

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

LUÍSA MARIANA SANTOS E SOUZA

**O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS
PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES:**

Uma análise de suas atribuições Constitucionais

**RECIFE
2016**

LUÍSA MARIANA SANTOS E SOUZA

**O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS
PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES:**

Uma análise de suas atribuições Constitucionais

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem.

**RECIFE
2016**

Souza, Luísa Mariana Santos e

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal frente aos princípios da segurança jurídica e da separação dos poderes: uma análise de suas atribuições constitucionais. / Luísa Mariana Santos e Souza. – Recife: O Autor, 2016.

40 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Ativismo judicial. 3. Segurança jurídica. 4. Separação dos poderes
. I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-427

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CURSO DE DIREITO

LUÍSA MARIANA SANTOS E SOUZA

O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS
PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES:
Uma análise de suas atribuições Constitucionais

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente (Orientador) :

Aurélio Agostinho da Bôaviagem

Examinador convidado:

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

RESUMO

O presente trabalho procura demonstrar as consequências do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal sobre os princípios da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes. Inicialmente, foram estudados os princípios em questão, bem como a relevância destes para a estabilidade e legitimidade do modelo de Estado Democrático de Direito. Em seguida, explicou-se o fenômeno da Judicialização do Direito, e o do Ativismo Judicial, analisando-os frente à crescente complexidade e mutabilidade das relações sociais que exigem do Estado uma atuação compatível, hábil e eficiente, no que se refere à resolução de conflitos e garantismo dos Direitos Fundamentais. Ao final, apresentam-se decisões concretas do Supremo Tribunal Federal que demonstram seu ativismo judicial, constatando que a Corte vem reiteradamente criando direito de forma prejudicial aos princípios da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes.

PALAVRAS-CHAVE

Supremo Tribunal Federal; Ativismo Judicial; Judicialização do Direito.

ABSTRACT

The present research seeks to demonstrate the consequences of the Supreme Court's Judicial Activism over the principles of Legal Certainty and Separation of Powers. Initially, the principles in question are studied, as well as the relevance of these for the stability and legitimacy of the democratic state model of law. Moreover, are explained the Judicialization of Law and Judicial Activism, correlating them with the growing complexity and changeability of social relations that require from the State a compatible, skilled and efficient performance, regarding the resolution of conflicts and garantism of fundamental rights. Finally, concrete decisions of the Supreme Court are presented to demonstrate its judicial activism, noting that the Court has repeatedly created Law, prejudicially to the principles of Legal Certainty and Separation of Powers.

KEY WORDS

Supreme Federal Court; Judicial Activism; Judicialization of Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	3
2	OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	5
2.1	O Princípio da Segurança Jurídica.....	6
2.2	O Princípio da Separação dos Poderes.....	11
3	A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO E O ATIVISMO JUDICIAL	18
3.1	Judicialização do Direito.....	18
3.2	Ativismo Judicial.....	22
4	CONCRETIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	27
4.1	Mandado de Injunção – MI – nº 712 (2007).....	27
4.2	Mandado de Injunção – MI – nº 721 (2007).....	28
4.3	Mandados de Segurança – MS – nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 (2007).....	29
4.4	Súmula Vinculante nº 13 (2008).....	31
4.5	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 54 (2012)...	32
4.6	Habeas Corpus – HC – 126.292 (2016).....	33
5	CONCLUSÃO	36
6	REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

O fenômeno da Judicialização do Direito intensificou-se após o advento da Constituição Federal de 1988 – CF/88 –, quando foi conferida ao Supremo Tribunal Federal – STF – uma sensível extensão de seu poder judicial, afastando-se do Positivismo e abarcando competências que, classicamente, deveriam ser do Legislativo, assim como decisões sobre o direcionamento das Políticas Públicas.

Diferentemente da Judicialização do Direito, fruto do avanço e da complexidade das relações sociais, o fenômeno do Ativismo Judicial refere-se à adoção de uma postura proativa por parte do Magistrado, concretizando um progressivo deslocamento, para o Poder Judiciário, de decisões que, inicialmente, não seriam de sua alçada.

Explorar as consequências deste Ativismo Judicial em face dos Princípios da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes, é, pois, o objeto de estudo desta pesquisa, para, a fim, observar decisões do Supremo Tribunal Federal que concretizem a ocorrência deste fenômeno.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, exploratória e bibliográfica, utilizando o método científico indutivo. Partiremos de um estudo conceitual sobre os princípios da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes, para correlacioná-los com os fenômenos mais recentes da Judicialização do Direito e do Ativismo Judicial, restando, ao final, a demonstração de como essa relação é configurada materialmente.

No primeiro capítulo, pretende-se oferecer uma análise explicativa sobre os Princípios da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes, bem como a relevância destes para a estabilidade e legitimidade do modelo de Estado Democrático, contrapondo-os com a tendência atual de Pragmatismo no Direito.

O princípio da Segurança Jurídica não só encontra previsão Constitucional no Brasil, ainda que implícita, mas é requisito para a configuração de um Estado de Direito. As relações entre Estados ou particulares necessitam de previsibilidade e estabilidade, a fim de que os cidadãos possam ter a pretensão real de concretizar suas legítimas expectativas, e que possam compreender as políticas implementadas e seus desdobramentos.

Igualmente basilar é o Princípio da Separação dos Poderes, que encontra previsão Constitucional expressa em seu art. 2º. Uma interpretação clássica do Princípio em questão implicaria na existência de um Poder repartido em três faces autônomas e independentes: Legislativo, Executivo, e Judiciário. Atualmente, no Brasil, extrai-se do texto Constitucional a existência de um compartilhamento de competências entre os Poderes, estabelecendo funções típicas (ao Legislativo, a atividade de legislar) e atípicas (ao Executivo, a atividade de legislar, em casos específicos e determinados em Lei). Todavia, “o que vemos hoje é que as instituições continuam separadas, ou seja, o compartilhamento do poder já não se passa mais. Na verdade, o que temo são instituições separadas que não mais compartilham o poder, mais disputam o poder.” (JOBIM, 1997, p. 11).

Vislumbra-se, então, o objetivo deste trabalho. De que formas o Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal tem afetado os princípios da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes?

É neste contexto que serão abordados, no segundo capítulo, os fenômenos da Judicialização do Direito e do Ativismo Judicial, analisando-os frente à Constituição Federal de 1988 e à crescente complexidade e mutabilidade das relações sociais que exigem do Estado uma atuação compatível, hábil e eficiente, no que se refere à resolução de conflitos e garantismo dos Direitos Fundamentais.

O problema surge quando esta Judicialização do Direito, oriunda da divisão de competências prevista na Constituição, vai além do previsto pela Lei em razão de postura ativa do Magistrado, ofendendo o Princípio da Separação dos Poderes, da Segurança Jurídica, a Constituição e o próprio Estado de Direito, caracterizando-se o Ativismo.

A Judicialização do Direito é nada menos que a expansão da competência do Judiciário, em decorrência de uma mutação na visão do papel do Estado, em virtude da insuficiência da inércia por parte do Estado na concretização dos Direitos individuais garantidos pela Constituição, cabendo àquele o papel de efetivá-los, de forma objetiva e subjetiva.

Já sobre o Ativismo Judicial, nas palavras de Soares (2010), nota-se a crescente tendência de levar as questões políticas para debate no âmbito judicial, de forma que assuntos políticos passam a ser exteriorizados como jurídicos. O autor alerta ainda para o fato de que, em todos esses temas, deve-se ter em conta que o balizamento tanto da atividade política como da atuação jurídica é a Constituição,

todavia, o que se tem observado é que Supremo passou a adotar uma nova postura interpretativa nas últimas décadas, de modo a permitir que, por via hermenêutica, torne-se possível corrigir, modificar ou mesmo criar direito novo onde a lei nada específica, além de permitir a criação de normas de caráter constitucional por decisão judicial.

Concebe-se, desta forma, a Judicialização do Direito como fenômeno mundial onde o Estado passa de mero regulador para garantidor dos Direitos, conferindo ao Judiciário o poder de interpretar e suprir lacunas onde a Lei for faltosa. Já o Ativismo Judicial pode ser definido como o exercício do Magistrado de criar Direito, que se torna prejudicial ao Estado Democrático quando toma para si a competência de dizer e desdizer a Carta Magna, instrumento cuja existência é justificada pela constituição e preservação de um Ordenamento Jurídico de fundações indedutíveis e inatingíveis pelas demais normas, porém, facilmente editadas por decisão Judicial.

No capítulo final, restará a ser demonstrada a concretização do que já foi explorado nos dois capítulos anteriores, prosseguindo-se, então, à análise de decisões judiciais que configurem materialmente exemplos de Ativismo Judicial.

O próprio Supremo Tribunal Federal (2006) já detectou a importância deste tema, conforme julgamento com Rel. Min. Celso de Mello, onde lê-se que não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, usurpando, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

As atuais atribuições da Suprema Corte encontram sua limitação no art. 102 da Constituição, sendo notavelmente a de maior relevância a competência para processar e julgar, originariamente "a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal" (BRASIL, 1988). Dentro desta competência destacada é que se observa o pro-ativismo excessivo da Corte Suprema em alguns julgados exarados, quando envolvem termos genéricos ou lacunas do texto Constitucional. Em sua omissão precípua, há uma tendência hodierna do STF em se utilizar de mecanismos de criação de normas jurídicas Constitucionais através de suas decisões, mormente pela figura da Súmula Vinculante.

A presente análise destina-se a explorar os aspectos do Ativismo Judicial do STF que ferem os princípios da Separação dos Poderes e da Segurança Jurídica, e a abertura que este posicionamento propicia para consequências nocivas à manutenção do Estado Democrático de Direito e à prevalência do Interesse Público no Ordenamento Jurídico.

2. OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A adoção de uma Lei Maior, de onde emana toda a base de um Ordenamento Jurídico, advém da necessidade de se alcançar a segurança jurídica fundamental a um Estado Democrático de Direito.

Aduz Campilongo (2002, p. 24-5):

Com a modernidade - e pode-se tomar o advento do Estado Moderno como um marco histórico importante deste processo - apresentaram-se as exigências de estabilização de sistemas com funções demarcadas. A atribuição de papéis distintos e específicos ao sistema jurídico, político e econômico, paradoxalmente, cria as condições para que se pense não só na autonomia dos sistemas, mas também nos seus entrelaçamentos. [...] as grandes categorias do constitucionalismo moderno constroem as bases estruturais para a autonomia funcional do direito: divisão dos poderes, princípio da legalidade, igualdade perante a lei, Estado de Direito, personalidade jurídica, garantia das minorias, etc, são exemplos dessas ações.

Frente a este preceito, não se pode conceber que dispositivos da Carta Magna, cuja função é organizar o poder político e definir direitos fundamentais, sejam aplicados ou utilizados de forma que atentem contra esta mesma Ordem que se visa proteger.

Ademais, não se pode olvidar do Princípio da Separação dos Poderes. Ferramenta que, inicialmente, parece ter sua importância diminuída frente às tendências de um Direito voltado ao pragmatismo e resolução das demandas sociais, o Princípio da Separação dos Poderes deve ser considerado não como mero formalismo e sinônimo de rigidez na separação de competências, mas como um instrumento de despersonalização do Poder, garantidor da prevalência do Interesse Público na definição e implementação das políticas públicas.

Iniciaremos, então, um estudo conceitual acerca dos supracitados Princípios frente a tendência hodierna de pragmatismo no Direito.

2.1 O Princípio da Segurança Jurídica

Consagrado no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um *direito natural e imprescritível*, encontra-se elencado na

nossa Constituição Federal, no inciso XXXVI do artigo 5º, o qual determina que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*". Este princípio, fazendo parte do rol de Direitos Fundamentais, protegido por cláusula pétrea, expressa-se mais comumente sob a forma da proteção dos Direitos Adquiridos e da proibição de retroatividade das normas.

O princípio da Segurança Jurídica não só encontra previsão Constitucional no Brasil, ainda que implícita, dentro do rol dos Direitos Fundamentais, mas também é requisito para a configuração de um Estado Democrático de Direito, na medida em que implica em respeito à situação jurídica constituída, e na previsibilidade das relações de causalidade entre o fato, a norma, e suas consequências.

Discorre Canotilho (2006, p. 68) sobre a importância do Estado de Direito e sua legitimidade:

O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um estado de direito democrático. Eis aqui duas grandes qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno: Um Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.

A Segurança Jurídica é condição *sine qua non* da própria noção de Estado de Direito e base de qualquer Ordenamento Jurídico, permitindo o funcionamento e manutenção da ordem social.

Ressaltando o caráter de fundamentalidade do princípio em epígrafe para a manutenção da ordem sociopolítica, Araújo (2010, p. 1) discorre que as relações entre Estados ou particulares necessitam "de que haja um atributo de estabilidade [...] a fim de que os cidadãos tenham a possibilidade de que se concretizem suas legítimas expectativas e tenham a capacidade de compreender as reações e políticas a serem implementadas".

A segurança jurídica abrange ainda diversas facetas, conforme elenca Barroso (2001, p. 56):

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

Atenta Theodoro Jr. (2006, p. 8) para os cuidados necessários ao garantismo da segurança jurídica, bem como seus principais impedimentos.

Dentre os cuidados necessários, cita-se a publicidade que deve ser conferida à norma antes de sua vigência, onde encaixa-se a importância da *vacatio legis*. O tempo entre a publicação do teor da norma e o início de sua vigência deve ser compatível com o tempo necessário para a inserção dos novos preceitos estabelecidos pela norma recém-chegada no conhecimento da população, dando espaço para adaptação. Cita-se também a importância da redação da norma, que deve ser compatível com o fim almejado e passível de compreensão pelos destinatários.

Do outro lado, atenta-se ao perigo advindo das leis vagas e/ou imprecisas, e cláusulas gerais, cujo uso reiterado e injustificado pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e imprevisibilidade no meio social, sem que os indivíduos possam prever, com segurança jurídica, como o órgão aplicador da regra vaga irá interpretá-la. A regra cujo entendimento e previsibilidade de aplicação ficam limitados à posterior decisão do magistrado constitui delegação de poder normativo aos órgãos administrativos e judiciais, que, frente aos casos concretos, acabam ditando Lei de forma difusa e sem o devido revestimento das formalidades de um processo legislativo que existe para preservar a harmonia do Ordenamento e a Segurança Jurídica.

Adverte Canotilho (2006, p. 257):

Como é de intuir, a natureza da lei – aberta ou indeterminada, precisa ou concreta – tem muito a ver com as relações de legiferação-aplicação da lei. A indeterminabilidade e abertura da lei poderá ser justificada pelo facto de o legislador se querer limitar a leis de direcção e deixar à administração amplos poderes de decisão. Isto já foi observado: a indeterminabilidade normativa significa, muitas vezes, delegação da competência de decisão. A determinabilidade ou indeterminabilidade é, pois, um problema de distribuição de tarefas entre o legislador e o aplicador ou executor das leis. O controle destas ‘normas abertas’ deve ser reforçado. Elas podem, por um lado, dar cobertura a uma inversão das competências constitucionais e legais; por outro lado, podem tornar claudicante a previsibilidade normativa em relação ao cidadão e ao juiz. De facto, as cláusulas gerais podem

encobrir uma 'menor valia' democrática, cabendo, pelo menos, ao legislador, uma reserva global dos aspectos essenciais da matéria a regular. A exigência da determinabilidade das leis ganha particular acuidade no domínio das leis restritivas ou de leis autorizadoras de restrição.

Ainda quanto aos perigos dos abusos legislativos, discorre Theodoro Jr. (2006, p.8) sobre a quantidade excessiva de Leis que são emitidas sobre uma mesma matéria:

a "hipertrofia" das leis acaba por produzir um cipal de regras cuja aplicação, na prática, em vez de organizar o comportamento social, torna-o exageradamente complexo. A inflação normativa, que dificulta a todo instante a constatação de quais são as normas realmente em vigor, não contribui, evidentemente, para os indivíduos terem uma noção clara e precisa de seus direitos e deveres.

O pragmatismo empregado ao Direito, atualmente, tem sua razão de existir. A finalidade primordial do Direito é a resolução de conflitos reais, e não mero estruturamento de normas formais sem aplicabilidade, ou de aplicabilidade prejudicada por falta de observação das condições reais que permeiam a situação que a norma jurídica deseja regular. Não se trata de um culto à Ciência do Direito e apreço pelo formalismo, como é frequentemente argumentado.

Ensina Oliveira (2013, p. 69) que a mudança de paradigma decorrente da passagem do normativismo legalista para o direito fundamental principiológico afeta a percepção sobre o âmbito de abrangência e aplicação de uma norma em detrimento de outra. Inclui-se aí a segurança jurídica, que deixa de ser estática, na medida em que passa a conviver com um direito muito mais flexível e menos rígido. De tal forma, hoje, a segurança jurídica de uma norma deve ser medida pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento.

Não se trata de absolutizar determinado Princípio, mas de preservar o Ordenamento em si e a estabilidade que dele deve porvir. É necessário impedir que o juiz se torne legislador *ex post facto*, pois nestes casos a lei só será ditada em seu conteúdo completo e definitivo depois de consumado o fato sobre o qual irá incidir, situação que produz um estado de incerteza completamente incompatível com a noção de Segurança Jurídica, além de ferir diversos outros preceitos fundamentais à estruturação de um Estado Democrático de Direito, mormente o princípio da legalidade.

Todavia, não há hierarquia estática entre princípios jurídicos, podendo e devendo-se relativiza-los, visando à manutenção da harmonia entre as normas e o Interesse Público.

Discorre sobre o assunto Sarmiento (2007, p. 33):

Acontece que muitos juizes, 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 juizes não eleitos imponham 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 idiossincrasias 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.

O fato é que não é raro, atualmente, deparar-se com decisões judiciais de fundamentação prejudicada, baseada exclusivamente em princípios gerais, ficando à mercê da interpretação do magistrado, conforme lhe seja conveniente. Devido a sua alta carga de subjetividade, um mesmo princípio pode ser usado como base de fundamentação para duas decisões opostas sobre uma mesma questão. Também não é incomum deparar-se com decisões judiciais que vão de encontro a Leis já existentes, ignorando ou invalidando o teor da norma a qual, dentro dos pressupostos de um Estado de Direito, deveria reger as decisões dos magistrados.

Nesta linha:

o que vem muitas vezes acontecendo, e não pode ser admitido, não é o afastamento racionalmente fundamentado de regras, mas a sua simples desconsideração na solução de casos concretos compreendidos no âmbito da sua hipótese de incidência. Só que o operador do Direito não pode agir como se o ordenamento jurídico fosse um sistema composto apenas por princípios, onde lhe coubesse toda a tarefa de concretização, comportando-se como se as regras simplesmente não existissem. (SARMENTO; 2007, p. 37)

Há situações em que princípios supremos diversos podem e devem prevalecer sobre a segurança jurídica, ou sobre outros princípios e regras. A correta

valorização e aplicabilidade dos princípios e normas deve se dar com vistas em argumentos racionais e compatíveis com a estrutura legal já construída.

Não se pode, contudo, conceber o Ordenamento como um conjunto de regras pairando ao arbítrio individual do magistrado ou turma, ou mesmo à opinião pública, como ocorre comumente com os casos de grande repercussão. O Interesse Público, que deve reger os três Poderes, não pode ser confundido com a opinião pública, nem menosprezado em nome de um pragmatismo que venha a ferir os mais basilares preceitos e noções de um Estado Democrático de Direito.

2.2 O Princípio da Separação dos Poderes

Com previsão constitucional no art. 2º – “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” – e art. 60, §4º, inciso III, o Princípio da Separação dos Poderes, assim como o da Segurança Jurídica, é princípio sem o qual não se pode conceber a noção de Estado de Direito. De fato, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 16, negou a categoria de Constituição à lei fundamental do País que não adotasse a separação de poderes como forma de limitação da atuação estatal: “Art. 16 A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Apona Karl Loewenstein (1976, p. 55):

La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político [...] la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder.

Na teoria clássica, a Separação dos Poderes funciona principalmente através da Tripartição das funções, como idealizaram Montesquieu e Rousseau. Após o fim da era do totalitarismo, sua finalidade na organização da estrutura do Poder nos Estados era a de garantir as liberdades individuais e evitar o poder governamental ilimitado. Os poderes Estatais, ora aglutinados, foram utilizados como mecanismos de opressão e tirania sobre os governados. As funções do Estado tripartidas; Legislativa, Judiciária e Administrativa, existiriam de maneira autônoma entre si como forma de evitar o autoritarismo e promover equilíbrio.

Atenta Zippelius (1994, p. 61) para a importância e finalidade da divisão de competências e do controle recíproco entre órgãos:

A conduta dos sujeitos de direito, associados num Estado, é, portanto, coordenada pelo facto de ela se orientar por normas, que têm uma forte probabilidade de serem executadas mediante um procedimento coercitivo juridicamente organizado. Esta probabilidade é garantida, num Estado solidamente organizado, através de uma estrutura, assente na divisão do trabalho, de instituições estatais (tribunais, procuradorias gerais, serviços administrativos, etc), que se controlam também reciprocamente quanto ao seu funcionamento ordenado.

Ademais, o autor prossegue sobre a divisão dos poderes clássica:

Na clássica doutrina da divisão dos poderes, o princípio político da limitação dos poderes é traduzido num esquema de distribuição de competências. O Poder do Estado é um poder político juridicamente estruturado. Assim, a distribuição do poder do Estado evidencia-se no essencial na distribuição das competências, ou seja, das competências para a adoção de regulações gerais e de decisões concretas juridicamente vinculativas. A doutrina da divisão dos poderes distingue os mais importantes âmbitos funcionais do Estado e as consequências com eles relacionadas, exigindo a criação de órgãos próprios para cada um destes âmbitos funcionais. Cada um destes órgãos deve limitar-se, por princípio, à função que lhe é atribuída. Evidentemente, uma tal distribuição das funções estatais entre diferentes órgãos do mesmo Estado não coloca os diversos poderes numa relação de independência absoluta entre eles, mas sim numa relação de coordenação juridicamente regulada. Deste modo, fica também salvaguardada a unidade jurídica do Poder do Estado. (ZIPPELIUS; 1994, p. 410)

Importante ressaltar os apontamentos de Ferreira Filho (2009, p. 257) acerca da classificação dos sistemas políticos adotados em cada país, e como a confusão entre as competências dos Poderes prejudica a finalidade da tripartição:

A valorização da separação dos poderes teve como uma de suas consequências servir de critério para a classificação dos sistemas de governo. Assim, distinguem-se três modelos. Um é o sistema de separação propriamente dita, "pura" - a monarquia limitada e o presidencialismo. Outro, o sistema de separação parcial (ou de colaboração de poderes), em que os três poderes são distintamente separados, mas existe uma interligação entre o Legislativo e o Executivo. Assim, não são eles reciprocamente independentes - o parlamentarismo. E, por último, o sistema de "confusão de poderes". Este, na verdade, não segue o modelo da separação. Prevê três poderes distintos, mas o Legislativo é o poder a quem, juridicamente, cabem as decisões fundamentais, às quais é dado ao Executivo aplicar. Trata-se do chamado sistema de governo assembleia.

A Constituição brasileira vigente determina a competência de cada um dos poderes de forma taxativa, de onde destacamos a conferida ao Supremo Tribunal Federal, base do presente estudo:

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

i) o ***habeas corpus***, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 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.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

No artigo seguinte a Constituição dispõe também sobre a função da Súmula Vinculante:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Atualmente, no Brasil, extrai-se da Carta Magna a existência de um compartilhamento de competências entre os Poderes, estabelecendo funções típicas (ao Legislativo, a atividade de legislar) e atípicas (ao Executivo, a atividade de legislar, em casos específicos e determinados em Lei), conforme demonstra a observação de Vidigal (2003, p. 67-68):

Com relação à impossibilidade de serem exercidas funções típicas de um poder por outro, como encarar o fato de existirem projetos de lei de iniciativa reservada ao Presidente da República ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal, ou mesmo o instituto normativo da medida provisória, ou, ainda, as apurações, com poderes de autoridade judiciária, conduzidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, ou o julgamento do Presidente da República e até mesmo dos Ministros do STF pelo Legislativo, nos casos de

crimes de responsabilidade? Como explicar o dispositivo do artigo 80 da Constituição Federal de 1988, que determina o chamamento ao exercício da Presidência da República, em caso de impedimento do Presidente ou Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, do Presidente da Câmara, do Presidente do Senado e do Presidente do Supremo Tribunal Federal? Será mesmo que não há como se permitir, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, o exercício de função característica de um poder por outro?

Todavia, conforme expõe Jobim (1997, p. 11):

O que vemos hoje é que as instituições continuam separadas, ou seja, compartilhamento do poder já não se passa mais. Na verdade, o que temos são instituições separadas que não mais compartilham o poder, mas disputam o poder. O Executivo, muitas vezes, quer ser Legislativo, tem instrumentos para isso e abusa de determinados instrumentos para suplantar e se impor tanto em relação ao Judiciário como em relação ao Legislativo. O Legislativo, por sua vez, também em determinadas circunstâncias, pretende que políticas de governo se produzam no seio do Legislativo e passa a agir como se Executivo fosse, como também pretende, às vezes, se interpor em relação às ações exclusivas do Poder Judiciário. E o Judiciário, também em determinadas circunstâncias, em determinados momentos, além de ser Judiciário, também tem condutas e ações que pretendem ser condutas executivas e legislativas. Isso, hoje, é nítido: a disputa de poder. [...] Precisamos ver isto com clareza para começar a trabalhar no sentido de produzir instituições que possam compartilhar o poder e não disputa-lo. Isso importa em renúncias a pretensões individuais.

Através de abusos e extrapolação da competência Constitucional dada a cada poder, veem-se dirimidos o princípio da Separação dos Poderes e todos os demais Princípios intrínsecos à formação de um Estado de Direito Democrático, prejudicando a despersonalização do Poder e sua capacidade de torná-lo um instrumento de efetivação do Interesse Público e dos Direitos Fundamentais.

Na mesma linha defendida anteriormente, quando discutida a Segurança Jurídica, não se trata de pregar absoluta rigidez da Separação dos Poderes ou a prevalência deste preceito sobre todos os demais. O próprio Montesquieu já previa a interação entre os Poderes, através da figura do veto.

Tal interação é inevitável e necessária para o correto funcionamento da máquina estatal, com comunicação harmoniosa entre as funções tripartidas. O que deve-se evitar é que um compartilhamento de funções, inicialmente advindo da Constituição, torne-se uma confusão ou uma disputa de funções. É necessário que haja maior controle dos limites e dos respectivos abusos, e tratar a situação com a seriedade de que é efetivamente revestida: a de desrespeito aos princípios mais

básicos moldadores do Estado de Direito e de desrespeito a cláusula pétrea da Constituição.

Disserta Ferraz (1994, p.14):

[...] enquanto se mantiver o princípio da separação de poderes como base do esquema de organização de poderes num estado determinado, impõe-se manter a delimitação de zonas de atuação independente e harmônica dos poderes políticos. A flexibilização da regra-parâmetro, fato indisputável no direito constitucional contemporâneo, encontra, pois, limites na idéia-fim do princípio: limitação do poder. De outro lado, a interferência de um poder sobre o outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a idéia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias. A interferência jamais poderá, ainda que de modo disfarçado, ter por objetivo a dominação de um poder sobre outro poder. Finalmente, os meios utilizados para a atenuação do princípio ou para propiciar a interferência não de ser sempre "razoáveis", sempre conectados com o fim perseguido.

Não se pode aceitar que interesses pessoais e/ou momentâneos atribuam competências que a Constituição não atribuiu, e que os atos provenientes daqueles sejam perpetrados como legítimos. A interferência de um poder sobre o outro só será possível quando para atingir a própria finalidade da Separação dos Poderes, que é o funcionamento harmônico e autônomo das Funções.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO E O ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com o que já foi adiantado ao longo do trabalho, apesar de intimamente ligados, os fenômenos da Judicialização do Direito e do Ativismo Judicial são essencialmente diferentes desde suas origens até suas consequências materiais, as quais abordaremos no presente capítulo.

3.1 A Judicialização do Direito

As revoluções burguesas, em especial a Francesa, trouxeram a grande contribuição positivista da Lei Maior como limitadora do poder estatal e base de construção de todo ordenamento jurídico, abandonando a noção de Carta de intenções destituídas de eficácia vinculante.

Somente a partir da segunda metade do século passado esse positivismo, baseado em repartições rígidas, começou a sofrer mudanças significativas, acarretando em uma mutação progressiva na visão do papel do Estado, afinal, “a própria história se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis formalmente perfeitas” (MARINONI, 2006, p. 43).

O Direito perde então a função predominantemente formalista e passa a buscar a concretização de normas, princípios e valores estabelecidos como regentes do ordenamento, não mais se reduzindo ao texto da lei.

A Constituição, enquanto positivação da norma fundamental hipotética que reúne os valores da sociedade, tem função de reconhecer e proteger os direitos e liberdades dos indivíduos, assim como distribuir e limitar as funções estatais, atribuindo-as a diferentes órgãos num mecanismo de cooperação entre os que compõem e atuam no Poder Público, como explica Nascimento (2010, p. 4): desempenha função unificadora, já que o processo de produção do Direito é deflagrado a partir da Carta Magna e em respeito a seus preceitos; de garantia, pois o grau de rigidez constitucional garante a estabilidade das relações em sociedade; e a função de identificação das finalidades do Estado, visando à manutenção do fim essencial perante instituições individuais ou orientações particulares.

A Constituição brasileira de 1988 trouxe sensível expansão de poder ao Judiciário. Explica Marques de Lima (2009, p. 39) que:

A CF de 1988 adota um modelo social de constitucionalismo, sobre o qual se ergue o Estado. Isto implica dizer que o ordenamento deve expressar os valores sociais do povo, e a interpretação há de estar afirmada com o sentimento popular, assegurando a dignidade humana, o regime de liberdade, os valores da democracia. É o Estado de bem-estar, no que seja de possível concretização, posto desejável. Aí, entra a função do intérprete, do aplicador da Constituição, tornando-a viva, numa mágica que retira seu texto estático do papel e o transforma na força motriz das relações jurídicas (rectius, constitucionais), políticas, sociais, econômicas, etc.

Dentre as importantes inovações trazidas pela CF/88 ao controle de constitucionalidade, Ferreira Filho (1994, p. 10) cita:

21. Comece-se a análise pelo aspecto novo que nela toma o controle de constitucionalidade. É certo que, por um lado, não inova. Mantém o controle incidental, difuso, qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade da lei e afastar a sua aplicação a um caso concreto (art. 97, a contrario sensu). É o que admitia a doutrina clássica. 22. Já se está longe desta, porém, quando se considera prever a Carta, em concorrência com o referido sistema, o controle por ação direta - como preliminar de intervenção (art. 36, IV), [...] ou com relação à lei ou ato normativo federal ou estadual, o que é de relevo (art. 102, I, "a"). E esta última ação de inconstitucionalidade avulta, tomando-se quase o sistema normal de controle, quando se considera que, antes adstrita ao Procurador-Geral da República, hoje a sua titularidade se estende, além dele, também ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de todas as Assembléias Legislativas, a todos os Governadores de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional (cerca de vinte) e a todas as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (art. 103). [...]. 23. Acrescente-se à ação direta de inconstitucionalidade (por violação de norma constitucional) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (no cumprimento de norma constitucional) (art. 103, §§ 111 e 211). A Constituição de 1988 inspirada na Portuguesa de 1976 adotou essa ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta se situa bem dentro do espírito da constituição-dirigente à moda de Canotilho. Com efeito, esta preordena num rumo definido - [...] a atuação dos sucessivos governos, por meio da possibilidade de impor a estes, por via judicial, a efetivação dos programas, e evidentemente de normas programáticas.

A judicialização do Direito – entendida como transferência paulatina de poder ao judiciário – como pode ser percebida atualmente é, de fato, claramente decorrente do modelo institucional adotado e da vontade política expressa na Constituição de 1988. Sua justificação encontra-se no fortalecimento do Judiciário para atender à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, que não se garante através da mera edição de leis em abstrato.

Acrescenta Streck (2006, p. 2):

Assim, de um direito meramente reprodutor da realidade, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como aliás, consta no texto da Constituição do Brasil. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.

Como fruto dessas mudanças, verifica-se um deslocamento do Estado legislativo para o Estado judiciário. A vontade do legislador, antes objeto de análise de suma importância na hora da aplicação da lei, gradualmente cede espaço para uma leitura da lei conforme os princípios e preceitos constitucionais, visando à resolução adequada do conflito real, de forma apta a satisfazer os anseios sociais. Sobre a matéria, analisa Nojiri (2005, p. 124):

Não tenho dúvidas em afirmar que a concepção subjetivista de interpretação, que dominou boa parte do século XIX, por estar sujeita a limitações, não goza de muito prestígio atualmente. São, basicamente, dois os inconvenientes que derivam desse método de interpretação: (a) falar da vontade do legislador é, necessariamente, recorrer a uma ficção. Não vivemos mais na época da monarquia, na qual a vontade do legislador originava-se de órgão unipessoal. Atualmente, a “vontade do legislador” decorre de uma pluralidade de interesses, de sujeitos distintos, que participam do processo de criação do direito; (b) a interpretação subjetiva, por estar enraizada em uma vontade pretérita, dificulta a evolução do direito, impedindo um ajustamento do sistema normativo a novas necessidades sociais.

O juiz, antes revestido de neutralidade e responsável por uma atuação mecânica como mero aplicador imparcial da lei, passou gradualmente a exercer uma postura atuante e solidificadora do Direito.

Nesse sentido, corrobora Marinoni (2006, p. 45):

A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas sim a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei.

Esta nova esquematização deu-se como consequência da evolução da complexidade da relação entre indivíduos e da relação indivíduo-Estado, frente a um legislativo lento e passivo, incapaz de atender às demandas sociais na velocidade em que são criadas e modificadas.

Ademais, Barroso (2012, p. 24) identifica as três principais causas para a judicialização da vida no Brasil: a redemocratização do país; a constitucionalização abrangente; e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Quanto ao primeiro ponto, o autor explica que nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura decorrente do processo de

redemocratização do país, o Judiciário teve seu poder fortalecido e expandido, deixando de ser um departamento técnico-especializado e se transformando em um verdadeiro poder político, capaz de dar eficácia à Constituição e as leis, em justa e devida paridade com os outros Poderes. Concomitantemente, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passou a buscar seus interesses perante o judiciário, aumentando a demanda por justiça na sociedade brasileira.

Em seguida, explana sobre a constitucionalização abrangente, tendência mundial que trouxe à nossa Constituição inúmeras matérias que antes pertenciam ao processo político e à legislação ordinária:

Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (BARROSO, 2012, p. 24)

Sobre a última causa - o sistema brasileiro de constitucionalidade -, Barroso afirma que:

[é] um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos (...) podem ajuizar ações diretas. (BARROSO, 2012, p. 24)

O poder constituinte teve a preocupação de inserir questões políticas na CF/88, objetivando concretizar a exigibilidade dos direitos constantes na Carta como parte do processo redemocratizante do país. A norma constitucional passou a ter status de direito subjetivo, imediatamente aplicável, e o Judiciário figurou como meio do indivíduo exercer seu direito de pretensão mediante ação judicial.

Fato notório é que houve aumento da demanda judicial desde então, o que demonstra efetiva ampliação da possibilidade de acesso pela população ao que a Constituição resguarda como direito fundamental, mormente na figura da Ação Direta ao STF, através da qual qualquer questão, inclusive de cunho moral, pode

subir para apreciação de constitucionalidade pela nossa Corte suprema, resguardados seus pressupostos de admissibilidade.

Cita-se julgado do Supremo Tribunal, exemplo concreto de judicialização, já que se trata de decisão cuja competência foi fixada ao STF pela Constituição.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC – nº 12 do Distrito Federal, teve como objeto a declaração de constitucionalidade da Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, criada com intuito de vedar a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, tornando nulos os atos assim caracterizados. Na decisão referida, o STF baseou-se no art.103-B, § 4º, I e III, da CF, reconhecendo a competência do CNJ para apreciar a validade de atos administrativos praticados no âmbito do Poder Judiciário, de forma a atender ao art. 37 da Constituição – “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

3.2 Ativismo Judicial

Diante do exposto, infere-se que o fenômeno da Judicialização, no caso do Brasil, é consequência natural decorrente da escolha política da Carta Magna de 1988. Esta veio ampliar o poder conferido ao Judiciário no fazer Direito, de forma que o magistrado decide porque lhe cabe a competência, e não por exercício deliberado de vontade política.

Já o ativismo judicial reflete uma escolha de caráter proativo no modo de interpretar a Constituição, conferindo-lhe sentido diverso e concretizando escolha política do magistrado.

Explica Koerner (2013, p. 75), acerca da concepção de Kmiec sobre a matéria:

Desde que começaram a ser utilizados, os termos “ativismo” e “contenção judicial” foram postos em questão. Kmiec examinou os critérios que definem o ativismo judicial: a tendência à invalidação de atos governamentais por inconstitucionalidade; o não respeito aos precedentes; a produção de normas pelo Judiciário; o afastamento de métodos de interpretação aceitos e a tomada de decisão orientada para os resultados. [...] Os juízes raramente adotavam as máximas de forma consistente, seria possível identificar os dois atributos em um único voto de um juiz, em vários votos do mesmo juiz ao longo de sua carreira, ou classificar um mesmo voto de modos opostos.

O poder político é a possibilidade de impor a adoção de determinado comportamento aos indivíduos membros de um grupo social de forma coercitiva (MENEZES, 2013, p. 12). O judiciário, ao criar direito de forma proativa que não lhe foi resguardada pela Constituição, demonstra exercer função usurpadora na medida em que define questões por meio incidental, sem o devido revestimento formal que seria exigido em um processo legislativo, claramente ferindo a separação dos poderes e a segurança jurídica como princípios norteadores da manutenção de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Robert Juul (2000, p. 70) dispõe que o “ativismo judicial ocorre quando o judiciário ultrapassa a linha que separa as esferas judicial e legislativa”. Nota-se que os fenômenos da Judicialização do Direito e do Ativismo Judicial são correlacionados, todavia, não guardam relação de causa e efeito, podendo existir um sem o outro.

Leciona Barroso (2012, p. 26):

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O autor cita três formas possíveis de manifestação do ativismo judicial. A primeira seria aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário.

Os princípios constitucionais, no modelo atual, não constituem mero direcionamento de intenções, e sim direitos subjetivos aplicáveis cuja efetividade e eficácia devem ser progressivamente conquistadas por todos os ramos do poder público. Todavia, não é cabível utilizar-se de princípio constitucional como justificativa de escolha política do magistrado no momento de decidir sobre questão concreta. Os princípios e demais termos em aberto constantes da Constituição não podem ser usados de forma leviana, de acordo com a conveniência que apresentarem incidentalmente, como ferramenta para deliberadamente decidir onde não foi explicitamente determinada a adequação da decisão sobre a questão por meio judicial.

Em seguida, temos a manifestação do ativismo judicial através da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos, e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público em matéria de política pública. Quanto a esta última, Soares (2010, p. 4) explica que “tratando-se de questões intrinsecamente políticas, e não judiciais, fica evidente que as decisões quanto a essas matérias, tomadas por órgãos do Judiciário, demonstram um deslocamento de temas políticos para outra arena de deliberação, a saber, o Supremo Tribunal Federal”.

Já Pogrebinschi (2000, p. 2) considera detentor de postura ativista o juiz que: a) utilize de seu poder como instrumento de moderação sobre demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.

Ao revestir-se das citadas atitudes, o magistrado beira à criação livre do Direito, utilizando-se da Constituição como instrumento para efetivar suas vontades, decidindo de forma arbitrária ou, no caso da criação ou modificação de políticas públicas por meio judicial, abarcando competência que inicialmente não é de sua alçada e para a qual não tem legitimidade.

As origens do ativismo judicial remontam ao *common law* americano, onde reformas sociais foram possíveis em momentos cruciais, em especial com relação a questões de segregação racial. No Brasil – não adotante do mesmo modelo, o americano –, é imperativo que as decisões proativas sejam verificadas em momentos históricos determinados. O ativismo judicial há de ser exercido de forma eventual e excepcional, evitando-se comportamento recorrente e abusivo que prejudique as noções de separação dos poderes e, principalmente, de segurança jurídica, já que é possível, de forma incidental, modificar, ampliar ou até mesmo restringir direito através de uma única decisão singular.

O compartilhamento de competência entre os poderes trazido pela Constituição vigente, que inicialmente preconizava um exercício conjunto e harmonioso das funções públicas, mostra-se prejudicado frente a um ativismo judicial exacerbado, onde facilmente uma instituição pode sobrepor-se a outra, em determinada matéria, sem ter recebido competência constitucional para tal.

A competência dada ao Supremo Tribunal Federal pela nossa Constituição é a de guardião desta, prezando pela manutenção e supremacia de

seus dispositivos, e afastando qualquer ato estatal que possa configurar lesão ou ameaça a seus preceitos, na forma do art. 102 da CF/88.

Em diversas decisões, o STF exprime a idéia exposta acima de que a ele não é permitido inovar o sistema jurídico, mas apenas afastar aquelas que julgue em desacordo com as normas constitucionais. A partir desta concepção, o Tribunal utiliza em suas decisões as expressões legislador positivo ou legislador negativo para diferenciar estas competências; neste sentido, o Tribunal somente poderia exercer as prerrogativas de um legislador negativo, ou seja, um órgão capaz apenas de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais; desta forma, caberia ao poder Legislativo à função de criar normas jurídicas, atuando como legislador positivo. (PINHEIRO; DA SILVA, 2006, p. 5).

Ao exercer essa função de guardião constitucional, não é concebível que o STF utilize de dispositivos da própria Constituição para dirimir princípios tão fundamentais quanto os da Segurança Jurídica e o da Separação dos Poderes, através de postura ativa não condizente com sua designada competência de legislador negativo.

A título de exemplo, citam-se decisões proferidas pelo egrégio Tribunal sobre sua própria competência e incapacidade de atuar como instrumento de inovação no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com voto do Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.063-MC:

a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.

Na ementa de Medida Cautelar na Ação Direta de ADI-MC 1063 DF:

O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, [...] proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.

E voto do relator Ministro Moreira Alves na Representação nº 1.417-7/DF20, *in verbis*:

O Tribunal Constitucional elimina - e atua, portanto, como legislador negativo - as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte

dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova.

Percebe-se o reconhecimento pacífico pelo STF da proibição imposta a ele mesmo de criar e inovar o sistema jurídico, restando-lhe apenas a competência de afastar as normas inconstitucionais, bem como declarar as constitucionais.

4. CONCRETIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme ficou constatado ao longo da pesquisa, o próprio STF já se pronunciou exaustivamente sobre o tema Ativismo Judicial, declarando-se legislador negativo incapaz de inovar o sistema jurídico, já que esta função seria incompatível com sua posição de guardião da Constituição.

O presente capítulo é destinado a apresentar julgados da Corte que contrariam esta definição, mostrando que o exercício de Ativismo Judicial por parte do STF não ocorre de forma excepcional ligada a momentos históricos determinados. Serão expostas decisões proativas que claramente ferem a competência constitucional conferida ao órgão, afetando negativamente as noções de segurança jurídica e de separação dos poderes, por escolha política do magistrado.

4.1 Mandado de Injunção – MI – nº 712 (2007)

Reconhecendo a mora do Legislativo em regulamentar a matéria, o MI nº 712 do STF veio suprir a necessidade de lei complementar, inicialmente de competência legislativa, para conceder eficácia ao art. 37, inciso VII, da CF, que prevê o direito de greve para os funcionários públicos.

Foi determinada a aplicação da Lei nº 7783/89, que regulamenta o direito de greve aos empregados da iniciativa privada aos servidores públicos, em caráter temporário, até posterior elaboração de lei que verse sobre o assunto.

Ementa: Mandado De Injunção. Art. 5º, LXXI Da Constituição Do Brasil. Concessão De Efetividade À Norma Veiculada Pelo Artigo 37, Inciso VII, Da Constituição Do Brasil. Legitimidade Ativa De Entidade Sindical. Greve Dos Trabalhadores Em Geral [Art. 9º Da Constituição Do Brasil]. Aplicação Da Lei Federal N. 7.783/89 À Greve No Serviço Público Até Que Sobrevenha Lei Regulamentadora. Parâmetros Concernentes Ao Exercício Do Direito De Greve Pelos Servidores Públicos Definidos Por Esta Corte. Continuidade Do Serviço Público. Greve No Serviço Público. Alteração De Entendimento Anterior Quanto À Substância Do Mandado De Injunção. Prevalência Do Interesse Social. Insubssistência Do Argumento Segundo O Qual Dar-Se-la Ofensa À Independência E Harmonia Entre Os Poderes [Art. 2º Da Constituição Do Brasil] E À Separação Dos Poderes [Art. 60, § 4º, III, Da Constituição Do Brasil]. Incumbe Ao Poder Judiciário Produzir A Norma Suficiente Para Tornar Viável O Exercício Do Direito De Greve Dos Servidores Públicos, Consagrado No Artigo 37, VII, Da Constituição Do

Brasil. [...] 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. [...] 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. [...] 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar -- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.

O STF já havia consolidado que a simples adesão à greve não constitui falta grave, todavia, os excessos ainda são passíveis de punição, constando do voto do Min. Dias Tofolli no AI 858651 / BA – BAHIA, publicado em 21/05/13 que, “é pacífica a jurisprudência quanto à legalidade dos descontos relativos aos dias em que houve paralisação do serviço, por motivo de greve de servidor público”.

4.2 Mandado de Injunção – MI – nº 721 (2007)

Também caso de atuação do STF por reconhecimento de inércia legislativa, o MI em questão veio suprir outra norma carente de regulação infraconstitucional, o artigo 40, §4º, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

[...]

II cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Foi determinada a concessão do direito a aposentadoria especial a uma servidora pública por exercer atividades insalubres, conforme art. 57 da Lei nº 8213/91.

Ementa: Mandado De Injunção - Natureza. Conforme Disposto No Inciso Lxxi Do Artigo 5º Da Constituição Federal, Conceder-Se-Á Mandado De Injunção Quando Necessário Ao Exercício Dos Direitos E Liberdades Constitucionais E Das Prerrogativas Inerentes À Nacionalidade, À Soberania E À Cidadania. Há Ação Mandamental E Não Simplesmente Declaratória De Omissão. A Carga De Declaração Não É Objeto Da Impetração, Mas Premissa Da Ordem A Ser Formalizada. Mandado De Injunção - Decisão - Balizas. Tratando-Se De Processo Subjetivo, A Decisão Possui Eficácia Considerada A Relação Jurídica Nele Revelada. Aposentadoria - Trabalho Em Condições Especiais - Prejuízo À Saúde Do Servidor - Inexistência De Lei Complementar - Artigo 40, § 4º, Da Constituição Federal. Inexistente A Disciplina Específica Da Aposentadoria Especial Do Servidor, Impõe-Se A Adoção, Via Pronunciamento Judicial, Daquela Própria Aos Trabalhadores Em Geral - Artigo 57, § 1º, Da Lei Nº 8.213/91.

4.3 Mandados de Segurança – MS – nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 (2007)

Definiram, de modo incidental, a perda do direito de continuar a exercer o mandato eletivo após desfiliação partidária, decidindo que o mandato do deputado pertence ao partido e que a desfiliação partidária, ressalvadas as exceções, implica a perda do mandato.

Para conhecimento, consta Ementa do MS nº 26.602:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL

EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.

A Constituição, em seu art. 55, dispõe taxativamente as hipóteses de perda de mandato do parlamentar, de forma que os julgados da Corte sobre a matéria vieram acrescentar hipótese ao rol por meio judicial.

A Resolução nº 22.610/2007 do TSE veio, posteriormente, abarcar o entendimento da Corte, tornando-o norma.

Do MS nº 26.604, extraímos trecho do parecer do então Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza:

2. A Constituição Federal não admite, expressa ou implicitamente, a perda de mandato parlamentar como penalidade por mudança de partido político. Consagração do mandato representativo popular. 3. O direito comparado e a tradição constitucional brasileira respaldam a força representativa da soberania do povo para reforçar a irrevogabilidade do mandato.

No ano seguinte, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999-7 veio atacar a Resolução nº 22.610 do TSE, nela o Relator dispõe que:

O debate legislativo é o ambiente adequado para resolver essas e outras questões, que são eminentemente políticas. Somente em situações extremas e sempre quanto autorizado expressamente pela Constituição é que o Judiciário pode se manifestar sobre os critérios que orientam a manutenção ou a perda do cargo por infidelidade partidária.

O Ministro Marco Aurélio de Melo, voto vencido, se mostrou contrário à declaração de constitucionalidade da Resolução:

Presidente, assentada a premissa – e fiquei vencido na matéria – segundo a qual o Tribunal Superior Eleitoral legislou, fez inserir no arcabouço normativo pátrio um ato abstrato autônomo, geral, obrigando a todos, devo, então, a partir dessa premissa em relação à qual continuo guardando reservas, proceder a exame da Resolução. Vejo que, já de início, no artigo 1º previu-se que é possível a Justiça Eleitoral, no caso de infidelidade partidária, decretar a perda do cargo eletivo. O Tribunal Superior Eleitoral adentrou no campo do direito substancial para revelar situações concretas em que se teria o abandono do partido que capitaneou a eleição do candidato, o abandono pelo candidato eleito, como justificado, como legítimo. E aqui, realmente se trata de direito substancial. Em preceito seguinte a Resolução versa processo, porque condição da ação diz respeito a processo e não a procedimento. A Resolução indica aqueles legitimados para adentrarem o campo jurisdicional e reclamarem a declaração em decisão constitutiva negativa, de perda de cargo [...] Em síntese, esse condicionamento, para mim, implica dizer que julgou, acabou julgando, não para o caso concreto, como ocorre quando a ação revela mandado de injunção, o Tribunal Superior Eleitoral acabou julgando implicitamente um mandado de injunção ante a lacuna legislativa, ante a inexistência de diploma que versasse todos os temas contidos na Resolução, ante a inércia do Congresso Nacional, e competente para julgar mandado de injunção, neste caso, e o Supremo Tribunal Federal e não o Tribunal Superior Eleitoral.

Tendo em vista que a Constituição não expressa a possibilidade de perda de mandato parlamentar como penalidade por mudança de partido, e que o ambiente correto para a discussão seria o Legislativo, torna-se clara a incidência de ativismo judicial sobre a questão.

4.4 Súmula Vinculante nº 13 (2008)

A ADC/DF nº 12, já citada neste trabalho, com objeto de declarar a constitucionalidade da Resolução nº 7 do CNJ, tornou válida a vedação da prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário.

Dessa ADC, originou-se a Súmula Vinculante nº 13, ampliando a vedação do nepotismo para toda a administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O fundamento dessa ampliação residiu nos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, prescindindo da necessidade de edição de lei formal para configuração da ilicitude do ato referido.

Ementa: Administração Pública. Vedação Nepotismo. Necessidade De Lei Formal. Inexigibilidade. Proibição Que Decorre Do Art. 37, Caput, Da Cf. Re Provido Em Parte. I - Embora Restrita Ao Âmbito Do Judiciário, A Resolução 7/2005 Do Conselho Nacional Da Justiça, A Prática Do Nepotismo Nos Demais Poderes É Ilícita. Ii - A Vedação Do Nepotismo Não Exige A Edição De Lei Formal Para Coibir A Prática. Iii - Proibição Que Decorre Diretamente Dos Princípios Contidos No Art. 37, Caput, Da Constituição Federal. Iv - Precedentes. V - Re Conhecido E Parcialmente Provido Para Anular A

Nomeação Do Servidor, Aparentado Com Agente Político, Ocupante, De Cargo Em Comissão.

Nota-se que o ilícito criado originou-se da vontade do Judiciário diante da omissão dos demais poderes sobre a matéria, inexistindo norma legal para a criação da proibição. A figura da Súmula Vinculante foi usada aqui não para solidificar reiterado posicionamento sobre interpretação normativa, mas para criar vedação legal por meio judicial.

4.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 54 (2012)

A ADPF nº 54 teve como objeto a autorização para a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Na época, os juízes e Tribunais de Justiça já formalizavam autorização para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina.

Consta de sua Ementa:

ESTADO – LAICIDADE.

O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

O relator, Ministro Marco Aurélio, afirma:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Baseando-se em princípios constantes da Constituição, o aborto de fetos anencefálicos tornou-se legal, vista a impossibilidade de sobrevivência da criança após o parto.

Contudo, nota-se no art. 128 do Código Penal a autorização de aborto somente nos casos de aborto necessário (se não há outro meio de salvar a vida da gestante) e em caso de gravidez resultante de estupro.

Através da criação de uma terceira hipótese de aborto autorizado, não prevista em lei, é confirmada a decisão judicial de cunho político, criadora de direito novo, com intuito de suprir omissão do Legislativo sobre a matéria. O STF põe fim a discussão de importância notória, porém, o faz através de usurpação de competência parlamentar, atuando como legislador positivo.

Citam-se trechos dos votos do Ministro Ricardo Lewandowski: “não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”; e do Ministro Cezar Peluso “não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional”.

4.6 Habeas Corpus – HC – 126.292 (2016)

Recentemente o plenário do STF decidiu, por 7 votos a 4, no julgamento do Habeas Corpus supracitado, pela possibilidade de execução da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau.

Consta do voto do Relator:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. [...] Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

O Código de Processo Penal, em seu art. 283 explicita que 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.

Adicionalmente, a matéria é resguardada pelo princípio da presunção da inocência constante do art. 5º, inciso LVII, da Constituição – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Note-se que, comumente, o ativismo judicial do STF vem da perspectiva de um garantismo jurídico; o Tribunal decide além de suas competências alegadamente em busca de atribuir eficácia a princípios constitucionais.

Lê-se na ementa do Mandado de Segurança nº 23.262, julgado pelo STF:

O princípio da presunção de inocência consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou da conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado. [...] O status de inocência deixa de ser presumido somente após decisão definitiva [...]

Consta do voto do Min. Celso de Mello, no Habeas Corpus nº 113.483:

Desse modo, torna-se inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode legitimar a recusa de aplicação, ao réu, do princípio da insignificância, pois, com o trânsito em julgado (e somente com este), descaracteriza-se a presunção “juris tantum” de inocência do acusado, que passa , então, a ostentar o “status” jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes.

Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144 extrai-se ainda que “a presunção constitucional de inocência [...] se qualifica como prerrogativa essencial de qualquer cidadão, impregnada de eficácia irradiante, o que a faz projetar-se sobre todo o sistema normativo” e que trata-se de “princípio que não pode ser transgredido por atos estatais que veiculem, prematuramente, medidas gravosas à esfera jurídica das pessoas, que são, desde logo, indevidamente tratadas, pelo Poder Público, como se culpadas fossem”.

Não há o que se falar, aqui, em preenchimento de lacunas negligenciadas pelo poder Legislativo, ou concretização de direitos fundamentais. Ainda que a Constituição não proíba explicitamente, ao decidir pela possibilidade de execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, quando efetivamente

tornam-se exauridas quaisquer dúvidas acerca da inocência do réu, a Corte não somente acaba por dirimir a segurança jurídica através de afronta a Lei federal vigente – que não foi declarada inconstitucional, mas apenas seletivamente ignorada –, como também tem cunho flagrantemente restritivo sobre o princípio da presunção da inocência, até então considerado cláusula pétrea, irredutível em seu núcleo.

CONCLUSÃO

Os princípios da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes não somente figuram como cláusulas pétreas em nossa Constituição, mas constituem os fundamentos mais basilares necessários à manutenção da estrutura de um Estado Democrático de Direito.

As mudanças que se intensificaram no século XX, trazendo uma visão mais pragmática do Direito voltada para a realidade factual, resultante da velocidade da evolução das relações sociais, afastaram o formalismo predominante nos séculos anteriores. Todavia, a flexibilização necessária para o funcionamento harmônico dos Poderes do Estado nos tempos atuais não pode abarcar a inobservância ou retrocesso dos princípios norteadores da noção de Democracia.

No Brasil, a Judicialização do Direito é evidentemente decorrente de escolha política consagrada em nossa Constituição de 1988, que trouxe uma série de inovações no tocante ao compartilhamento de funções entre os Poderes. Já o Ativismo Judicial importa em uma postura deliberada do magistrado em decidir além do que inicialmente determina a competência que lhe foi dada, refletindo fenômeno potencialmente danoso aos princípios supracitados, especialmente tratando-se do Supremo Tribunal Federal.

Através da análise de decisões notórias da Corte nos últimos anos, foi possível verificar que o STF vem adotando uma postura de abarcar em seus julgamentos decisões de cunho político. Apesar de ter se pronunciado legislador negativo e estabelecido que não lhe cabe usurpar a competência da atividade legiferante, o Tribunal reiteradamente cria direito tendo como fundamento a mora do Legislativo em decidir sobre determinadas matérias, fazendo-o em seu lugar.

Ademais, nota-se que principalmente através da excessiva aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e da imposição de condutas ou de abstenções relacionadas a questões políticas, essa postura ativista do STF não está ligada a momentos históricos que peçam excepcional atuação do Judiciário, mas a uma crescente expansão de competência que o Tribunal confere a si mesmo.

As consequências gravosas incluem uma progressiva usurpação de poder, ao invés de seu compartilhamento, como foi previsto pela nossa Constituição,

e insegurança jurídica, na medida em que direitos podem ser facilmente alterados, criados ou até mesmo suprimidos por decisão judicial.

Em decisão deste ano sobre a possibilidade de execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, o país chegou a ver concretizar-se um retrocesso no tocante à irredutibilidade das cláusulas pétreas da Constituição, quando o princípio da presunção de inocência foi minorado pelo entendimento da Corte.

Não pode a atuação de um órgão estatal tolher as garantias constitucionais de forma imponderada como vem sendo verificado, especialmente quando sua função primordial reside na proteção à Constituição e seus preceitos, conferindo a característica de volubilidade a garantias que deveriam ser o sustentáculo do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. R. F.; MOREIRA, J. D. C. **Delimitação histórica do Princípio da Segurança Jurídica nas Constituições Brasileiras e suas dimensões**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010

BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Cadernos [SYN] THESIS, v. 5, n. 1, 2012.

_____. **A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo**. Revista de Direito PGE-GO, v. 21, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC/SP nº 126.292**. Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 17-2-16, DJ de 17-5-16, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS/DF nº 23262**. rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 23-4-14, DJ de 30-10-14, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC/PR nº 113.483**. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-5-13, DJ de 01-8-14, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI/BA nº 858651**. Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 8-5-13, DJ de 21-5-13, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF/DF nº 54**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11 e 12-4-12, DJ de 30-4-13, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. Sessão Plenária de 21-08-08, 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI/DF nº 3.999**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-11-08, DJ de 17-4-09, 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF/DF nº 144**. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 06-8-08, DJ de 26-2-10, 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS/DF nº 26.604**. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3 e 4-10-07, DJ de 3-10-08, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS/DF nº 26.603**. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3 e 4-10-07, DJ de 19-12-08, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS/DF nº 26.602**. Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3 e 4-10-07, DJ de 17-10-08, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MI/DF nº 721**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-8-07, DJ de 30-11-07, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MI/PA nº 712**. Rel. Min. Eros Gray, julgamento em 25-10-2007, DJ de 23-11-07, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC/DF nº 12**. Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 17-2-06, DJ de 24-2-06, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS/CE nº 22.690**. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-97, DJ de 7-12-06, 2006.

CAMPILONGO, C. F. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.p. 24-5.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, 2006.

FERRAZ, A. C da C. **Conflito entre Poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, M. G. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça**. Revista de Direito Administrativo 198, 1994.

JOBIM, N. A. **As tendências do Direito e do Poder Judiciário no Brasil e no Mundo**. Brasília: CJF, 1997.

KOERNER, A. **Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. Novos Estudos-CEBRAP, n. 96, 2013.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la constitución**, Ed. Ariel, Barcelona, 1976.

MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES DE LIMA, F. G. **O STF na crise institucional brasileira**. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2009.

MENEZES, B. P. **Ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos**. Câmara dos Deputados/Cefor. 2013.

NASCIMENTO, S. D. **O Processo de Judicialização do Direito: Retrospectiva e Prospectiva.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2010

NOJIRI, S. **A interpretação Judicial do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, C. A. A. de. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica.** Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 1, 2013.

PINHEIRO, V. M.; DA SILVA, V. A. **O STF como legislador negativo.** 2006.
Disponível em:
http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/90_Victor%20Marcel%20Pinheiro.pdf.
Acesso em 15.maio.2016.

POGREBINSCHI, T. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo.** *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda.** 2007.
Disponível em: <<http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>>. Acesso em jun 2015.

SOARES, J. de R. B. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política.** Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THEODORO JÚNIOR, H. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica.** Porto Alegre: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n. 40, 2006.

VIDIGAL, E. **Protagonismo político dos juízes: Risco ou oportunidade?** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

ZIPPELIUS, R. **Teoria Geral do Estado.** Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.