texto constitucional, objetivando a garantia jurisdicional da Constituição. Também, sob a ótica de Hans Kelsen, “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais.”²

Em sua versão contemporânea, a jurisdição constitucional qual a entendemos, está ligado à necessidade de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser sobretudo moderadora de tais conflitos.³

Tanto nos Estados Unidos como no Brasil, o federalismo foi o berço do controle concentrado de constitucionalidade. “O pluralismo de Estados congregados em aliança ou comunhão política, em que se requer a garantia e a inviolabilidade no respeito às relações mútuas dos entes associados, constitui, em sua dimensão histórica, o ponto de partida de toda a judicialização do controle de constitucionalidade.”⁴

A cronologia do controle constitucional no Brasil iniciou-se com a crise da Monarquia durante o sistema republicano em 1889, em que, com a proclamação da república fazia-se necessário um novo ordenamento constitucional com instrumentos que garantissem essa nova ordem contra eventuais maiorias legislativas que fossem contrárias àquele sistema. Para proteção ao federalismo de suposta crise, até mesmo alguns defensores da descentralização do poder concordaram com a implantação do controle judicial de constitucionalidade com inspiração advinda do sistema norte-americano.⁵

¹ STEFFEN, Pablo Franciano. **Os limites do julgamento nos Tribunais administrativos tributários frente a uma norma Inconstitucional: Uma nova perspectiva a partir do entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o Garantismo Constitucionalista**. Março 2019. p. 35.

² KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 123-124.

³ ZAGREVBELSKY Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, 1988. p. 58.

⁴ BONADIVES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)** Disponível em <https://www.scielo.br/j/ea/a/fjv37CkWWvGcKpDfM6cwmp/?lang=pt>, acesso em 12 de agosto de 2021. p. 4.

⁵ LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil: Uma história em construção**. 2021. p. 1.

Tal inspiração ao sistema ficou evidente na história e confessada por Rui Barbosa⁶: “Os autores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar [...] eram discípulos de *Madison e Hamilton*”, que conheceremos mais adiante.

Rui Barbosa, um dos responsáveis pela importação do controle de constitucionalidade, destacou este avanço dizendo: O que sob a Constituição de 1891 lucrou em poder da Justiça não foi a atribuição de verificar a constitucionalidade nos atos do Poder Executivo, mas sim a de pronunciar a inconstitucionalidade nos atos do Congresso Nacional.

Por sua vez, a Revolução Estadunidense consolidou o constitucionalismo moderno com um aprimoramento das funções de cada poder, uma vez que, configurando uma Federação com a criação dos Estados membros, descentralizaram as funções e desconcentraram os poderes. “Os americanos criaram uma República Presidencialista que pugnava por um governo com mandato temporário e com uma precisa separação das funções.”⁷

Respaldada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa também foi muito importante neste processo de desenvolvimento, além de retomar a noção de separação dos poderes e de legalidade, inovou tornando os direitos e garantias fundamentais, em universais.

Luís Roberto Barroso⁸, preceitua que o sucesso dessa via de institucionalização do poder está amparado em três fundamentos:

“(i) legitimidade — soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) limitação do poder — repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) valores — incorporação a Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.”

Ademais, o controle judicial de constitucionalidade das leis nasceu na doutrina de Hamilton, no fim do Século XVIII e em alguns casos isolados nos tribunais estaduais.

Entretanto, se estabeleceu de vez a partir do caso *Marbury vs Madison* que não se refere tão somente à questão de direitos fundamentais, vai além disto, trata-se de

⁶ BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 3ª ed. – Campinas: Russel Editores, 2010.

⁷ HANONES, Renata Fernandes. **Ativismo Judicial**. Brasília, DF, 2012, p. 9.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: Ano I, Vol. I, nº 6, set. 2001, p. 7.

uma forma de tornar efetiva a Constituição. Uma premissa básica da teoria do direito constitucional que revela a importância do papel dos juízes na aplicação da lei, em relação à Constituição⁹. Estava definitivamente implantado nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade das leis.

O caso foi assim: Estados Unidos da América. 1800. Thomas Jefferson foi eleito o segundo presidente dos Estados Unidos, representando o Partido Democrata-Republicano. No início do ano de 1801, fez aprovar leis que estabeleciam novas diretrizes estruturais para o Poder Judiciário que, inclusive, autorizavam o presidente a nomear juízes de paz. Deste modo, John Adams, primeiro presidente americano pelo partido Federalista¹⁰ indicou quarenta e dois juízes de paz e designou que John Marshall, seu então secretário de Estado, nomeasse os novos juízes. Todavia, alguns juízes não receberam os atos de investidura.

Ao tomar posse, Thomas Jefferson tendo como seu secretário de Estado James Madison, orientando para que o mesmo não entregassem à aqueles juízes os atos de investidura. Entre aqueles juízes de paz nomeados mas não empossados, estava William Marbury.

Todavia, o Congresso já tomado por maioria de representantes republicanos decide revogar a lei de organização judiciária, tal revogação culminou na extinção dos cargos que haviam sido criados e conseqüentemente, destituindo seus ocupantes.

O presidente da Suprema Corte, John Marshall, encontrava-se diante de um dilema para solucionar o caso com duas opções. Primeiro, negar a petição da nomeação de juiz à Marbury. Segundo, ordenar ao secretário de Estado Madison a expedir o documento da nomeação de Marbury.¹¹

Diante de um jogo de perguntas e respostas que o levariam à sentença, Marshall começou questionando se Marbury teria direito à nomeação, seguiu a

⁹ STEFFEN, Pablo Franciano. **Os limites do julgamento nos Tribunais administrativos tributários frente a uma norma Inconstitucional: Uma nova perspectiva a partir do entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o Garantismo Constitucionalista**. Março 2019. p 66.

¹⁰ Em síntese, é importante mencionar que os primeiros partidos políticos nos Estados Unidos foram os contrapostos Federalista e Democrata-Republicano. O primeiro, capitaneado por John Adams e Alexander Hamilton fazia a defesa de um Estado federal forte, uma Constituição não muito rígida e a uma economia liberal. Em contrapartida, os republicanos, liderados por Thomas Jefferson e James Madison, considerados como antifederalistas, defendiam a manutenção da economia agrária, favoráveis à maior autonomia dos Estados, além de privilegiar a questão dos direitos dos cidadãos.

¹¹ STEFFEN, Pablo Franciano. **Os limites do julgamento nos Tribunais administrativos tributários frente a uma norma Inconstitucional: Uma nova perspectiva a partir do entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o Garantismo Constitucionalista**. Março 2019. p. 68.

fundamentação assegurando que “sempre deveria existir um remédio para um direito violado em um sistema de leis e não de homens.”¹² Nesta linha, para o Juiz Marshall a autoridade outorgada à Suprema Corte pela referida lei de organização judicial, não encontrava respaldo na Constituição.

Para fundamentar sua decisão baseou-se nos escritos de Alexander Hamilton em O Federalista, que assegurava que a função dos juízes seria a de interpretar as leis a fim de aplicá-las corretamente assentindo que deveria prevalecer a letra da Constituição quando os juízes no ato decisório, estivessem diante de um conflito entre lei ordinária e a Constituição.¹³

Tal decisão teve por objetivo estabelecer uma convivência equilibrada entre Governo e o Poder Judicial e evitar conflitos políticos. O próprio Brasil atualmente configura-se como instrumento de limitação de poder que endossa a força normativa da Constituição adotando esta sistemática.

Embora o constitucionalismo esteja presente em todas as esferas de Poder, se mostra fundamental na jurisdição constitucional e, que no Brasil pode ser exercida de duas formas: Controle difuso (realizado por juízes e tribunais) e Controle concentrado (feito diretamente pelo Supremo Tribunal Federal). Este exercício envolve o emprego de diferentes técnicas e possibilidades de interpretação como o reconhecimento e a revogação de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; a declaração de inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais posteriores à Constituição; a declaração da inconstitucionalidade por omissão, a interpretação das normas conforme os valores e fins constitucionais, dentre outras.¹⁴

Portanto, todo esse processo de mudança que o direito constitucional e o Estado como um todo vêm sofrendo ao longo das últimas décadas compreendendo os marcos históricos, filosóficos e teóricos, resultou num fenômeno de Constitucionalização do Direito.¹⁵

¹² STEFFEN, Pablo Franciano. **Os limites do julgamento nos Tribunais administrativos tributários frente a uma norma Inconstitucional: Uma nova perspectiva a partir do entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o Garantismo Constitucionalista**. Março 2019. p. 69.

¹³ STEFFEN, Pablo Franciano. **Os limites do julgamento nos Tribunais administrativos tributários frente a uma norma Inconstitucional: Uma nova perspectiva a partir do entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o Garantismo Constitucionalista**. Março 2019. p. 70.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 7.

¹⁵ MOTHÉ, Thiago Viana. **O neoconstitucionalismo, a judicialização da política e o Brasil**. Niterói 2014. p. 28.

2.1 Separação de Poderes

Com o objetivo principal de garantir a liberdade dos indivíduos surge então, a teoria da separação de poderes. No século XVII a obra de John Locke classifica as funções do Parlamento.¹⁶ A função executiva exercida pelo rei dividia-se em federativa e prerrogativa, sendo a primeira correspondente às questões referentes às relações exteriores do Estado e a segunda consistente no poder discricionário do governante de executar o bem público, sem se subordinar a regras.¹⁷

A tripartição do poder surgiu através da ideia do pensador Aristóteles¹⁸ que defendeu a divisão das funções entre os entes deliberativos e ressalta que “quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem” e elenca as diferenças entre eles, “O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.”

É com Montesquieu no século XVIII que aparece então aprimorada a Teoria da Separação de Poderes, conforme hoje é conhecida. Montesquieu aponta a separação de poderes como essencial à liberdade dos indivíduos, destacando-se a necessidade de que os três poderes atuem de forma independente. É o que se depreende de suas afirmações:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.¹⁹

No Brasil, segundo afirma Maluf o sistema constitucional sempre observou a divisão tríplice do poder desde a Constituição Imperial de 1824 que, em seu artigo

¹⁶ MORI, Maria Cristina Lima. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo judicial: Limites e Possibilidades**. Marília, 2012. p. 42 a 45.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216

¹⁸ ARISTÓTELES. **A Política**. Ano 2000. p. 127.

¹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 167.

9º declarava que “a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos do cidadão e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece.”²⁰

A atual Constituição Federal²¹ promulgada em 1988, em seu artigo 2º estabelece que: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Mais adiante, no artigo 60, § 4º, inciso III, verifica-se que a Carta Magna²² elevou a separação de poderes à categoria de cláusula pétrea, criando fortes limites materiais ao poder de reforma constitucional:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
III - a Separação dos Poderes.

O poder Legislativo é atribuído à União através do Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal pelo conceito bicameral, ao qual a Câmara dos Deputados é responsável por se atribuir da competência de projetos que sejam ligados às demandas que são discutidas na sociedade, assim como o Senado Federal é responsável pelos projetos que envolvem os interesses econômicos e jurídicos dos Estados Membros frente à União, conforme preceituam os artigos 44, 45 e 46 da Constituição Federal:²³

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos

²⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 211.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 2º.

²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 60.

²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 44 a 46.

Ministros de Estado, ao passo que o Judiciário é composto pelos órgãos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Conselho Nacional de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais, do Trabalho, Eleitorais e Militares, Juízes Federais, do Trabalho, Eleitorais e Militares e por fim, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.²⁴

Com o objetivo de justificar a importância da Separação de Poderes, criou-se a teoria do sistema de freios e contrapesos. Tem-se então nesse sistema os atos gerais ou abstratos de legislar exercidos pelo poder Legislativo, os atos especiais ou concretos de executar exercidos pelo poder Executivo com a discricionariedade entretanto, limitada pelo Legislativo e atuando como órgão fiscalizador ao excesso de autoridade e o por fim, o poder Judiciário que julgará de forma a manter cada órgão nos limites de sua capacidade atribuída e esfera de competência.²⁵

Importante salientar que como o poder do Estado é indivisível, a teoria da separação dos poderes não implica na existência de vários poderes, somente na distinção de órgãos que desempenham diferentes funções.²⁶

Todavia, tem-se o fenômeno chamado de Ativismo Judicial, quando o poder Judiciário adentra na competência ou jurisdição dos demais poderes assumindo responsabilidades diversas.

Nesse passo, o Executivo por exemplo, pode exercer a função atípica de legislar ao editar uma medida provisória conforme autoriza a Constituição. Da mesma forma, pode exercer função atípica de julgar ao apreciar recursos administrativos. O Legislativo, através do Senado, também pode exercer função atípica jurisdicional uma vez que autorizado pela Carta Magna, por exemplo, julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. O Judiciário e o Legislativo atuam atipicamente exercendo função executiva quando organizam seus serviços, concedem férias aos seus servidores e executam outras atividades afins.²⁷

Segundo Leal, o enfraquecimento dos Poderes Executivo e Legislativo, atores centrais do processo democrático e da representatividade popular, é consequência da

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 76-92.

²⁵ MORI, Maria Cristina Lima. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo judicial: Limites e Possibilidades**, Marília, 2012. p. 44.

²⁶ MORI, Maria Cristina Lima. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo judicial: Limites e Possibilidades**, Marília, 2012. p. 45.

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 339.

crise de legitimidade que atravessa motivada principalmente pelo populismo demagógico dos governantes e pelo desgaste enfrentado pelos parlamentares, alvos frequentes de denúncias, acusações e consequentemente, da rejeição popular. Para suprir as lacunas deixadas por esses Poderes, a atuação do Poder Judiciário notadamente do Tribunal Constitucional é fundamental para fazer valer a Constituição e suas garantias.²⁸

Leal, por sua vez, entende que o Supremo Tribunal Federal ao interpretar a Constituição não ofende o princípio da tripartição de poderes. Para ele, o uso de certa medida de criação pelo Supremo Tribunal Federal não extravasa suas competências, mas pelo contrário, consiste no estrito cumprimento de sua função institucional e primordial, qual seja, a guarda da Constituição.

Portanto, cabe aos órgãos estatais pautarem suas ações por esse princípio limitando-se a realizar suas funções típicas, ressalvadas as hipóteses em que a própria Constituição autoriza o exercício de funções atípicas.²⁹

O Poder Judiciário, responsável pela função do controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos, uma vez que é essencial para conter eventuais abusos do Legislativo e do Executivo. Porém, não deve o Judiciário valer-se dessa função para usurpar as competências atribuídas aos outros Poderes, sob pena de colocar em risco a sobrevivência do sistema democrático.

2.2 Legitimidade Jurisdicional

As modificações na estrutura das sociedades pós-modernas exigiram a reformulação dos conceitos sociais, políticos e jurídicos das instituições existentes na sociedade, em especial do Estado.³⁰ Neste sentido, a legitimidade de uma ação ou de um processo se dá quando esta, está de acordo com as normas pré-estabelecidas pela jurisdição.

²⁸ LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?:** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.135-137.

²⁹ MORI, Maria Cristina Lima. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo judicial: Limites e Possibilidades**, Marília, 2012. p. 47.

³⁰ CARVALHO, Francisco Bertino de. **A legitimidade da jurisdição: possibilidades do pensamento de Jürgen Habermas**. p. 1, 15

A jurisdição concebida originalmente na visão de Montesquieu como uma atividade técnica de revelação de significados da legislação, não pode mais ser compreendida nesta restrita dimensão. A importância do Direito na construção das relações sociais, assim como da jurisdição na efetividade do Direito, especialmente por força da necessidade de superação efetiva do paradigma do positivismo, implica na busca de critérios de legitimação da atividade jurisdicional encontrada nas sociedades pós-modernas.³¹

Para o jurista filósofo Jürgen Habermas essa legitimação adviria do processo democrático de formação da vontade política que se atingiria assegurando-se um caráter discursivo ao procedimento, por meio do qual lhe confere racionalidade. Nem a solução positivista, nem a jusnaturalista acertam em propor um antecedente hierárquico ao Direito pois crê em uma legitimidade que é extraída do próprio processo de construção do Direito.

Para o filósofo alemão o Direito "reclama não apenas aceitação; ele demanda dos seus endereçados não apenas um reconhecimento fático, mas antes reivindica 'merecer' o reconhecimento."³² Habermas ratifica que através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o Direito adquire uma relação com a moral. A tensão entre a positividade do direito e sua pretensão de legitimidade está latente no próprio Direito.³³

No pensamento de Kant a legitimidade está no seio da sociedade, não na estrutura de poder, na prática da liberdade e nem na obrigação. A liberdade é segundo Kant, o supremo direito humano, fundador de todos os outros. Existe somente um direito inato que precede toda a legislação positiva e que serve de critério de legitimidade: a liberdade compatibilizada com a liberdade dos outros. Kant escreve: A liberdade, na medida em que pode coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que corresponde a todo homem em virtude de sua humanidade.³⁴

Todavia, no Brasil, com a Emenda Constitucional nº 3 de 1992, criaram-se dois novos instrumentos de controle tidos por abusivos por alguns, que é a chamada ação

³¹ CARVALHO, Francisco Bertino de. **A legitimidade da jurisdição: possibilidades do pensamento de Jürgen Habermas**. p. 1-15.

³² HABERMAS, J. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: _____. *A constelação pós-nacional* Tradução de Marcio S. Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 144.

³³ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. 1). p. 141.

³⁴ KANT, I. **A metafísica dos costumes** Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 83.

direta de constitucionalidade. O outro é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ambos acusados de emprestarem um caráter autocrático ao sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade.³⁵

Toda a legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica. No entanto, até parece um paradoxo justamente por assentar sobre bases políticas, faz ela a estabilidade do poder e por consequência sua solidez e seu reconhecimento social.

O controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo é de todo admissível e legítimo, mas desde que contido nas raias da Constituição, cujos limites não lhe é lícito ultrapassar em se tratando porém de controle feito para salvaguarda dos Direitos Fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, como consciência da Constituição.

A legitimidade da justiça constitucional repousa na acuidade do juiz em orientar-se nas suas sentenças e diligências hermenêuticas pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição. Na falta desta adesão, exaure-se a fonte dos elementos morais, éticos, cívicos e patrióticos do dever de fidelidade que garante a causa pública e a ordem constitucional e traça-lhe a linha de continuidade e estabilidade. A partir porém do advento das novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, tem-se manifestado em todo o universo da jurisdição constitucional, tendência à politização do controle com risco de severos danos à inviolabilidade do princípio da divisão de poderes afetado em suas bases materiais de legitimação.³⁶

No que tange ao princípio democrático, também não haveria qualquer incompatibilidade entre a jurisdição constitucional e o princípio da separação dos poderes, pois o juiz constitucional atuaria de forma neutra, sobrepondo a vontade do legislador constituinte à vontade do legislador ordinário. Neste ponto, prevalece a ideia de que a vontade da maioria constituinte incorporada à Lei Fundamental, deve prevalecer em relação à vontade da maioria governante de cada momento.³⁷

³⁵ BONADIVES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)** Disponível em <https://www.scielo.br/j/ea/a/fjv37CkWWvGcKpDfM6cwmp/?lang=pt>, acesso em 12 de agosto de 2021. p. 4-5.

³⁶ BONADIVES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)** Disponível em <https://www.scielo.br/j/ea/a/fjv37CkWWvGcKpDfM6cwmp/?lang=pt>, acesso em 12 de agosto de 2021. p. 8.

³⁷ MOTHÉ, Thiago Viana. **O neoconstitucionalismo, a judicialização da política e o Brasil**. Niterói 2014. p. 28.

Em suma, os mitos da neutralidade do juiz e do formalismo hermenêutico, características básicas do positivismo, superariam a alegação de uma suposta ilegitimidade democrática da justiça constitucional.

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do Direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda, repercute também nas relações entre particulares.³⁸

No Brasil, o Poder Executivo busca fazer o controle da constitucionalidade cada vez mais no interesse do grupo governante. Disso resultam as Medidas Provisórias que com frequência ferem princípios constitucionais da essência do sistema. Com efeito, a independência e a credibilidade no Brasil passou a ser alvo de reparo em dois pontos cruciais: a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça, que por mandamento constitucional exerce o papel de guarda da Constituição e logo, transformá-la em Tribunal Constitucional e a indicação e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República.³⁹

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização impõe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública impõe deveres de atuação, fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta). Por fim, para a população em geral estabelece limitações à sua autonomia da vontade em domínios como a liberdade de

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. 2017. p. 16. Disponível em https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf, acesso em 16 de agosto de 2021.

³⁹ BONADIVES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)** Disponível em <https://www.scielo.br/j/ea/a/fjv37CkWWvGckpDfM6cwmp/?lang=pt>, acesso em 12 de agosto de 2021. p. 9.

contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.⁴⁰

O Tribunal Constitucional mostra-se então fiador do Estado de Direito. Se decide bem, garante os direitos fundamentais, se decide mal, dá um passo para a ditadura dos juízes. A pior das ditaduras é a tirania judicial personificada no governo da toga, nos magistrados da lei.

O inimigo da Constituição é um Tribunal carente de independência, politizado ao excesso pelo Executivo, fragilizado pelo desrespeito à sua função, debilitado pelas omissões no controle jurisdicional de constitucionalidade; é também a espessa muralha e o grande obstáculo que no caso do Brasil se levanta em nosso ordenamento da democracia participativa direta, legislada pelo constituinte de 1988 no artigo 1º, combinado com o artigo 14 da Constituição Federal vigente.⁴¹

Ademais, portanto, quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional, mais elevado há de ser o seu grau de sua legitimidade, ao passo que se não houver Constituição legítima, tampouco haverá legitimidade jurisdicional.

2.3 O caráter Antidemocrático do Neoconstitucionalismo

Com a ideia de Estado Democrático de Direito advindo de uma atual maneira de pensar no movimento constitucionalista, o Neoconstitucionalismo surgiu para compreender a ação dos juízes como garantistas na Constituição, qual seja, ser protegido pelos juízes que tentam se libertar das rédeas que lhes impusera uma leitura positivista restrita, dominante por muito tempo no Brasil⁴², tendo como marco filosófico o pós positivismo.

Ante a decadência do modelo positivista e em substituição ao desprestigiado Estado Legalista tem-se o Estado Constitucional de Direito. Ademais, Canotilho⁴³

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. 2017. p. 17.

⁴¹ BONADIVES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)** Disponível em <https://www.scielo.br/j/ea/a/fjv37CkWWvGcKpDfM6cwmp/?lang=pt>, acesso em 12 de agosto de 2021. p. 14.

⁴² PINZANI, Alessandro. **Frankenstein e a vanguarda moral: Do império do direito ao domínio do judiciário**. p. 12, 14, 16, 17.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 92.

assevera que: “para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático”.

Haja vista, sobretudo, a separação entre Direito e moral; o ordenamento era considerado livre de lacunas, “a lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses.”⁴⁴

Cabe lembrar, que os países nos quais estão previstos o controle constitucional garantista através de um órgão judiciário são geralmente países saídos de uma experiência totalitária ou ditatorial, como Itália, Alemanha ou Brasil. Sua introdução no texto constitucional, contudo, foi pensada para a defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos contra os possíveis excessos de poder do Estado, ou seja, como uma tarefa “passiva” de proteção, mas não como uma tarefa “ativa” de definição e implementação de novos direitos ou de ampliação dos existentes.

Um ponto essencial do neoconstitucionalismo é o do caráter transformador do direito, o qual, visa chegar a uma “Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, senão aos juízes.”⁴⁵

O neoconstitucionalismo é assim “uma teoria do Direito com a pretensão de corrigir o que racionalmente pode ser aperfeiçoado, objetivando atingir as metas que estão explicitamente declaradas no texto constitucional, como acontece no caso da Constituição de 1988 que no preâmbulo e em alguns artigos, afirma almejar a criação de uma sociedade mais justa. Outrossim, também pode-se dizer que o Direito na lógica neoconstitucionalista deve ser entendido em sentido amplo, isto é, incluindo princípios morais presumidamente objetivos, para cada conflito existe uma só resolução que deve ser encontrada diretamente no texto constitucional ou ponderando princípios”.⁴⁶

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. BDJur, Brasília, DF, mar. 2006. Disponível em: . Acesso em 16 de agosto de 2021. p. 12.

⁴⁵ PRIETO SANCHÍS, L. 2003. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, M. (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 123-158. p. 15

⁴⁶ PINZANI, Alessandro. **Frankenstein e a vanguarda moral: Do império do direito ao domínio do judiciário**. p. 12, 14, 16, 17.

Ademais, a partir do segundo pós-guerra houve o surgimento de muitas teorias que proclamam a superação do positivismo jurídico como referência a um modelo que não mais professa a fundamentação, aplicação e interpretação do Direito nos moldes das correntes positivistas que marcaram o século XX, por defenderem a reaproximação do Direito e da moral, a partir do momento em que se incorporou nas Constituições, conteúdos principiológicos que dizem respeito aos direitos humanos.⁴⁷

Veja-se que o constitucionalismo pode ser compreendido em duas dimensões, qual seja, como um constitucionalismo político que diz respeito às Revoluções Burguesas que se empenharam em romper com regimes políticos autoritários, propondo a instituição de Constituições voltadas para a limitação do poder. De outro modo, há o constitucionalismo jurídico que designa o sistema jurídico, com o surgimento de Constituições rígidas e a instituição do controle de constitucionalidade.⁴⁸

Além disso, em sentido oposto às teses neoconstitucionalistas, o Constitucionalismo Garantista defende a radical separação entre Direito e moral, com o objetivo de impor um “limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral.”⁴⁹

Se a regulamentação da Constituição quando não for explícita depende da interpretação do texto constitucional e da ponderação entre valores não explícitos por parte dos juízes, então, conclui Garcia Amado (*apud* BERNAL): “não sobrarão espaço para uma sociedade que exerça a política e todos passaremos a ser súditos do supremo órgão político e não democrático, a saber, do judiciário.”⁵⁰

O caráter político do neoconstitucionalismo se manifesta particularmente na primazia atribuída ao método da ponderação como instrumento de resolução dos conflitos jurídicos⁵¹. A ponderação, às vezes, acaba dando “aparência de legitimidade

⁴⁷ STEFFEN, Pablo Franciano. **Os limites do julgamento nos Tribunais administrativos tributários frente a uma norma inconstitucional: Uma nova perspectiva a partir do entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o Garantismo Constitucionalista**. Março 2019. p. 94.

⁴⁸ STEFFEN, Pablo Franciano. **Os limites do julgamento nos Tribunais administrativos tributários frente a uma norma inconstitucional: Uma nova perspectiva a partir do entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o Garantismo Constitucionalista**. Março 2019. p. 95.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. in **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. 2012, p. 26.

⁵⁰ BERNAL PULIDO, C. 2007. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M. (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 289-325. p. 296.

⁵¹ PINZANI, Alessandro. **Frankenstein e a vanguarda moral: Do império do direito ao domínio do judiciário**. p. 12, 14, 16, 17.

a um ativismo judicial” que viola “as competências do legislador e da jurisdição ordinária e que é incompatível com a democracia e o Estado de Direito.”⁵²

Segundo o constitucionalista Luís Roberto Barroso:

A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias identificadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer as categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se a reaproximação entre o Direito e a Ética.⁵³

No entanto, a atividade judicante apresenta margem para a discricionariedade, determinando um rompimento da postura positivista arraigada no Poder Judiciário⁵⁴ e designando uma postura proativa do magistrado na interpretação da norma, determinando novos sentidos e alcance e possibilitando, em consequência, que o juiz participe do processo de criação da norma jurídica.⁵⁵

A expressão “neo” vem de novo, com a finalidade de motivar um constitucionalismo que tem maior preocupação com os princípios, em detrimento das regras e do caráter formalista, nesse sentido orienta Lênio Luiz Streck.⁵⁶

Isto é o neoconstitucionalismo: uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro.

Passou-se do constitucionalismo liberal, movimento em que as constituições tinham baixo valor axiológico e principiológico para o neoconstitucionalismo que

⁵² BERNAL PULIDO, C. 2007. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M. (ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 289-325. p. 296.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁴ DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. **O ativismo judicial no direito comparado**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999. p. 167-168.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 75.

⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, Curitiba, 2009. Disponível em < http://www.animaopet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf > Acesso: 24/05/2022.

carrega, dentre outras características, a centralidade nos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética e o ativismo judicial.⁵⁷

Além disto, objetiva a imposição de uma limitação ao legislador para que não invada a vida moral das pessoas na esfera privada.⁵⁸ Assim, a radical separação entre direito e moral garante pluralismo moral na Sociedade possibilitando a coexistência harmônica entre as diferentes culturas que permeiam a sociedade⁵⁹.

Portanto, rechaça tal posicionamento principialista/neoconstitucionalista na medida em que nega a possibilidade de que os princípios possam ser utilizados largamente como um elemento corretivo do Direito.⁶⁰

Enfim, é necessário esclarecer que Ferrajoli não se filia a nenhuma corrente pós-positivista, tampouco a correntes neoconstitucionalistas. Na verdade, o que o autor defende é uma renovação do positivismo jurídico, por meio de princípios constitucionais (positivados). No entanto, ele defende a necessidade de colocar um parâmetro normativo na adequação do sistema jurídico em função da proteção do indivíduo e seus direitos fundamentais.⁶¹

Dessa forma, a partir do neoconstitucionalismo, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passam a orientar a atividade legislativa de modo que os ditames constitucionais se irradiem a todos os ramos do Direito, como veremos mais adiante na esfera Penal.

2.4 A Constitucionalização do Direito Infraconstitucional

Fenômeno identificado por alguns autores como filtragem constitucional, ou seja, edição de leis específicas passando a formar microssistemas autônomos,

⁵⁷ ROCHA, Ana Luíza Alcântara Fontenele. **Neoconstitucionalismo, Direitos sociais e ativismo judicial no acesso à saúde**. Fortaleza. 2017, p 18.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. Doce cuestiones en torno a Principia iuris. Eunomia. **Revista en Cultura de la Legalidad**. Nº 1, septiembre 2011 – febrero 2012, ISSN 2253-6655, Traducción de José Roberto Ruiz Saldaña, p. 08.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. in **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012, p. 32.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz, in: ROSA, Alexandre Moraes da. et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. (Org) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 77.

⁶¹ STEFFEN, Pablo Franciano. **Os limites do julgamento nos Tribunais administrativos tributários frente a uma norma Inconstitucional: Uma nova perspectiva a partir do entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o Garantismo Constitucionalista**. Março 2019. p. 96.

consoante com toda ordem jurídica que deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do Direito Infraconstitucional⁶² não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.⁶³

Em relação à interpretação conforme a Constituição através do controle de constitucionalidade, afirma Barroso:

“[...] há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria.”⁶⁴

A interpretação jurídica é bastante eclética pois sobre um mesmo enunciado ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas⁶⁵, ou

⁶² Toda regra que não conste do texto constitucional é inferior a ela.

⁶³ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, **Fundamentos da Constituição**, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier, *Filragem constitucional*, 1999.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. 2017. p. 29. Disponível em https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf, acesso em 16 de agosto de 2021.

Nesse sentido, v. STF, DJU 15 abr. 1988, Rp 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo”. Passa-se ao largo, nesta instância, da discussão mais minuciosa do tema, que abriga inúmeras complexidades, inclusive e notadamente em razão do reconhecimento de que juízes e tribunais, em múltiplas situações, desempenham uma atividade de co-participação na criação da norma.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. 2017. p. 29 e 30.

A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. Enunciado normativo é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. Norma, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o preso tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao interrogado em geral (STF, DJU 14 dez. 2001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao depoente em CPI (STF, DJU 16 fev. 2001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

ainda, um enunciado pode admitir várias interpretações em razão da polissemia de seus termos. Portanto, pode envolver sua não incidência a uma determinada situação de fato ou a exclusão por inconstitucional de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, permanecendo a norma no ordenamento. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades de interpretação do texto normativo.⁶⁶

Entretanto, conforme mencionado acima observa-se um Direito Penal Constitucional formado pela união harmônica de valores, princípios e regras englobados na Constituição e assim, de superior hierarquia (formal e material), os quais garantiriam uma compreensão democrática nesta seara. A carga normativa penal prevista na Constituição Federal, atuaria como um limite necessário ao legislador e ao intérprete quando da seleção dos bens jurídicos relevantes ou quando da análise da necessidade da tutela penal, determinada pena (punitiva).⁶⁷

Em decorrência do neoconstitucionalismo é possível afirmar que a Constituição Federal, além de exercer importante papel na limitação do poder punitivo estatal sobre os indivíduos, também contém textos expressos e implícitos de (des)criminalização e (des)penalização.

Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas⁶⁸, assim como impede a criminalização de outras⁶⁹, ou ainda, como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas se

⁶⁶ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “Ao juiz não é permitido mediante ‘interpretação conforme a Constituição’ dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente” (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (STF, DJU 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

⁶⁷ ABREU, Ana Cláudia da Silva. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. **Constitucionalização do Direito Penal x expansão da Tutela Penal: (Re)visitando o princípio da legalidade**. p. 8.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. 2017. p. 41.

Como por exemplo nos casos de racismo, tortura, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes ambientais e violência contra a criança, dentre outras referências expressas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4º.

⁶⁹ Como por exemplo: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”; “Art. 5º. (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...); XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

provocarem resultado constitucionalmente indesejável ou em inconformidade com a lei.⁷⁰

Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica.⁷¹

Nesse sentido, é necessária uma análise do princípio da legalidade a partir do paradigma garantista que advém do princípio da legalidade estrita, conforme assevera Ferrajoli⁷² como “a garantia estrutural que diferencia o Direito Penal no Estado de ‘Direito’, do Direito Penal dos Estados simplesmente ‘Legais’, nos quais o legislador é onipotente e portanto, são válidas todas as leis vigentes sem nenhum limite substancial à primazia da lei”.

A legalidade estrita realiza portanto a Constitucionalização do Direito Penal baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, impõe um condicionamento formal e material das práticas jurídicas nas esferas (legislativas, judiciárias e executivas) aos conteúdos constitucionais, “cominando uma verdadeira filtragem constitucional das normas penais.”⁷³

Como fundamental relevância nos processos criminalizadores, a intervenção mínima atua como um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime,

⁷⁰ Duas decisões do Supremo Tribunal Federal exemplificam o argumento. Na primeira, concedeu-se habeas corpus em favor de um jovem acusado de estupro, por haver mantido relação sexual com uma menina de 12 anos. Por maioria, decidiu a Corte que a presunção de violência do art. 224 do CP é relativa e que o crime não se configurava, à vista de elementos do caso concreto – consentimento da vítima e sua aparência de ter mais de 14 anos – que tornariam extremamente injusta a aplicação literal do dispositivo do Código Penal (STF, DJU 20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Num outro caso, a Corte trancou a ação penal promovida contra ex-Prefeita Municipal, pela contratação de boa-fé, mas sem concurso público, de um único gari. O fundamento utilizado foi a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, gerando falta de justa causa para a ação penal (STF, DJU 11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre o tema da interpretação conforme a equidade, de modo a evitar a incidência iníqua de determinada regra, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

⁷¹ Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição*, 2003, p. 44-5: “No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)”.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 349.

⁷³ ABREU, Ana Cláudia da Silva. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. **Constitucionalização do Direito Penal x expansão da Tutela Penal: (Re)visitando o princípio da legalidade**. p. 10.

estabelecendo-se uma relação necessária entre meios, Direito Penal e fins, e a proteção de bens jurídicos.

A garantia da adequação – juízo de idoneidade penal – é um imperativo no que tange à idoneidade do tipo penal e do aparato sancionatório para perseguir o resultado de tutela tido como legítimo – congruência do escopo ao meio.⁷⁴

O princípio da necessidade tem o escopo de limitar os excessos quantitativos, apresenta-se também como a exigência de que a conduta tenha realizado um fato ofensivo que tenha o condão de causar lesão ou perigo concreto de danos a terceiros nocivo à convivência social satisfatória, além de infringir a norma.⁷⁵

Ora, com análise da atuação da legalidade material adequado ao limite do legislador e do juiz não se pode olvidar que a garantia à limitação da penalização das condutas se estende às demais práticas (judiciárias e de execução penal) demandando ações em conformidade com os princípios supra expostos.

3. CAPÍTULO 2 - ATIVISMO JUDICIAL: O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO

Na atualidade, o meio jurídico brasileiro têm presenciado em todas as instâncias, decisões proferidas que destoam de mandamentos legais expressos constitucionais, trazendo instabilidade ao ordenamento jurídico.

Principalmente na última década, o Judiciário ocupou lugar de destaque no cenário nacional devido a sua postura mais ativa e com alto grau de relevância na vida institucional brasileira. Esse protagonismo deve-se à apreciação de questões bastante polêmicas, que em tese deveriam ser resolvidas pelos poderes políticos eleitos pelo sufrágio universal. Contudo, a falta de prestígio da política brasileira aliado à sua omissão fizera com que a Suprema Corte exercesse a democracia garantindo os direitos previstos na Carta Magna, ao alcance das normas vigentes.⁷⁶

⁷⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 131.

⁷⁵ ABREU, Ana Cláudia da Silva. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. **Constitucionalização do Direito Penal x expansão da Tutela Penal: (Re)visitando o princípio da legalidade.** p. 11.

⁷⁶ ALBERNAZ, Lucas Santana. **O neoconstitucionalismo e a sua influência no Direito Brasileiro.** Anápolis 2019. p. 15. *Apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almeida, 1995.

O Ativismo Judicial possui origem no sistema jurídico norte-americano que adotava o sistema *commom law*, em que consistia num direito construído a partir de decisões judiciais e não mediante atos legislativos ou executivos com atuação extremamente ativa no processo de formação do Direito criado a partir de casos julgados mas que curiosamente não emergiu mediante um discurso judicial e sim através da revista americana *Fortune*, na década de 1940, em que o perfil de alguns juízes foi caracterizado e denominado como juízes ativistas sendo que, a partir desta publicação com a forte expressão, alguns constitucionalistas passaram a criticar o comportamento judicial não correspondente com a opinião judicial dominante.⁷⁷

Do ponto de vista histórico e da teoria política-jurídica é possível se fazer um paralelo de momentos marcantes de um protagonismo individual dos poderes frente ao Estado.

No Estado Liberal por exemplo, o protagonismo era do Legislativo, vez que a lei é que previa tais situações e comandos sempre prevalecendo. Posteriormente, com a necessidade de implementação de direitos sociais e fundamentais, por intermédio de políticas públicas, o Executivo é quem atinge o ápice do protagonismo tornando o refúgio do cidadão desamparado, estabelecendo-se o chamado Estado Social.⁷⁸

Destarte, diante da dificuldade no controle das demandas da sociedade que busca a garantia de seus direitos, eis que adentra o Judiciário atuando com forte poder político em matérias ordinariamente reservadas ao poder constituinte derivado. Conforme preceitua Roberto Wanderley Nogueira, juiz federal em Recife, o ativismo judicial se expressa mediante uma inclinação sistemática se tornando mais perceptível em suas manifestações enfáticas ao exercício jurisdicional, atuando como “monopólio da última palavra.”⁷⁹

Na consolidação da jurisprudência de valores, ou seja, quando caracteriza uma forma de se entenderem os conceitos de interpretação da norma jurídica, bem como sua divisão em regras e princípios, além de conceitos como igualdade, liberdade e justiça, o jurista André Karam Trindade⁸⁰ destaca que: “o ativismo judicial consiste na

⁷⁷ HANONES, Renata Fernandes. **Ativismo Judicial**. Brasília, DF, 2012, p. 43.

⁷⁸ PENNA, Bernardo Schmidt. Revista de Direito Privado 2016 RDPRIV VOL. 70 (Outubro 2016). **Teoria geral 3. Ativismo judicial à Brasileira: “papel criador do intérprete” x “papel criativo do intérprete” — dois casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal**. p. 2-3.

⁷⁹ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Revista **Consultor Jurídico**, 6 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opiniao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>, acesso em 18 de agosto de 2021.

⁸⁰ TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: Os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111 e 114.

recusa dos tribunais de se manifestarem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição”, conclui ainda que vem “potencializando a discricionariedade judicial através da técnica da ponderação, sob o álibi teórico de uma maior racionalidade no discurso jurídico.”

De um modo geral, não se encontra na doutrina um conceito sistemático que caracteriza o ativismo judicial. No entanto, tem-se diversas opiniões de autores que expressam seus entendimentos:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.⁸¹

A discussão ganha maior relevância quando o ativismo é praticado pela Corte Constitucional, órgão a quem incumbe a defesa da Constituição, eis que suas decisões são dotadas de efeito *erga omnes*, ou seja, norma ou decisão que terá efeito vinculante fazendo-se valer para todos.⁸²

Assim preceitua o artigo 102 § 2º da Constituição Federal:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.⁸³

Pernicioso para o Estado Democrático de Direito, o Ativismo portanto é encarado como uma decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, porém nem todo ativismo se baseia nessas convicções. Ademais, o ativismo tem como traço mais marcante a extrapolação da competência constitucional no exercício da função jurisdicional, dentro de um senso de justiça, estrito do intérprete em detrimento da legalidade vigente constitucional. Se o Direito não puder garantir segurança e

⁸¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

⁸² MORI, Maria Cristina Lima. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo judicial: Limites e Possibilidades**, Marília, 2012. p. 41.

⁸³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 102.

possibilidade de condutas, “estaremos diante de uma derrota e de uma erosão de todas as conquistas constitucionais.”⁸⁴

Dessa forma, “o exacerbado ativismo e judicialização da política que ocorre no Brasil coloca em risco a própria democracia, afinal as questões públicas de maior relevância social sempre envolvem questões constitucionais e acabam sendo resolvidas pelo Poder Judiciário e não por aqueles que representam a vontade do povo.”⁸⁵

O ministro Celso de Mello⁸⁶, preceitua:

um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional, como o revelam as inúmeras ações diretas, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições [sic] de descumprimento de preceitos fundamentais ajuizadas pelo Presidente da República, pelos Governadores de Estado e pelos partidos políticos, agora incorporados à “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, o que atribui – considerada essa visão pluralística do processo de controle de constitucionalidade – ampla legitimidade democrática aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive naqueles casos em que esta Suprema Corte, regularmente provocada por grupos parlamentares minoritários, a estes reconheceu – pelo fato de o direito das minorias compor o próprio estatuto do regime democrático – o direito de investigação mediante comissões parlamentares de inquérito, tanto quanto proclamou, em respeito à vontade soberana dos cidadãos, o dever de fidelidade partidária dos parlamentares eleitos, assim impedindo a deformação do modelo de representação popular.

Diante da necessidade de serem supridas pela implementação do Direito, a concretização desses direitos devem ser suportados pelo Estado. Logo, a “postura do ativismo judicial deve ser reservada à concretização das condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial)”⁸⁷.

Acerca do caráter positivo e negativo do Ativismo, há divergências sobre a interferência dos poderes. Tem-se em caráter positivo quando os instrumentos existentes, normativos ou não, são incapazes de regular e solucionar situações

⁸⁴ PENNA, Bernardo Schmidt. Revista de Direito Privado 2016 RDPRIV VOL. 70 (Outubro 2016). **Teoria geral 3. Ativismo judicial à Brasileira: “papel criador do intérprete” x “papel criativo do intérprete” — dois casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal.** p. 4.

⁸⁵ ALBERNAZ, Lucas Santana. **O neoconstitucionalismo e a sua influência no Direito Brasileiro.** Anápolis 2019. p. 20. *Apud* MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro/RJ: Editora Elsevier, 2008.

⁸⁶ Discurso Proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. p. 13 e 14. Online: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf> Acesso em: 23/08/2021.

⁸⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Revista 17.indd 102, 11/12/2008. p. 103.

problemáticas sociais hodiernas reclamando por soluções jurídicas proporcionais dentro dos limites de sua jurisdição, com base em princípios jurídicos e direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito para conservar a Democracia. Em sentido oposto, o ativismo judiciário apresentará caráter negativo quando confrontar nas atribuições dos demais Poderes ensejando maior autonomia em face do poder ocasionando desequilíbrio institucional.⁸⁸

Todavia, o ativismo judicial também foi recepcionado de forma acrítica no Brasil e para uma análise mais aprofundada, Trindade traz diversos tipos de ativismos demonstrados na obra de William Marshall: 1. Ativismo contramajoritário – Tribunais que discordam de decisões democráticas. 2. Ativismo não originalista – desconsideram a intenção de autores referente à interpretação judicial. 3. Ativismo de precedentes – quando tribunais rejeitam a aplicação de normas anteriores. 4. Ativismo jurisdicional – quando violam as competências de atuação. 5. Ativismo criativo – criação material de direitos novos e novas teorias na doutrina constitucional. 6. Ativismo remediador – controle de medidas impostas por outros poderes. 7. Ativismo *partisan* ou partidário – conforme o próprio nome preceitua, é a decisão dos tribunais com o objetivos partidários⁸⁹.

Ante todo o exposto, na contemporaneidade o órgão judicante assume o papel de conter a “arbitrariedade travestida sob as roupagens denominadas conveniência e oportunidade”⁹⁰. Com isso, a possibilidade de apuração e avaliação dos atos dos demais Poderes que prejudiquem o decoro e a efetividade dos fins do Estado “seria o mesmo que regressar à época do absolutismo com uma única diferença, ao invés de rei, teríamos o presidente, concentrando em suas mãos todo o poder com o nome de Executivo.”⁹¹

⁸⁸ PEREIRA, Cássia Beatriz Rosa Arantes. **Ativismo judicial: um olhar contemporâneo**. Curitiba, 2021. p. 38.

⁸⁹ MARSHALL, 2012, p. 101-140, *apud* TRINDADE, 2012, p. 111 e 115, refere-se a três etapas a evolução da jurisprudência constitucional no Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988. A primeira fase foi da ressaca, que se inicia em 1988, na qual se evidencia a dificuldade em se compreender o novo paradigma instaurado com o Estado Democrático de Direito. Na segunda, chamada pelo autor de fase da constitucionalização, iniciada ao fim da década de 90, verifica-se o descobrimento da Constituição e de sua carga principiológica, possibilitando a constitucionalização do Direito, com os tribunais assumindo o papel de intérpretes da Constituição, a partir das contribuições nos campos da hermenêutica e argumentação jurídica. Por fim, a fase ativista, na qual o jurista cita como marco simbólico a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, passando a ocorrer um “estímulo voltado à adoção de posturas pró-ativistas, que não se restringia à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, mas alcançam todas as instâncias judiciais.”

⁹⁰ MORAES, 2017. p. 533

⁹¹ ANDRADE, Fernando Gomes de. **Direitos Sociais e Concretização Judicial: Limites e Possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 123.

2.2 Ativismo como reação à Inércia do Órgão Estatal

Acerca das práticas de ativismo judicial, o Ministro Celso de Mello se manifestou dizendo que quando os órgãos do poder público se omitem, tornam-se uma necessidade institucional “cumprir as obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”⁹²

Nesse sentido, o ministro descreve ainda que, quando o Estado deixa de cumprir com sua obrigação, imposta pelo texto constitucional, torna-se omissor ou ainda inerte, momento este em que é qualificado “como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica,” desrespeitando, ofendendo e ainda, impedindo por insuficiência de “medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”⁹³

Não obstante, estamos diante da inércia estatal em tornar efetivas todas e quaisquer “imposições constitucionais que traduzem inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configuram comportamentos que revelam um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República”⁹⁴, conforme discurso de Mello.

Sobre este aspecto de inércia apresenta-se passagem pertinente trazida por Alexandre de Moraes:

[...] no julgamento da medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 23, ao qual foi concedida medida liminar pelo Ministro Ricardo Lewandowski , [...], em virtude de mora do Congresso Nacional em

⁹² Discurso Proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. p. 12 e 13. Online: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf> Acesso em: 23/08/2021.

⁹³ Discurso Proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. p. 12. Online: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf> Acesso em: 23/08/2021.

⁹⁴ Discurso Proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. p. 12. Online: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf> Acesso em: 23/08/2021.

regulamentar, por lei complementar, nos termos do artigo 161, II, Constituição Federal a entrega de recursos e os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), uma vez que, em julgamento anterior, ocorrido em 24 de fevereiro de 2010 (ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243), o STF declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da LC nº 62/89, modulando os efeitos de sua decisão e determinando sua aplicação até 31 de dezembro de 2012; prazo em que o Poder Legislativo deveria editar nova Lei complementar. Transcorrido esse prazo, para que não houvesse situação de anomia jurídica em virtude da inércia do Legislativo, foi concedida liminar em ADO para estender o prazo anteriormente fixado por meio de modulação dos efeitos da ADI prorrogando-se por mais 150 dias, período em que determinou-se a permanência da vigência dos dispositivos da lei complementar anteriormente declarados inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade com manutenção da vigência da lei por determinado prazo até a edição de nova norma pelo Poder Legislativo poderá acarretar a perpetuação ad eterno de norma inconstitucional pela inércia legislativa e pela possibilidade de concessão de medida liminar em ADO [grifos meus]⁹⁵.

O que implica no reconhecimento da inércia do poder público é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que, o Poder inadimplente incumbe-se de suas responsabilidades na conduta omissiva, a qual, não assegura a aplicabilidade e a eficácia da norma frente à ordem constitucional. Na concreta “imposição constitucional de um dever de agir e concomitantemente, na presença de uma inércia funcional que gera lacunas institucionais, apura-se a imprescindibilidade da propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão para combater a inaplicabilidade de normas constitucionais.”⁹⁶

Conforme preceitua a Carta Magna em seu artigo 103, § 2º “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”⁹⁷

Em suma, diante da prestação do mínimo existencial, quando o poder executivo age com injustificável omissão, ocorre a intervenção do judiciário, assegurando o direito subjetivo pleiteado pelo indivíduo e assegurando a eficácia dos direitos fundamentais. Neste compasso, o magistrado orienta as decisões pelo princípio da

⁹⁵ CF. MORAES, 2017. p. 799. “O Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta, vem aplicando costumeiramente essa modulação, tendo declarado a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei impugnada, com a consequente declaração do Congresso Nacional em mora e fixando prazo de manutenção da vigência e eficácia da lei declarada inconstitucional (efeitos pro futuro), ora de 60 dias, ora de 18 ou 24 meses, para que a situação legal pudesse ser regularizada.”

⁹⁶ PEREIRA, Cássia Beatriz Rosa Arantes. **Ativismo judicial: um olhar contemporâneo**. Curitiba, 2021. p. 86.

⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 103.

dignidade humana em decorrência de valores constitucionais e com tal constatação da orientação pela autoridade judiciária intercede com vistas a sanar o descumprimento do dever estatal e promover o bem-estar existencial.⁹⁸

Assim sendo, em nível principiológico, o ativismo judicial deve imperar quando se trate de concretizar os direitos fundamentais inerentes ao que se denominou de mínimo existencial⁹⁹ e a autocontenção de prevalecer, como postura geral, em relação às atividades dos demais poderes.¹⁰⁰

Seguindo a linha do protagonismo, conforme dito no capítulo anterior, atualmente o Poder Judiciário realiza função na materialização de direitos em virtude da ineficiência dos demais poderes. William Paiva Marques Júnior¹⁰¹ sintetiza a importância do ativismo judicial como:

A falta de eficiência do Legislativo e do Executivo é um dos motivos determinantes do ativismo judicial, movimento através do qual o Judiciário é avocado a responder às demandas sociais em caso de violação aos direitos fundamentais sociais, mormente no tocante ao acesso à saúde. Para uma corrente doutrinária mais hermética e retrógrada, em sendo os Poderes Legislativo e Executivo os competentes para criar e implementar o direito à saúde, não há que se predominar o entendimento de uma solução litigiosa pela via jurisdicional. A solução mais atenta à efetividade do Texto Constitucional, contudo, funda-se na urgência ao atendimento judicial nas situações que envolvam a garantia do direito à vida, em casuísticas quem envolvem o fornecimento de fármacos e a possibilidade de tratamentos cirúrgicos.

Contudo, em se tratando de uma eventual atuação depara-se com um indesejável governo dos Juízes, a desneutralização tornaria-se um problema simplesmente porque juízes não são eleitos pelo povo, seus mandatos não são fixos, muito menos tem suas decisões apreciadas ao parecer público (julgamentos que não

⁹⁸ ROCHA, Ana Luiza Alcântara Fontenele. **Neoconstitucionalismo, Direitos sociais e ativismo judicial no acesso à saúde**. Fortaleza 2017. p. 35 e 36.

⁹⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Revista 17.indd 102, 11/12/2008. p. 105.

Sérgio Fernando Moro, apesar de não se valer da expressão mínimo existencial, sugere uma postura ativa da jurisdição constitucional, nos seguintes casos: “a) para proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especificamente a liberdade de expressão, o direito à informação e os direitos de participação; b) para a proteção judicial de direitos titularizados, ainda que não de forma exaustiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia c) para o resguardo do caráter republicano da democracia, evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha” (Jurisdição constitucional e democracia. São Paulo: RT, 2004. Pág. 315.).

¹⁰⁰ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional e democracia**. Cit. Pág. 314-5.

¹⁰¹ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Análise da experiência brasileira na primazia do Poder Judiciário na execução de políticas públicas de acesso ao direito social à saúde**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 17, p. 459-478, 2015.

se legitimam pela vontade popular, mas “pela mera aplicação do Direito aos casos concretos”¹⁰², o que tem uma razão de ser, afinal, não seria plausível que juízes decidissem paralelo aos desejos dos cidadãos e ignorasse o que dispõem a Constituição e o ordenamento jurídico), lhes são garantidos vitaliciedade e inamovibilidade, desta maneira, fazer valer seus interesses enquanto grupo político, desta maneira segue contrário com os interesses da população e com a autêntica e verdadeira democracia representativa vigente.¹⁰³

Entretanto, sob o prisma do controle realizado pelo órgão jurisdicional é de suma relevância a criação de um corpo normativo adequado capaz de regular a intervenção judicial nas políticas públicas e no controle de constitucionalidade pois, caso contrário, não existindo regras nesse sentido, chances haveriam de o juiz querer substituir o administrador público, não respeitando desta maneira o Princípio da Separação dos Poderes, em razão de ao Executivo caber a conveniência e a oportunidade do ato de administração.

Sendo assim, tem-se de um lado a indispensabilidade da relação de (inter)dependência e controles recíprocos (sistema de freios e contrapesos) dos Poderes entre si, para promover a proteção do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional como a base e a justificativa de validade da ordem jurídica; do outro lado, tem-se a preocupação de impedir a formação de um “[...] superpoder, evitando dessa maneira, a consequente possibilidade de abusos e desvios.”¹⁰⁴ Portanto, a respeito do princípio fundamental da Separação de Funções sustenta-se que nenhum órgão nomeadamente habilitado a desempenhar certas atividades pode exercer outras que esvaziem as funções materiais que aos demais foram outorgadas, assim sendo “o alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição de um único princípio de poder [...]”¹⁰⁵, o que sucederia na aglutinação de plenos poderes a um só órgão de soberania a um só Poder (característica que se faz presente em regimes antidemocráticos).

¹⁰² 167 CAMBI, 2018. p. 271. 168 APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 158 apud CAMBI, 2018. p. 271. 67.

¹⁰³ 168 APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 158 apud CAMBI, 2018. p. 271.

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003. p. 556.

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003. p. 559.

Portanto, a tripartição tem como função impedir que haja abuso de competência e permitir a moderação entre os Poderes para que cada qual não extrapole a sua área de domínio funcional. Dessa forma:

A implementação judicial dos direitos fundamentais sociais e, para tanto, o controle judicial de políticas públicas deve respeitar o princípio da subsidiariedade. Ao Judiciário compete atuar somente como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo, quando restar caracterizada a atuação ou a omissão inconstitucionais, por isso, quando estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos fundamentais. Ao contrário disso, estaria sendo depositado no Poder Judiciário uma expectativa que, fatalmente, frustraria, pois a jurisdição constitucional deve ser exercida, tão somente, como uma ferramenta capaz de potencializar o Estado Democrático de Direito [grifos meus]¹⁰⁶.

Desta maneira chega-se à conclusão de que a intervenção judiciária deve ser subsidiária às restantes formas de controles que se tem à disposição, ou seja, deve ocorrer apenas quando for constatado a inconstitucionalidade por ação ou omissão dos demais Poderes.

Destarte, do funcionamento desarmônico do ordenamento em decorrência de mecanismos de reparação como meio de proteção dos direitos fundamentais, sendo um destes, o controle de constitucionalidade, o qual nada mais é do que a verificação formal e material de coerência entre qualquer lei e/ou ato normativo infraconstitucional e a própria Constituição, a qual deve prevalecer e orientar toda pretensão jurídica.¹⁰⁷

3.2 As implicações do Ativismo Judicial

O ativismo judicial tem reais e importantes implicações políticas e sociais de modo que precisa ser conhecido abstratamente e identificado concretamente, então, o fim dessa indeterminação conceitual representa uma necessidade teórica, qual seja, categorizar o ativismo judicial do Supremo.

A primeira e fundamental lição relativa ao tema foi a análise de Ernest Young que chamou de “linha comum”¹⁰⁸ de comportamento que caracteriza as

¹⁰⁶ CAMBI, 2018. p. 278.

¹⁰⁷ PEREIRA, Cássia Beatriz Rosa Arantes. **Ativismo judicial: um olhar contemporâneo**. Curitiba, 2021. p. 67.

¹⁰⁸ YOUNG, Ernest A. **Judicial Activism and Conservative Politics**. Colorado Law Review 73 (4), 2002. p. 1.161.

diferentes decisões ativistas; o aumento da relevante posição político-institucional de juízes e cortes sobre os outros atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional¹⁰⁹. Comum às suas diversas formas de manifestação do ativismo judicial, “está sempre o exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não de autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles”¹¹⁰. O núcleo comportamental do ativismo judicial implica na expansão do poder decisório que juízes e cortes promovem em complexas questões morais e políticas.

A partir da Constituição de 1988, o Judiciário alcançou reforço no papel institucional com a redemocratização do país. Ocorreram transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa que juntas formaram uma crescente mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e deveres e fizeram do Judiciário ator principal no controle dos poderes políticos públicos e na solução dos conflitos.¹¹¹

Tornaram-se comuns decisões nas primeiras e segundas instâncias que interferem diretamente em políticas públicas e sociais, principalmente dos governos estaduais e municipais, sem ações civis públicas ou em litígios individuais. “Tem sido muito frequente a intervenção judicial nos resultados dos processos eleitorais, proliferando-se anualmente, decisões que afastam e até prendem vereadores e prefeitos de diversos municípios, seja por abuso de poder econômico durante as eleições, seja por atos de improbidade durante o governo”¹¹².

¹⁰⁹ No sentido de não haver uma conexão necessária entre ativismo e expansão do poder do judiciário vis à vis os outros poderes, cf. BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. *Op. cit.*, p. 268.

¹¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5776-6/epubcfi/6/34\[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter03\]/4/26/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5776-6/epubcfi/6/34[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter03]/4/26/4), acesso em 12 de setembro de 2021.

¹¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/45453/4974-Dimenses-do-Ativismo-Judicial-do-STF-Carlos-Alexandre-de-Azevedo-Campos.PDF>. Acesso em 27 de setembro de 2021.

¹¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5776-6/epubcfi/6/34\[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter03\]/4/26/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5776-6/epubcfi/6/34[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter03]/4/26/4), acesso em 12 de setembro de 2021.

Conquanto tenha inicialmente adotado postura passiva na concretização de direitos fundamentais¹¹³, o Superior Tribunal de Justiça aos poucos passou a proferir decisões de maior interferência nos assuntos dos outros poderes “inclusive impondo ao Legislativo e ao Executivo a criação e a execução dessas políticas públicas, voltadas para satisfazer os direitos sociais¹¹⁴, mormente quando as prioridades já se encontram definidas na própria Constituição.”

Como teoria contramajoritária ao ativismo, trago aqui a teoria procedimentalista¹¹⁵, a qual explica que Juízes, Tribunais e principalmente os Tribunais Constitucionais não possuem legitimidade democrática contra os atos legalmente instituídos pelos poderes Legislativo e Executivo. Estes críticos alegam como mecanismo de implicação, atribuição de peso aos princípios conflitantes e da vontade de quem interpreta, o que fere o princípio da separação dos poderes. Para eles, não há como negar o componente do método aplicativo da ponderação.

Noutro pensar, Daniel Souza Sarmento¹¹⁶ enfatiza que surge o decisionismo judicial devido à euforia na fundamentação principiológica, pelo qual os juízes passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar seus julgamentos.

“E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico”.

¹¹³ Dentre outras, CF. STJ – 1ª T., RMS 6.564/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17.06.1996.

¹¹⁴ CF entre outras, STJ – 1ª T., REsp 753.565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.05.2007; STJ – 2ª T., REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 28.04.2010.

¹¹⁵ GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. 1 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em 12/09/2021.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel Souza. I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 14.

Ademais, para Ronald Dworkin¹¹⁷ o Ativismo Judicial implicaria em algo nocivo por representar a primazia das concepções subjetivas de justiça e de bem do próprio julgador, “Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política [...]”.

Em nosso país, os políticos são escolhidos pelo povo através de um processo constitucional eleitoral e a grande a celeuma envolvendo o instituto dos direitos fundamentais é a “necessidade da efetivação desses por parte do Estado, massacrando a sociedade devido à escassez de políticas públicas aliada à falta de interesse de políticos, os quais são escolhidos através de um processo constitucional eleitoral pelo povo”¹¹⁸.

Cabe por fim salientar o posicionamento do STF quanto à consagração dos direitos fundamentais sociais, dessa forma Juliano Ralo Monteiro¹¹⁹, traz à baila o voto do Ministro Celso de Mello em ADPF nº 45, *in verbis*:

“Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal”.

Para o Ministro Celso de Mello¹²⁰, o Supremo é poderoso, influente e respeitado, não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos três Poderes da República, desempenhando as suas funções institucionais, conforme a Constituição lhes traçou de modo compatível com seus princípios e estritos limites. A Corte Suprema “não se curva a pressões advindas de grupos sociais majoritários que buscam impor exclusões e negar direitos a grupos vulneráveis”.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.451-452. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em 12/09/2021.

¹¹⁸ GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. 1 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em 12/09/2021.

¹¹⁹ MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. In: **Estado de Direito e Ativismo judicial**. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 165.

¹²⁰ MELLO, Celso de. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL**. 20/02/2019. p. 150.

3.3 O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

De acordo com a história do Supremo Tribunal Federal, o surgimento do STF começa a partir da chegada da Família Real Portuguesa quando o Príncipe Regente D. João, por alvará de 10 de maio de 1808, criou a Casa da Suplicação, posteriormente substituída pelo Supremo.¹²¹

Como órgão de última instância, o Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão da cúpula do Poder Judiciário, precipuamente ele é o guardião da Constituição Federal conforme definido em seu artigo 102. A ele foi atribuído a competência originária (julgamento de casos que se encontrarem no rol taxativo, inciso III deste artigo em questão) e competência recursal, (julgamentos de atos inconstitucionais, inciso I, do mesmo artigo), tendo como poder a anulação de leis criadas pelo Congresso Nacional ou Decreto Presidencial e atos administrativos de qualquer órgão público caso os mesmos contrariem as normas constitucionais.

No Brasil, pode-se observar claramente uma participação intensa do Supremo Tribunal Federal em questões sociais de notória relevância no ativismo, conforme citado por Barroso:¹²²

Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional.

Por conseguinte, fica constatada a presença do ativismo judicial praticado na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cabendo diante disso uma análise das possibilidades e dos limites referente a postura ativista daquela constituinte Corte. Até aqui, demonstra-se que o controle de constitucionalidade dos atos normativos criados pela constituição, torna-se mecanismos para a defesa de sua supremacia.

¹²¹ MOREIRA, Luiz Henrique de Paula. **Ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em decisões durante a pandemia do Covid-19**. Publicado em 06/2021. Elaborado em 05/2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90982/ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal-em-decisoes-durante-a-pandemia-do-covid-19>. Acesso em 13/09/2021.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2009. p. 14.

Conforme a própria Carta Magna declara, o Supremo Tribunal Federal é o legítimo detentor de poderes para exercer o controle de constitucionalidade, desta maneira, atos produzidos pelo legislativo quando em desconformidade com o texto constitucional, podem ser invalidados, agindo nesse caso como uma espécie de legislador negativo.¹²³

Todavia, quando se trata de uma omissão legislativa, a postura ativista é a de se manifestar. É nessa hipótese que, conforme verificado pela análise da jurisprudência do Supremo, o controle de constitucionalidade pode de forma mais contundente, implicar em interferência do Poder Judiciário no campo de atuação do Poder Legislativo uma vez que, aquele em detrimento deste, pode atuar como legislador positivo, o que não corresponde à sua função típica.

A respeito da dificuldade na definição dos limites da prática do ativismo, discorre Ramos¹²⁴, afirmando a existência de uma linha tênue “entre a ousadia e criatividade no exercício da jurisdição constitucional, indispensáveis à rápida adaptação do sistema jurídico, diante de novas necessidades sociais e o insidioso descaminho do ativismo judicial.”

Vê-se que, quando o poder judiciário adotar uma postura ativista em determinadas situações poderá assumir dupla função, benéfica em uma ou prejudicial em outra. É possível compreender que o ativismo pode ser justificado especialmente nos casos em que de uma forma não racional, a omissão legislativa impeça a efetividade dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Nesse sentido é o entendimento de Moro¹²⁵, o qual defende que o Poder Judiciário possui atuação afirmativa quando se tratar da concretização de direitos fundamentais e exemplifica a postura ativista adotada pelo Supremo Tribunal Federal na questão relativa ao direito de greve dos servidores públicos.

Na mesma linha é o entendimento de Barroso:¹²⁶

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses

¹²³ MORI, Maria Cristina Lima. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo judicial: Limites e Possibilidades**, Marília, 2012. p. 60.

¹²⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 313.

¹²⁵ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 257.

¹²⁶ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

Segundo Valle¹²⁷ em razão da força normativa, a concretização da constituição não pode ficar reservada exclusivamente à discricionariedade do legislador ordinário. O ativismo nos casos de omissão legislativa, justifica-se em virtude da força normativa da Constituição, segundo qual é o texto constitucional, documento jurídico imperativo dotado de eficácia jurídica.

Novamente Barroso faz observações a respeito do STF e do Congresso:¹²⁸

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

A partir desses entendimentos, o Supremo deve abster-se de realizar construções normativas nos casos em que a regulação de determinada matéria dependa de intervenção legislativa, mas que a omissão não caracterize ofensa aos direitos fundamentais e haja de forma a manter a harmonia entre os Poderes do Estado e a permitir o necessário debate pluralista fundamental em um regime democrático.

Ademais, ao interpretar a Constituição, a Suprema Corte precisa ater-se aos limites impostos pelo próprio texto constitucional de forma a não proceder a desdobramentos não autorizados pelo constituinte originário como ocorreu, segundo Ramos¹²⁹, na decisão em que se estabeleceu a perda do mandato eletivo em caso de desfiliação partidária.

Para tanto, Barroso¹³⁰ propõe ao juiz a observância dos seguintes critérios:

¹²⁷ VALLE, Vanice Regina Lirio do (org.) **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 131.

¹²⁸ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

¹²⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 251.

¹³⁰ BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14-15.

(I) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (II) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (III) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.

Neste ponto, cabe destacar algumas decisões ativistas no Brasil praticadas pelo Supremo Tribunal Federal. Ao apreciar uma “Questão de Ordem” no julgamento do Mandado de Injunção 107¹³¹, entendeu que os efeitos normativos desse instituto processual seriam similares aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que nessa linha jurisprudencial seria uma espécie de “ação declaratória de omissão inconstitucional”.¹³²

Perspectiva esta, superada pelo Mandado de Injunção 108¹³³, na qual a Corte entendeu que a injustificada omissão normativa inconstitucional do Legislador foi sanada aqui, cuidava-se da ausência de norma legal regulando o direito constitucionalmente por inércia do legislador, assegurado direito de greve dos servidores públicos, decidindo a Corte aplicar por analogia aos servidores públicos naquilo que fosse compatível, a Lei de Greve que regulava as relações trabalhistas na iniciativa privada.

Outra questão apreciada pelo STF se deu por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção 721¹³⁴, na qual o tribunal estabelece as hipóteses de aposentadoria especial para os servidores públicos, face à falta de lei complementar que regula o art. 40, § 4, CF. A Corte novamente decidiu por analogia ao regime legal próprio dos trabalhadores da iniciativa privada, conforme fizera na greve dos servidores públicos.

¹³¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, STF, **Mandado de Injunção 107 – Questão de Ordem, MI 107**. Plenário. Relator ministro Moreira Alves. Julgamento em 23 de novembro de 1989. Publicação em 21 de setembro de 1990.

¹³² JR, Luís Carlos Martins Alves. **O ativismo judicial da “República togada” e o princípio da legalidade na “Democracia Parlamentar**. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 27: 167-198, julho - dezembro de 2015. p. 184-186.

¹³³ Brasil, Supremo Tribunal Federal, STF, **Mandado de Injunção 708, MI 708**. Plenário. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 25 de outubro de 2007. Publicação em 31 de outubro de 2008.

¹³⁴ Brasil, Supremo Tribunal Federal, STF, **Mandado de Injunção 721, MI 721**. Plenário. Relator ministro Marco Aurélio. Julgamento em 30 de agosto de 2007. Publicação em 30 de novembro de 2007.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132¹³⁵, foi outro exemplo de um caso emblemático com o julgamento conferindo uma interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil em face do art. 226, § 3 CF, no que concedeu aos casais homossexuais os mesmos direitos e prerrogativas dos casais heterossexuais. Todavia, à luz do princípio da estrita legalidade houveram consequências posteriores que resultaram em “casamentos homossexuais” sem que houvesse amparo legal.¹³⁶

Cabe ao Supremo Tribunal Federal encontrar um ponto de equilíbrio que possibilite a sua atuação com a finalidade e garantia de materialização dos direitos fundamentais e ao mesmo tempo, zelar pelo cumprimento dos princípios da separação dos poderes e da soberania popular, primordiais para a sobrevivência do regime democrático.

3.3.1 O Ativismo Judicial dos Magistrados

Contudo, o empoderamento não ocorre somente por conta do poder judiciário como também alcança ao magistrado. Segundo diz Mauro Cappelletti em sua obra “Juízes Legisladores?” de certa forma, “ocorre uma criação por parte dos magistrados, visto que toda interpretação abre margem para a criatividade intrínseca, porém nunca de forma arbitrária, afinal respeita elementos processuais e materiais”.¹³⁷

Em sentido contrário, Elival da Silva Ramos traz um conceito negativo da prática ativista sob a argumentação de que ocorre uma atividade atípica ou seja, o “exercício da jurisdição além dos limites institucionalmente impostos na resolução de litígios subjetivos (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas objetivas (conflitos normativos)”¹³⁸.

¹³⁵ Brasil, Supremo Tribunal Federal, STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, ADPF 132**. Plenário. Relator ministro Ayres Britto. Julgamento em 5 de maio de 2011. Publicação em 14 de outubro de 2011.

¹³⁶ JR, Luís Carlos Martins Alves. **O ativismo judicial da “República togada” e o princípio da legalidade na “Democracia Parlamentar**. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 27: 167-198, julio - diciembre de 2015. p. 186.

¹³⁷ ALBERNAZ, Lucas Santana. **O neoconstitucionalismo e a sua influência no Direito Brasileiro**. Anápolis 2019. p. 17. *Apud* CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Editora: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

¹³⁸ ALBERNAZ, Lucas Santana. **O neoconstitucionalismo e a sua influência no Direito Brasileiro**. Anápolis 2019. p. 18. *Apud* RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Seguindo a linha de uma visão crítica ao ativismo, Carlos Eduardo Dieder Reverbél considera relevante ressaltar que “o juiz transpassa o campo do Direito e ingressa na seara Jurídica solucionando problemas políticos com base somente em critérios jurídicos. Essa atuação intervencionista, segundo o referido autor, ocorre pelo desprestígio da lei, ineficiência política e pela malversação dos recursos públicos.”¹³⁹

Fora da previsão constitucional portanto, todo ativismo é um exercício arbitrário de razões próprias ou de razões metajurídicas e, suas decisões são efeitos dessa espiritualização, assim pode-se dizer que não podem ser tomados como produto de Estado.¹⁴⁰

Inicialmente, cumpre destacar que segundo assinala Antoine Garapon: “uma ordem jurídica pode existir sem um legislador e sem executivo, não pode em contrapartida prescindir de um juiz apto para se pronunciar sobre a interpretação das regras e resolução sobre litígios”¹⁴¹.

Existiram Juízes antes das Leis; estes juízes, nesses tempos de ignorância e de incivilidade, eram ministros de equidade entre os homens, ainda não deixaram de o ser quando não são dirigidos pelas leis escritas; não podem, portanto, com o pretexto da obscuridade e o silêncio das leis, suspender arbitrariamente o seu magistério.

Seguindo ainda o raciocínio de Garapon, que em sua obra “Juiz e Democracia: O guardião de promessas” analisa a posição da inversão da justiça que adquire caráter principal em relação ao Estado através da socialização em que a jurisdição é tida como uma forma normal de governo. E como consequência disso, a democracia condena o direito positivo a um déficit permanente, adverte sobre os perigos do excesso de direito que podem desnaturar a democracia em que o excesso de garantias ainda pode mergulhar a justiça numa espécie de indecisão ilimitada.

O Direito é considerado política em alguns aspectos, aos quais se refere à sua criação expressada pela manifestação de vontade através das normas, tal qual, como os atos políticos e que a sua aplicação produza efeitos, sendo que nesta linhagem, os magistrados não se tornam absolutamente neutros ou livres de qualquer ideologia e

¹³⁹ ALBERNAZ, Lucas Santana. **O neoconstitucionalismo e a sua influência no Direito Brasileiro**. Anápolis 2019. p. 18.

¹⁴⁰ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Revista **Consultor Jurídico**, 6 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opinio-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>, acesso em 18 de agosto de 2021.

¹⁴¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas**, Editions Cole Jacob, 1996. Tradução: Francisco Aragão. p. 39.

portanto, no sentido da livre escolha e encontrando-se somente limitados pela fundamentação jurídica, uma decisão judicial jamais seria política.¹⁴²

Segundo Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, o ativismo refere-se a uma forma de atuação dos magistrados decorrente de uma opção política podendo ser dividido na vertente jurisdicional dos magistrados, pela Corte Constitucional, como inovação no sistema jurídico por interpretação de normas extraídas diretamente da constituição, por seus princípios ou regras e ainda, na vertente extrajudicial que refere-se ao comportamento destes perante os demais poderes perante a sociedade e manifestação/opinião pública, incentivando ou desincentivando determinada conduta realizada por trabalho político junto as membros do legislativo ou executivo, objetivando influir politicamente na aprovação de leis/emendas de seu interesse:

Ativismo judicial é uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional) [sic]¹⁴³.

Essa transferência de parcela do poder caracterizado pelo ativismo eram atribuições apenas e exclusivamente do Poder Executivo e do Poder Legislativo que acabam tendo a resolução final pelo poder judiciário, cuidam inclusive de questões econômicas e políticas. Isso, segundo o Professor Luís Roberto Barroso é uma tendência mundial, tanto em países do *Civil Law*, quanto países do *Common Law*¹⁴⁴.

Note-se que parte dessa mudança é aplicada ao Legislativo que em algumas vezes, diante de sua inércia ou omissão, quando da sua judicialização terá a solução pelo Poder Judiciário, uma vez que “o juiz que não poderá invocar o *non liquet*, para esquivar-se de proclamar a jurisdição e ainda, pelo fato de que os membros do Poder Judiciário gozam da prerrogativa constitucional da Vitaliciedade, ficando blindados da insatisfação de parte dos governados”¹⁴⁵.

¹⁴² ALBERNAZ, Lucas Santana. **O neoconstitucionalismo e a sua influência no Direito Brasileiro**. Anápolis 2019. p. 21.

¹⁴³ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira**. Confluências, PPGSD-UFF, Niterói, v. 12, 2012. p. 121. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitualbrasileira>>. Acesso em: 24 de agosto de 2021.

¹⁴⁴ SILVA, Lucas Gonçalves da e SALGUEIRO, Gustavo Herrera. **Mecanismos de controle contramajoritários e a concepção coparticipativa de Democracia no ativismo judicial**. p. 10.

¹⁴⁵ SILVA, Lucas Gonçalves da e SALGUEIRO, Gustavo Herrera. **Mecanismos de controle contramajoritários e a concepção coparticipativa de Democracia no ativismo judicial**. p. 10. *Non*

Conforme análise de Maria Helena Diniz¹⁴⁶ sobre o tema:

A decisão do juiz não é incondicionada, pois suas valorações, em regra, não são projeções do critério avaliativo pessoal do magistrado, uma vez que ele emprega as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica, interpretando-as em relação às situações fáticas que deve solucionar. Toda decisão judicial deverá pressupor uma certeza objetiva do sistema jurídico entendido em seus subconjuntos de normas, de fatos e valores, em que se apoiou, acrescentando o magistrado à ordem jurídica a norma individual que edita ao julgar o caso, inspirando-se nesse mesmo ordenamento. Além disso, como veremos um tribunal pode receber competência para criar não só uma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais, ao estabelecer o precedente judicial ou as súmulas que, firmando jurisprudência, são aplicáveis na decisão de casos similares ou idênticos.

Segundo Laurenz, de fato é uma questão de valoração a consequência jurídica a uma determinada situação fática implicando um ato de tomada de decisão daquele a quem compete julgar, ocasionando o questionamento sobre o modo como esses juízos de valor são fundamentáveis diante da ordem jurídica, tendo em vista não se tratar de valoração empreendida internamente por aquele que julga, mas com base em princípios jurídicos.¹⁴⁷

Conforme o art. 8º, do Código de Processo Civil¹⁴⁸ “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Fora isso, o art. 140, do mesmo diploma legal determina que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Vale lembrar que a intervenção do juiz no caso ainda está submetida ao princípio da motivação, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal¹⁴⁹, pelo qual

liquet (do latim *non liquere*: “não está claro”) é uma expressão advinda do Direito Romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar. É discutível se poderia ser uma fórmula de sentença com a qual o juiz, por uma incerteza no direito (como uma lacuna) ou na reconstrução dos fatos, não decidia a causa.

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **As duas faces da judicialização**. Revista Jurídica, vol. 01, nº. 63, Curitiba, Janeiro-Março 2021. p. 517 – 541.

¹⁴⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 408-413.

¹⁴⁸ BRASIL, **Código de Processo Civil**. LEI nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 8º e 140.

¹⁴⁹ BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. Fora isso, a parte que se sentir prejudicada por decisão judicial pode se valer do princípio do duplo grau de jurisdição e das ferramentas recursais previstas em lei, conforme será visto mais adiante. Ainda, têm-se penalidades de acordo com a responsabilidade do magistrado que comprovadamente atuar de forma arbitrária poderá, ser responsabilizado nas esferas administrativa¹⁵⁰ e civil¹⁵¹.

4. CAPÍTULO 3 - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL

A respeito deste tema, primeiramente faz-se mister conceituar a diferenciação entre Ativismo Judicial e a Judicialização da Política nas palavras de Barroso, o qual, discorre como sendo uma circunstância ou um fato a própria Judicialização, esta, não se confundindo com o Ativismo que é a atitude proativa resultante daquela ou ainda “pensamos aqui no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da Justiça Constitucional”¹⁵²:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹⁵³

A expressão política criminal não conta com um conceito unânime na doutrina penal, é dotada de razões científico-jurídicas. Observa-se que ela é vista como um

¹⁵⁰ Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 135, de 13 de julho 2011.

¹⁵¹ Conforme o Código de Processo Civil, em seu art. 143, “o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias”.

¹⁵² STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 6.

“conjunto de princípios fundados na investigação científica do direito e da eficácia da pena, por meio dos quais se luta contra o crime, valendo-se não apenas dos meios penais, mas também dos de caráter asseguroativo”¹⁵⁴. Problemas jurídicos no sistema de aplicação da justiça penal sobre o contexto mais amplo da política social em que a questão pertinente é de como devemos proceder quando há infringência das regras básicas de convivência social, que cause danos ou que coloque em perigo os indivíduos ou a sociedade num todo, criando-se estratégias que vão além da intervenção penal, como os movimentos de descriminalização, desjudicialização, etc.

Cumprir destacar ainda como exemplo da política criminal, um dos casos mais emblemáticos e discutidos da história do nosso ordenamento jurídico, o momento em que obteve-se a Ação Penal 470, famoso processo do “Mensalão”¹⁵⁵ que, devido sua devastadora repercussão nacional e a consequente projeção midiática dos envolvidos no julgamento é possível perceber que as “garantias fundamentais dos réus demonstraram-se desrespeitadas, fosse pela necessidade de tratamento diferenciado e histórico do caso, ora pela conclamação da opinião pública como balizamento da legitimidade da decisão da Suprema Corte”¹⁵⁶.

Percebe-se uma diferença conhecida como um certo “ponto fora da curva”¹⁵⁷ entre as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470 e no julgamento de outros processos, conforme preceituou o Ministro do STF Luís Roberto Barroso, em sua sabatina no Congresso Nacional.

A crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente constituição que converteu os Juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se

¹⁵⁴ JIMENEZ DE ASUÁ, Luis. Princípios de derecho penal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 62.

¹⁵⁵ Esquema de compra de apoio político no Congresso, que ficou conhecido como Mensalão, durou nove anos, entre as primeiras denúncias e o fim do julgamento, que levou políticos à prisão. O Mensalão foi um dos maiores escândalos da história política do Brasil. Tudo começou quando o deputado federal e então presidente do PTB, Roberto Jefferson foi acusado de chefiar um esquema de corrupção nos Correios e no Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), em maio de 2005. Jefferson atribuiu à cúpula do PT a negociação de cargos e o repasse de dinheiro, como uma mensalidade – daí o termo “mensalão” – a deputados da base aliada como forma de comprar apoio de parlamentares do Congresso Nacional. Segundo ele, a operação ficava a cargo do publicitário Marcos Valério, sócio das agências de publicidade DNA e SMP&B, que mantinham contratos com órgãos públicos e de Delúbio Soares, tesoureiro do PT. Eles agiram sob comando da figura mais importante do governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o ministro-chefe da Casa Civil, José Dirceu.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Marcio Gabriel Perez. **Ativismo judicial e a inobservância de Direitos Fundamentais à luz da ação penal 470**. Rio Grande, 2014. p. 37.

¹⁵⁷ Declaração de Luís Roberto Barroso, na sabatina do Senado para sua posse no STF, disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/barroso-diz-que-julgamento-do-mensalao-foi-ponto-fora-da-curva-8596481>>. Acesso em 29/09/2021.

registram na arena política, o que atribui o direito de investigação mediante comissões parlamentares de inquérito em respeito à vontade soberana dos cidadãos, o dever de fidelidade partidária dos parlamentares eleitos, assim impedindo a deformação do modelo de representação popular.¹⁵⁸

Portanto, considerada essa visão pluralística do processo de controle de constitucionalidade e ampla legitimidade democrática aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal pelo fato de o direito das minorias compor o próprio estatuto do regime democrático.

Além do mais, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas¹⁵⁹, assim como impede a criminalização de outras¹⁶⁰, há ainda as circunstâncias de algumas tipificações previamente existentes questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes¹⁶¹ e assim como também, se provocarem um resultado constitucionalmente indesejável podem ser recebidas com incidências concretas de um modo distinto pelo qual encaram o direito positivo.¹⁶²

Conforme analisado pelo ministro Barroso, parte do pensamento jurídico “descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos

¹⁵⁸ MELLO, Celso de. **Discurso** proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, **na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência** da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. p. 13.

¹⁵⁹ Como, por exemplo, nos casos de racismo, tortura, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes ambientais e violência contra a criança, dentre outras referências expressas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4º.

¹⁶⁰ Como por exemplo: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”; “Art. 5º. (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...); XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

¹⁶¹ É o caso de tipos previstos no Código Penal (CP), como os de sedução (art. 217), adultério (art. 240) ou de escrito obsceno, assim descrito: “Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

¹⁶² Duas decisões do Supremo Tribunal Federal exemplificam o argumento. Na primeira, concedeu-se habeas corpus em favor de um jovem acusado de estupro, por haver mantido relação sexual com uma menina de 12 anos. Por maioria, decidiu a Corte que a presunção de violência do art. 224 do CP é relativa e que o crime não se configurava, à vista de elementos do caso concreto – consentimento da vítima e sua aparência de ter mais de 14 anos – que tornariam extremamente injusta a aplicação literal do dispositivo do Código Penal (STF, DJU 20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Num outro caso, a Corte trancou a ação penal promovida contra ex-Prefeita Municipal, pela contratação de boa-fé, mas sem concurso público, de um único gari. O fundamento utilizado foi insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, gerando falta de justa causa para a ação penal (STF, DJU 11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre o tema da interpretação conforme a equidade, de modo a evitar a incidência iníqua de determinada regra, v. Ana Paula d Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005.

eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes”¹⁶³, afirma ainda que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica da hierarquia, as quais os bens jurídicos obedecem. Se a disciplina jurídica dada a infração for além do mínimo para que haja proteção dos valores constitucionais, haverá inconstitucionalidade por omissão ou falta de proporcionalidade.

Na matéria político-criminal, a discussão a respeito da descriminalização do aborto, embora haja, por um lado, argumentos científicos para a sua adoção, regulamentação e realização regrada pelo Estado, a questão é abordada, em maior parte, sob pontos de vista estritamente ideológicos. Há uma hipótese específica de constitucionalização do Direito penal que ocorreu no Supremo Tribunal Federal e pairou sobre o aborto de uma gestação com feto anencéfalo, o qual gerou grande polêmica em torno da legitimidade ou não desta interrupção.

Por 8 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal autorizou a interrupção do parto em casos de feto com anencefalia, o que para muitos, tal decisão provocaria um resultado inconstitucional e poderia levantar a uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão na competência do legislador, sendo que a atribuição do Supremo seria apenas de interpretar a Constituição, para outros, os quais a medicina não vislumbra vida fora do útero, a decisão seria louvável.¹⁶⁴

No julgamento conjunto perante a Suprema Corte da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF¹⁶⁵, de relatoria do ministro Celso de Mello e do Mandado de Injunção n.º 4.733/DF¹⁶⁶, de relatoria do ministro Edson Fachin, iniciado em 13.02.2019 e suspenso em 21.02.2019, o STF se debruçou sobre

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. p. 42.

¹⁶⁴ STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, o STF decidiu conhecer da ação e apreciar-lhe o mérito. Alguns dos argumentos apresentados pela autora da ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde foram os seguintes: (i) atipicidade do fato: pelo direito positivo brasileiro, a vida se extingue pela morte encefálica; o feto anencefálico não chega sequer a ter vida cerebral (princípio da legalidade); (ii) exclusão da punibilidade: o Código Penal determina a não punição nos casos de risco de morte para a mãe e de estupro; tais situações, por envolverem feto com potencialidade de vida, são mais drásticas do que a da anencefalia, que só não foi prevista expressamente por inexistirem recursos tecnológicos de diagnóstico, quando da elaboração do Código Penal, em 1940 (interpretação evolutiva); (iii) violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na versão da integridade física quanto psíquica, pela imposição de sofrimento imenso e inútil à mulher, obrigando-a a levar a termo uma gestação inviável.

¹⁶⁵ BRASIL. STF. ADO n.º 26/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2019, publicado em 28.06.2019.

¹⁶⁶ BRASIL. STF. MI n.º 4.733/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2019, publicado em 28.06.2019.

a criminalização da homofobia e da transfobia, um tema de elevada controvérsia moral e social em nosso país.¹⁶⁷

Em contrapartida, o Partido Popular Socialista, autor da ADO n.º 26/DF e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, argumentou que o Congresso Nacional foi omissivo no que tange a elaboração de leis que criminalizem condutas de preconceito e/ou discriminação contra homossexuais e/ou preconceito e/ou a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral e expôs estes grupos a graves ofensas perpetradas contra direitos e garantias fundamentais, assim, descumprindo o texto constitucional que zela pela proteção à dignidade da pessoa humana. Acrescenta ainda que “essa tutela só seria possível mediante a tipificação penal dos atos discriminatórios praticados em razão da orientação sexual ou identidade de gênero”¹⁶⁸.

Tais condutas citadas acima, se enquadrariam à noção de racismo, tal como concebida pelo STF no julgamento do HC n.º 82.424/RS¹⁶⁹, de tal maneira que a Lei n.º 7.716/89 ficou conhecida como “Lei do Racismo” por dispensar a tutela penal somente nas práticas resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e realizar de modo contrário ao que impõe o texto constitucional, “vulnerando, por omissão, o preceito estabelecido no art. 5º, inciso XLII, da Carta Política de 1988.”¹⁷⁰

Com base nesses argumentos, os relatores e ministros Celso de Mello e Edson Fachin requereram que a Corte reconhecesse a demora e a omissão no sentido de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, a “mora do Congresso Nacional no tocante à elaboração de lei que criminalize tais

¹⁶⁷ REIS, Wanderlei José dos. **Ativismo judicial e a nova postura do STF nas ações diretas de Inconstitucionalidade por omissão: justiça social ou criação judicial de norma jurídica Penal na equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo (ADO n.º 26/df e MI n.º 4.733/DF)?**. 2020. p. 37.

¹⁶⁸ REIS, Wanderlei José dos. **Ativismo judicial e a nova postura do STF nas ações diretas de Inconstitucionalidade por omissão: justiça social ou criação judicial de norma jurídica Penal na equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo (ADO n.º 26/df e MI n.º 4.733/DF)?**. 2020. p. 37.

¹⁶⁹ BRASIL. STF. HC n.º 82.424/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2003, publicado em 19.03.2004.

¹⁷⁰ REIS, Wanderlei José dos. **Ativismo judicial e a nova postura do STF nas ações diretas de Inconstitucionalidade por omissão: justiça social ou criação judicial de norma jurídica Penal na equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo (ADO n.º 26/df e MI n.º 4.733/DF)?**. 2020. p. 38.

condutas. Assim, diante da ausência de propostas legislativas neste sentido, pediram que tais condutas fossem equiparadas ao crime de racismo”¹⁷¹.

Sucedeu que, no dia 23.05.2019, o Senado Federal protocolou, no bojo da ADO n.º 26/DF, uma petição, informando que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara Alta havia aprovado Substitutivo do relator, senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE), ao Projeto de Lei n.º 672, de 2019, apresentado em 12 de fevereiro de 2019 pelo senador Weverton (PDT/MA), que aprimora a Lei n.º 7.716/89 para incluir os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. No mesmo documento, noticiou também a aprovação, em caráter terminativo, do Projeto de Lei n.º 191, de 2017, de autoria do senador Jorge Viana (PT/AC), nos termos do relatório apresentado pela senadora Rose de Freitas, que altera o art. 2º, da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), para incluir, entre os valores protegidos pela Lei Maria da Penha, também a identidade de gênero, como forma de atender aos indivíduos transgêneros identificados com o sexo feminino. A despeito da petição encaminhada pelo Senado Federal, o Pretório Excelso, ainda no dia 23.05.2019, por maioria e nos termos do voto do relator da ADO n.º 26/DF, decidiu pelo prosseguimento do julgamento, por não vislumbrar qualquer situação configuradora de prejudicialidade. O ministro Celso de Mello, relator da ADO n.º 26/DF, ao fundamentar o seu voto na resposta à petição do Senado Federal, ponderou que a mera existência de proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional não é suficiente, por si só, para afastar o quadro de inércia por parte do Poder Legislativo. Salientou também que a Presidência do Senado Federal, ao prestar suas informações oficiais, “esclareceu que, não obstante a diversidade de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, mesmo assim, até o presente momento, o Poder Legislativo não conseguiu atingir o consenso necessário à efetiva regulamentação do texto constitucional na matéria ora em análise”¹⁷². Por fim, vaticinou que “a constatação objetiva de que se registra, na espécie, hipótese de mora inconstitucional, apta a instaurar situação de injusta omissão geradora de manifesta lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional inadimplida (art. 5º, XLI e XLII, CF), justifica, plenamente, a intervenção do Poder Judiciário, notadamente a do Supremo Tribunal Federal”¹⁷³. De fato, em 13.02.2019, o Tribunal deu início ao julgamento conjunto do mérito da ADO n.º 26/DF e do MI n.º 4.733/DF, oportunidade em que o ministro Celso de Mello, relator, votou pela procedência dos pleitos desenhados em ambas as ações. Já em 13.06.2019, o STF, por maioria e nos termos do voto do ministro relator, decidiu pela procedência dos pedidos formulados na ADO n.º 26/DF e no MI n.º 4.733/DF para, além de declarar a inconstitucionalidade da omissão do Congresso Nacional, dar interpretação conforme a Constituição, enquadrando a homofobia e a transfobia, ou qualquer que seja a forma da sua manifestação, no crime de racismo, definido na Lei n.º 7.716/89, até que o Congresso edite uma norma autônoma.¹⁷⁴

¹⁷¹ REIS, Wanderlei José dos. **Ativismo judicial e a nova postura do STF nas ações diretas de Inconstitucionalidade por omissão: justiça social ou criação judicial de norma jurídica Penal na equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo (ADO n.º 26/df e MI n.º 4.733/DF)?**. 2020. p. 38.

¹⁷² BRASIL. STF. ADO n.º 26/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 23.05.2019, publicado em 27.05.2019.

¹⁷³ BRASIL. STF. ADO n.º 26/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 23.05.2019, publicado em 27.05.2019.

¹⁷⁴ REIS, Wanderlei José dos. **Ativismo judicial e a nova postura do STF nas ações diretas de Inconstitucionalidade por omissão: justiça social ou criação judicial de norma jurídica Penal na equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo (ADO n.º 26/df e MI n.º 4.733/DF)?**. 2020. p. 38 - 39.

Em que pese os muitos exemplos de condutas do STF aqui abordados, é importante salientar também uma questão discutida no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que arguiu a problemática sobre o momento consumativo do crime de roubo sob a vigência da teoria dos precedentes. Dos autos do recurso, consta que o acusado foi condenado em primeira instância pela prática do crime de roubo consumado. Interposto recurso de apelação pela defesa, houve provimento pela câmara criminal do tribunal de segundo grau desclassificando a conduta para a prática de crime de roubo tentado, havendo expressa contrariedade à lei federal já que violou o disposto nos artigos 14, I e 157, ambos do Código Penal brasileiro.¹⁷⁵

Não obstante, mundialmente vive-se uma crise instaurada em virtude da disseminação do vírus SARS-CoV-2, dito Coronavírus ou COVID-19. A instabilidade social, econômica, educacional, governamental que se enfrenta em razão da pandemia, implantou um estado de calamidade pública no Brasil, as diligências executadas pelo Poder Público na luta contra a COVID-19 revelaram-se insuficientes e os procedimentos legítimos e constitucionalmente adotados para a criação de leis expressam incapacidade de sanar as premências sociais. Logo, o Poder Legislativo encontra-se em “mora pela ineficácia de seus atos e a impossibilidade de atender todas as necessidades públicas [...], mesmo tendo sido decretado estado de emergência na saúde pública e suspensa a maioria das atividades públicas privadas”¹⁷⁶.

Denota-se também ineficiente o Poder Executivo, especialmente o Federal, por conta de o atual governo ser contra medidas preventivas de disseminação do coronavírus, recomendadas pela Organização Mundial de Saúde, dos Conselhos Federais e Regionais de Medicina, da Sociedade Brasileira de Infectologia e do Ministério da Saúde. Daí, nasceram as Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 668¹⁷⁷ e n.º 669¹⁷⁸, com pedido cautelar contra o anúncio de

¹⁷⁵ SILVA Marcio Evangelista Ferreira da. **A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no Direito e no Processo Penal Brasileiro**. Brasília 2019. p. 372.

Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Crime consumado I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; Tentativa) II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

¹⁷⁶ PEREIRA, Cássia Beatriz Rosa Arantes. **Ativismo judicial: um olhar contemporâneo**. Curitiba, 2021. p. 159.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020.

contratação pelo Governo Federal, da campanha publicitária denominada “O Brasil Não Pode Parar”¹⁷⁹, o qual foram alegadas violações aos direitos humanos.¹⁸⁰

Em caráter excepcional, o Relator Ministro Luís Roberto Barroso optou por decidir de imediato sobre as medidas cautelares requeridas¹⁸¹ pelos riscos gerados por eventual campanha de desinformação e pela importância de assegurar que recursos públicos escassos não sejam desperdiçados em contexto em que são imprescindíveis para a preservação da vida das pessoas.¹⁸² “Uma campanha publicitária, promovida pelo governo, que afirma que ‘O Brasil não pode parar’, constitui, em primeiro lugar, uma campanha não voltada ao fim de informar, educar ou orientar socialmente no interesse da população”, assim afirmou o ministro Barroso, ao conceder a liminar.¹⁸³

Quanto à função garantista do Direito penal, esta revela uma Política criminal onde prevalece o Direito Penal Humanitário, a fim de conter o poder punitivo estatal:

O garantismo que, partindo da proteção da sociedade através da prevenção geral de delitos, procede a sublinhar as exigências formais de segurança jurídica, proporcionalidade, dentre outros, e acolhe, por sua vez, as tendências humanizadoras, expressa o estado até agora mais evoluído de desenvolvimento das atitudes político-criminais básicas, a síntese dos esforços em prol de um melhor Direito Penal, e constitui a plataforma necessária para abordar de modo realista e progressista os problemas teóricos e práticos do Direito Penal.¹⁸⁴

Todavia, diante de todo o exposto em matéria penal, tem-se que a Política criminal nada mais é do que críticas do Direito penal, um conjunto de convicções ideológicas em seus diversos e peculiares modos de pensar frente aos grupos sociais que influenciam tanto quanto ou mais que as razões científico-jurídicas, motivo pelo

¹⁷⁹ O Deputado Federal Alexandre Padilha (PT-SP) entrou com uma ação no Tribunal de Contas da União contra o governo federal, por conta da campanha publicitária “Brasil não pode parar”, que custou R\$ 4,8 milhões aos cofres públicos e que pedirá que a população interrompa a quarentena e saia às ruas, em meio à pandemia do coronavírus.

¹⁸⁰ PEREIRA, Cássia Beatriz Rosa Arantes. **Ativismo judicial: um olhar contemporâneo**. Curitiba, 2021. p. 160.

¹⁸¹ PEREIRA, Cássia Beatriz Rosa Arantes. **Ativismo judicial: um olhar contemporâneo**. Curitiba, 2021. p. 163.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020.

¹⁸³ VITAL, Danilo. Em liminar, ministro Barroso proíbe campanha “O Brasil não pode parar.” 31 de março de 2020, 22h20. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil-nao-parar>. Acesso em 07/10/2021.

¹⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41 - 42.

qual não conta sempre com uniformidade, pois representa o resultado do enfrentamento no plano das ideias de grupos com posicionamentos distintos e implica no dinamismo desta disciplina tendente a modificar, manter ou reformar os institutos do direito penal vigentes.¹⁸⁵ O fato é que tanto a Política criminal quanto o Direito penal devem ser estruturados a partir dos postulados constitucionais.

4.1 Duplo Grau de Jurisdição: Conduta Punitiva frente ao STF

Importante Princípio do Direito Processual, o Duplo Grau de Jurisdição é um princípio que garante a todos os cidadãos jurisdicionados, ou melhor, a uma das partes da relação processual que estiver insatisfeita com a decisão do juízo *a quo*, a uma reanálise de seu processo administrativo ou judicial, geralmente por uma instância superior denominada de tribunal *ad quem*.

O constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho deu algumas declarações sobre o Supremo Tribunal Federal e sobre o julgamento do mensalão. Para o jurista, o STF é um dos tribunais mais poderosos do mundo, mais até que o Tribunal respectivo dos Estados Unidos, pois possui um conjunto de fiscalizações não apenas concretas, além de que acumula competências e poderes que a maior parte dos tribunais não têm, pois só são tribunais constitucionais. Ainda, pelo fato de o STF ter a dimensão de tribunal de revisão, de última palavra. Ademais, adentra sobre o caso mensalão, em que destaca que os réus ali julgados e condenados definitivamente exclusivamente pelo STF possuem razão em reclamar pelo direito de um julgamento por um segundo tribunal, “quando a gente diz que tem de ter sempre direito a recurso por uma segunda instância, para estar mais informado é, em geral, nas questões penais. Ou seja, o duplo grau de jurisdição”¹⁸⁶.

Na palavras de Canotilho¹⁸⁷:

¹⁸⁵ FILHO, Antônio Carlos Santoro. **Conceito de Política Criminal**. 14/10/2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43624/conceito-de-politica-criminal>. Acesso em 24/06/2022.

¹⁸⁶ Entrevista concedida ao Jornal Folha, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-algumarazao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em 29/09/2021.

¹⁸⁷ Entrevista concedida ao Jornal Folha, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-algumarazao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em 29/09/2021.

o Brasil tem uma outra Constituição feita pela jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Os tribunais constitucionais [de outros países] não têm essas funções, de serem tribunais penais. E por isso é que eu digo que [o STF] é o tribunal com mais força. E, por outro lado, através de suas decisões, é um tribunal que consegue estar em sintonia com a opinião pública. Eu recorro do problema da desfiliação partidária [fidelidade], do problema dos índios [Terra Indígena Raposa Serra do Sol], do problema das algemas [limitação no uso]. Podemos não concordar. Mas o povo estava em tendência de sintonia com o sentido dessas decisões.

Em entrevista concedida ao Jornal Folha, Canotilho rechaça qual a solução que seria dada para o caso de reclamação dos réus por terem sido julgados direto em instância superior “por um lado, nós exigimos que pessoas com estatuto de deputado não sejam julgadas por juiz de primeira instância. E acabamos por dizer: não têm de ser julgados [só] por juízes de última instância, pois afronta a dignidade.” Conclui respondendo a mesma pergunta afirmando que “Não há recursos sobre todas as coisas. Agora, na questão penal, é também dado como certo que o duplo grau de jurisdição é quase uma dimensão material do direito ao direito de ir aos tribunais”¹⁸⁸.

A entrevista seguiu com outra importante questão muito bem analisada pelo dito jurista:

Outra reclamação muito repetida é que o mesmo ministro, Joaquim Barbosa, cuidou de todas as etapas do processo. Do recebimento da denúncia ao julgamento. Foi relator e ainda atuou como presidente da corte ao longo do mesmo julgamento.

R: Não conheço. De qualquer modo, o que eu tenho defendido sobre a Constituição portuguesa, mesmo contra meus colegas criminalistas, é que, num processo justo em direito penal --essa é uma opinião minoritária-- quem investiga não acusa, quem acusa não julga. São sempre órgãos diferentes. Portanto, se quem investiga é a polícia judiciária ou se é o Ministério Público, este, se investigou, não acusa. O Ministério Público que acusar e o juiz que acusar, não julga. Isso para não transportar as pré-compreensões adquiridas em outros momentos do processo ao momento do julgamento. Eu tenho defendido essa ideia para a Constituição portuguesa. Os meus colegas penais dizem que isso é quase impraticável, porque exigiria um juiz para investigar, depois exigiria o juiz da acusação, e depois um outro juiz para a audiência e julgamento. Mas [defendo] essa coisa simples: quem investiga não acusa, quem acusa não julga. Então é razoável questionarmos.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Entrevista concedida ao Jornal Folha, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-almgum-arazao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em 29/09/2021.

¹⁸⁹ Entrevista concedida ao Jornal Folha, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-almgum-arazao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em 29/09/2021.

No caso em comento, percebe-se que na tentativa de combater a corrupção (mesmo que constatado ter havido falhas, diante dos altos índices de criminalidade), o STF optou por uma resposta firme a população deixando garantias fundamentais e processuais de lado em nome de se fazer justiça, “acabou por rasgar séculos de conquistas de direitos para dar aos holofotes e ao senso comum uma resposta supostamente firme e que não dialogasse com a corrupção”¹⁹⁰.

Em dezembro de 2019 surgiu no ordenamento jurídico nacional um conjunto de leis denominado como “Pacote Anticrime”¹⁹¹, justificada na necessidade de acabar com a impunidade, cujos reflexos desta recente legislação no âmbito do Tribunal do Júri, principalmente no que se refere à violação do duplo grau de jurisdição e à presunção de inocência, têm a previsão de antecipação de pena que na prática implementa uma nova modalidade de permissão legal de execução de pena antes do trânsito em julgado, sendo incompatível com a ordem constitucional (incisos LVII e LIV do art. 5º)¹⁹² e conflitante com a novel normativa específica do próprio CPP (art. 283)¹⁹³, deixando como “marco claramente demarcado”¹⁹⁴ o trânsito em julgado para que o acusado possa ser considerado culpado e conseqüentemente, iniciar o cumprimento da pena.

Afirma Badaró, “a ausência de controle daria ao titular de tal decisão um poder limitado e absoluto, o que não pode ser aceito em um Estado de Direito”.¹⁹⁵

Sendo assim, o princípio do duplo grau de jurisdição assume papel fundamental na ordem jurídica, não podendo ser mitigado¹⁹¹ principalmente, por lei infraconstitucional ordinária, nas palavras do professor de processo penal Silva:

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Marcio Gabriel Perez. **Ativismo judicial e a inobservância de Direitos Fundamentais à luz da ação penal 470**. Rio Grande, 2014. p. 49.

¹⁹¹ O chamado “Pacote Anticrime” do Governo Federal se refere a um conjunto de alterações na legislação brasileira que visa a aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal. Constituída por dois projetos de lei ordinárias e um projeto de lei complementar, a proposta do Ministério pretende alterar o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos, o Código Eleitoral, dentre outras normas.

¹⁹² LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁹³ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

¹⁹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17 ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 140.

¹⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 4. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. p. 816.

¹⁹¹ Ato de diminuir a intensidade de algo, fazer com que fique mais brando, calmo ou relaxado.

Perceba-se que, ao prever o início da execução da pena imediatamente a partir de decisão do Tribunal do Júri, o duplo grau resta enfraquecido, vez que sujeita o condenado ao cumprimento de uma pena, mesmo havendo possibilidade de que o julgamento seja anulado ou a sentença reformada¹⁹⁷.

Em verdade, punir criminosos envolvidos (desde que haja provas) intervindo sobre indivíduos e não sobre estruturas de poder “constitui uma ilusão conservadora que apenas serve para manter as coisas como estão a pretexto de mudá-las”¹⁹⁸.

Em arremate final, observa-se que apenas uma reforma política seria capaz de reduzir a níveis consideráveis a corrupção existente no Brasil. Atualmente, o modelo de processo penal constitucional do nosso país está sempre pretendendo se fundamentar na valorização do homem e do valor de sua dignidade, porém quando os ministros da mais alta Corte aplicam um processo penal de execução e são eles aclamados, é sinônimo de que as garantias fundamentais em tempos de um Estado Democrático e de Direito, precisam ser combatidos pela realidade do Ativismo Judicial em cenário jurídico pátrio.¹⁹⁹

4.2 Ativismo Judicial no Julgamento de *Habeas Corpus*.

Desde os primórdios da civilização com as guerras e revoluções que ocorreram para que fosse garantida a liberdade das pessoas, essa tal liberdade é um dos maiores direitos do ser humano e como garantia da constituição, está o direito de não ser considerado culpado e de iniciar o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado dos procedimentos de persecução penal, caracterizado pelo importante antecedente histórico de criação jurisprudencial, a doutrina brasileira do *habeas corpus*, previsto na constituição como um dos remédios constitucionais, “concedido

¹⁹⁷ SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e. FELIX, Yuri. **A mitigação do duplo grau de jurisdição no pacote anticrime – comentários ao art. 492 do CPP. 2020.** Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>. Acesso em 29/09/2021.

¹⁹⁸ SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e. FELIX, Yuri. **A mitigação do duplo grau de jurisdição no pacote anticrime – comentários ao art. 492 do CPP. 2020.** Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>. Acesso em 29/09/2021. p. 49

¹⁹⁹ SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e. FELIX, Yuri. **A mitigação do duplo grau de jurisdição no pacote anticrime – comentários ao art. 492 do CPP. 2020.** Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>. Acesso em 29/09/2021. p. 52.

sempre que alguém sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”²⁰⁰.

Exemplo de aplicação da doutrina ocorreu em 1909 com a concessão de *habeas corpus* a um grupo de intendentos do Conselho Municipal do Distrito Federal que estavam sendo impedidos pelo Presidente da República de ingressar no prédio daquele órgão legislativo e exercer as funções para as quais haviam sido eleitos. Não obstante a concessão da ordem, o então Presidente da República, Hermes da Fonseca, negou-se a cumpri-la sob a alegação de que o Supremo Tribunal Federal havia exorbitado suas atribuições.²⁰¹ Essa atitude, no dizer de Ramos²⁰² foi “um dos mais graves episódios de menoscabo ao exercício da função jurisdicional de nossa história republicana”.

Pode-se afirmar ainda que, no processo penal trata-se de situação peculiar já que a coisa julgada pode ser soberana em casos de absolvição e declaração de extinção de punibilidade, mas não será quando for possível de revisá-la ou afastá-la.²⁰³ No sistema brasileiro, a coisa julgada pode ser revisada, no entanto, somente no interesse da defesa, ou seja, *pro reo*, nunca *pro societate* e se operacionaliza pela Revisão Criminal e também pela ordem de *Habeas Corpus*. Destarte, “a sentença penal condenatória por ser passível de revisão criminal a qualquer tempo”, não será soberana, pois “jamais produzirá uma plenitude de seus efeitos”²⁰⁴.

Segundo Moro, no caso da doutrina do *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal “foi sensível às necessidades da época e interpretou o texto constitucional desenvolvendo todas as potencialidades da ação constitucional”²⁰⁵, não se contendo diante da origem do instrumento ou do passado invocado pela expressão *habeas corpus*.

²⁰⁰ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 87.

²⁰¹ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 88-89.

²⁰² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230.

²⁰³ SILVA Marcio Evangelista Ferreira da. **A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no Direito e no Processo Penal Brasileiro**. Brasília 2019. p. 266.

²⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1112.

²⁰⁵ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 92-93.

Para Ramos²⁰⁶, a doutrina do *habeas corpus* não representou ativismo judicial da Suprema Corte, uma vez que foi estruturada a partir de interpretação extensiva do dispositivo-matriz da garantia e baseada em elementos genéticos, gramaticais, sistemáticos e teleológicos. Além disso, segundo o mesmo autor, o Supremo Tribunal Federal nem sempre ficou adstrito aos limites impostos pelo ordenamento tendo agido, em alguns casos, de maneira ativista. A doutrina construída se situava numa posição intermediária entre o conservadorismo dos que pretendiam manter o *habeas corpus* restrito à estrita proteção da liberdade de locomoção e aos exageros de outros que projetavam para o instituto finalidade desvinculada de sua origem histórica.²⁰⁷

Todavia, no ano de 2016 houveram ataques à garantia do direito da presunção da inocência, pelo qual o Supremo Tribunal Federal firmou posição de haver a possibilidade do cumprimento da pena após a decisão de segundo grau, isto é, ainda existindo possibilidade de recursos. Tal ativismo consistiria em posição política do STF e a sobreposição do poder de legislar e somente foi restabelecido esse direito no ano de 2019 quando a corte voltou ao entendimento anterior à 2016, enaltecendo a presunção de inocência antes do trânsito em julgado.²⁰⁸

Em fevereiro do mesmo ano foi julgado, perante o Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus nº 126.292²⁰⁹, de relatoria do falecido Ministro Teori Zavascki, fundamentando a alteração na posição do tribunal, a retomada da “tradicional jurisprudência de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário [...] é sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado”²¹⁰, sendo que, por maioria foi denegada a ordem do *writ* (HC) com votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e da Ministra Rosa Weber. A decisão alterou a posição da Corte quando do julgamento do *Habeas Corpus*

²⁰⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 232.

²⁰⁷ MORI, Maria Cristina Lima. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo judicial: Limites e Possibilidades**, Marília, 2012. p. 52.

²⁰⁸ CALÇADA, Luís Antonio Zanotta e RECK, Janriê Rodrigues. **Ativismo judicial no julgamento do habeas corpus nº 126.292 e as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 E 44**. 2020. p. 2.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 29/09/2021.

²¹⁰ CALÇADA, Luís Antonio Zanotta e RECK, Janriê Rodrigues. **Ativismo judicial no julgamento do habeas corpus nº 126.292 e as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44**. 2020. p. 9.

nº 84.078²¹¹ (a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença). O entendimento judicial de que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, foi no sentido de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.²¹²

Quanto aos votos, tem-se diversas opiniões:

Contrária ao voto do relator, a Ministra Rosa Weber destacou o princípio da segurança jurídica, afirmando que os precedentes deveriam ser respeitados (reforça-se que a tese anterior fora fixada apenas 6 anos antes). Na mesma linha, o Ministro Marco Aurélio, receoso dos rumos da votação, no decorrer do julgamento afirmou que “Já, agora, com o voto de integrantes que buscam sempre a preservação da jurisprudência, revemos jurisprudência, que poderia dizer até mesmo recente”, demonstrando uma insatisfação ao declarar que não via “uma tarde feliz, em termos jurisdicionais”.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, elencou diversos argumentos, “reafirmando, assim, a tese de que a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu [...] de ser presumido inocente”, pois “é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal”²¹³.

O perigo maior da *decisum* é que uma parte dos recursos é provido implicando redução da pena ou absolvição, de acordo com os próprios Ministros do STF. Conforme a menção ao HC nº 84.078, realizada pelo relator no voto do HC nº 126.292, de que, de 167 Recursos Extraordinários, foram providos menos de 4% dos casos. Isso fará com que uma parte cumpra pena após a decisão de segundo grau e depois por determinação das cortes superiores seja posto em liberdade.²¹⁴

Essa sociedade de riscos, diante da insegurança no sistema carcerário brasileiro por exemplo, acaba por fazer surgir um novo Direito Penal, relativizando princípios políticos-criminais (destaca-se o resultado do julgamento), fruto de um sentimento de insegurança generalizado, que aumenta a abrangência e necessidade

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 29/09/2021.

²¹² CALÇADA, Luís Antonio Zanotta e RECK, Janriê Rodrigues. **Ativismo judicial no julgamento do habeas corpus nº 126.292 e as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 E 44**. 2020. p. 9-10.

²¹³ CALÇADA, Luís Antonio Zanotta e RECK, Janriê Rodrigues. **Ativismo judicial no julgamento do habeas corpus nº 126.292 e as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 E 44**. 2020. p.10.

²¹⁴ GARCIA, Roberto Soares. **Cumprimento de pena depois do julgamento de apelação**. Revista Brasileira de Advocacia, v. 3, p. 75-85, Out-Dez/2016.

de intervenção do Direito Penal²¹⁵, nas palavras de Rogério Gesta Leal²¹¹ “tenho que se pode reconhecer como verossímil a percepção de precariedade do presente e futuro da Democracia, em face dos riscos permanentemente existentes a ela e sua cidadania”. “Logo, pode-se deduzir que o julgamento do STF em todos os processos pode ter sido fruto de tal influência por todos os comentários expostos pelos Ministros e acima extraído”²¹².

4.3 Presunção de Inocência

Princípio consumado na Constituição Federal ratificado pelo artigo 5º, § 2º, o Princípio da Presunção de Inocência, também garantido por tratados internacionais de direitos humanos tem *status* constitucional, ou seja, possui a importância central de sua caracterização como uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Diante de sua previsão há o dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente. Assim, impõe-se aos sujeitos processuais, mormente ao Juiz e ao Ministério Público²¹³, o dever de tratar o acusado como inocente, não podendo receber um tratamento equivalente ao de quem já foi condenado²¹⁴.

A presunção de inocência encontra amparo ainda na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²¹⁵ em seu artigo 9º²¹⁶ que instituía como todo homem não consoante a culpabilidade²¹⁷ do réu “deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei”²²², na

²¹⁵ LEAL, Rogério Gesta. **A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade – instrumentos de direito material e processual** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2017. p. 130.

²¹¹ LEAL, Rogério Gesta. **A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade – instrumentos de direito material e processual** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2017. p. 58.

²¹² CALÇADA, Luís Antonio Zanotta e RECK, Janriê Rodrigues. **Ativismo judicial no julgamento do habeas corpus nº 126.292 e as ações declaratórias de constitucionalidade Nº 43 E 44**. 2020. p.17.

²¹³ SABOIA, Jéssica Ramos e SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do Estado de inocência e da sua relativização pelo STF**. Rev. Direitos fundam. democ., v. 23, n. 2, p. 53-74, mai./ago. 2018. p. 61.

²¹⁴ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 12.

²¹⁵ DDHC de 1789.

Organização das Nações Unidas (ONU), que promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) no artigo XI, pela qual diz que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”²²³ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em seu artigo 8.2 “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”²²⁴ que tratam expressamente de inocência.

Nesta senda, “todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram o sistema constitucional brasileiro tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior”²²⁵. Percebe-se que as garantias constitucionais e as da CADH se integram e se completam e na hipótese de ser uma mais extensa que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais ao cidadão, com a máxima efetividade ao compromisso do Estado Democrático de Direito brasileiro na preservação da dignidade da pessoa humana.²²⁶

Dessa forma, não pode haver conforme a Constituição, em seu art. 5º, inciso LVII, a execução da pena após a decisão de segunda instância (após o trânsito em julgado da sentença penal que o condenou) sob pena de haver “desconsideração do direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de decisão condenatória”²²⁷,

²¹⁶ Artigo 9º - Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

²¹⁷ Isto é, a inscrição no rol dos culpados só poderá se dar após o trânsito em julgado e, por obviedade, somente será considerado culpado após o trânsito.

²¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2015. p. 171.

²²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.

²²⁴ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em 05/10/2021.

²²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 71.

²²⁶ SABOIA, Jéssica Ramos e SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do Estado de inocência e da sua relativização pelo STF**. *Rev. direitos fundam. democ.*, v. 23, n. 2, p. 53-74, mai./ago. 2018. p. 61-62.

²²⁷ NUCCI, Guilherme. **Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade: as antíteses do Estado Democrático de Direito**. *Revista dos Tribunais*, v. 906, p. 287-316, Abr/2011.

“trata-se de garantia integrante do devido processo legal. O dispositivo não assegura literalmente a presunção de inocência”²²⁸.

Como aduz Julio Maier:²²⁹

[...]“presumir inocente”, “reputar inocente” ou “não considerar culpável”, significam exatamente o mesmo. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo, e procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual, pois apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Diante do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, negado provimento pelo Relator, Ministro Cezar Peluzo, o Ministro Gilmar Mendes votou sob fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, ou seja, disposição hierárquica jurídica superior a uma lei, tornando então a legislação infraconstitucional inaplicável, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação pelo Brasil, sem qualquer reserva do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica.²³⁰

Todavia, conforme posição do Supremo Tribunal Federal que passou a entender que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem natureza supralegal (posição do Min. Gilmar Mendes) ou materialmente constitucional (posição do Min. Celso de Mello), o ponto relevante são as leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH que conflitem com a garantia da imparcialidade do juiz, assegurada expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos, não terão eficácia jurídica/aplicabilidade.²³¹

A presunção de inocência, já dizia Carrara que procede de dogmas da razão absoluta e funciona como uma condição absoluta da legitimidade do procedimento e

²²⁸ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 6.

²²⁹ MAIER, Julio Bustos Juan. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. t. I 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1996. p. 491.

²³⁰ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 5-6.

²³¹ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 6.

do julgamento.²³² Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró afirmam em que a presunção de inocência trata-se de uma garantia política que o acusado detém como sujeito de direito dentro do processo penal.

Não mais uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, mediante tortura, para obter a confissão *ex ore rei*. O acusado, presumido inocente, é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade. A prova da imputação cabe à acusação e integralmente à acusação.²³³

O processo penal é um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria em que todo indivíduo tem uma liberdade, porém não absoluta entre seus direitos fundamentais restringida à expressa previsão legal e a observância de um devido processo legal assegurado pela garantia deste princípio em debate, somente sendo afastado mediante prova plena do cometimento de um delito, (eliminando qualquer dúvida razoável e impondo a necessidade de certeza) ou com o trânsito em julgado.²³⁴

Nesta acepção, a presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*, também conhecido como princípio a favor do rei, implica que na dúvida interpreta-se em favor do acusado, isso porque a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado. E foi a Constituição que trouxe este princípio “o Brasil recepcionou a presunção de inocência e como presunção, exige uma pré-ocupação durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente”²³⁵.

Infere-se aqui novamente a política criminal onde nota-se que pessoas são levadas à condenação sem sequer ter o direito de responder à acusação, mesmo que seja vedado pelo sistema jurídico penal pátrio, fazendo valer a máxima de que nenhum

²³² Francesco Carrara, *Il diritto penale e la procedura penale* (Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa), in *Opuscoli di Diritto Criminale*, Lucca: Tipografia Giusti, 1874, v. V, p. 18.

²³³ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 7.

²³⁴ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 8.

²³⁵ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 10.

culpado fique impune às custas da incerteza e de que também um inocente possa ser punido, a exemplo disso tem-se decisões da Corte que serão debatidas.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu em 2009 no julgamento do HC nº 84.078, que a presunção de inocência se aplicava até que houvesse uma condenação transitada em julgado. O posicionamento, na prática, impedia a execução provisória da pena, enquanto pendesse qualquer recurso. Todavia, o Supremo alterou seu entendimento recentemente ao julgar o HC nº 126.292/SP, realizado no dia 17.02.2016 e considerou que é possível dar início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, porque a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, autorizando assim o início da execução da pena.²³⁶

Em suma, segundo o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal “nega-se efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário”. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada”²³⁷ e ainda,

É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a ‘golpes de decisão’. Não pode o STF, com a devida vênua e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. É temerário admitir que o STF possa ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Trata-se de conceito assentado, com fonte e história.²³⁸

²³⁶ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulate: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 14-15.

²³⁷ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulate: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 15.

²³⁸ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulate: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 17

Na presente decisão não há qualquer menção ao art. 283²³⁹ e tampouco há uma “declaração fundamentada de sua inconstitucionalidade, pois ele é completamente incompatível com a decisão proferida pelo STF”²⁴⁰ e como consequência, Lênio Streck questiona:

“Interpretação do instituto da prisão provisória à luz da CF? Mais: esse novo entendimento não deu azo a uma súmula vinculante. E nem poderia, mesmo que tivesse 8 votos, porque a CF é clara, em seus limites semânticos, no sentido de que são necessárias várias decisões (reiteradas!). Portanto, na medida em que não é cabível a tese da abstratização (objetivização) do controle difuso (a Recl. 4.335 virou uma SV) porque, no caso, nem declaração de inconstitucionalidade houve, não caberá reclamação da decisão de um tribunal que resolva não aplicar a nova posição do STF”.²⁴¹

Apesar de alguns argumentos serem relevantes para a sociedade, esses novos entendimentos do STF de que a execução provisória da pena após decisão de segunda instância não viola o princípio da presunção do estado de inocência, configura julgamentos por motivos não jurídicos com a desconsideração dos princípios e normas constitucionais e a criação de um novo conceito de trânsito em julgado ou do estado de inocência “numa postura solipsista”²⁴² com discricionariedade daquele poder, configurando assim, ativismo judicial, o qual, muitas vezes inobserva princípios constitucionais e a garantia da Supremacia da Constituição.

4.4 Por um Sistema Penal de Precedentes

Inicia-se este tópico apresentando os dois sistemas jurídicos adotados por diversos países, o sistema jurídico da *civil law* (origem romano-germânica) este, tradicionalmente vinculado na concepção da restrição à interpretação do direito, ou

²³⁹ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

²⁴⁰ JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulate: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 35

²⁴¹ Lênio Streck – Opinião: Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional, disponível em: [http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teoriprender-transito-julgado]. Acesso em 20.05.2016.

²⁴² JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulate: Maria Cláudia de Seixas, 2016. p. 17

seja, restringe o poder dos juízes na aplicação do direito.²⁴³ Aqui, o ordenamento substancia-se basicamente em leis abrangendo os atos normativos em geral como decretos, resoluções e medidas provisórias e etc.²⁴⁴ Outro é o sistema jurídico da *common law* (originário da Inglaterra) que tem natureza jurisprudencial cuja principal fonte do Direito são os precedentes derivados dos Tribunais Superiores²⁴⁵, sendo formado por decisões dos juízes que julgavam casos particulares, tratando-se de regras menos abstratas, “pois visavam solucionar o caso em julgamento e não se preocupavam em formular regras para o futuro”²⁴⁶.

É importante notar que na esfera criminal até o presente momento, não houve qualquer alteração no Código de Processo Penal incorporando a referida sistemática. Com o advento do Código de Processo Civil em 2015, incorporou-se o sistema de precedentes judiciais do país definidos pela doutrina pátria como decisões judiciais tomadas à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Trata-se de uma tentativa de manter a coerência do sistema e a segurança jurídica estável e previsível aos jurisdicionados ao determinar que casos semelhantes recebam o mesmo tratamento.²⁴⁷

No direito brasileiro, diante da teoria constitucional e do sistema de freios e contrapesos, os poderes legitimados detêm suas funções, assim, sob a ótica do Poder Judiciário, pode-se afirmar que a teoria dos precedentes pode alterar o panorama dos direitos penal e processual penal brasileiro, mas sem exercer ativismo judicial não se podendo criar tipos penais, ainda que diante da omissão do Poder Legislativo²⁴⁸ e assim “a criação do Direito, a sua respectiva execução ou aplicação, bem como o julgamento acerca dos conflitos normativos jurídicos” devem ser desempenhados de acordo com as atribuições de cada poder. Deve-se lembrar a regra básica de que

²⁴³ HASELOF, Fabíola Utzig. Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 25.

²⁴⁴ NERI, Bianca Garcia, LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. **A força dos precedentes judiciais no Processo Penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica.** Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 634-654| Jan/Jun.2016. | Jan/Jun.2016. p. 640.

²⁴⁵ NERI, Bianca Garcia, LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. **A força dos precedentes judiciais no Processo Penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica.** Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 634-654| Jan/Jun.2016. | Jan/Jun.2016. p. 640.

²⁴⁶ SILVA Marcio Evangelista Ferreira da. **A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no Direito e no Processo Penal Brasileiro.** Brasília 2019. p. 40.

²⁴⁷ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 385.

²⁴⁸ SILVA Marcio Evangelista Ferreira da. **A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no Direito e no Processo Penal Brasileiro.** Brasília 2019. p. 316.

no direito brasileiro “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, conforme preceitua o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, ou seja, a lei, “o comando normativo oriundo do Poder Legislativo” é que cria o tipo penal e, só assim, atende-se o princípio da estrita legalidade.²⁴⁹

Com efeito, “o juiz delibera apenas sobre casos particulares envolvendo homens de carne e osso, enquanto que o jurista trata os problemas do direito abstraídos da sua dimensão humana”²⁵⁰. No ato de decidir, o magistrado “interpreta as circunstâncias fáticas, os valores sociais e os enunciados jurídico-prescritivos”²⁵¹. Nesse ponto, há muitas incertezas de como se interpretar o enunciado normativo, pois as regras existentes não são capazes de determinar resultados desejados²⁵², as regras nada mais são do que “ofertas desejáveis e legitimadoras de resultados”, o que, por certo, gera insegurança jurídica.²⁵³ Com o magistrado não é diferente já que no ato de julgar ele carrega o ato com os valores adquiridos em sua experiência de vida.²⁵⁴

Segundo Hans Kelsen:

A tarefa do magistrado é, na aplicação do enunciado normativo, uma continuidade do processo de determinação do sentido e conteúdo e, havendo “pluralidade de significações de uma palavra”, o intérprete, que aplicará o texto legal ao caso concreto, encontrará “várias significações possíveis”, ou seja, a interpretação exarada por tal intérprete “é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”. Nítido, pois, qualquer que seja a interpretação realizada, é “um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”²⁵⁵.

Ainda sobre tal argumento, no contexto do positivismo como nos primórdios e agora com a nova realidade exigida pela teoria dos princípios e dos direitos

²⁴⁹ ALVES Júnior, Luís Carlos Martins. **O ativismo judicial da república togada e o princípio da legalidade na democracia parlamentar: uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes da separação dos poderes e da soberania popular**, 27 International Law. In: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 167-198 (2015). p. 18 e 25-30.

²⁵⁰ GARAPON, Antoine. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 18-19.

²⁵¹ ALVES Júnior, Luís Carlos Martins. **Direitos Constitucionais Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010. p. 143.

²⁵² SILVA Marcio Evangelista Ferreira da. **A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no Direito e no Processo Penal Brasileiro**. Brasília 2019. p. 208.

²⁵³ HASSAMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005. p. 12.

²⁵⁴ ALVES Júnior, Luís Carlos Martins. **Direitos Constitucionais Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010. p. 94, 143 e 146.

²⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2ª Tiragem, 2011. p. 389-392.

fundamentais de “conteúdo aberto e indeterminado e conteúdo moral, é possível afirmar que o Poder Judiciário não tem os limites que outrora eram estabelecidos nos textos escritos”²⁵⁶. Assim, não havendo mais os limites que o positivismo pregava, se fica diante da insegurança jurídica.

Sobre a importância da segurança jurídica, na *civil law*, Barboza ressalta que “o princípio da segurança jurídica busca propagar o sentimento de previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos da regulação das condutas no seio da sociedade; tal sentimento intenta tranquilizar os cidadãos, permitindo-se programar ações futuras”²⁵⁷.

Em manifestação do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da teoria dos precedentes prevista no novo Código de Processo Civil ao Direito Processual Penal, conforme o julgado:

[...] o Código de Processo, de 2015, uniformizou os prazos recursais, abrindo uma única exceção, ligada aos embargos declaratórios. Hoje, o agravo interno é passível de ser interposto em 15 dias, ou seja, passados 15 dias, que o Código também impõe sejam tomados os dias úteis – de 5 corridos partiu-se para 15 dias úteis. Em interpretação integrativa, uma vez que, no campo patrimonial, deu-se tratamento mais favorável ao recorrente, não posso entender que persiste o prazo de 5 dias corridos, quando o agravo for em processo criminal, a envolver a liberdade de ir e vir do cidadão. Então, tenho que o artigo 39 da Lei 8.038/1990, o 317 do Regimento Interno do Supremo e o 798 do Código de Processo Penal foram suplantados por essa nova disciplina. Repito: não consigo, na condição de juiz, conceber que se tenha o agravo, no processo civil, como passível de ser interposto em até 15 dias úteis, passados da intimação, e se conclua que, no tocante ao agravo relativo ao processo criminal, a envolver a liberdade de locomoção, o prazo seja de 5 dias corridos. Por isso, estou conhecendo do agravo; entendo-o tempestivo [...]”²⁵⁸.

Tal julgado confirma o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da aplicação dos institutos processuais civis ao processo penal, pois se estas regras do processo civil não forem instituídas geraria a “inaplicabilidade da nova disciplina e acabaria por gerar severas discontinuidades no sistema processual brasileiro”²⁵⁹.

²⁵⁶ SILVA Marcio Evangelista Ferreira da. **A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no Direito e no Processo Penal Brasileiro**. Brasília 2019. p. 211.

²⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 236.

²⁵⁸ BRASIL, STF-Supremo Tribunal Federal. AG. REG. no RE com AGRAVO n.º 1.064.655. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 03-05-2019, 2017.

²⁵⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Repercussões do novo cpc, Processo Penal, CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti, Salvador, Ed. Juspodvm, 2016. p. 522-523.**

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado na introdução, este trabalho de pesquisa teve por objetivo principal a análise do protagonismo em relação ao movimento Ativista no âmbito do Supremo Tribunal Federal através da independência constitucional e a harmonia dos três poderes, visando o intuito de verificar quais as possibilidades e os limites de poder de sua atuação, frente também à conduta punitiva.

Verifica-se a competência do Supremo Tribunal Federal, precipuamente o guarda da Constituição e o controle de constitucionalidade como sendo um dos principais meios pelos quais a Corte realiza essa importante tarefa.

Por essa razão, dedicou-se especial atenção ao estudo do controle de constitucionalidade dos atos normativos. Nessa abordagem, sem descuidar do controle prévio da natureza política, deu-se ênfase à análise do controle Judicial, uma vez que é nesse tipo de fiscalização de constitucionalidade que, por vezes, manifesta-se o fenômeno do Ativismo Judicial.

Entretanto, após analisar os instrumentos processuais de controle existentes, foi possível observar que surgem dificuldades no exercício do controle dos órgãos judiciais, principalmente nos casos de inércias e ineficiências legislativas inconstitucionais que deixam de corresponder aos anseios da coletividade, uma vez que ao supri-las, o Poder Judiciário pode agir como legislador positivo, o que implica em violação ao princípio da separação dos poderes. A inércia legislativa faz com que questões importantes que não poderiam prescindir de debate político sejam transferidas para o âmbito judicial. Por outro lado, não sendo supridas as omissões, os remédios constitucionais perdem a utilidade desejada pela Constituição.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal esteja legitimado democraticamente a exercer o controle de constitucionalidade de atos dos demais Poderes, o inviabiliza de realizar tal atividade sem a observância dos limites impostos pela própria Constituição, interferindo indevidamente no campo de atuação de outros órgãos.

A atividade jurisdicional exercida de forma precípua ao extrapolar os limites da aplicação do direito e adentrando ao campo da atividade legislativa, caracteriza o Ativismo Judicial, sendo esta, uma prática desprovida de critérios e que oferece riscos ao Estado Democrático de Direito já que fere um de seus principais fundamentos, qual seja, o princípio Constitucional da separação dos poderes.

Por meio da análise de pesquisa relacionada ao tema foi possível constatar a ocorrência do Ativismo Judicial em algumas decisões de Corte, concluindo-se, portanto, que a postura ativista do Tribunal fere o artigo 2º da Constituição Federal, as quais denotam decisões injustificadas fazendo construções normativas não autorizadas pelo texto constitucional, podendo somente ser admitido porém, em caráter excepcional, para garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

Conforme observado no decorrer deste trabalho, a observância do princípio da Separação dos Poderes é essencial para a preservação da Democracia já que exerce um controle de equilíbrio entre a tripartição, uma vez que permite o uso racional do poder e a liberdade dos indivíduos. Pois bem, inexistindo regras capazes de regular a intervenção judicial nas políticas públicas e no controle de constitucionalidade, chances haveriam de o juiz/Tribunal querer substituir o administrador público/poder judiciário, dada conveniência e oportunidade do ato de administração, desrespeitando tal princípio implícito na Constituição, além ainda da função individual dessa tripartição. Sustenta-se que nenhum órgão nomeadamente habilitado a desempenhar certas atividades pode exercer outras funções que esvaziem as funções materiais que aos demais foram outorgadas.

Aos julgadores, a cautela é fundamental uma vez que possuem em suas mãos um instrumento de proporções políticas que irá refletir diretamente nas condições do exercício da dignidade humana, suas decisões precisam ser racionalizadas e fundamentadas em imprescindível conhecimento técnico-jurídico, concomitantemente à atenção das reais necessidades da sociedade evitando-se arbítrios ou injustiças, sob pena de serem cometidos danos irremediáveis. Quanto maior a amplitude e intensidade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais concebidos como princípios com forte conteúdo axiológico, menor será o espaço de livre conformação do legislador democrático, assim como da sociedade.

Ainda, é possível constatar o quão enorme é o dilema que toma conta do espaço jurídico brasileiro, claramente marcado por um aumento da atividade jurisdicional, mais precisamente de um protagonismo judicial, que leva ao empoderamento demasiado de juízes e ministros que passam cada vez mais a agir e decidir de forma absolutamente solipsista, mesmo em tempos que a doutrina penal mais atualizada luta pelo respeito às garantias constitucionais.

Nesta diapasão, um dos principais motivos a justificar a ascensão institucional

do STF na última década está relacionada no tocante ao seu dever constitucional de editar normas. O Supremo tem adotado uma abertura à interpretação e centralizado a jurisdição constitucional. “O que mais se vê é a presença de uma forte orientação pragmatista, articulada no bojo de um discurso a ampliar as competências de conhecimento e com isso, de cunhagem de soluções normativas.”²⁶⁰

A Judicialização da Política, como exposto no contexto brasileiro, “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou e não um exercício deliberado de vontade política”²⁶¹. O Ativismo Judicial, por sua vez, é oriundo de decisões proferidas dentro da esfera jurídica revelando-se como atitudes de vontades e escolhas, ocorre sempre que houver critérios de política e moral, utilizando subterfúgios como o livre convencimento motivado e a discricionariedade para cometer verdadeiras arbitrariedades. “Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”²⁶².

Como visto, esse comportamento do Judiciário em expandir suas funções através de decisões Judiciais determinando atos que são de competência de outro poder, em que pese muitas vezes “aumentarem” os direitos dos cidadãos, agem contrariamente ao ordenamento jurídico. Também, a completa descon sideração de decisões anteriores com os julgadores impondo o posicionamento pessoal em detrimento de toda uma construção histórica ou de um colegiado, prejudicam o sistema jurídico como um todo por trazer insegurança jurídica.

Ao final deste estudo, passa-se a análise da Política Criminal, qual seja, a investigação científica do direito e da eficácia da pena, por meio dos quais se luta contra o crime, valendo-se não apenas dos meios penais, mas também dos meios de caráter assecurativo, ao qual, se exemplifica com a descriminalização em decisões ideológicas trazidas pela Corte frente aos grupos sociais. Nota-se que tanto a Política Criminal quanto o Direito Penal devem ser estruturados a partir dos postulados constitucionais.

²⁶⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 136.

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 6.

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 6.

A observância do princípio da Presunção de Inocência que vigora “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, delimitando o início de uma situação jurídica nova caracterizada pela existência da coisa julgada. O intuito da norma constitucional sobre o trânsito em julgado, foi de exigir o esgotamento da via judicial para a declaração de culpa atribuída ao indivíduo. Prestigia-se nesse sentido o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório em toda sua extensão. Todavia, antes do seu julgamento final, sem ainda ter havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vigora a regra de tratamento do acusado, decorrente da presunção de inocência que veda equipará-lo ao condenado por sentença definitiva, sendo inconstitucional antecipar o seu cumprimento de pena.

O impacto da execução da pena após decisão de segundo grau, proferido pelo STF causa efeitos nefastos na sociedade. A perda da liberdade dos cidadãos antes do trânsito e a possibilidade de se ver compelido a indenizar inocentes que estariam já tendo suas “penas” executadas, fere de morte o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, conforme todo visto acima, houve um Ativismo Judicial no caso da execução da pena após decisão de segunda instância, bem como na descriminalização de alguns crimes midiáticos. As decisões claramente legislaram em um ponto que não prosperou no Poder Legislativo e mesmo que não tivesse sido objeto de análise anterior do Poder Legislativo exauriu em parte cláusula pétrea, isto é, diminuiu direitos, o que é vedado pela Constituição Federal. Além de tal ponto, a questão da superação indiscriminada dos precedentes demonstra a posição Ativista, o que perverte a separação dos poderes, os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros e o sistema jurídico brasileiro.

Finalmente, preocupa a ideia de que muitos brasileiros acreditem que processos como o do “mensalão” sejam respostas fortes e necessárias ao combate ao crime, mais especificamente, a corrupção. Assistir os ministros da mais alta Corte aplicarem um Processo Penal de exceção e serem aclamados pelo senso comum, tanto da população como do teórico, é prova de que realmente vivemos uma imensa crise no cenário jurídico pátrio e que o Ativismo Judicial é uma realidade a ser controlada. Assim, sem a pretensão de esgotar a temática ora abordada, encerra-se a presente pesquisa comprovando as hipóteses levantadas sobre a centralização excessiva no Poder Judiciário, que deve trazer ainda muita preocupação, pois como disse Montesquieu, “todo o homem que possui poder é levado a dele abusar”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Ana Cláudia da Silva. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. **Constitucionalização do Direito Penal x Expansão da Tutela Penal: (Re)visitando o Princípio da Legalidade.**

ALBERNAZ, Lucas Santana. **O Neoconstitucionalismo e a sua influência no Direito Brasileiro.** Anápolis 2019.

ANDRADE, Fernando Gomes de. **Direitos Sociais e Concretização Judicial: Limites e Possibilidades.** Recife: Nossa Livraria, 2008.

ALVES Júnior, Luís Carlos Martins. **Direitos Constitucionais Fundamentais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

ALVES Júnior, Luís Carlos Martins. **O ativismo judicial da República togada e o Princípio da Legalidade na Democracia Parlamentar: Uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes da Separação dos Poderes e da Soberania Popular**, 27 International Law. In: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 167-198 (2015).

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2005. p. 158 apud CAMBI, 2018.

ARISTÓTELES. **A Política.** Ano 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 4. ed. **Revista dos Tribunais:** São Paulo, 2016.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais.** 3ª ed. – Campinas: Russel Editores, 2010.

BARBOSA, Rui. **Discurso de posse no lugar de sócio do Instituto dos Advogados.** Apud: LACERDA, Virgínia Cortes de (seleção, organização e notas). Rui Barbosa – escritos e discursos seletos. Rio de Janeiro: Nova Aguiar, 1997.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador: Ano I, Vol. I, nº 6, set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.** 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. 2017.

BERNAL Pulido, C. 2007. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M. (ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 289-325.

BONADIVES, Paulo. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil) Disponível em <https://www.scielo.br/j/ea/a/fjv37CkWWvGcKpDfM6cwmp/?lang=pt>, acesso em 12 de agosto de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 107/DF. Relator: Ministro Moreira Alves.

BERNAL Pulido, C. 2007. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M. (ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 289-325.

CALÇADA, Luís Antonio Zanotta e RECK, Janriê Rodrigues. **Ativismo Judicial no julgamento do habeas corpus nº 126.292 e as ações declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44**. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Revista 17.indd 102, 11/12/2008.

CAMBI, 2018. p. 271. 168 APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 158 apud CAMBI, 2018.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almeida, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Editora: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale (Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa), in Opuscoli di Diritto Criminale, Lucca: Tipografia Giusti, 1874.

CARVALHO, Francisco Bertino de. **A legitimidade da Jurisdição: possibilidades do pensamento de Jürgen Habermas.**

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos Direitos Humanos.** 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodivm, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **As duas faces da Judicialização.** Revista Jurídica, vol. 01, nº. 63, Curitiba, Janeiro-Março 2021.

DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Glaucio Inácio da. **O ativismo Judicial no Direito comparado.** Revista da Ajuris, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.451-452. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em 12/09/2021.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à Brasileira.** Confluências, PPGSD-UFF, Niterói, v. 12, 2012. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitualbrasileira>>. Acesso em: 24 de agosto de 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo Penal.** Trad. Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Doce cuestiones en torno a Principia iuris. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. Nº 1, septiembre 2011 – febrero 2012, ISSN 2253-6655, Traducción de José Roberto Ruiz Saldaña,

FERRAJOLI, Luigi. in **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas.** Editions Cole Jacob, 1996. Tradução: Francisco Aragão.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual Judiciário.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARCIA, Roberto Soares. **Cumprimento de pena depois do julgamento de apelação.** Revista Brasileira de Advocacia, v. 3, p. 75-85, Out-Dez/2016.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais.** 1 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em 12/09/2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal.** 11 ed. São Paulo: RT, 2009.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. 1).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. 2, 2a ed. 2003.

HANONES, Renata Fernandes. **Ativismo Judicial.** Brasília, DF, 2012.

HASSAMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005.

HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas: um novo conceito de Jurisdição.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JIMENEZ DE ASUÁ, Luis. **Principios de derecho penal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal.** 17 ed. Saraiva: São Paulo, 2020.

JR, Luís Carlos Martins Alves. **O ativismo Judicial da “República togada” e o princípio da legalidade na “Democracia Parlamentar.** Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 27: 167-198, julio - diciembre de 2015.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes Tradução de Paulo Quintela.** São Paulo: Abril, 1980. (Coleção Os Pensadores).

KANT, I. **A metafísica dos costumes.** Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2ª Tiragem, 2011.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. **A Jurisdição Constitucional no Brasil: Uma história em construção**. 2021.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução José Lamago. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. **A responsabilidade Penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade – instrumentos de Direito Material e Processual** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2017.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiuez?: O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUNARDI, Mendonça Giovani. **A fundamentação moral dos Direitos Humanos**. Dezembro 2011.

MAIER, Julio Bustos Juan. **Derecho Procesal Penal: fundamentos.t**. I 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1996.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. BDJur, Brasília, DF, mar. 2006. Disponível em: . Acesso em 16 de agosto de 2021.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Análise da experiência Brasileira na primazia do Poder Judiciário na execução de políticas públicas de acesso ao direito social à saúde**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 17, 2015.

MARSHALL, 2012, p. 101-140, apud TRINDADE, 2012.

MELLO, Celso de. **Defende ativismo judicial do STF**. Direito do Estado. 24/04/2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro/RJ: Editora Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade e a Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter**

Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 13, Bahia, jan./fev./mar. 2008.

MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos Direitos Fundamentais.** In: Estado de Direito e Ativismo judicial. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, 2017.

MOREIRA, Luiz Henrique de Paula. **Ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em decisões durante a pandemia do Covid-19.** Publicado em 06/2021. Elaborado em 05/2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90982/ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal-em-decisoes-durante-a-pandemia-do-covid-19>. Acesso em 13/09/2021.

MORI, Maria Cristina Lima. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo judicial: Limites e Possibilidades.** Marília, 2012.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional e Democracia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MOTHÉ, Thiago Viana. **O Neoconstitucionalismo, a Judicialização da Política e o Brasil.** Niterói 2014.

NERI, Bianca Garcia, LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. **A força dos precedentes Judiciais no Processo Penal: uma busca pela igualdade e segurança Jurídica.** Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 634-654 | Jan/Jun.2016. | Jan/Jun.2016. p. 640.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opiniao-ativismo-judicial-destrui-estado-democratico-direito>, acesso em 18 de agosto de 2021.

NUCCI, Guilherme. **Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade: as antíteses do Estado Democrático de Direito.** Revista dos Tribunais, v. 906, p. 287-316, Abr/2011.

OLIVEIRA, Marcio Gabriel Perez. **Ativismo Judicial e a inobservância de Direitos Fundamentais à luz da ação penal 470.** Rio Grande, 2014.

PENNA, Bernardo Schmidt. Revista de Direito Privado 2016 RDPRIV VOL. 70 (Outubro 2016). Teoria geral 3. **Ativismo Judicial à Brasileira: “papel criador do intérprete” x “papel criativo do intérprete” — dois casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal.**

PEREIRA, Cássia Beatriz Rosa Arantes. **Ativismo Judicial: um olhar contemporâneo**. Curitiba, 2021.

PINZANI, Alessandro. **Frankenstein e a vanguarda moral: Do império do Direito ao domínio do Judiciário**.

PRIETO Sanchís, L. 2003. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, M. (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 123-158.

PRIETO sanchís, L. 2007. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, M. (ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 213-235.

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

REIS, Wanderlei José dos. **Ativismo Judicial e a nova postura do STF nas ações Diretas de Inconstitucionalidade por omissão: Justiça social ou criação Judicial de norma Jurídica Penal na equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo**. (ADO N.º 26/DF E MI N.º 4.733/DF)?. 2020.

ROCHA, Ana Luíza Alcântara Fontenele. **Neoconstitucionalismo, Direitos sociais e Ativismo Judicial no acesso à saúde**. Fortaleza. 2017.

SABOIA, Jéssica Ramos e SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Garantismo e Ativismo Judicial: uma análise da presunção do Estado de inocência e da sua relativização pelo STF**. Rev. direitos fundam. democ., v. 23, n. 2, p. 53-74, mai./ago. 2018.

SARMENTO, Daniel Souza. I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Repercussões do novo cpc, Processo Penal, CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti, Salvador, Ed. Juspodvm, 2016.

SILVA, Lucas Gonçalves da e SALGUEIRO, Gustavo Herrera. **Mecanismos de controle contramajoritários e a concepção coparticipativa de Democracia no Ativismo Judicial**.

SILVA Marcio Evangelista Ferreira da. **A teoria Jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no Direito e no Processo Penal Brasileiro**. Brasília 2019.

SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e. FELIX, Yuri. **A mitigação do Duplo grau de Jurisdição no pacote anticrime** – comentários ao art. 492 do CPP. 2020. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>. Acesso em 29/09/2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STEFFEN, Pablo Franciano. **Os limites do julgamento nos Tribunais Administrativos Tributários frente a uma norma Inconstitucional: Uma nova perspectiva a partir do entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o Garantismo Constitucionalista**. Março 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos Juízes”**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, Curitiba, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz, in: ROSA, Alexandre Moraes da. et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. (Org) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: Os desafios do protagonismo Judicial em Terrae Brasilis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lirio do (org.) **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

VITAL, Danilo. Em liminar, ministro Barroso proíbe campanha "O Brasil não pode parar." 31 de março de 2020, 22h20. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil-nao-parar>. Acesso em 07/10/2021.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. Colorado Law Review 73 (4), 2002.

ZAGREVBELSKY Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, 1988.