



UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

FACULDADE DE DIREITO

Renata Canello Klafke

O MOVIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUA
APLICAÇÃO NA ESFERA PENAL: UMA ANÁLISE À LUZ
DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.

Passo Fundo

2014

Renata Canello Klafke

**O MOVIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUA APLICAÇÃO NA
ESFERA PENAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.**

**Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da
Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do Professor Mestre Luiz
Fernando Kramer Pereira Neto.**

Passo Fundo

AGRADECIMENTOS

Para todos aqueles que, quando balancei, frente a adversidades e incertezas, disseram “vá em frente”.

Obrigada à minha mãe e ao meu pai, por insistirem que eu escolhesse a profissão adequada, mesmo que isso tenha significado fazer vestibular e mudar de curso por algumas vezes.

Obrigada aos meus irmãos, que sempre estiveram ao meu lado, pela amizade, pela compreensão e até mesmo pelas muitas caronas para faculdade, estágio e provas, quando perdia o ônibus, mérito esse que se estende ao meu cunhado Teddy, que, mesmo apreciando muito o seu sono, não raras vezes, levantou cedo para me levar.

Obrigada à Universidade de Passo Fundo e, em especial, à Faculdade de Direito, que me possibilitaram muito mais do que conhecimento acadêmico, mas convívio com grandes pessoas, mestres e amigos, que seguirão comigo, pois fazem parte do que me tornei, o que hoje sou.

Obrigada aos meus orientadores Emília Merlin Giuliani e Luís Fernando Kramer Pereira Neto, pelos quais tenho grande estima e apreço, não só por toda a disponibilidade de tempo despendido na orientação do trabalho, mas também pela amizade, pela confiança e pelos ensinamentos transmitidos.

Por fim, a todos que me ajudaram com uma palavra de apoio, uma dica de livro, um ombro amigo, o meu muito, muito obrigada: foi graças a esse apoio que, hoje, tornam-se realidade não só este trabalho, como também com ele o início de uma grande caminhada!

“Em tempos em que quase ninguém se olha nos olhos, em que a maioria das pessoas pouco se interessa pelo que não lhe diz respeito, só mesmo agradecendo àqueles que percebem nossas descrenças, indecisões, suspeitas, tudo o que nos paralisa, e gastam um pouco da sua energia conosco, insistindo” (M.M).

RESUMO

O presente trabalho tem como estudo o movimento do ativismo judicial. Para tanto, é necessário analisar o Estado brasileiro, bem como um dos princípios fundamentais à separação dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, que prevê que os mesmos exercerão sua função de maneira independente e harmônica entre si, conforme disposto na Constituição Federal de 1988. Isto porque, cada vez mais, é crescente o número de decisões proferidas pelo Judiciário, em que claramente se mostra uma interferência nos demais poderes. Para isso, inicialmente, estuda-se o constitucionalismo, a separação dos poderes, o nascimento do ativismo judicial e a evolução dos direitos e garantias fundamentais. Posteriormente, verifica-se o movimento no Brasil e as razões para o seu crescimento, aliado ao estudo dos princípios e garantias fundamentais. Por fim, correlacionam-se ambos a fim de verificar sua forma de aplicação pelo Poder Judiciário no Brasil, analisando o comprometimento da autonomia dos poderes e a constitucionalidade das decisões em prol de e contra o réu, com estudo das Súmulas Vinculantes 11 e 14. Para tanto, compreende-se que o ativismo judicial se traduz na interpretação realizada pelos magistrados, desembargadores e ministros, no uso de suas atribuições, quando da análise do caso concreto, na inexistência de previsão legal. O dissenso, por sua vez, encontra-se na (im)possibilidade do Poder Judiciário suprir as lacunas existentes na legislação através de suas decisões, imiscuindo-se na função dos demais poderes.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Decisões. Garantias. Lacunas. Separação de Poderes. Súmulas Vinculantes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. Breves Considerações Históricas	9
1.1. Sobre o Constitucionalismo	9
1.2. A Doutrina da Separação dos Poderes	14
1.3 O Surgimento do Ativismo Judicial	17
1.4. A Evolução dos Direitos Fundamentais	20
2. A Constituição Federal Brasileira e o Exercício do Ativismo no Brasil	27
2.1. Princípios e Garantias Fundamentais	27
2.2. O Crescimento da Demanda Judiciária	36
2.3. O Ativismo Judicial no Brasil	40
3. O Ativismo Judicial no Âmbito Penal	47
3.1. O Comprometimento da Autonomia dos Poderes	47
3.2. O Exercício do Ativismo em prol do réu e a Constitucionalidade das decisões	51
3.3. Decisões Emblemáticas na Seara do Ativismo Judicial - Súmulas nº 11 e nº 14	53
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um movimento relativamente novo no Brasil, embora tenha sido desenvolvido em outros países há mais tempo, tendo sua origem nos Estados Unidos, onde ocorreu o caso *Lochner v. New York*, de grande repercussão, através do qual foi reconhecida a superioridade das normas constitucionais. O termo “ativismo judicial”, no entanto, surgiu apenas em 1947, em um estudo realizado por Arthur Schlesinger Jr., sobre a Corte Suprema americana, o qual traçou um perfil dos Ministros que compunham o referido Tribunal.

Assim, é possível entender porquê o movimento é recente no país, sendo que data do advento da Constituição Federal de 1988 o momento em que ganha espaço, oportunidade em que os cidadãos passaram a questionar e requerer judicialmente a efetivação dos direitos e garantias previstos na Carta Magna. Isto porque foi a Constituição Cidadã que consolidou a extensão e a titularidade de direitos, fazendo com que se buscassem mecanismos para efetivá-los, aumentando, conseqüentemente, as demandas judiciais e o trabalho do Poder Judiciário.

Contudo, para melhor entendê-lo e torná-lo passível de gerar posicionamentos sobre sua pertinência no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário iniciar nosso estudo pela origem do constitucionalismo, datada de 1215, por ocorrência da Magna Carta de João Sem-Terra, na Inglaterra, que colocou um freio na atuação estatal, por pressões dos nobres.

Após, com o passar dos séculos, foram surgindo movimentos que impulsionaram uma verdadeira mudança no comportamento daqueles que exerciam o poder, de modo a possibilitar aos cidadãos comuns que tivessem acesso ao mínimo de garantia de uma vida digna. Foi então com a promulgação das Constituições dos Estados Unidos e da França, no século XVIII, que colocou-se limite à atuação estatal com a previsão de direitos, que formalmente iniciou o constitucionalismo.

Nesse mesmo período, é publicado o livro “O Espírito das Leis”, escrito por Montesquieu, grande pensador e filósofo francês, que trata de um tema de grande relevância para os ordenamentos jurídicos e, em especial, para este trabalho: a separação funcional de poderes, teoria adotada pelo Brasil.

A divisão de poderes, prevista no art. 2º da Constituição Federal, foi estudada por Montesquieu e representa uma forma de organização do Estado baseada na separação de competências, para evitar que os poderes sejam exercidos pela mesma pessoa, o que afrontaria um Estado Democrático de Direito.

Em decorrência da evolução nas Constituições, foi crescendo a concessão de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, sendo importante a análise através das dimensões e das formas com que se apresentam hoje, bem como a existência ou não de sua efetivação.

Debruçando-se sobre essa realidade, percebem-se que, apesar de serem verificadas, durante o processo histórico, inúmeras alterações no tocante às garantias dos cidadãos, nunca antes se viu tantas reivindicações baseadas nos direitos assegurados constitucionalmente, o que influencia de forma direta no aumento das demandas judiciais e, conseqüentemente, no maior número de decisões ditas oriundas do ativismo judicial.

Considerando que o foco do trabalho é a área penal, analisar-se-á os princípios mais importantes e mais aplicáveis para a solução dos casos concretos, previstos na Constituição Federal, a forma de solução na existência de conflitos entre eles, isto é, a ponderação, pautada pela proporcionalidade ou razoabilidade e concebida como uma forma de discricionariedade judicial que conduz à demonstração da necessidade de fundamentação das decisões.

De igual forma, são indispensáveis o conhecimento e a análise de algumas decisões, a fim de verificar a veracidade do que está sendo trabalhado e sua aplicabilidade na prática, que permite entender a maleabilidade das decisões, elemento este suscitado durante o trabalho, por trazer à tona a relevante questão da tão almejada segurança jurídica.

Além disso, tem-se como fator importante no estudo do ativismo os meios utilizados para solução das demandas, a fim de reduzi-las, mas que, contrariamente, aumentaram-nas, como é o caso da Lei nº 9.099/95; para limitar as vias recursais, por exemplo, a Lei nº 8038/90; e, até mesmo, para a padronização das decisões, no caso das Súmulas, em especial as vinculantes.

Assim, as decisões em massa, oriundas de entendimento jurisprudencial e de matérias sumuladas, decorrentes de reiteradas decisões sobre certos assuntos, acabam retirando das partes a possibilidade de um tratamento direcionado ao seu caso concreto, razão pela qual se diferenciam os precedentes judiciais das súmulas vinculantes.

Outrossim, será analisado e demonstrado através de casos concretos o ativismo judicial no Brasil, justificado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, os limites de sua atuação e os motivos pelos quais tem ocorrido seu crescimento, que consiste em uma análise superficial da inércia do Poder Legislativo e da incapacidade de solução dos problemas extrajudicialmente.

Toda a matéria desenvolvida se une quando do estudo do comprometimento da autonomia dos poderes, que se configura como a maior preocupação decorrente do crescimento do movimento no país, com breves considerações sobre as funções atípicas constitucionalmente previstas.

O cerne da questão fica em torno das decisões diferentes, versando sobre a mesma matéria, bem como sobre o atendimento às garantias e direitos fundamentais, de modo a demonstrar que o entendimento exarado pelos Tribunais superiores, embora esteja suprimindo lacunas legislativas, se adéqua às previsões constitucionalmente asseguradas aos cidadãos.

Desse modo, faz-se necessário compreender algumas leis em confrontos com súmulas, desde o espírito de sua criação até a sua aplicabilidade, a fim de comprovar a ausência de classificação do movimento ativista em prol de ou contra o réu, mas sim de acordo com a matéria posta em apreciação que, não raras vezes, demonstra paradoxalmente decisões políticas.

Portanto, pretende-se, com o presente estudo, utilizando o método dedutivo, analisar o movimento do ativismo judicial no Brasil, a forma com que está sendo exercido pelo Poder Judiciário, focando em suas causas e consequências, para que, ao final, se for possível, classificar essa interferência como positiva ou negativa.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O presente estudo será iniciado com um tópico sobre breves considerações históricas, no qual se investigará desde o início e o desenvolvimento do Constitucionalismo até a promulgação da Constituição Cidadã, demonstrando o crescimento dos direitos e garantias individuais. Outrossim, tratar-se-á da relevância do estudo da teoria de Montesquieu para o Estado Democrático de Direito, bem como da explanação sobre o surgimento do ativismo judicial, com sua origem estadunidense.

1.1. Sobre o Constitucionalismo

O Constitucionalismo tem seu início com a Magna Carta, em 1215, de João Sem-Terra, a qual surgiu através de pressões dos nobres, a fim de colocar um freio na atuação do Executivo, sendo considerado o primeiro esboço de uma Constituição¹.

Isto porque, apesar de ter sido elaborado para garantir aos nobres privilégios feudais, não deixa de ter sido um ponto de referência para alguns direitos e liberdades, quais sejam: o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade².

Contudo, somente no século XVII é que o "movimento" ganhou força, com as declarações de direitos inglesas *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*, documentos estes que levaram a todos os cidadãos ingleses o reconhecimento das liberdades instituídas e impuseram limitações ao poder real exercido em detrimento da coletividade³. No entanto, como os direitos não vinculavam o Parlamento, não se reconhece propriamente como o marco inicial dos direitos fundamentais, cuja característica é precisamente sua capacidade de imporem respeito também pelo poder público (proibição de excesso).

Dessa forma, tem-se que, formalmente, o constitucionalismo surgiu com as constituições escritas dos Estados Unidos da América, em 1787, e da França, em 1791,

¹ LEAL, Saul Tourinho. Curso Ativismo Judicial. Disponível em: <<http://www.youtube.com/user/saberdireitoaula?feature=watch>>. Acesso em: 15 Março 2013.

² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado: 1998, p. 42.

³ *Idem, ibidem*, p. 44.

as quais possuíam em comum dois aspectos: organização do Estado e limites à atuação do poder estatal, através da previsão de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. Os direitos nelas previstos eram extensivos a todas as pessoas, sem qualquer distinção de classe, sendo, além disso, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, ponto decisivo para determinar o início dos direitos fundamentais.

Conforme leciona Canotilho, "os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades"⁴. Seguindo essa premissa, verifica-se que com o passar dos anos foi ganhando força o movimento constitucionalista, mormente pela promulgação de diversas declarações de direitos e constituições, configurando-se como uma grande conquista aos cidadãos.

Com efeito, a consagração do Estado de Direito começou a ser amplamente divulgada após a revisão judicial do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, quando a Corte Suprema estadunidense declarou a superioridade das normas constitucionais sobre todo o ordenamento⁵.

Assim, no início do Século XIX, restou evidenciado que “a Constituição, por ser a norma fundamental do Estado, disciplinando sua organização e elencando seus fundamentos, haveria de ser o limite para a atuação legislativa⁶”.

A importância do Estado de Direito e da superioridade da Constituição reside no fato de que as normas que regem o Estado são feitas por governantes eleitos pelo povo, traduzindo a vontade dos cidadãos. Desse modo, surgiu o conhecido Estado Democrático de Direito, pois todos participam da política do país, através dos seus representantes eleitos.

Conclui-se, portanto, que a maior importância da existência de uma Constituição em um Estado reside no fato de que através dela o Estado é organizado, desde os elementos básicos até a estruturação política, sendo indispensável, já há muitos séculos, para o regular andamento de qualquer sociedade. A respeito disso, Alexandre de Moraes preleciona que:

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

⁵ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 20 ed. Rev. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 6.

⁶ LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012, p. 159.

[...] Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competência, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas⁷.

Partindo dessa premissa, é possível verificar que, diferentemente de outros países, o Brasil precisou de precisamente 164 anos para efetivar uma Constituição que alcançasse o esperado, mesmo que na *reserva do possível*, e que se enquadrasse, assim, no verdadeiro sentido jurídico da palavra.

Durante o período compreendido entre a primeira Constituição brasileira e a Magna Carta de 1988, o país teve outras seis Constituições, alternadas entre regimes democráticos e de exceção, assunto sobre o qual se faz necessária uma pequena digressão, para melhor compreensão do trabalho no seu todo.

O sistema brasileiro foi estruturado pela Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 1824, o que revela que não demorou muito a surgir após o nascimento nos demais países. Contudo, tal estruturação foi uma clara forma de manter o domínio do Imperador, na época Dom Pedro I, sobretudo pela criação do Moderador como o quarto Poder, cujo intuito era velar pela manutenção da independência, pelo equilíbrio e pela harmonia dos demais⁸.

Dentre os 179 artigos presentes na Carta, havia ainda a imposição de que o voto seria censitário, as eleições indiretas, e os governantes das províncias indicados pelo Imperador; no entanto, mesmo com tais imposições, a Carta foi a Constituição mais duradoura da história do país, pois viveu por 65 anos.

Foi após a proclamação da República, em 1889, momento em que o país passava por transformações políticas, econômicas e sociais, tais como a abolição da escravatura, a ampliação de indústrias com consequente êxodo rural e o surgimento da inflação, que foi promulgada, em 1891, a nova Constituição.

⁷ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 20 ed. Rev. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 6.

⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

Dentre as inovações trazidas estão, notadamente, a instituição da forma federativa do Estado e da forma republicana de governo; a independência dos poderes, agora adotada a teoria tripartida de Montesquieu: Executivo, Legislativo e Judiciário⁹; a exclusão do voto censitário, embora contasse ainda com algumas restrições; a laicização do país, isto é, a religião católica não é considerada a oficial no Estado; e, por fim, a instituição do *habeas corpus*.

Contudo, foi no governo de Getúlio Vargas que, curiosamente, verificou-se o maior avanço em relação às diretrizes sociais, pois data desse momento histórico a Constituição de 1934, marcada pela extensão do direito ao voto às mulheres, inserindo-as na escolha da política do país¹⁰. Ademais, foi com essa Carta que houve a criação da Justiça Eleitoral e do Trabalho, além da instituição das leis trabalhistas e, assim, a delimitação da jornada de trabalho para oito horas diárias, bem como a previsão de repouso semanal remunerado e férias. Outrossim, foi a primeira vez que previu as ações constitucionais do mandado de segurança e ação popular.

No entanto, embora representasse um grande avanço possibilitado por Getúlio Vargas, é o próprio Presidente que, em 1937, revoga a Constituição, dissolve o Congresso e outorga a Carta Constitucional do Estado Novo, na qual previa a concentração do poder nas mãos do chefe do Executivo¹¹ e suprimia os partidos políticos.

Apenas em 1946 é que o país retomou a Constituição no mesmo sentido que promulgada em 1934 e 1891, fato que contribuiu para que não se realizasse plenamente, na medida em que foi inspirada voltando-se ao passado, ao invés de fitar o futuro¹². Todavia, essa constituição inclinadamente democrática foi substituída durante o regime militar pela mais dura das Cartas existentes no país, a Constituição de 1967.

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83.

¹² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 85.

A Carta Magna de 1967, de cunho extremamente rígido, instituída durante o regime militar, foi sucessivamente emendada por atos institucionais que¹³, progressivamente, retiraram dos cidadãos os mais diversos e básicos direitos, legitimando a atuação desenfreada dos militares. Somente após o fim da ditadura militar é que foi promulgada, em 1988, nossa atual Carta Magna, mais precisamente conhecida como Constituição Cidadã, que passou a garantir a todos os brasileiros direitos individuais, assegurados, como cláusulas pétreas.

Segundo leciona Flávia Piovesan¹⁴

Preliminarmente, cabe considerar que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas no mundo no que diz respeito à matéria.

A autora refere, ainda, que “[...] a Carta de 1988, ao mesmo tempo que consolida a extensão de titularidade de direitos, [...] consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela [...]”¹⁵.

Portanto, verifica-se que, desde o nascimento da Constituição brasileira, vem-se buscando progressivamente efetivar as garantias constitucionais nela previstas. Apesar do período de decréscimo, compreendido entre 1937-1946 e 1967-1988, notadamente se verifica que foi nossa atual Carta que *projetou a construção de um Estado Democrático de Direito*¹⁶, visando assegurar os direitos nela previstos.

Dessa forma, mesmo tendo a Constituição Brasileira surgido de uma confluência de fatores, tais como a ditadura militar, ainda recente na história do país, e a afirmação de uma democracia como modelo de Estado, colocou em evidência a necessidade de assegurar aos cidadãos do Brasil acesso a direitos e garantias fundamentais, com base, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana.

¹³SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 86.

¹⁴PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e direito constitucional. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁵PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e direito constitucional. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁶PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e direito constitucional. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

A partir de então, as pessoas passaram a ter conhecimento sobre os direitos que possuíam, aumentando, com isso, a demanda judiciária¹⁷.

Ocorre que, com o aumento dos processos judiciais, o poder legislativo passou a não conseguir criar tantas leis quanto precisasse para atender às expectativas das pessoas, uma vez que o direito, por estar em constantes transformações, não consegue caminhar no mesmo ritmo que a humanidade. Tal fator deu suporte para o crescimento do ativismo judicial no Brasil, uma vez que passou a ser necessário que o poder Judiciário tomasse a frente em determinadas matérias, inclusive com decisões eminentemente políticas, fazendo com que se sobrepusesse aos demais poderes. Este fenômeno, todavia, será explanado de forma mais minuciosa no segundo capítulo deste trabalho

De forma a possibilitar uma melhor compreensão do ativismo judicial, faz-se necessário de pronto fazer uma breve análise sobre a doutrina da separação dos poderes, tese de estudo de Montesquieu.

1.2. A doutrina da separação de Poderes

Verifica-se que fato extremamente importante para as Constituições, independentemente do país, é a criação da teoria da separação dos poderes, cujos dois grandes expoentes, John Locke e Montesquieu, em diferentes épocas, buscaram organizar o poder político¹⁸. No tocante à separação de poderes, impende salientar que se trata do “exercício de competências dos órgãos de soberania e não um problema de divisão do poder unitário do Estado”¹⁹.

Dentre as formas de governo propostas, foi a doutrina de Montesquieu que baseou nossa Constituição, que opta por uma divisão tripartida a nível funcional, separando os poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário²⁰. O filósofo, em “O Espírito da Leis”, refere que o homem não é somente governado por leis, mas também

¹⁷BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 9ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

¹⁸CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2003.

¹⁹CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2003.

²⁰LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

pelo clima, pela religião, pelos exemplos passados, pelos costumes, pelas maneiras e pelas máximas do governo, o que forma o espírito geral²¹. Entretanto, refere que, devido às diferentes ordens de leis existentes, a maior grandeza da razão humana é saber distinguir quais estão relacionadas com o objeto que deve ser legislado, sem confundir com os princípios que devem governar o homem²².

Dessa forma, sustenta que: “Afirmo-o e parece-me que fiz esta obra apenas para prová-lo: o espírito de moderação deve ser o do legislador; o bem político, assim como o bem moral, encontra-se sempre entre dois limites”²³.

Todavia, quando discorre sobre a criação das leis, Montesquieu vislumbra um grande problema na origem, referindo-se, neste caso, àquelas que aparentemente são iguais, mas foram criadas por diferentes motivos e nem sempre produzem o mesmo efeito, demonstrando que o espírito de criação vai influenciar na sua aplicação²⁴.

Depreende-se, desse modo, que por vezes o fato de haver uma lei em determinado local, que seja extremamente válida para coibir ou regular condutas, nem sempre o será de igual forma em outro, dependendo a sua eficácia, sobretudo, da ideia que se tinha quando resolveu criar a ordem, sendo necessária a sua particularização. Quanto a isso, Montesquieu relata: “Devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra²⁵”.

No entanto, inequívoco que o pensamento de Montesquieu era claro no sentido de que as leis, por mais complexas que sejam em sua origem, devem ser feitas somente pelo legislador, relativas ao princípio do governo com competência natural instituída para tal finalidade, não devendo haver a interferência dos demais poderes.

Portanto, refere Montesquieu que a democracia deve evitar dois excessos, o primeiro, o espírito da desigualdade, que levaria à aristocracia; e, o segundo, o espírito da igualdade extrema, que levaria ao despotismo de um só. No que tange ao espírito da igualdade extrema, preleciona que

²¹ MONTESQUIEU. Charles de Secondat Baron de, 1689-1755. O Espírito das Leis/ Montesquieu: apresentação Renata Janine Ribeiro; Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²² *Idem, ibidem*, p. 501.

²³ *Idem, ibidem*, p. 601.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 603.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 16.

Assim como o céu está distante da terra, o verdadeiro espírito da igualdade o está do espírito da igualdade extrema. O primeiro não consiste em fazer com que todos comandem, ou que ninguém seja comandado; e sim em obedecer e comandar seus iguais. Não busca não ter nenhum senhor, e sim só ter iguais como senhores. No estado de natureza, os homens nascem realmente na igualdade; mas não poderiam nela permanecer. A sociedade faz com que a percam, e eles só voltam ser iguais graças às leis. A diferença entre a democracia regrada e a que não o é é que, na primeira, só se é igual enquanto cidadão, e que, na outra, se é igual também enquanto magistrado, enquanto senador, enquanto juiz, enquanto pai, enquanto marido, enquanto senhor.²⁶

Assim, verifica-se que, há muitos séculos, Montesquieu já lecionava que o verdadeiro modelo democrático a ser aplicado nos países deveria ser aquele regrado, em que todos seriam tratados de igual forma, independentemente do cargo, posição social ou familiar.

Conforme já referido anteriormente, somente com a Constituição de 1889 é que o Brasil de fato adotou a divisão tripartida, uma vez que na primeira Carta Magna, outorgada em 1824, havia, também, o Poder Moderador. A tripartição dos poderes pode ser vista sob dois aspectos: I) negativo - como divisão, controle e limite do poder e II) positiva - como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões eficazes.

Conforme refere Canotilho²⁷:

O princípio da separação na qualidade de princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.

A divisão representa a separação das competências, que, independentemente de estarem sendo geridas por órgãos distintos, em nada alteram a unidade do Estado. Muito pelo contrário, cada um dos poderes, de certa forma, complementa o outro, pois não

²⁶ MONTESQUIEU. Charles de Secondat Baron de, 1689-1755. O Espírito das Leis/ Montesquieu: apresentação Renata Janine Ribeiro; Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003

haveria necessidade da existência de um deles, sem que houvesse os demais para aplicação e efetivação das suas atribuições.

Impende salientar que a importância de compreender o sentido histórico e estrutural da separação de poderes reside no fato do movimento do ativismo judicial colocar em confronto a atuação de cada poder e a interferência do Judiciário frente ao Legislativo e ao Executivo, principalmente no que tange à criação das leis.

De igual forma, faz-se necessário verificar o sentido e o contexto do surgimento do movimento ativista, o que será feito no próximo tópico, para possibilitar entender sua aplicação nos dias atuais e sua possível efetividade de acordo com o pensamento inicial através do qual foi criada.

1.3. O surgimento do ativismo judicial

Um caso de grande repercussão na história dos Estados Unidos foi o *Lochner v. New York*, pois, em 1895, em Nova York, foi regulamentada a jornada diária de trabalho dos funcionários das padarias em dez horas diárias ou sessenta horas semanais, uma vez que as longas jornadas de trabalho dos prestadores de serviços, somadas com a exposição ao pó da farinha, à umidade e às variações extremas de temperaturas eram nocivas aos trabalhadores²⁸.

A regulamentação da redução da jornada de trabalho era postulada há décadas, na medida em que acreditavam ser necessário para promover a cidadania, melhorar a vida em família e proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores²⁹. Ocorre que muitos viram a regulamentação como uma interferência governamental no mercado, uma vez que a lei fazia com que as empresas operassem com mais trabalhadores e tivessem uma margem de lucro menor³⁰.

Em 1902, *Lochner* foi multado em cinquenta dólares, por permitir que um funcionário trabalhasse mais que sessenta horas por semana, razão pela qual apelou para

²⁸ HALL. Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court*. Oxford University Press, 1992.

²⁹ HALL. Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court*. Oxford University Press, 1992.

³⁰ HALL. Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court*. Oxford University Press, 1992.

a *Appellated Division New York Supreme Cort*, em que perdeu por 3 a 2. Após, entrou novamente com recurso em *New York Cort of Appeals*, por 4 a 3³¹.

Lochner baseou sua apelação na violação do devido processo legal, consagrada pela seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, através do qual estaria sendo privado da vida, da liberdade e da propriedade sem a observância ao procedimento supracitado. Impende salientar que o devido processo legal foi originalmente concebido como uma garantia de que as leis seriam aplicadas através do procedimento judicial correto, e era isso que Lochner pretendia que fosse feito³².

Ocorre que o conceito do devido processo legal foi alterado significativamente no final do século XIX, momento em que os Tribunais assumiram o poder de examinar o conteúdo da legislação, bem como a sua aplicação. Dessa forma, o Tribunal poderia anular toda e qualquer norma que estivesse em desacordo com a Constituição, como forma de protegê-la³³.

No caso Lochner, o direito violado com o limite da jornada de trabalho era a liberdade de contratação, o qual não estava escrito literalmente na Constituição, mas ficava subentendido através da interpretação da Carta Magna³⁴.

A decisão proferida pelo Juiz Rufus Peckham considerou o *Bakeshop Act* inconstitucional, concedendo ganho de causa a Lochner, pois entendeu que a limitação da jornada de trabalho das padarias era – necessariamente – uma interferência na liberdade de contratação³⁵. Esse caso ganhou repercussão, ficando conhecido como um dos primeiros casos de flagrante ativismo judicial exercido pela Corte norte-americana³⁶.

Contudo, o termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos, em 1947, em um artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr. sobre a Corte Suprema do país, que traçou um perfil dos Ministros, dividindo-os em ativistas e defensores da autocontenção. No entanto, em seu estudo, Schlesinger não define exatamente a sua posição no tocante aos

³¹ HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court*. Oxford University Press, 1992.

³² *Idem, ibidem*, p. 509.

³³ *Idem, ibidem*, p. 509.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 509.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 510.

³⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, p. 037-057, 2012.

efeitos de ser ou não ativista, tão pouco se posiciona sobre esse fenômeno ser positivo ou não, deixando em aberto tal definição.

O ativismo judicial no Brasil, como nos outros países em que está inserido, é um movimento em que o Judiciário decide demandas imiscuindo-se no campo da política majoritária, ou seja, aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo.

Conforme leciona Luís Roberto Barroso³⁷:

A ideia de ativismo judicial esta 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: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A autocontenção, por sua vez, define-se pela redução da interferência do Judiciário nos outros Poderes, ou seja, os juízes e os tribunais, no desenvolvimento da sua atividade, não aplicam diretamente a Constituição quando não há previsão expressa, mas aguardam pelo pronunciamento do Legislativo. Assim, utilizam-se de critérios rígidos e conservadores para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos e se abstêm de interferir na definição de políticas públicas³⁸.

Outro ponto importante do estudo de Schlesinger é a definição dos conflitos internos produzidos pelo ativismo judicial, quais sejam: juízes não eleitos vs. leis democraticamente aprovadas; decisões orientadas politicamente vs. decisões orientadas juridicamente; uso criativo do precedente vs. uso estrito do precedente; supremacia da vontade popular vs. direitos humanos; e, por fim, política vs. direito³⁹.

Portanto, é possível visualizar que muito antes da criação do termo ativismo judicial já se vislumbrava no exercício da Corte americana que as decisões eram

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis. Rio de Janeiro, v.5, p. 23-32, 2012

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 7.

³⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski . Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, v. 8, p. 037-057, 2012.

direcionadas com base no entendimento que os Juízes tinham do caso, não apenas como a Constituição ditava as regras, havendo uma maleabilidade jurídica.

Ocorre que as lacunas deixadas no artigo escrito de Schlesinger, segundo Teixeira⁴⁰, foram sendo preenchidas ao longo dos anos, conforme os posicionamentos que os Juízes adotavam no ordenamento, passando estes a representar a defesa em juízo das ações que se mostravam politicamente insuficientes⁴¹.

Embora sejam inequívocos os avanços no campo de atuação e efetivação dos Direitos, em grande parte decorrentes da atuação dos Tribunais, os quais buscam interpretar a Constituição e, assim, aplicar da forma que lhes pareça mais adequada ao caso concreto, verifica-se que estão o fazendo se imiscuindo na função do legislador. O problema central reside no fato de estarem, assim, usurpando a competência do órgão Legislativo, o que interfere na separação dos poderes, um dos pilares básicos do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o movimento do ativismo judicial ganhou força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na medida em que possibilitou aos juízes uma atuação mais direta na sociedade, o que também é um reflexo da evolução e do crescimento dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, das demandas judiciais, como se verá no próximo tópico.

1.4. Evolução dos Direitos Fundamentais

O surgimento dos direitos fundamentais se deu juntamente com o início do Estado constitucional, que reconheceu a necessidade de proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais do homem.

Dessa forma, correto está ligar o aparecimento dos direitos fundamentais à limitação do poder estatal, pois, à medida que passa a haver um freio na atuação do Executivo, através de pressões realizadas pelos cidadãos, dá-se início à concessão de certas garantias aos mesmos.

⁴⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski . Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, v. 8, p. 037-057, 2012.

⁴¹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, v. 8, p. 037-057, 2012.

Contudo, desde o reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos passaram por diversas transformações, foram se aprimorando com o tempo, no que diz respeito ao conteúdo, à titularidade, à eficácia e à efetividade, tudo para atender cada vez mais os anseios dos cidadãos, que almejavam uma melhora na sua condição, através de maior concessão de direitos⁴².

Juntamente com o reconhecimento dos direitos fundamentais, é que se dá início à divisão em gerações ou dimensões. Em que pese alguns doutrinadores utilizem as denominações como sinônimos, a terminologia aqui usada será “dimensão”, compartilhando e adotando a ideia de Ingo Sarlet⁴³ de que o uso da palavra “geração” pode dar a falsa impressão de uma substituição gradativa de uma geração por outra.

Nesse sentido, tem-se como a primeira dimensão aquela de cunho individualista, que traz à tona os direitos do indivíduo frente ao Estado, podendo também ser conhecidos como direitos negativos ou de resistência, tendo em vista que são voltados à abstenção do Estado, colocando uma barreira à sua atuação. Portanto, estes são ligados à liberdade, à vida, à propriedade e à igualdade perante a lei, englobando, ainda, os direitos civis e políticos⁴⁴.

No que tange à segunda dimensão, tem-se os direitos ditos sociais, que acabaram por surgir no decorrer do século XIX, devido aos grandes movimentos que se desencadearam na época, notadamente relacionados aos trabalhadores. Tais direitos referem-se, por exemplo, à greve, à limitação da jornada de trabalho, ao repouso semanal remunerado, ao salário mínimo, dentre outros. O fato de serem direitos sociais está ligado às reivindicações terem sido feitas, principalmente, pelo proletariado, ou seja, pela classe mais baixa, que depende do seu trabalho regular, com a devida remuneração, para a garantia do sustento próprio e familiar⁴⁵.

A terceira dimensão de direitos dá conta daqueles considerados de titularidade coletiva ou difusa, ou seja, destina-se à proteção de determinados grupos. Enquadram-se nessa categoria o direito ao meio ambiente, à conservação e à utilização consciente do patrimônio histórico e cultural, à paz, dentre outros. Aqui, será determinante que os

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado: 1998.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 42.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 48.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 50.

direitos não sejam individualizáveis, mas sim relativos normalmente a um grupo indeterminado de pessoas⁴⁶.

Atualmente, ainda, é possível identificar uma quarta dimensão, que resguarda o direito à democracia e à informação. No entanto, não há unanimidade no reconhecimento de sua existência, havendo divergências doutrinárias importantes que precisam ser resolvidas para solidificar a sua existência⁴⁷.

Dessa forma, conclui-se que as dimensões de direitos são fruto tanto da pressão quanto da vontade popular, em reação a atos praticados, normalmente, pelo governo, e dos quais resultavam agressões evidentes à condição humana.

Contudo, impende salientar que, embora tantos anos, e até mesmo séculos tenham passado, do surgimento da primeira dimensão, não há dúvidas de que ainda hoje existe uma certa dificuldade generalizada de efetivação dos direitos, independente de que dimensão estejam enquadrados. Portanto, a ideia de que existe uma quarta dimensão de direito, de início, sugere cautela, devido à falta de efetividade das já consolidadas⁴⁸.

Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais percorreram um grande caminho até os dias atuais, buscando sempre o constante aprimoramento e a maior concessão aos cidadãos.

Neste sentido, necessário fazermos pequenas considerações sobre a Constituição Federal de 1988, nossa atual Carta Magna vigente no país, a qual aloca no Título I os Direitos e Garantias Fundamentais, que são dotados de *especial proteção jurídica*.⁴⁹

Conforme colaciona Feldens, “[...]em termos de direitos fundamentais, a Constituição formal seria o ponto de partida, mas não o ponto de chegada”⁵⁰. Contudo, embora previsto na Carta Magna, no §1º do art. 5º, que as garantias são de aplicação

⁴⁶SARLET. Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado: 1998.

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 53.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 53.

⁴⁹ FELDENS. Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal – 2ª ed. rev. Ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2012.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 48.

imediate, nem todas aquelas elencadas independem de intervenção do legislador, notadamente, as que asseguram a proteção penal de determinados direitos⁵¹.

Ocorre que não obstante os titulares dos direitos estejam – em relação aos direitos fundamentais – em uma zona de conforto, por garantirem que não haja intervenção dos poderes públicos, em muitos casos, denota-se que ao legislador cabe promover as condições e os meios para efetivo desfrute, claramente perceptível quando do uso da expressão “*na forma da lei*”⁵².

Além disso, verifica-se que a evolução dos direitos fundamentais conferiu um caráter duplo à atuação Estatal, na medida em que este deve “*não apenas respeitar os direitos fundamentais (em perspectiva negativa), mas também protegê-los (em perspectiva positiva) contra ataques e ameaças de terceiros*”⁵³, fazendo com que a preocupação atualmente não decorra apenas da atuação estatal, mas também das particulares.

Nessa perspectiva de dupla atuação estatal e discricionariedade (quando se trata na forma da lei) prevista na Constituição, é que se abre brecha para a atuação do Judiciário, no tocante às questões não solidificadas.

Dessa forma, há muitos assuntos que aqui poderiam ser discutidos, em relação a diversas searas do direito, envolvendo a previsão legal e a atual forma de atuação do Judiciário. Todavia, como o estudo é voltado para a aplicação na esfera penal, esta será a limitação para a análise das garantias.

Inicialmente, cumpre salientar que a Constituição possui relação estrita com o Direito Penal, na medida em que prevê quando há possibilidade ou não de intervenção, ou seja, uma faculdade de quem exerce a titularidade do direito; e, quando há taxatividade, seja no sentido da obrigatoriedade ou da proibição da interação, assegurando, assim, o exercício e o respeito dos direitos fundamentais⁵⁴.

⁵¹FELDENS. Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal – 2ª ed. rev. Ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2012.

⁵² FELDENS. Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal – 2ª ed. rev. Ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2012.

⁵³FELDENS. Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal – 2ª ed. rev. Ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2012.

⁵⁴FELDENS. Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal – 2ª ed. rev. Ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2012.

No entanto, embora – aparentemente – não exista muito espaço para maleabilidade jurídica da proteção constitucional às garantias penais, o que se verifica na prática é que se baseando no princípio da proporcionalidade – tripé da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, é que está ocorrendo a discricionariedade e, assim, diferentes interpretações para um único direito.

Além disso, há os ditos “espaços ou lacunas legislativas”, que são um campo aberto para a aplicação dos princípios e, conseqüentemente, da discricionariedade do juiz.

Outrossim, verifica-se que os próprios princípios norteadores do Processo Penal estão sofrendo interpretações totalmente desvinculadas da realidade para a qual foram criados, abrindo espaço para um questionamento maior ainda, que envolve também, além da definição do ativismo ser positivo ou negativo, a indagação de para que lado ele pende, isto é, como delimitar se o exercício é em prol do réu ou contra ele quando temos um leque de decisões para ambos os posicionamentos?

Essa indagação remete a uma ideia de que o exercício do ativismo judicial está voltado para os interesses que se pretende atingir, isto é, percebe-se que há decisões de caráter nitidamente políticos, através dos quais busca o Supremo decidir como forma de impor determinado posicionamento e influenciar no tratamento de determinada matéria.

Exemplo claro disso está no recente julgamento da Ação Penal 470, popularmente conhecida como Mensalão, na qual o Ministro Luiz Fux, no seu voto⁵⁵, “relativiza” o princípio da presunção de inocência, colocando-o praticamente como ônus da Defesa, o que é totalmente contrário à sua origem, aceitando para a condenação provas indiciárias, sob o argumento de que tal feito pode ser realizado quando houver suposições que apontem a real probabilidade da conduta, conforme se vê no seguinte trecho:

Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, no

⁵⁵ Voto Ministro Luiz Fux. Ação Penal 470. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470VotoMinLF.pdf>> Acesso em: 05 mar 2014.

conjunto probatório, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

Por outro lado, temos no voto do mesmo Ministro, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 107801, a desclassificação de um homicídio doloso, na modalidade dolo eventual, para culposos, por entender que a responsabilização só seria na forma mais gravosa se comprovado que o autor se embriagou com a finalidade de praticar o delito, o que, aparentemente, demonstra uma posição favorável ao réu. Senão, veja-se, analisando parte dos fundamentos do seu voto:

Essa, digamos assim, afirmação generalizada de que esses delitos de trânsito estão incorrendo em dolo eventual, isso só ocorreria se houvesse a comprovação da *actio libera in causa*, quer dizer, ele se embebedou para praticar o ilícito. [...] A aplicação da teoria da *actio libera in causa* somente é admissível para justificar a imputação de crime doloso em se tratando de embriaguez preordenada, sob pena de incorrer em inadmissível responsabilidade penal objetiva⁵⁶.

Refere, ainda, à decisão que pronunciou o réu “observa-se ter havido mera presunção acerca do elemento volitivo imprescindível para configurar-se o dolo, não se atentando, pois, para a distinção entre dolo eventual e culpa consciente⁵⁷”.

Demonstra-se, assim, inequivocamente, a existência de posicionamentos tanto a favor, quanto contra o réu em exercício de ativismo judicial, trazendo à tona uma insegurança jurídica sem precedentes no país.

O problema, como se verifica pelos exemplos supramencionados, reside especificamente no tocante à subjetividade das decisões, pois se baseando – principalmente – nos princípios aliado à falta de previsão legal, verifica-se uma discrepância no tratamento de uma matéria para outra, bem como de um cidadão para outro.

Contudo, em alguns casos mais recorrentes, para evitar que existam tratamentos desiguais para indivíduos que compartilhem de mesma situação jurídica, o Supremo tem consolidado entendimento em determinadas matérias, imiscuindo-se, mais uma vez, na

⁵⁶ Habeas Corpus nº 107801. Acesso em: 05 mar 2014.

⁵⁷ Habeas Corpus nº 107801. Acesso em: 05 mar 2014.

função do legislador, sem esperar que este se posicione da forma que entender mais adequada.

Ocorre que, ao efetivar direitos sem previsão legal, o Supremo está colocando em xeque não só a atuação do legislativo, mas notadamente a separação dos poderes, o que pode não ser saudável em um Estado Democrático de Direito, por causar um desequilíbrio na relação que deveria ser harmônica e independente, conforme previsto no texto constitucional.

A atuação do Judiciário no campo do Legislativo acaba por trazer à tona um vício de origem, questão essa suscitada anteriormente e salientada por Montesquieu, no que tange ao espírito da criação: aparentemente, os poderes são iguais, visam a garantia dos direitos dos cidadãos, no entanto, devido à diferença de motivação dos poderes em sua criação, podem não produzir o efeito esperado, influenciando na aplicação e efetivação da garantia.

Isso posto, este é o ponto central deste estudo e será melhor explanado nos capítulos seguintes, a fim de verificar se de fato existe alguma limitação para a atuação do Judiciário em razão da aplicação futura da norma ‘criada’, de forma igualitária, conforme feito pelo Legislativo, pretendendo-se, assim, tentar definir se positivo ou não o ativismo judicial para o crescimento e efetivação dos direitos, sobretudo porque a atuação se dá tanto a favor, quanto contra o réu.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Considerando o que foi explanado no capítulo anterior, inicia-se o presente com a análise dos princípios e garantias fundamentais, de modo a possibilitar ao leitor entender a relação existente entre a Constituição Federal e a competência para decidir em determinadas situações. Nessa oportunidade, verificar-se-á a conveniência, necessidade e utilização de decisões ditas oriundas do ativismo, bem como o aumento da demanda judiciária que leva à diferenciação entre os precedentes judiciais e a criação das Súmulas, pois utilizados com frequência na solução das lides.

Ademais, será analisada a forma com que se desenvolve o ativismo judicial no Brasil, justificado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, os motivos pelos quais ocorre, em especial a inércia legislativa, a aplicação em casos concretos e as consequências.

2.1. Princípios e Garantias Fundamentais

Os princípios e garantias fundamentais, conforme já referido no capítulo anterior, passaram a ser positivados com o início do Estado constitucional. Isso porque, foi com a criação de constituições escritas, que tinham como finalidade o estabelecimento de limites ao poder político, que ocorreram as incorporações de direitos subjetivos do homem às normas básicas⁵⁸.

A previsão legal de princípios e garantias fundamentais aos cidadãos é uma limitação ao poder delegado pelo povo a seus representantes, mostrando, de forma clara, não ser este absoluto.

Conforme leciona Canotilho⁵⁹:

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. p. 33. 20 ed. Rev. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

⁵⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa, para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

No Brasil, há previsão expressa, no Título II da Constituição Federal de 1988, dos direitos e garantias fundamentais, subdivididos em cinco capítulos, quais sejam: direitos individuais e coletivos, direitos sociais e de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. O rol trazido por tais dispositivos constitucionais, vale mencionar, não é taxativo. Pelo contrário, outros direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pelo Estado brasileiro passarão a integrar tal lista, sejam eles individuais ou coletivos ou mesmo difusos.

No entanto, nesse estudo, nos limitaremos a tratar dos direitos individuais e coletivos no âmbito penal, salientando, desde já que, embora a proteção positivada, há uma limitação, que será medida, na prática, pelos demais direitos. Nesse sentido, já disposto na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas⁶⁰, no art. 29 que:

Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Dessa forma, é evidente que as garantias somente serão efetivas se de fato o cidadão tiver direito, isto é, quando não ultrapassar os limites legais. Além disso, faz-se necessário ressaltar sobre a existência e a forma de resolução de conflitos, quando

⁶⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em 27 de outubro 2013.

chocarem-se dois ou mais direitos ou garantias, oportunidade em que se buscará a solução pela aplicação do princípio da concordância prática ou da harmonização⁶¹.

O princípio da concordância prática ou da harmonização dispõe que na hipótese de conflito entre bens e valores constitucionalmente protegidos, a solução mais adequada será aquela que contemplar todos eles, evitando a escolha de um em detrimento dos outros⁶².

Para tanto, Barroso⁶³ refere que se deve utilizar a *técnica da ponderação*, aplicável a casos difíceis, nos quais a subsunção se mostra ineficiente, sendo necessário o balanceamento e sopesamento de bens, interesses, valores ou normas.

A técnica supramencionada é utilizada através de um processo dividido em três etapas⁶⁴. Primeiramente, o intérprete deve selecionar as normas relevantes para solução do caso, identificando a existência de conflitos. Posteriormente, analisa-se o caso concreto supondo-se a aplicação das normas pré-selecionadas, oportunidade em que, então, será possível verificar a mais adequada, pela sua abrangência. Por fim, comparam-se os diferentes princípios aplicados ao caso concreto, a fim de definir qual é o mais adequado.

Impende salientar que toda a *técnica de ponderação* é pautada pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o qual tem por finalidade a interpretação de uma norma no caso concreto, para melhor efetivação do fim constitucional pretendido⁶⁵.

Contudo, há que se observar que a utilização de tal técnica é uma forma de discricionariedade judicial. Nesse sentido, o cuidado necessário é que a sua aplicação não ultrapasse os limites previstos no ordenamento jurídico. Isto é, não pode se permitir que a existência e a aplicação da ponderação se transformem em um *exercício indiscriminado de ativismo judicial*⁶⁶. Conforme leciona Feldens, “a proporcionalidade

⁶¹ BARROSO, L. R.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

⁶² *Idem, ibidem*, p. 32.

⁶³ *Idem, ibidem*, p. 11.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 18.

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 18.

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 21.

não é – e não pode se tornar – um curinga argumentativo. Ela não substitui o argumento. Ao contrário: o refina⁶⁷”.

Desta forma, demonstra-se a necessidade de fundamentação das decisões em que houver conflitos de princípios, de forma a deixar claro por que, na situação em exame, um é mais adequado que o outro. Tratando-se da esfera penal, a questão é muito mais delicada, pois – não raras vezes – as colisões ocorrem entre o produto da atividade legislativa e a Constituição Federal⁶⁸, questão essa que acaba sendo reportada ao Poder Judiciário para decisão, sendo este o espaço em que surgem as decisões ditas oriundas de ativismo judicial.

Na esfera penal, há diversos princípios importantes que delineiam a atuação do processo e são as garantias que o cidadão tem para lhe assegurar que tanto o caso quanto os seus direitos serão mantidos intactos, ou pelo menos que isso é o que deveria acontecer. Assim, sendo a área de abrangência deste trabalho limitada à esfera penal, passemos à análise dos princípios mais afetados pelo ativismo judicial, a fim de esmiuçar a sua finalidade, efetividade e aplicação no caso concreto.

Inicialmente, cumpre tratar daquele que é o princípio mais importante, para todas as áreas, a legalidade, prevista no inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁶⁹.

A efetivação do princípio da legalidade pressupõe mais do que o processamento na forma da lei, pois, como o direito está em constante transformação, há – muitas vezes – a necessidade de uma maior atuação do Judiciário, em casos concretos, para assegurar a adequada aplicação deste princípio.

Trazendo para o campo de atuação do direito, exemplifica-se essa questão em casos excepcionais, nos quais é concedida a suspensão da execução da pena quando há revisão criminal, mesmo que não haja tal previsão legal no ordenamento jurídico.

⁶⁷ FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal. 2ª ed. rev. ampl. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2012.

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 132.

⁶⁹ Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 Set. 2013.

Com efeito, a adoção de tal medida é apenas para “casos teratológicos de erros Judiciários⁷⁰”, mas a questão não é esta, e sim o Judiciário dar conta de algo que a lei não prevê. Esclarecendo, embora a natureza excepcional da revisão criminal, de suma importância, pois se presta a retificar erros Judiciários, não foi disciplinada a possibilidade de o requerente suspender a execução da sua pena enquanto aguarda a decisão.

Ora, se levar em conta a morosidade do Judiciário no país, qual a necessidade e utilidade da rescisão de uma decisão pela revisão criminal se o requerente tiver que cumprir toda a pena enquanto espera o resultado? Isso, conforme referiu o Ministro Marco Aurélio, nos autos do HC 99.918, “[p]oderá ter uma vitória de Pirro: ganha a revisão, mas não leva, porque ninguém devolve a liberdade perdida⁷¹”.

Embora, timidamente, estejam aparecendo decisões e posicionamentos doutrinários favoráveis à suspensão da execução da pena enquanto pendente de julgamento de revisão criminal, o legislador ainda não demonstrou qualquer intenção de rediscutir a matéria, deixando, assim, a cargo do Judiciário que decida sobre a incidência ou não, quando o caso concreto demonstrar a necessidade, sendo um claro exemplo de ativismo judicial.

O segundo princípio a ser estudado é a ampla defesa e o contraditório, no qual vem embutida a ideia de paridade das armas, isto é, defesa e acusação devem ter iguais condições dentro do processo penal – materialmente falando. Contudo, inequívoco que *em situações específicas, haverá preponderância do interesse do acusado*⁷², ou, pelo menos, é o que deveria ocorrer.

Todavia, não é este o entendimento que está sendo exarado pelo Supremo Tribunal Federal, que tem relativizado as nulidades do processo penal, exigindo para o seu reconhecimento absoluto a comprovação de prejuízo, deixando, assim, a Defesa em situação delicada, pois, não raras vezes, aquele é de difícil comprovação.

⁷⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. rev. ampl. atual. Editora JusPodivm, Bahia: 2013.

⁷¹ Habeas Corpus 99.918/RS. Disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_99918_RS_1278897856573.pdf?Signature=%2FAfLeOPrk%2B%2F8RIshqIz589zXcyQ%3D&Expires=1383391592&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 02 nov. 2013.

⁷² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. rev. ampl. atual. Editora JusPodivm, Bahia: 2013.

Nesse sentido, a Súmula nº 523 dispõe que no “processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu⁷³”. Ora, a Defesa de um acusado influencia e até mesmo altera o resultado de uma ação penal, portanto, sendo reconhecida que deficiente a sua defesa, demonstrado não estaria o prejuízo? Existe comprovação de maior dano ao réu do que ter uma Defesa falha, que não se mostra capaz de desempenhar o trabalho necessário aos interesses do assistido?

Assim, como dizer que está sendo assegurado o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, quando a esta é necessário comprovar dano, mesmo que estando evidente a existência de deficiência e, conseqüentemente, o prejuízo?

Dessa forma, embora – em tese – devessem prevalecer os interesses do acusado, verifica-se que na prática, nem sempre é o que ocorre, havendo, em muitos casos, decisões oriundas de ativismo judicial prejudiciais, razão pela qual não se pode falar que é um instituto apenas em benefício do réu, muito pelo contrário, o ativismo judicial desenvolvido no Brasil não está limitado, ora atua a favor, ora contra o réu, demonstrando uma grande margem de discricionariedade dos julgadores.

O terceiro princípio a ser considerado é o da individualização da pena. Quanto a essa questão, há dois momentos a serem analisados, primeiro quando da aplicação e dosimetria da pena, realizada pelo juiz na sentença; e, segundo, da execução penal, que – em tese – deveria ser disponibilizado para cumprimento em estabelecimento prisional, observando a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, conforme disposto no art. 5º incisos XLVI e XLVIII da Constituição Federal⁷⁴.

Inicialmente, verifica-se de pronto um problema no tocante à aplicação da pena, na medida em que o artigo 59 do Código Penal, que regula a fixação da pena-base deixa a critério do juiz a análise e o aumento da pena, caso entenda que certas circunstâncias

⁷³ Súmula nº 523. STF. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0523.htm> Acesso em 02 nov. 2013.

⁷⁴ Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 nov. 2013.

não lhe são favoráveis. Contudo, conforme indaga Lênio, “[e]stamos punindo alguém pelo que ele fez ou por ser quem ele é?”⁷⁵.

Após a aplicação da pena e com o trânsito em julgado da decisão, tem-se a fase da execução, o que na prática se distancia em muito do preceituado na Constituição Federal e na própria Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), na medida em que não há no Brasil estrutura para o cumprimento adequado das penas aplicadas.

Outrossim, há inclusive uma flexibilização da aplicação tanto das penas legalmente previstas, como do regime de cumprimento, em que o entendimento do juiz na situação em exame pode modificar o disposto no texto legal. Quanto a exemplos, temos aos montes pela jurisprudência, analisemos dois casos pontuais.

O primeiro trata-se da aplicação da pena, no Habeas Corpus 97.256/RS⁷⁶, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em declaração incidental de inconstitucionalidade, pela remoção do óbice da parte final do art. 44 da Lei n° 11.343/2006, assim como a expressão constante no §4° do art. 33 do mesmo diploma legal, possibilitando ao juízo da execução penal a avaliação das condições objetivas e subjetivas, no caso concreto, a fim de permitir a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O entendimento do Supremo foi no sentido de que a lei não poderia retirar do juiz “o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo⁷⁷” que nada mais seria do que a efetivação do princípio da individualização da pena.

Já o segundo caso, recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n° 113334, confirmou a decisão que possibilitou a um condenado o cumprimento da sua pena em regime domiciliar, em decorrência da ausência de vaga em estabelecimento adequado, conforme o regime fixado na sentença.

⁷⁵ Streck, Lênio Luiz. “Aí, esse Joaquim é sinistro. Ta enjaulando bacana”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-dez-22/retrospectiva-2012-ai-joaquim-sinistro-ta-enjaulando-bacana#_ftn3> Acesso em 02 nov. 2013.

⁷⁶ Habeas Corpus 97.256. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>> Acesso em 02 nov. 2013.

⁷⁷ Habeas Corpus 97.256. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>> Acesso em 02 nov. 2013.

Os Ministros, quando do julgamento, entenderam que a decisão estabeleceu regime mais brando apenas enquanto não existir vaga na casa prisional adequada à condenação, sendo condicional. Referiram, ainda, que o preso não pode ser prejudicado pela falta do Estado em disponibilizar estabelecimentos prisionais de acordo com os requisitos exigidos na Lei de Execuções Penais.

Habeas corpus. Preventivo. Penal. Ausência de estabelecimento prisional condizente com o regime aberto fixado na sentença (CP, art. 33, § 1º, c). Recolhimento excepcional em prisão domiciliar. Possibilidade. Artigo 117 da Lei de Execução Penal cujo rol não é taxativo. Precedente. Determinação do Tribunal de Justiça estadual condicionada à inexistência de casas prisionais que atendam aos requisitos da Lei de Execução Penal em seus arts. 93 a 95. Ausência de usurpação da competência do juízo da execução. Ordem concedida. 1. Segundo a iterativa jurisprudência da Corte, a inexistência de [...] 3. Ordem de habeas corpus concedida para assegurar ao paciente o direito de iniciar o cumprimento da sua pena em regime condizente com aquele fixado na sentença, não sendo permitido - ressalvadas as hipóteses legais de regressão -, o seu recolhimento em regime mais severo se constatada pelo juízo da execução competente a inexistência no Estado de casa do albergado ou de estabelecimento similar. (Habeas Corpus nº 113334/DF. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgamento 26/11/2013).

Portanto, comprova-se que a atuação do Judiciário em detrimento do Legislativo é uma via de duas mãos, em que ora caminha em benefício do réu, ora limita ainda mais os direitos assegurados pela Constituição, deixando, assim, dúvidas não só quanto à legalidade da sua atuação, mas principalmente quanto à segurança jurídica.

Isto é, como explicar a um cidadão que o seu caso extremamente semelhante ao de outro foi trabalhado de modo diferente, pois caiu em Câmara ou Turma diversa? Como ter a certeza que o mesmo caso terá igual tratamento hoje e daqui a seis meses? Ou quem sabe daqui a dois anos, quando possa ter alterado a composição do Tribunal?

É difícil conviver e se adaptar com essa elasticidade através da qual os entendimentos jurisprudenciais têm norteado o processo penal, sendo assim, importante a discussão quanto à manifestação da verdade no ato judicante, a qual “não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva⁷⁸”.

⁷⁸ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4 ed. rev. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2013.

Devido a essas discrepâncias na aplicação do direito, fere-se um dos mais importantes princípios, aplicáveis em todas as searas: a igualdade. Isto porque, ressalvado o tratamento desigual aos casos desiguais, na medida da sua desigualdade, são vedadas as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas⁷⁹.

Ora, na medida em que dois recursos são distribuídos e caem em diferentes câmaras, sendo julgados de modos totalmente contrários, verifica-se que não há qualquer segurança jurídica, tão pouco igualdade de tratamento. Aliás, no Tribunal desse Estado, tem-se decisões contraditória em julgamentos pela mesma Câmara, o que deixa uma sensação de instabilidade maior ainda, pois não há qualquer igualdade no tratamento dispensado aos recorrentes.

As decisões proferidas pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, no tocante ao Indulto em caso de condenados com a pena privativa de liberdade, revelam-se totalmente contraditórias, conforme podemos verificar analisando os casos.

O julgamento do Agravo em Execução nº 70048569990⁸⁰, relatado pelo Desembargador Sylvio Baptista Neto, dispôs que é incabível a concessão de indulto e comutação aos condenados que tiveram a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, na medida em que entende que o benefício apenas é estendido àqueles que estão cumprindo pena em estabelecimentos prisionais.

Contrariamente, a decisão do Agravo em Execução nº 70057825028⁸¹, relatado pelo Desembargador Júlio César Finger, reconheceu que ao apenado condenado por pena privativa substituída por restritivas é possibilitado, conforme disposto no inciso XII do art. 1º da Lei nº 7873/2012, a concessão de indulto, desde que preenchidos os lapsos temporais exigidos.

Dessa forma, vislumbra-se que o aumento desenfreado das demandas judiciais exige cada vez mais uma atuação ativa do Judiciário para resolvê-las, a fim de dar conta das questões específicas que a lei ainda não se posicionou, sendo este o principal motivo do crescimento do ativismo judicial, da insegurança jurídica e da elasticidade dos entendimentos e decisões, que será estudado de forma mais minuciosa nos próximos tópicos.

⁷⁹ Moraes, Alexandre. Direito Constitucional. 20 ed. Rev. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

⁸⁰ Agravo em Execução nº 70048569990. Acesso em 06 mar 2014.

⁸¹ Agravo em Execução nº 70057825028. Acesso em 06 mar 2014.

2.2. O Aumento da Demanda Judiciária *versus* Crescimento das Súmulas e Precedentes.

A partir da Constituição Federal de 1988, aumentaram-se gradativa e significativamente as demandas judiciais no país. Isto porque foram estendidas novas garantias aos cidadãos, havendo a expansão do conhecimento dos direitos legais, fazendo com que grande parte da população que sequer tinha noção da existência de amparo legal passasse a ter ciência disso, bem como tornando mais acessível o Judiciário.

Todavia, no âmbito penal, embora pareça ser alheio à “nossa” vontade o crescimento da demanda judicial, pois em sua grande maioria as ações penais são públicas incondicionadas, isto é, dependem única e exclusivamente do maior número de delitos cometidos no país, algo que não está sob controle, verifica-se que, também, alguns dos meios utilizados para redução das demandas acabaram por, contrariamente, aumentá-las.

Tem-se como exemplo claro a edição da Lei nº 9.099/95, que inicialmente objetivava retirar do sistema formal os casos de menor relevância, sendo criada para agilizar os trâmites processuais, deixando a cargo das varas criminais os casos de maior prioridade. Todavia, o efeito foi outro, tendo em vista que ao invés de afastar do sistema judicial os delitos de menor potencial ofensivo, acabou por incluí-los. Verifica-se que a dispensa do inquérito policial, que realizava um filtro de ações, aumentou – em muito – a demanda, com casos visivelmente dissociados da esfera penal⁸².

Ocorre que a remessa pela Delegacia para o Judiciário de todos os conflitos que são registrados, embora aumente significativamente a demanda, faz com que o Estado assumo o papel de mediador, na medida em que interfere com menos coerção e com

⁸² AZEVEDO, R. G. . A Informalização da Justiça Penal e a Lei 9.099/95 - Entre a Rotinização do Controle Penal e a Ampliação do Acesso à Justiça. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n.31, 2000.

mais diálogo, solucionando os conflitos através de comunicação, pois em sua maioria se tratam de relações interpessoais⁸³.

Dessa forma, paradoxalmente, o método criado para desafogar o Judiciário acabou abrindo as portas para diversos casos que antes ficavam limitados à Delegacia⁸⁴. Por outro lado, tem-se, assim, outro método criado visando a celeridade da tramitação e a redução dos processos, buscando-se a criação de uma forma única, através de “mecanismos vinculatórios-interpretativos, proferidos pelo STJ e pelo STF, ignorando a realidade jurisprudencial desses tribunais, que não possui integridade e coerência porque largamente pautada em discricionariedade e casuísmo”⁸⁵.

Visando reduzir a carga processual brasileira, portanto, cada vez mais está se criando ‘obstáculos’ ao enfrentamento de certas questões. Quanto aos exemplos, há em algumas leis, senão, vejamos: a Lei nº 8.038/90 veda a interposição de recursos contrários a súmulas; após, houve a Emenda Constitucional 45/2004, possibilitando ao Supremo que escolha os casos que serão analisados, em decorrência de critérios de relevância jurídica, política, social e econômica, popularmente conhecida como a Repercussão Geral; como se já não bastassem tais limitações, foi editada a Lei nº 9756/1998, indo além em sua proibição, pois não admite recursos contrários à jurisprudência dominante (àquela que ninguém efetivamente sabe qual é)⁸⁶.

Inequívoco que essa limitação de vias recursais e essa padronização de decisões engessam a atuação dos militantes do Direito, na medida em que embora possam ser semelhantes os casos, cada um deve ser tratado isoladamente, analisando-se suas peculiaridades e buscando, conseqüentemente, a sua melhor solução.

É de conhecimento público entre os juristas a dificuldade de que um recurso chegue ao Superior ou ao Supremo Tribunal. Dessa forma, ao contrário do que se pensa, a redução de meios para reanálise de decisões e a existência de modelos a serem

⁸³ AZEVEDO, R. G. . A Informalização da Justiça Penal e a Lei 9.099/95 - Entre a Rotinização do Controle Penal e a Ampliação do Acesso à Justiça. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n.31, 2000

⁸⁴ AZEVEDO, R. G. . A Informalização da Justiça Penal e a Lei 9.099/95 - Entre a Rotinização do Controle Penal e a Ampliação do Acesso à Justiça. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n.31, 2000.

⁸⁵ ABOUDE, Georges. STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁸⁶ ABOUDE, Georges. STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

aplicados a todo e qualquer caso ocasionam de forma clara o aumento da população carcerária, por não se possibilitar serem apreciadas as questões pessoais envolvendo a situação em exame. Assim, embora o ensino demonstre que não só, mas principalmente, na área criminal, os casos devem ser analisados de forma individual, na prática, isto não está ocorrendo.

Todavia, faz-se importante tecer algumas considerações sobre a diferença entre os precedentes Judiciários e as súmulas vinculantes, uma vez que embora orientem na solução de casos, possuem papel distinto no ordenamento jurídico. Conforme leciona Lênio Streck⁸⁷

precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas (ou os ementários em geral, coisa muito comum em *terrae brasilis*), ao contrário, são enunciados ‘gerais e abstratos’ – características presentes na lei – que são editados visando à ‘solução de casos futuros’.

Os precedentes consistem no modo de decisões judiciais como fonte imediata do Direito, junto com a equidade e a legislação, vinculando as Cortes no julgamento de casos análogos, isto é, prevendo que os juízes devem avaliar quais razões foram essenciais ao deslinde das causas anteriores, verificando se presentes no caso em análise⁸⁸.

Dessa forma, as decisões são a demonstração da existência dos precedentes, condição esta *sine qua non* para serem considerados como tanto, e sua recepção, pelo Poder Judiciário⁸⁹.

As Súmulas Vinculantes, por sua vez, estão previstas no artigo 103-A da Constituição Federal, podendo ser proferidas de ofício ou por provocação do Supremo Tribunal Federal, que detém competência exclusiva sobre a matéria, mediante decisão

⁸⁷ ABOUDE, Georges. STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁸⁸ ABOUDE, Georges. STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁸⁹ ABOUDE, Georges. STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

de dois terços de seus membros⁹⁰. Contudo, erroneamente, são tidas como abstratas, com aplicação para o futuro, delimitando previamente os limites da ação do Judiciário, impedindo, assim, a análise específica do caso em exame, sendo utilizada de forma automática nos processos, por subsunção⁹¹.

Ocorre que as súmulas não são normas prontas e acabadas, sendo um equívoco tal conceituação, uma vez que não estão completamente aptas a solucionar os diversos casos de maneira idêntica, mas sim devem ser vistas como um texto normativo, adequado a produzir tantas normas quantos forem os casos abrangidos⁹².

Dessa forma, verifica-se que, embora haja enormes obstáculos criados para barrar o aumento dos casos judiciais, bem como sua reanálise pelas instâncias superiores, não está havendo redução da demanda, muito pelo contrário, há aumento de ingressos de ações penais e não está sendo garantido aos acusados os princípios constitucionais em sua amplitude.

A forma com que estão sendo tratados os casos semelhantes, a fim de suprimir a análise individual, está causando maiores problemas, na medida em que não está sendo garantida a devida atenção às peculiaridades de cada ação, tampouco observada a situação do próprio agente, os motivos que o levaram a cometer o delito e a sanção mais adequada para garantir, além da repressão ao que fez, que não torne a delinquir.

Alexandre Morais da Rosa refere-se à sumarização dos procedimentos, da redução do direito de defesa e dos recursos, dentro do processo penal, nos seguintes termos:

A razão eficiente que busca a condenação ‘fast-food’ implicou nos últimos anos na ‘McDonaldização’ do Direito Processual Penal: Sentenças que são prolatadas no estilo ‘peça pelo número’. A ‘standartização’ da acusação, da instrução e da decisão. Tudo em nome de uma ‘Mc Pena-Feliz’⁹³.

⁹⁰ Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 dez 2013.

⁹¹ ABOUDE, Georges. STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁹² *Idem, ibidem*, p. 66.

⁹³ ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 1 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Por óbvio que não se pode afastar totalmente a atuação do Judiciário quando há lacunas legislativas, sobretudo porque, em muitos casos, devido à experiência de julgados, é apresentada a melhor solução disponível ao caso concreto. Contudo, a forma indiscriminada com que estão sendo proferidas as decisões é que preocupa no tocante à garantia e à efetivação dos direitos, demonstrando ser necessário que a atuação seja feita com maior cuidado, sobretudo para que se garanta e se efetive a tão almejada e esperada segurança jurídica. Para tanto, analisar-se-á o ativismo judicial no Brasil.

2.3. O Ativismo judicial no Brasil

O movimento do Ativismo Judicial no Brasil, nas palavras de Mayra Miarelli e Rogério de Lima⁹⁴, pode ser entendido como

o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades novas em que a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir.

Assim, conforme já referido, da mesma forma que nos outros países em que está inserido, o ativismo judicial ocorre quando o Judiciário decide demandas, imiscuindo-se no campo da política majoritária, ou seja, aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo. Isto ocorre devido ao aumento das demandas judiciais aliado à falta de leis necessárias para suprir as novas ações, fazendo com que o Judiciário tome a iniciativa em determinadas matérias, sobrepondo-se, assim, aos demais poderes.

Todavia, o caso brasileiro se revela especial, pela extensão, pelo volume e pelo alcance à mídia dos julgamentos, ainda que haja ciência de que tal fator colabora com a

⁹⁴ LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

transparência e a seriedade das decisões, indo ao encontro dos princípios do Estado Democrático de Direito⁹⁵.

O fato é que o ativismo judicial é um movimento importante no Brasil, uma vez que por intermédio de certas decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, está se suprindo lacunas legais através de um olhar no caso concreto apresentado. Entretanto, este movimento, que nasceu e se desenvolveu para ser aplicado de forma excepcional, expressado somente em momentos determinantes, está ocorrendo de forma contrária em nosso país.

O crescimento desenfreado do ativismo judicial, conforme leciona Barroso, traz três objeções, se apresentando como um risco à legitimidade democrática, aos limites da capacidade institucional do Judiciário, podendo ser concebido como a politização da Justiça⁹⁶.

Analisando o que já foi explanado até o presente momento, é fácil entender a primeira objeção. Isso porque, a separação de poderes é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, previsto expressamente no artigo 2º da Constituição Federal, em que se dispõe que os poderes serão harmônicos e independentes entre si.

Assim, a crescente atividade do movimento ativista interfere na competência dos outros dois poderes, abarcando as funções que não são originariamente da sua alçada, podendo causar um desequilíbrio entre os três.

Além disso, há a questão da falta de legitimidade para criar leis: o povo elege seus representantes, para atuarem em seu nome, tornando-se difícil compreender que um órgão possa sobrepor a "sua" vontade, advinda de um pequeno grupo de pessoas, sobre a de uma pessoa eleita para decidir em nome do povo⁹⁷.

Quanto à segunda objeção, é evidente que juízes não são seres totalmente neutros e imparciais, pois possuem sua história de vida, seus sentimentos, suas escolhas, suas acepções. O cerne da questão, portanto, é que eles não podem deixar suas influências pessoais interferirem nos julgamentos, devendo suas decisões estarem em

⁹⁵BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis. Rio de Janeiro, v.5, p. 23-32, 2012.

⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 17.

⁹⁷BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis. Rio de Janeiro, v.5, p. 23-32, 2012.

consonância com o justo, com o correto, com o mais acertado para a situação posta em análise, mais do que de acordo com sua visão pessoal⁹⁸.

Por fim, a terceira objeção diz respeito à observação dos limites da atuação do Judiciário, que tem que identificar quando possui ou não capacidade institucional para decidir, analisando os prós e contras da sua decisão, uma vez que embora seja em demanda individual, vai refletir sobre toda a sociedade, em pequeno ou longo prazo⁹⁹.

Com efeito, a melhor forma de verificar se uma decisão é oriunda de ativismo judicial é estabelecer critérios para o seu estudo, razão pela qual analisaremos o movimento com maior especificidade à luz da Constituição brasileira¹⁰⁰, conforme leciona Mayra Miarelli e Rogério Lima, “é preciso uma filtragem constitucional, uma leitura à luz da Constituição Federal da preservação dos direitos fundamentais, valores, princípios e regras do texto constitucional por todo o sistema jurídico¹⁰¹. Primeiramente, faz-se necessário tecer breves considerações sobre a questão política, pois inegavelmente o movimento ativista interfere na atividade legislativa.

Embora de forma sutil, observa-se que a preocupação do Poder Judiciário imiscuir-se na atividade legislativa já era questão de análise no Brasil há muitos anos. Verifica-se que, na Constituição de 1934, havia expressa disposição legal, no artigo 68, vedando o Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas¹⁰².

Ocorre que tal dispositivo não foi mantido nas demais Constituições que se seguiram, pelo menos não expressamente da forma como estava na Carta Magna supramencionada. Na atual Constituição, em nosso artigo 2º, encontra-se a disposição de que os poderes são harmônicos e independentes entre si, o que amplia o disposto no artigo 68, abrangendo além das questões políticas (seara legislativa), também as questões de competência do Executivo, conforme muitos autores da época já criticavam

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis. Rio de Janeiro, v.5, p. 23-32, 2012.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis. Rio de Janeiro, v.5, p. 23-32, 2012.

¹⁰⁰ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos. Editora Saraiva, São Paulo: 2010.

¹⁰¹ LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

¹⁰² RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos. Editora Saraiva, São Paulo: 2010.

que assim o fosse¹⁰³. Ou seja, a preocupação de que o poder Judiciário se imiscuísse na atividade legislativa sempre esteve presente no país, demonstrando não ser um movimento novo, mas apenas mais atuante.

O aumento da atuação do Judiciário no campo do Legislativo ocorre, principalmente, à medida que a sociedade o provoca para resolver questões não regulamentadas, decorrentes da inércia do legislador¹⁰⁴.

Todavia, a grande preocupação reside no fato de inexistir um posicionamento para cada matéria com decisões oriundas do ativismo judicial, isto é, cada magistrado, desembargador e ministro tem um determinado entendimento sobre a questão que estão analisando, colocando em cheque a segurança jurídica, a legitimidade das decisões e deixando os operadores do direito em situação desconfortável, pois não há como prever se a sentença (leia-se *lato sensu*) será favorável ou contrária ao réu.

Sobre a interpretação da lei, quando da existência de lacunas, leciona Meirelli e Lima¹⁰⁵ que

[...] mesmo quando o magistrado se depara com lacunas ou com a necessidade de interpretar a lei, o que não deve lhe ser defeso, há que se cuidar para que tais interpretações busquem, antes de tudo, conhecer o intuito do legislador além de se pautar sempre em Princípios gerais ou específicos do Direito.

Tais cuidados já foram previstos pelo próprio legislador que, ao redigir o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispôs que em caso de omissão da lei, o juiz deveria decidir o caso com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito, revelando que desde então já se tinha ciência de que nem sempre a lei conseguiria abarcar todos os casos existentes¹⁰⁶.

¹⁰³RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. Editora Saraiva, São Paulo: 2010.

¹⁰⁴LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

¹⁰⁵LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

¹⁰⁶LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

Contudo, as constantes alterações na vida dos cidadãos, aliadas à falta de legislação sobre determinadas matérias e à morosidade em regulamentar algumas situações por parte do Poder Legislativo, especialmente aquelas que se tratam de direitos e garantias fundamentais, impõem ao Judiciário que enfrente questionamentos, pois deságua inegavelmente no crescimento de demandas judiciais. Conforme leciona Garapon¹⁰⁷

Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público.

Assim, impõe-se ao Supremo Tribunal Federal, em última instância, uma postura considerada “ativista”, pois ao procurar efetivar direitos, por vezes, o faz de modo a se posicionar frente a questões não regulamentadas pela lei, baseando-se, sobretudo, no princípio da inafastabilidade da jurisdição, que impede ao Poder Judiciário negar a solução de um litígio, mesmo que não exista previsão legal para tanto¹⁰⁸.

Contudo, conforme já referido, a preocupação maior reside no aumento de decisões consideradas oriundas de ativismo judicial, uma vez que embora seja de extrema importância garantir celeridade na efetivação de direitos, não se pode usar desse método sempre, sob pena de esquecer-se a verdadeira função do Poder Legislativo, que se tornaria dispensável.

Nas palavras de Barroso¹⁰⁹:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e

¹⁰⁷GARAPON, Antonine. O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro, Renavan, , 1999.

¹⁰⁸LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

¹⁰⁹BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis. Rio de Janeiro, v.5, p. 23-32, 2012.

funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Portanto, verifica-se que o exercício do ativismo judicial no Brasil, mais do que responsável por uma intromissão do Poder Judiciário no exercício dos demais, é capaz de trazer à tona uma situação que traduz a inércia, em especial do Poder Legislativo, na busca pela concretização dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Para Garapon¹¹⁰, a questão do ativismo judicial é mal colocada, pois entende que não se trata de ação esporádica de alguns magistrados, mas de uma evolução de expectativas, quanto à responsabilidade política e, quanto a isso, leciona:

O aumento do poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, porém como um transformação do sentimento de justiça. Só podemos sair desta ‘oposição dramática’ entre a soberania popular e os juízes, de que fala Jacques Lenoble, se concluirmos que a transformação do papel do juiz corresponde à transformação da própria democracia.

Dessa forma, verifica-se que embora – aparentemente – Barroso e Garapon tenham pensamentos divergentes sobre o ativismo judicial, os dois se assemelham na ideia de que este movimento decorre da necessidade de uma transformação no exercício político do país.

Assim, em que pese inegavelmente que as decisões proferidas possam estar sendo realizadas com “boas intenções”, ou seja, buscando a efetivação célere de direitos e garantias fundamentais, “a justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade¹¹¹”.

Portanto, a verdade é que as circunstâncias em que estão ocorrendo demonstram que, se continuar havendo exercício indiscriminado pelo poder Judiciário de funções

¹¹⁰GARAPON, Antonine. O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro, Renavan, 1999.

¹¹¹GARAPON, Antonine. O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro, Renavan, 1999.

que não lhe competem originariamente, há um prenúncio da falência próxima do sistema tripartido.

3. O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO PENAL

Finalizando o presente estudo, no terceiro capítulo, será analisada em conjunto toda a matéria já explanada, a fim de verificar a real situação do comprometimento da autonomia dos poderes, além de que serão estudados casos pontuais, apresentando decisões, e abordada a criação de Súmulas Vinculantes, demonstrando a existência prática do movimento apresentado.

3.1. O Comprometimento da Autonomia dos Poderes

O comprometimento da autonomia dos poderes no ativismo judicial já vem sendo trabalhado desde o início do estudo, pois inegavelmente é a maior preocupação decorrente do crescimento deste movimento no país.

A teoria da separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, e adotada pelo Brasil, desde a Constituição de 1891, foi decorrente da “*necessidade de separação das funções do Estado, em termos gerais, no sentido de restringir o poder pelo próprio poder*”¹¹².

Nesse sentido, é o texto constitucional de 1988, em seu artigo 2º, que dispõe que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, visando, assim, garantir que cada um exerça a sua função.

Contudo, mais do que garantir o exercício distinto de cada função pelo respectivo poder, a Constituição expressamente dispôs que a separação de funções dentro do Estado é cláusula pétrea, conforme disposto no inciso III do §4º do artigo 60 da Constituição Federal, ou seja, é vedado expressamente sua retirada do texto constitucional¹¹³.

¹¹²LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

¹¹³LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

Em breve análise dos adjetivos utilizados para determinar a forma da divisão das funções, denota-se que a independência se traduz na *inexistência de hierarquia entre eles*, sendo a harmonia a atuação em conjunto¹¹⁴.

Não obstante o disposto no artigo 2º da Constituição Federal, verifica-se que, ao longo da Carta, há alguns dispositivos que preveem o exercício de uma atribuição por um poder distinto, os conhecidos mecanismos de freios e contrapesos, chamados de funções atípicas¹¹⁵.

Tais funções são exercidas pelos poderes quando previsto constitucionalmente, bem como quando se puder pressupor que o originário se manteve inerte, possuindo, assim, caráter nitidamente subsidiário¹¹⁶.

Nesse sentido, tem-se o julgamento a seguir transcrito do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS EM EDITAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DE EVENTUAL AFRONTA AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS INVOCADOS NO APELO EXTREMO DEPENDENTE DA ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA CONSTANTE NO ACÓRDÃO REGIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 25.10.2007. O exame da alegada ofensa à Constituição Federal, dependeria de prévia análise de norma infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. O controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos Poderes. [...] (Ag. Reg. No Agravo de Instrumento. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 17/09/2013)¹¹⁷. (grifei)

¹¹⁴ LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

¹¹⁵ LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

¹¹⁶ LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

¹¹⁷ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 822.395. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4607813>> Acesso em 13 março 2013.

Dessa forma, não se pode esquecer que o inverso também está ocorrendo, no exercício das funções atípicas dos poderes, isto é, está se verificando que o Poder Executivo edita decretos e medidas provisórias, em evidente atividade do Poder Legislativo¹¹⁸.

Por outro lado, o Poder Legislativo tem a possibilidade, e assim o faz, com frequência, de investigar, atividade esta própria das autoridades judiciárias, nas Comissões Parlamentares de Inquérito¹¹⁹.

Já o Poder Judiciário tem, por sua vez, a possibilidade de declarar inaplicável uma lei no caso concreto, entendendo-a, inconstitucional¹²⁰. Ocorre que ao decidir pela inaplicabilidade de uma lei, declaração de nulidade de atos de um dos demais poderes ou o que efetivamente será aplicado no caso concreto, ultrapassa a barreira da possibilidade de exercer uma função atípica, subsidiariamente. Isto porque, ao fazê-lo, ele acaba imiscuindo-se na função dos demais poderes, em especial do legislador, pois passa a decidir como serão tratados casos para os quais não há expressa previsão legal, como nos diversos exemplos já citados anteriormente, comprometendo a autonomia dos poderes e, não raras vezes, as garantias previstas na Constituição Federal.

No entanto, um grande problema é que o Supremo Tribunal Federal não reconhece que alguns dos seus atos ultrapassam o limite previsto para o exercício de suas funções atípicas e muitos são os julgados nos quais dispõe de forma clara a inoportunidade de interferência nos demais poderes.

Mais preocupante ainda é o fato de que os julgados do Supremo Tribunal Federal servem de orientação aos magistrados de primeiro grau, bem como aos desembargadores, ou seja, acabam direcionando as decisões de acordo com o seu entendimento, quando na verdade deveria cada um interpretar o caso concreto segundo o que se apresenta nos autos e de acordo com a sua noção de justiça.

Entretanto, é necessário fazer uma pequena digressão sobre os motivos que levam à interferência na autonomia dos poderes. Em outras palavras, por que o

¹¹⁸ LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

¹¹⁹ LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

¹²⁰ LIMA, Rogério Montai e MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

Judiciário está decidindo algumas demandas, em matérias que – inicialmente – fogem da sua alçada, resultando em verdadeiro exercício de ativismo judicial?

Garapon, em sua obra intitulada “O Juiz e a Democracia”, voltada para a realidade francesa, faz uma análise sobre a questão e mostra que o problema apresentado, e aqui estudado, está presente em vários países, inclusive na França, de maneira muito semelhante ao Brasil, devido ao aumento das demandas judiciais.

Em seu estudo, o autor esclarece a razão do aumento do crescimento do contencioso, o que de acordo com seu pensamento está “*intimamente ligado ao próprio desenvolvimento do fato gerador da democracia, isto é, a igualdade de condições*”¹²¹.

Assim leciona:

As sociedades modernas geram, na realidade, uma demanda de justiça quantitativa e qualitativamente inédita. Trata-se de uma demanda de massa e de uma demanda maciça. A justiça não apenas deve multiplicar suas intervenções – o que já é em si um desafio -, mas é também, ela própria, objeto de novas solicitações. Quer lhe sejam submetidas questões morais difíceis, como as relativas à bioética ou à eutanásia, quer lhe seja solicitado remediar prejuízos causados pelo enfraquecimento dos vínculos sociais na população marginalizada, a justiça se vê intimada a tomar decisões em uma democracia preocupada e desencantada¹²².

Nesse sentido, é possível afirmar que o aumento da demanda judiciária e, conseqüentemente, das decisões ditas oriundas do ativismo judicial, inegavelmente, são fruto da morosidade dos demais poderes em darem uma resposta efetiva aos anseios dos cidadãos.

Aliadas a isso, tem-se também a criação e a utilização de novos âmbitos de inter-relacionamento entre as pessoas, que geram outros tantos conflitos, para os quais a sociedade não está preparada para resolver amigavelmente, sem socorrer ao Judiciário.

Portanto, a interferência do Judiciário nos demais poderes, em especial na atividade Legislativa, decorre tanto da inércia desta, que não pode alegar a interferência

¹²¹GARAPON, Antonine. O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro, Renavan, 1999.

¹²²GARAPON, Antonine. O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro, Renavan, 1999.

na sua competência quando assume indiretamente os riscos para que isso ocorra, quanto da incapacidade da sociedade de resolver seus próprios problemas de forma extrajudicial.

3.2. O exercício do ativismo em prol de e contra o réu e a constitucionalidade das decisões

Conforme já referido neste trabalho, a grande preocupação do exercício do ativismo judicial reside no fato de que as decisões não podem ser classificadas exclusivamente como sendo a favor ou contra o réu. Pelo contrário, tem-se um sistema totalmente misto em que a situação em exame vai demonstrar qual o posicionamento adotado, razão pela qual se faz necessário analisar alguns casos pontuais e a constitucionalidade das decisões aplicadas.

Contudo, antes de qualquer análise, impende salientar a importância de manter as garantias processuais durante o processo penal, o que inegavelmente vai influenciar na constitucionalidade das decisões, mesmo que oriundas de ativismo judicial, sendo elas em prol de ou contra o réu.

Isto porque, conforme leciona Aury Lopes Jr.¹²³

quando se lida com o processo penal, deve se ter bem claro que, aqui, forma é garantia. Por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade estatal, a estrita observância das regras do jogo (devido processo legal) é o fato legitimador da atuação estatal.

Uma das grandes preocupações com o processo penal atualmente refere-se ao fato de que a produção em massa, utilizando-se de precedentes jurisprudenciais e de súmulas para decidir os casos analisados, confere celeridade aos procedimentos, mas na maioria das vezes “atropela” as garantias constitucionais. A respeito disso, leciona

¹²³LOPES, AURY. Direito processual penal, 10ª Edição. Saraiva, 2012. VitalBook file. Minha Biblioteca.

Alexandre Morais da Rosa¹²⁴, “De qualquer forma, para o Processo Penal Eficiente desprovido de garantias, deve-se dizer: não, obrigada”.

Nesse sentido, se realizada a análise de poucas decisões judiciais, já é possível perceber que há casos nos quais tais decisões estão sendo direcionadas contra o réu. Quando o Supremo Tribunal Federal edita súmulas vinculantes está, de certo modo, legislando sobre a matéria, nesse sentido, é válido o questionamento sobre a constitucionalidade da Súmula Vinculante nº 9, que prevê que “*O disposto no artigo 127 da lei nº 7.210/1984 (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58*”.

Ora, inequivocamente, esse dispositivo se mostra inconstitucional à análise da Lei de Execuções Penais, pois, interpretando-o, refere que em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 do tempo remido, não se aplicando a restrição de máximo de 30 dias, prevista no art. 58 do mesmo diploma legal.

Assim, de forma clara, se mostra que a decisão do Supremo foi contrária aos interesses do réu, na medida em que possibilitou imposição maior que aquela originalmente prevista pelo Legislador na Lei nº 7210, diante do que se faz necessário o questionamento: é constitucional?

Além disso, há que se adaptar com a contínua mudança de entendimentos, ora se concede e ora se retira direitos, tanto aos réus propriamente ditos, quanto à sua defesa. Nesse sentido, temos a Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça vs a Súmula Vinculante nº 5.

A primeira, editada em 12/09/2007, dispõe que “*é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar*”, já a segunda, editada em 06/06/2008, contrariando este entendimento, dispõe que “*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*”.

Verifica-se de modo claro que, em menos de um ano, houve dois pronunciamentos de ordem judicial no tocante à exigência ou não do advogado em processo administrativo, depreendendo-se da leitura deles que inicialmente se garantia à

¹²⁴ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 1 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

pessoa que estava respondendo um processo administrativo o acompanhamento de um advogado, como forma de garantir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Todavia, contrariamente aos interesses de efetivação dessas garantias, o Supremo se posicionou decidindo que a falta de defesa não ofende a Constituição, o que, trocando em miúdos, significa que não é mais obrigatória a presença de advogado e sua ausência não viola os princípios já elencados.

Ora, é sabido que, não raras vezes, o processo administrativo é a base para a instauração e a condenação em processo penal, dessa forma, como aceitar que não seja a pessoa assistida por advogado? Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa¹²⁵, “[...]esse processo democrático precisa garantir a isonomia, publicidade, ampla defesa e contraditório, princípios fundamentais sem os quais a sua deslegitimidade aflora e macula a decisão”

Dessa forma, resta evidente que o Supremo, mais atuante na esfera do ativismo judicial, sobretudo porque é o ente competente pela edição de Súmulas Vinculantes, não possui uma posição definida, através da qual poderíamos classificá-lo em oposição ou a favor das garantias do réu. Contrariamente, o que se verifica é que o Supremo, em cada questão que lhe é colocada a julgamento, posiciona-se da maneira que lhe parece mais favorável, sem seguir um único posicionamento, deixando margem a críticas, na medida em que sua atuação, dependendo da matéria examinada, demonstra uma posição eminentemente política.

3.3. Decisões Emblemáticas na seara do Ativismo Judicial - Súmulas Vinculantes nº11 e nº14

A previsão da possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes foi inserida na Constituição Federal de 1988 com a emenda constitucional nº 45/2004, no artigo 103-A. Desde então, o Supremo editou 32 súmulas vinculantes, dentre os mais variados temas, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência sobre as matérias discutidas, considerando as reiteradas decisões sobre o assunto.

¹²⁵ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 1 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Todavia, considerando o enfoque do trabalho, a análise aqui será voltada a duas súmulas, em matéria penal, que influenciam muito, desde a fase policial até a judicial. Para tanto, será detalhada as súmulas 11 e 14, sua criação e sua aplicação prática.

A Súmula 11 foi publicada em 12 de novembro de 2008, mas os debates e a aprovação do seu texto ocorreram na sessão plenária de 13 de agosto de 2008, sendo prudente analisar alguns dos votos dos ministros, a fim de contextualizar e entender o sentido e o objetivo da sua criação.

No julgamento do Habeas Corpus nº 91.952¹²⁶, foi declarada a insubsistência do veredicto condenatório, devido ao uso de algemas do réu durante a sessão do Tribunal do Júri, pois considerado que o fato do mesmo ter ficado algemado durante o Plenário, sem fundamentação para tanto, contribuiu para uma má impressão passada aos jurados.

Foi após tal julgamento, no qual o Supremo assentou o posicionamento de que o uso de algemas deve ocorrer somente em casos excepcionais – quando houver fundado receio de fuga e periculosidade do agente –, que o Ministro Marco Aurélio propôs um texto, um esboço de um verbete vinculante para constar na súmula, visando não deixar dúvidas do caráter excepcional do uso de algemas. Assim, referiu que “A regra é ter-se, com as cautelas próprias, a condução do cidadão respeitando-se, como requer a Constituição Federal, a respectiva integridade física e moral”¹²⁷.

Embora o esboço da súmula tenha sido realizado após o julgamento do *writ* supramencionado, houve outros precedentes que foram citados, tais como Habeas Corpus nº 56.465/SP, nº 89.429/RO e nº 71.195-2/SP.

César Peluzzo, Ministro, durante o debate, referiu sua preocupação no tocante à redação adequada para garantir efetiva aplicação, mencionando que

É preciso que o Tribunal deixe claras as consequências jurídicas da inobservância da súmula vinculante. Isto é, o Tribunal não pode transformá-la em mera recomendação, no sentido de que os agentes de autoridade

¹²⁶ Habeas Corpus nº 91.052. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>> Acesso em 19 março 2014.

¹²⁷ Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf> Acesso em 19 março 2014.

possam, segundo o seu arbítrio, cumpri-la, ou não, sem nenhuma consequência.

Em complemento às teses levantadas, o Ministro Carlos Britto afirma a pertinência de criação da Súmula, baseando-a, principalmente nos dispositivos constitucionais previstos no art. 5º, III, X e XLVI.

Após algumas propostas, a redação final da Súmula foi a seguinte:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado¹²⁸.

A importância da Súmula Vinculante nº 11 se dá principalmente devido ao uso indiscriminado das algemas que ocorria antes da sua edição, na qual o preso era pré-julgado devido a ser exposto em situação que permitia concluir ser de alta periculosidade.

Os casos de maior preocupação ocorriam em julgamentos perante o Tribunal do Júri. Isto porque, inequivocamente, os jurados, como leigos, eram influenciados pela forma com que o acusado era apresentado no Tribunal, isto é, o fato de ser colocado à sessão algemado desequilibrava o julgamento, suggestionando-os.

Nos julgamentos precedentes, o Supremo entendeu que a permanência do réu com as algemas, sem qualquer demonstração de periculosidade, colocava imediatamente a defesa em patamar inferior, desrespeitando as garantias constitucionais previstas no artigo 5º.

A edição da Súmula Vinculante nº 11 se mostra um exercício do ativismo judicial, uma vez que a Lei nº 11.689 de 09 de junho de 2008 acrescentou o §3º ao artigo 474 do Código de Processo Penal, no qual dispôs que

¹²⁸ Súmula Vinculante nº 11. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> Acesso em 19 março 2014.

Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

Apenas dois meses depois, o Supremo, embora baseando sua decisão da edição da Súmula Vinculante nº 11 em julgamentos de Habeas Corpus, decretando a nulidade de decisões do Plenário do Júri, devido ao fato de ter o réu permanecido algemado durante a sessão (ex: HC 91.952), redigiu o verbete com ampliação extensiva a qualquer situação em que necessário o uso de algemas.

Ou seja, passou a regular o uso de algemas desde situações de flagrante até julgamentos perante o Tribunal do Júri, que havia sido regulamentado há pouco tempo através da inclusão do §3º ao artigo 474 do Código de Processo Penal, mesmo sabendo que a maior preocupação e julgamentos, para não dizer a sua totalidade, era decorrente das sessões do plenário do Júri.

Dessa forma, utilizou-se de sua competência para editar Súmulas Vinculantes, para ampliar a interpretação do Legislador, que, ciente das situações apresentadas, achou por bem regular aquelas em que efetivamente apresentava problemas, no tocante à efetivação das garantias constitucionais.

O verdadeiro problema reside no fato de que a Súmula, criada para deslegitimar condutas arbitrárias e contrárias aos propósitos constitucionais, pois visando assegurar ao preso o mínimo de respeito possível à sua integridade e moral, acabou por se tornar um mecanismo de decretação de nulidade de processos, em fase instrutória, no qual, por vezes, não se acosta aos autos a fundamentação da manutenção das algemas, por equívocos, de inúmeras ordens, causando transtornos à efetivação da justiça.

Isto porque, embora os atos sejam públicos, as audiências em sua maioria são apenas acompanhadas pelas partes, ou seja, não se verificam motivos, quando não se comprova prejuízo, para que seja decretada a nulidade de atos apenas devido ao réu ter permanecido algemado, já que tal impressão não influenciará no resultado da demanda.

Assim, vislumbra-se contradição na posição dos Tribunais, que, por um lado, relativizam nulidades previstas no artigo 564 do Código de Processo Penal e, por outro,

decretam-na, sem qualquer verificação de prejuízo ao réu, apenas por ter, durante a audiência, fase instrutória, ter permanecido algemado, em afronta à Súmula Vinculante nº 11.

Por óbvio que embora seja necessário respeitar as garantias dos acusados em todas as fases do julgamento, não se vislumbra qualquer motivo para que à vítima seja imposto se submeter a novas audiências, reviver o sofrimento, bem como ao Judiciário, já abarrotado de demandas, ter que refazer atos, em decorrência de atendimento à Súmula Vinculante, que ampliou a disciplina legal.

Nesse viés, verifica-se que se, por um lado, se buscou cercar de todas as formas de modo a garantir o efeito respeito às garantias constitucionais e impedir pré-julgamentos, por outro, o excesso de cuidados trouxe maiores problemas ao Judiciário, na medida em que as situações-problemas já haviam sido disciplinadas pelo Legislador, causando a interferência do Supremo e, neste caso, um retrocesso em algumas demandas.

Além da Súmula Vinculante nº 11, há ainda a Súmula nº 14, da qual se faz necessária a análise, que foi votada em 02 de setembro de 2009, a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que, apesar dos precedentes dos julgados do Supremo Tribunal Federal, muitos procuradores não conseguiam ter acesso aos autos do inquérito policial sigiloso, que lhe era negado por juízes.

Tal matéria já havia sido apreciada em diversos julgados anteriores do Supremo Tribunal Federal, tais como: Habeas Corpus nº 88.520/AP, nº 90.232/AM, nº 88.190/RJ, nº 92.932/PB, nº 87.827/RJ e nº 82.354/PR. Dessa forma, cumprido o requisito de reiteradas decisões sobre a matéria, foi analisado o pedido e editada a súmula vinculante sobre o caso em questão.

Durante o debate da proposta, o Ministro Menezes Direito suscitou que a pertinência de edição da Súmula se dava em decorrência dos inúmeros pedidos dos advogados para assegurar o direito à ampla defesa nos autos do inquérito, o que já era reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, havendo jurisprudência do órgão, no

sentido de garantir a amplitude do direito de defesa, o exercício do contraditório e o devido processo legal – artigo 5º, LIV e LV, CF/88-¹²⁹.

Arguiu, ainda, que, embora se tratasse de matéria processual, e não constitucional, o que estaria fora do alcance da edição de súmulas vinculantes,

se trata de um direito substantivo do exercício do direito de defesa, ou seja, numa palavra, trata-se de assegurar especificamente ao advogado a defesa do seu constituinte pelos meios próprios, um direito que está inserido na cláusula fundamental do art. 5º¹³⁰.

Por outro lado, a Ministra Ellen Gracie referiu não acreditar ser a matéria de urgência e necessidade a ponto do Supremo manifestar um absoluto posicionamento, acreditando que a possibilidade de editar Súmulas Vinculantes não foi entregue ao Judiciário para atender finalidades que não sejam a estrita administração judiciária, bem como para atender a grande massa de processos que inviabiliza o funcionamento do Judiciário¹³¹.

Contudo, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa, que divergiram, foram votos vencidos, uma vez que os demais entenderam que o tema se refere aos direitos fundamentais e à garantia da prestação da justiça, sendo assim de relevância, inclusive, para atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a redação final da Súmula nº 14 foi a seguinte:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

¹²⁹ Proposta de Súmula Vinculante nº 14. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf>. Acesso em 19 março 2014.

¹³⁰ Proposta de Súmula Vinculante nº 14. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf>. Acesso em 19 março 2014.

¹³¹ Proposta de Súmula Vinculante nº 14. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf>. Acesso em 19 março 2014.

Inequivocamente, a Súmula Vinculante nº 14 foi uma ampliação extensiva do disposto no inciso XIV do art. 7º do Estatuto da Advocacia, que dispõe sobre os direitos do advogado, com a seguinte redação: “*examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos*”¹³².

Isto, pois, verifica-se que a Lei nº 8906/94 já previa como um dos direitos do advogado o acesso aos autos, tanto do flagrante quanto do inquérito, findos ou em andamento, mesmo que conclusos à autoridade. Foi em atenção a esse dispositivo, inclusive, que ficou fora da redação da Súmula a previsão da possibilidade de retirar as cópias, já que, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, “*não cabe a Súmula repetir a lei*”¹³³.

Dessa forma, inequívoco que as Súmulas Vinculantes são uma forma “legalizada” de interferência no Legislativo, através das quais o Supremo decide sobre questões que não foram apreciadas pelo poder competente ou amplia a extensão da lei já existente.

É possível vislumbrar pela análise superficial realizada que, não raras vezes, as decisões vão além das funções atípicas previstas, pois acabam abrangendo um campo muito maior do que o previsto pela ideia inicial de sua redação, demonstrando de forma clara o exercício do ativismo judicial.

¹³² Estatuto da Advocacia. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm > Acesso em 19 março 2014.

¹³³ Proposta de Súmula Vinculante nº 14. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf>. Acesso em 19 março 2014.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 garantiu, de forma inovadora, a todos os cidadãos a tutela de direitos e garantias específicos. Contudo, ao mesmo tempo que concedeu inúmeros direitos, não estava o Estado preparado para efetivá-los de forma imediata, ficando todos condicionados à reserva do possível.

É nesse sentido que se justifica o exercício mais atuante do Judiciário, pois na medida em que vão surgindo as reivindicações sociais, em inexistindo expressa previsão legal, ao órgão compete se posicionar sobre a matéria colocada em apreciação, visto que não pode se esquivar de julgar.

Durante os anos que se sucederam à Constituição de 1988, porém, em função da grande propositura de demandas, o Judiciário criou mecanismos para, de um lado, coibir a interposição de recursos que cheguem ao Supremo Tribunal Federal e, de outro, adotar entendimentos únicos sobre determinadas matérias, fazendo com que para cada questão, haja um posicionamento, provocando uma verdadeira ‘McDonaldização’ do Direito Processual Penal.

Em especial, o Supremo Tribunal Federal, através das Súmulas Vinculantes, tem se posicionado sobre questões pontuais, não deixando qualquer espaço para análise do caso concreto, imiscuindo-se na função do legislador, pois colocando em apreciação não só matérias não analisadas pelo órgão competente, mas também ampliando a interpretação daquelas já legisladas, causando uma insegurança jurídica.

A verdade é que os magistrados, desembargadores e, principalmente, ministros estão decidindo as questões que lhe são entregues do modo que acreditam ser mais conveniente, não tendo um posicionamento que se possa dizer favorável ou contrário ao réu. Assim, vislumbra-se, nas decisões, que estão indo além de sua competência, imiscuindo-se na função dos legisladores, de forma a garantir a efetivação dos direitos e combater a morosidade na criação de novas legislações.

Todavia, conforme já relatado, os julgamentos não são unicamente direcionados a beneficiar ou a prejudicar o réu, na medida em que o Judiciário está limitando-se às matérias que lhe são postas à apreciação, e é assim que deve continuar. Isto porque,

sendo o posicionamento restrito ao que é provocado, impede que exista uma criação desenfreada de Súmulas, vinculantes ou não, sobre todo e qualquer assunto.

Conforme já explanado, o ativismo judicial tem sido uma forma de solucionar os problemas que vão surgindo no país e levados ao conhecimento do Judiciário. Entretanto, o cuidado que se deve ter é que não ocorra uma grande expansão do exercício deste movimento, pois isso apenas vai desviar o foco do real problema brasileiro.

Assim, não há falar em posicionamento favorável ou contrário ao movimento ativista, na medida em que se vislumbra que – indistintamente – este tem tentado atender aos anseios da população, concedendo as respostas que não são dadas pelos outros poderes.

É bem verdade que há casos pontuais em que se vislumbra um mau uso do poder concedido ao Judiciário, com decisões que a primeira vista já soam, na melhor das hipóteses, contrárias ao que a sociedade espera.

No entanto, para mudar essa situação, é preciso uma maior atuação da população. Entendendo que as decisões estão sendo contrárias ao que se espera, é preciso que o povo brasileiro, através do voto, provoque a reforma política necessária no país, assegurando que os demais poderes saiam da inércia em que estão e atuem no seu campo, retomando para si o exercício de suas funções.

Enquanto isso não ocorrer, infelizmente, todos serão responsáveis, de forma concorrente, por omissão omissão. Responsáveis pelos posicionamentos que não agradam, pela reforma política que não ocorre, pela distorção dos preceitos constitucionais, pela inexistência de estabelecimentos prisionais, pela falta de segurança e efetivação dos direitos assegurados a todos os cidadãos, em especial àqueles que estão respondendo a um processo criminal, colocando em risco sua liberdade.

A forma com que o ativismo judicial tem se mostrado no país demonstra, portanto, de forma inequívoca, um prenúncio da falência do sistema tripartido, na medida em que ao permitir essa maior atuação do Judiciário, em nome da inafastabilidade da jurisdição e da inércia legislativa, estamos consentindo com que esse poder cresça em detrimento dos demais, tornando-se de maior relevância.

Embora não exista uma forma de agradar e efetivar todas as garantias aos cidadãos, sem que haja críticas, deve-se pautar sempre pelo mais correto, pelo mais justo pelo menos gravoso a um Estado, de modo a preservar a democracia. Considerando o seu todo, não se propõe que cada Poder se limite ao seu campo de atuação, mas sim que exercer as funções atípicas seja excepcional, com letras maiúsculas e em negrito, isto é, apenas em casos pontuais, naqueles em que não seja possível esperar a resposta à questão do ente competente, sob pena de afronta aos direitos e garantias fundamentais.

Não há como tolher o Judiciário de responder às demandas sociais, quando forem a única forma para sua efetivação. Contudo, de igual forma, não há como deixar a cargo deste poder que se posicione em toda e qualquer matéria como melhor entender, sem esperar, quando possível, que os demais poderes, sendo destes a competência, mostrem a solução. E, aí sim, em não sendo adequada, entrar em ação para torná-la.

Por mais que se reconheça a relevância do trabalho que está sendo feito pelo Judiciário, portanto, não se pode compreender que este pode utilizar desse pretexto para usurpar as funções dos demais poderes, sob pena de desequilibrar o Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUDE, Georges. STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

AGRAVO EM EXECUÇÃO Execução nº 70048569990. Acesso em 06 mar 2014.

AGRAVO EM EXECUÇÃO nº 70057825028. Acesso em 06 mar 2014.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 822.395. Acesso em 13 março 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. Direito, Estado e Sociedade** (Impresso), v. 40, p. 34-64, 2012.

AZEVEDO, R. G. . **A Informalização da Justiça Penal e a Lei 9.099/95 - Entre a Rotinização do Controle Penal e a Ampliação do Acesso à Justiça.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n.31, 2000.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** 9ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** (Syn)Thesis. Rio de Janeiro, v.5, p. 23-32, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 nov. 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em 27 de outubro 2013.

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf> Acesso em 19 março 2014.

FELDENS. Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal** – 2ª ed. rev. Ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2012.

HABEAS CORPUS 97.256. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>> Acesso em 02 nov. 2013.

HABEAS CORPUS nº 107801. Disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_107801_SP_1319320382053.pdf?Signature=uHdXfKPiJBBGBMf5YykvaWCAxLY%3D&Expires=1394072390&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em: 05 mar 2014.

HABEAS CORPUS nº 91.052. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>> Acesso em 19 março 2014.

HALL, Kermit L. **The Oxford Companion to the Supreme Court.** Oxford University Press, 1992.

LEAL, Saul Tourinho. **Curso Ativismo Judicial.** Disponível em: <<http://www.youtube.com/user/saberdireitoaula?feature=watch>>. Acesso em: 15 Março 2013.

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

LOPES, Aury. **Direito processual penal.** 10ª Edição.. Saraiva, 2012. VitalBook file. Minha Biblioteca.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis/ Montesquieu: apresentação Renata Janine Ribeiro; Tradução Cristina Murachco.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 20 ed. Rev. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e direito constitucional.** 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE Nº 14. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf>. Acesso em 19 março 2014.

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

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 1 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Renato Jardim. **A Expressão do Legítimo Ativismo Judicial**. Brasília: 2009.

SÚMULA n° 523 STF. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0523.htm> Acesso em 02 nov. 2013.

SÚMULA VINCULANTE n° 11. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> Acesso em 19 marco 2014.

STRECK, Lênio Luiz. “**Aí, esse Joaquim é sinistro. Ta enjaulando bacana**”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-dez-22/retrospectiva-2012-ai-joaquim-sinistro-ta-enjaulando-bacana#_ftn3> Acesso em 02 nov. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. rev. ampl. atual. Editora JusPodivm, Bahia: 2013.

VOTO MINISTRO LUIZ FUX. Ação Penal 470. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470VotoMinLF.pdf>> Acesso em: 05 mar 2014.