UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS – UFAM
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO – PROPESP
FACULDADE DE DIREITO - FD

DANIEL BRITTO FREIRE ARAÚJO

UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATIVISMO JUDICIAL GARANTISTA X ATIVISMO JUDICIAL PUNITIVISTA

Manaus - AM
Janeiro - 2022

DANIEL BRITTO FREIRE ARAÚJO

UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATIVISMO JUDICIAL GARANTISTA X ATIVISMO JUDICIAL PUNITIVISTA

Dissertação apresentada à Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação - PROPESP da Universidade Federal do Amazonas - UFAM, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração: Constitucionalismo e Direitos na Amazônia e linha de pesquisa: Institucionalidades estatais e pluralidades sócio-jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Silva Menezes.

Manaus - AM
Janeiro - 2022

DANIEL BRITTO FREIRE ARAÚJO

UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATIVISMO JUDICIAL GARANTISTA X ATIVISMO JUDICIAL PUNITIVISTA

Dissertação apresentada à Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação – PROPESP da Universidade Federal do Amazonas – UFAM, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração: Constitucionalismo e Direitos na Amazônia e linha de pesquisa: Institucionalidades estatais e pluralidades sócio-jurídicas.
Orientador: Prof. Dr. Rafael da Silva Menezes.

Aprovada em __ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA

_____
Prof. Dr. Rafael da Silva Menezes (Orientador)

_____

_____

Manaus - AM
Janeiro - 2022

Às minhas filhas, Maria Beatriz e Isabela,
por me ajudarem a ser uma pessoa melhor
a cada dia e pelo amor e felicidade que
trouxeram em minha vida.

AGRADECIMENTOS

É preciso agradecer, em primeiro lugar, à minha amada esposa, Juliana Mariano, pelo apoio em todos os momentos, pela paciência e compreensão ao longo de quase três anos na realização deste trabalho e acima de tudo, por seu amor.

Aos meus pais, Celso e Dulce, pelo dom da vida e por terem me ensinado, ao longo dos anos, a importância da educação, da perseverança na busca dos nossos sonhos, o respeito pela diferença e a necessidade de tratar todas as pessoas como iguais.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFAM, que possibilitou a implantação de um Mestrado Acadêmico, um verdadeiro marco para incentivar a educação qualificada e transformadora na região amazônica.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Rafael Menezes, por ter aceitado a orientação, pelo incentivo e pela disponibilidade permanente em dialogar e sugerir melhorias na elaboração da dissertação e dos demais trabalhos elaborados ao longo do curso.

Ao amigo e Prof. Dr. Maurílio Casas Maia, pelo incentivo, diálogo permanente e sugestões valiosas que ajudaram o presente trabalho a ganhar corpo teórico e servir como uma pequena contribuição acadêmica na tarefa de aperfeiçoar nosso combalido Estado de Direito.

A todos os Professores e Professoras da Faculdade de Direito da UFAM, sobretudo àqueles dos quais tive a honra de ser aluno, pela oportunidade de construir, juntos, um conhecimento sólido e um compromisso de um direito efetivamente comprometido com a eficácia dos direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana.

Aos colegas do mestrado, pelas conversas enriquecedoras, apoio nos momentos mais difíceis da caminhada e pela amizade construída.

À Defensoria Pública do Estado do Amazonas, pelo apoio no momento chave de elaboração da dissertação, a fim de que eu pudesse me ausentar de minhas atividades profissionais em prol da finalização dos estudos na Pós-Graduação, na pessoa do Dr. Ricardo Paiva, Dr. Thiago Nobre e Dr. Nairo Aguiar e para todos aqueles que acreditam e trabalham por uma Defensoria Pública forte e independente, verdadeira expressão e instrumento do regime democrático e voz dos esquecidos na efetivação de seus direitos.

"*Vivendo, se aprende; mas o que se aprende, mais, é só fazer outras maiores perguntas*".

João Guimarães Rosa

"*Quando as águas da enchente cobrem a tudo e a todos, é porque de há muito começou a chover na serra. Nós é que não damos conta"*.

Eraclio Zepeda

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal experimentou vertiginosa ascensão institucional com o advento da Constituição da República de 1988. Destaca-se em tal ascensão, o alargamento de suas funções e, consequentemente, o papel que a Corte Constitucional brasileira desempenha na vida cotidiana da sociedade brasileira. Os principais fatores que deram causa, no Brasil, e essa expansão do Poder Judiciário foram o fortalecimento da Jurisdição constitucional; a ampliação do rol de direitos fundamentais e o surgimento de uma nova forma de interpretação constitucional que impulsionou a força normativa da Constituição. Ocorre que nas últimas duas décadas o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões que parecem invadir a esfera de competência do Poder Legislativo, num fenômeno conhecido como ativismo judicial. Tal prática se revela prejudicial à consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, e quando exercido em matéria penal representa uma perigosa ameaça aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos submetidos à persecução penal do Estado.

Palavras-chave: Poder judiciário. Democracia. Separação de poderes. Ativismo judicial. Sistema penal.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court experienced a vertiginous institutional rise with the advent of the Constitution of the Republic of 1988. In this rise, the expansion of its functions and, consequently, the role that the Brazilian Constitutional Court plays in the daily life of Brazilian society stands out. The main factors that gave rise, in Brazil, to this expansion of the Judiciary Power were the strengthening of the Constitutional Jurisdiction; the expansion of the list of fundamental rights and the emergence of a new form of constitutional interpretation that boosted the normative force of the Constitution. It so happens that in the last two decades the Federal Supreme Court has handed down decisions that seem to invade the sphere of competence of the Legislative Power, in a phenomenon known as judicial activism. Such a practice proves to be harmful to the consolidation of a true Democratic State of Law and when exercised in criminal matters, represents a dangerous threat to the fundamental rights and guarantees of citizens subjected to criminal prosecution by the State.

Keywords: Judicial power. Democracy. Separation of powers. Judicial activism. Penal system.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	**O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**.....	15
1.1	A REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	15
1.2	A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO.....	19
1.2.1	**Expansão da jurisdição constitucional**.....	26
1.2.2	**Ampliação do rol de direitos fundamentais**.....	32
1.2.3	**A nova interpretação constitucional**.....	35
1.3	O PODER JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	41
2	**ATIVISMO JUDICIAL: CONTORNOS TEÓRICOS E PRÁXIS**.....	45
2.1	EM BUSCA DE UM CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL.....	45
2.2	O ATIVISMO JUDICIAL NOS EUA.....	50
2.2.1	**O nascimento do controle difuso de constitucionalidade**.....	51
2.2.2	**O ativismo judicial conservador na defesa da política econômica liberal (1895-1937)**.....	54
2.2.3	**O ativismo judicial liberal na afirmação das liberdades civis: A Corte Warren (1952-1969)**.....	56
2.3	CLASSIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL.....	60
2.3.1	**Classificação proposta por Georges Abboud**.....	60
2.3.2	**Classificação proposta por Bruno Torrano**.....	70
2.3.3	**Classificação proposta por Roberto Basilone Leite**.....	72
2.4	O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	73
2.4.1	**Considerações iniciais**.....	73
2.4.2	**Fases do ativismo judicial no STF**.....	75
2.4.3	**Fatores de impulsão do ativismo judicial do STF**.....	81
2.5	SOLUÇÕES PARA O ENFRENTAMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL.....	84
3	**ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA CRIMINAL**.....	89
3.1	SISTEMA PENAL: CONCEITO, SETORES, DISCURSOS E FUNÇÕES.....	89
3.2	O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO SISTEMA PENAL (SER *VERSUS*	

DEVER-SER)..... 96
3.3 O *LOCUS* PRIVILEGIADO DAS DECISÕES DO STF NO SISTEMA PENAL.... 100
3.3.1 **Decisões com eficácia contra todos e efeito vinculante**..... 102
3.3.2 **Possibilidade de aprovação de súmulas vinculantes**..... 103
3.3.3 **Recursos extraordinários vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário**..... 104
3.4 ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA CRIMINAL NO STF..... 106
3.4.1 **Ativismo judicial garantista**..... 107
3.4.1.1 Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado na lei de crimes hediondos. 109
3.4.1.2 Inconstitucionalidade parcial do art.44 da Lei n. 11.343/2006..... 111
3.4.1.3 Julgamento favorável à realização de passeatas e manifestações públicas em favor da descriminalização das drogas (ADPF 187/DF)..... 112
3.4.1.4 Proibição da realização de operações policiais nas comunidades pobres do Rio de Janeiro durante a pandemia da COVID-19 (ADPF 635/RJ)..... 114
3.4.2 **Ativismo judicial punitivista**..... 117
3.4.2.1 Criminalização da homotransfobia por decisão judicial..... 120
3.4.2.2 Interpretação restritiva do art.316, parágrafo único, do CPP..... 124
3.4.2.3 Equiparação da injúria racial ao crime de racismo..... 129
CONCLUSÃO..... 134
REFERÊNCIAS..... 140

INTRODUÇÃO

Em manifestação feita em março de 2021, o Presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira, expressou o desconforto institucional do Poder Legislativo brasileiro diante de decisões do Poder Judiciário que lhe ameaçam a primazia no desempenho de sua função típica e primordial de legislar[1].

De fato, o Supremo Tribunal Federal, sobretudo ao longo das últimas duas décadas, bem como outros órgãos do Poder Judiciário brasileiro, ultrapassaram os limites da atividade jurisdicional que lhes compete exercer. Daí o motivo que levou o Presidente da Câmara dos Deputados, naquela ocasião, a declarar que "espera que o Poder Judiciário efetivamente enfrente essas questões com menos conteúdo político".

O ativismo judicial, encarado, para os fins desse trabalho, como uma "descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes" (RAMOS, 2015, p. 324), se revela como uma questão de fundamental importância na consolidação (ou não) de um Estado de Direito e da própria democracia no Brasil.

Com efeito, o dever de atuação harmônica dos Poderes estatais, estabelecida como princípio no art. 2º da Constituição da República de 1988[2], depende, em larga medida, de um prudente exercício das competências a eles atribuídas pelo próprio Texto Constitucional, prudência esta que não tem sido observada no julgamento de muitos casos pelo Supremo Tribunal Federal.

A ideia de um Estado submetido ao direito, como observa Virgílio Afonso da Silva deve ser compreendida, sobretudo "como a garantia de exercício do poder estatal com base no direito[3], não no arbítrio ou em vontades pessoais" (2021, p. 86). Logo, a partir do momento em que o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro passa a decidir em conformidade com as convicções pessoais de seus membros, e não de acordo com os

---

[1]Conforme noticiado no sítio eletrônico. Disponível em: https://www.poder360.com.br/congresso/lira-fala-em-reduzir-acesso-de-partidos-pequenos-a-acoes-no-supremo/. Acesso em: 07 jan. 2022.

[2]O art. 2º da Constituição da República de 1988 estabelece textualmente que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

[3]Interessante observar que o mesmo autor, ao explicar o conceito de Estado de Direito esclarece que "o direito, nessa expressão, não se confunde com a lei. Ele incorpora inúmeros valores. Mas não são valores abstratos, tampouco arbitrários. São valores concretos, definidos pela mesma Constituição que os consagra. Assim, o Estado de Direito brasileiro é único, porque informado pelos valores de uma constituição específica, que é a Constituição de 1988. O exercício legítimo do poder nesse Estado é aquele que respeita o direito como um todo e esse 'direito como um todo' só é legítimo se formal e substancialmente compatível com a Constituição" (SILVA, 2021, p. 86).

parâmetros normativos da Constituição da República, torna-se evidente o prejuízo para a consolidação de um Estado de Direito tal como determinado na mesma Constituição.

Tal situação se revela problemática, sobretudo porque o Supremo Tribunal Federal está situado no topo da hierarquia do aparato judiciário, de maneira que as suas decisões não são passíveis de revisão e modificação por outros órgãos jurisdicionais.

Ademais, a temática do ativismo judicial está estreitamente ligada à questão da legitimidade do exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e omissões legislativas. Alguns, como Jurgen Habermas, encaram tal legitimidade como algo que se fundamenta na necessidade de preservação do ritual democrático[4], outros, como Inocêncio Mártires Coelho, como uma decorrência necessária do princípio da supremacia da Constituição[5].

Como se buscará demonstrar ao longo do presente estudo, particularmente sensível se revela a prática do ativismo judicial na esfera criminal. Sobretudo em face do risco de vulneração dos direitos e garantias fundamentais daqueles que se submetem à persecução penal do Estado.

Para chegarmos à questão central desta dissertação, faz-se necessário adentrar nos contornos do perfil do Poder Judiciário brasileiro após o advento da Constituição da República de 1988, bem como expor os parâmetros dogmáticos do ativismo judicial, de modo a haver uma melhor compreensão da prática do ativismo judicial em matéria penal no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o presente estudo inclui a análise da redemocratização do Brasil, cujo ponto culminante foi à promulgação da Constituição da República em 1988, o estudo do

---

[4]Inspirado nas ideias de John Hart Ely (1980), Habermas desenvolve sua teoria procedimentalista, na qual tece os seguintes comentários sobre a legitimidade da jurisdição constitucional: "Se agudizarmos 'republicanamente' nossa sensibilidade em relação aos componentes deliberativos do processo de legislação envolvidos na questão da legitimidade da jurisprudência constitucional, poderemos formular de modo mais específico a proposta procedimentalista de Ely. A compreensão republicana da política lembra o nexo interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normalização jurídica se realize sob condições da política deliberativa, que fundam legitimidade" (HABERMAS, 2003, p. 340).

[5]De acordo com essa ótica, a jurisdição constitucional seria uma consequência lógica da adoção de Constituições rígidas, dotadas de superioridade hierárquica. Dentro dessa perspectiva, Inocêncio Mártires Coelho, ao discorrer sobre a dimensão política da jurisdição constitucional explica que "Já se disse praticamente tudo sobre a jurisdição constitucional, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobrirmos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politiza a justiça. Se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político e a Constituição o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá que arbitrar-lhes os inevitáveis conflitos" (COELHO, 2001, p. 39).

fortalecimento e expansão do Poder Judiciário, bem como da crescente prática do ativismo judicial, entendido como "um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, alargando o seu sentido e alcance" (BARROSO, 2019, p.435).

A premissa do estudo é que a criminalização de condutas pelo Poder Judiciário se revela inviável em face do princípio da separação dos poderes, da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem*, bem como que a crescente intervenção judicial nas relações sociais traz embutida riscos para a legitimidade democrática (dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário), na politização indevida de magistrados e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

Diante disso, apresenta-se como problema da pesquisa a seguinte indagação: Diante da prática do chamado ativismo judicial em matéria penal no Brasil, quais são seus limites na democracia brasileira?

O questionamento acima ganha importância na medida em que, recentemente, é cada vez maior o número de decisões judiciais que impactam a vida do cidadão, até mais profundamente do que a promulgação de uma lei pelo Poder Legislativo ou a implementação de uma política pública por parte das diferentes esferas do Poder Executivo (federal, estadual e municipal).

A dissertação, portanto, adquire relevância acadêmica e social, pois, colabora para a identificação da essência jurídica e repercussão social da prática do ativismo judicial em matéria penal, bem como de sua impossibilidade e seus limites na democracia brasileira, levando pesquisadores e profissionais da área a uma reflexão mais profunda dessa temática na vida institucional.

Desta feita, o processo de investigação se justifica no atual cenário social, político e econômico, considerando que a judicialização da vida e o ativismo judicial são aspectos cada vez mais presentes no cotidiano da sociedade brasileira e tem impacto direto e relevante nas instituições, na democracia e nos diferentes grupos que compõe a sociedade civil.

A presente dissertação subdivide-se em três tópicos: o primeiro aborda os múltiplos aspectos do desenho institucional do Poder Judiciário brasileiro na Constituição da República de 1988; no segundo é sobre os contornos teóricos e a prática do ativismo judicial; finalmente, o terceiro e derradeiro tópico é inteiramente dedicado ao exame do ativismo judicial em matéria penal.

O primeiro tópico se encontra dividido em três subtópicos: No subtópico 1 demonstra como se deu a redemocratização do Brasil e de que forma a Constituição da

República de 1988 representa o ápice deste processo. Em seguida, o subtópico 2 se volta para a análise da ascensão institucional do Poder Judiciário, enquanto fenômeno global e as causas específicas de tal ascensão no Estado brasileiro. Por fim, no subtópico 3, os esforços se concentram na análise do princípio da separação de poderes e o lugar do Poder Judiciário nessa que é uma técnica desenvolvida para distribuir funções estatais a órgãos diferentes, de maneira a se evitar (ou diminuir) o arbítrio e o abuso de poder.

A subdivisão do segundo tópico, por sua vez, possui cinco subtópicos. Inicialmente, no subtópico 1 apresenta os diversos conceitos existentes do ativismo judicial, abordando-se, em seguida, no subtópico 2, o fenômeno do ativismo judicial desde o seu berço: os Estados Unidos da América. No subtópico 3 apresenta algumas classificações do ativismo judicial, as quais serão particularmente úteis na análise de alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal. O subtópico 4 é dedicado à análise do ativismo judicial tal como praticado pelo STF, abrangendo suas diferentes fases e os fatores de impulsão. Por fim, no subtópico 5 examina-se algumas sugestões para o enfrentamento e mitigação do ativismo judicial.

O terceiro e último tópico busca traçar caminhos e delinear respostas para o problema formulado nesta dissertação. Esse tópico está subdividido em quatro partes, parte-se das diferentes perspectivas do sistema penal (seu conceito, setores, discursos e funções), no subtópico 1, passando pelo papel desempenhado pelo Poder Judiciário em tal sistema (subtópico 2), pondo-se em revelo a diferença existente entre o que se está previsto e declarado em lei (dever ser) e a realidade concreta do manejo do sistema penal pelo Poder Judiciário (ser) enquanto agência de controle social.

Prosseguindo no subtópico 3, também aborda o "*locus*" privilegiado que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ocupam no sistema penal, a forma intensa com a qual tais decisões influenciam todas as demais instâncias do Poder Judiciário brasileiro (subtópico 3). Por fim, no subtópico 4 analisa o ativismo judicial em matéria criminal exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Neste ponto analisa diversos julgamentos da Corte Constitucional brasileira, as quais serão ora consideradas exemplos de ativismo judicial garantista, ora como exemplos de ativismo judicial punitivista.

A última finalidade que se pretende atingir com o presente estudo decorre da própria justificação temática anteriormente desenvolvida. Com efeito, o objetivo fundamental foi analisar criticamente a prática do ativismo judicial em matéria penal

pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da análise de julgamentos recentes da Corte Constitucional brasileira.

Em última análise, ao se demonstrar o quão indesejável e inadequado é o ativismo judicial de contornos punitivistas, o que se pretende é o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, tal como delineado na Constituição da República de 1988, o que somente poderá ocorrer se o Poder Judiciário se mantiver dentro de sua esfera de atribuição e atuar como agente de proteção dos direitos fundamentais e de contenção do poder punitivo do Estado e não como um agente catalisador deste último.

1 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

1.1 A REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A tentativa de redemocratização do Brasil e o restabelecimento do Estado Democrático de Direito começou logo após o golpe militar de 1964, especialmente após o advento do Ato Institucional nº 5[6], em dezembro de 1968. O movimento pela redemocratização do país ganhou as ruas com o retorno da eleição direta dos Governadores em 1982, bem como na campanha das "Diretas já" em 1984.

Apesar da enorme frustração popular pela derrota da campanha pelas "Diretas já" (a proposta de emenda constitucional – emenda "Dante de Oliveira – que restabelecia a eleição direta para presidente da República não logrou ser aprovada pelo Congresso Nacional), bem como pela morte de Tancredo Neves, eleito Presidente da República no Colégio Eleitoral em 1985, a Assembleia Nacional Constituinte foi instaurada em 1º de

[6]O Ato Institucional nº 5 (AI-5) foi o quinto de dezessete grandes decretos emitidos pelo governo dos militares nos anos que se seguiram ao golpe de estado de 1964 e que acabou por instaurar uma ditadura militar no Brasil. O AI-5, emitido pelo presidente Artur da Costa e Silva em 13 de dezembro de 1968, foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. O escritor Elio Gaspari, em seu clássico livro "A Ditadura Envergonhada" bem sintetiza o seu significado e conteúdo: "O Ato era uma reedição dos conceitos trazidos para o léxico político em 1964. Restabeleciam-se as demissões sumárias, cassações de mandatos, suspensões de direitos políticos. Além disso, suspendiam-se as franquias constitucionais da liberdade de expressão e de reunião. Um artigo permitia que se proibisse ao cidadão o exercício de sua profissão. Outro patrocinava o confisco de bens. [...] A pior das marcas ditatoriais do Ato, aquela que haveria de ferir toda uma geração de brasileiros, encontrava-se no seu artigo 10: 'Fica suspensa a garantia de *hábeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional'. Estava atendida a reivindicação da máquina repressiva. (GASPARI, 2002, p. 340)

fevereiro de 1987, com a missão de elaborar a primeira Constituição brasileira democrática desde 1946.

A Constituinte foi marcada, sobretudo na sua primeira fase, pela intensa participação popular na elaboração da Constituição, o que levou Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, a utilizar a expressão "Constituição Cidadã" para indicar a natureza inclusiva da Constituinte. Sobre a participação popular na elaboração da Constituição da República de 1988 pontua Oscar Vilhena Vieira:

> Estima-se que cerca de 9 milhões de pessoas passaram pela Constituinte entre março e novembro de 1987. Foram realizadas 182 audiências públicas, encaminhadas 11 989 propostas e 6417 emendas e anteprojetos. Nessa etapa, a Constituinte funcionou como uma espécie de aspirador de demandas sociais, reprimidas por vinte anos pela ditadura e pela enorme frustração com a derrota da campanha pelas eleições diretas (VIEIRA, 2018, p. 147)

Após quase vinte meses de trabalho a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988, o que representa o ápice do processo de redemocratização do Brasil, na medida em que simboliza a transição do autoritarismo de um Estado pautado pela legalidade paralela dos atos institucionais e pela violação aos direitos fundamentais dos cidadãos, para a consagração formal de um Estado Democrático de Direito, logo no *caput* do seu art. 1º (BRANDÃO, 2017).

Apesar das críticas ao novo Texto Constitucional de ser excessivamente extenso[7], detalhista[8] e inserir matérias que não deveriam constar em uma Constituição, é inegável que a Constituição da República de 1988 foi inovadora e bastante progressista em diversos aspectos. Ademais, vale destacar que a Constituição brasileira, bem como qualquer outra constituição, enquanto fenômeno histórico que é, "deve ser compreendido em estrita consonância com o tempo e o lugar em que se manifestam, e

---

[7]A Constituição da República Federativa do Brasil conta com 250 artigos em seu corpo permanente e 114 artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o que faz dela uma das maiores constituições escritas do mundo.

[8]Acerca das críticas e dos avanços da Constituição da República de 1988, expõe Luís Roberto Barroso: "É inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País. Os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por interesses e paixões. [...] A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem, geraram um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo "(BARROSO, 2003, p. 42).

não com referência a modelos ideais, que não existem e, mesmo se existissem e fossem adotados, não produziriam mais do que objetos artificiais" (MENDES, 2010, p.247).

O principal compromisso na Constituição da República de 1988 é romper com o passado autoritário do País[9]. Tal compromisso se revela logo em seu art.1º, no qual se estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Trata-se de um dos dispositivos mais importantes da Constituição brasileira, na medida em que orienta a interpretação de todo o Texto Constitucional e estabelece duas ideias centrais: (i) o direito como limite do poder do Estado, sobretudo os direitos fundamentais; (ii) o poder político legitimado pelo voto do povo. A propósito:

> O projeto de concretizar um verdadeiro Estado Democrático de Direito objetiva o fortalecimento tanto dos direitos de cada um quanto dos deveres que cabem ao Estado. Ou seja, com o Estado Democrático de Direito, modelo constitucional de Estado que conta com um conjunto de mecanismos voltados a assegurar a concretização dos direitos e das garantias fundamentais de cada pessoa em particular (não de uma classe de pessoas ou da ideia de "pessoa" em abstrato), buscou-se impedir novos movimentos de orientação autoritária que levassem à ampliação dos poderes do Estado – sobretudo do poder penal, instrumental que serve ao surgimento de neofascismos – e à minimização das liberdades individuais (CASARA, 2017, p. 64-65).

Desta forma, o Estado Democrático de Direito emerge da Constituição da República como um superconceito, do qual surgem, como desdobramentos lógicos diversos princípios constitucionais de elevada importância, tais como a própria separação dos poderes[10], o pluralismo político[11], a isonomia[12], a legalidade[13], dentre outros (MENDES, 2010).

---

[9]O Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, por ocasião da promulgação da Constituição da República de 1988, disse uma frase em seu discurso que bem revela esse compromisso do novo Texto Constitucional: "Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito. Rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio e o cemitério. Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo."

[10]Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[11]Art.1º, inciso V. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) O pluralismo político.

[12]Art. 3º, inciso IV: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; Art. 5º, caput: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...).

[13]Art.5º, inciso II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Dentre os principais avanços do novo Texto Constitucional, Inocêncio Mártires Coelho (2010) destaca: (i) a previsão de um extenso rol de direitos fundamentais; (ii) o humanitarismo da Constituição, que protege os segmentos mais vulneráveis da sociedade, tais como as crianças, idosos, pessoas com deficiência, presidiários e os índios; (iii) Avanços institucionais, com especial destaque ao Ministério Público e ao Poder Judiciário; (iv) Fortalecimento da jurisdição constitucional, com a previsão de novos instrumentos processuais (ADI, ADC e ADPF) e a ampliação do rol de agentes legitimados para propor as ações relativas ao controle de constitucionalidade (art.103 da CF/88).

Convém destacar também, com suporte nas lições de Rafael da Silva Menezes, que a Constituição da República de 1988 fortaleceu a democracia em suas várias dimensões. Confira-se:

> A Constituição Federal de 1988 articulou a prática democrática brasileira sob três pilares: (i) participação; (ii) representação; (iii) deliberação e, para tanto, previu expressamente 25 possibilidades de intervenção democrática, cujos raios de atuação variam desde o direito ao voto, participação em plebiscitos e referendos, propositura de leis de iniciativa popular, perpassando pela propositura de ação popular e gestão compartilhada do ensino e da previdência (MENEZES, 2019, p. 246).

O Poder Judiciário não ficou imune aos influxos democráticos da Constituição da República de 1988. Em seu processo histórico de formação[14], o Poder Judiciário brasileiro se inseriu numa tradição autoritária, marcada pelo colonialismo e escravidão, o que acabou por gerar um Judiciário patriarcal, patrimonialista e aristocrático, "que se caracteriza por definir lugares sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem, ao apego às formas e ao conservadorismo" (CASARA, 2014, p.2).

Com o advento da Constituição da República de 1988, sobretudo da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, conhecida como Reforma do Judiciário, buscou-se tornar o Poder Judiciário mais transparente, sobretudo diante da previsão do controle externo da magistratura por meio da criação do Conselho Nacional de Justiça, bem como a

[14]Roberto Basilone Leite (2014) ressalta que o modelo de Poder Judiciário existente no Brasil antes da Constituição de 1988 "é o resultado da atuação das mesmas forças que definiram o perfil do próprio Estado brasileiro e, por isso, trata-se de um aparato judicial que foi moldado, desde o início, para dar conta de atender às necessidades de um Estado autoritário, patrimonialista e discriminatório e que, portanto, não estava aparelhado para atender às exigências típicas de uma sociedade democrática" (LEITE, 2014, p. 148).

criação de ouvidorias para o recebimento de reclamações contra juízes e demais servidores do Poder Judiciário.

Para os fins deste trabalho, é importante sublinhar o fato de que a Constituição da República de 1988, ao consagrar uma ampla proteção aos direitos fundamentais, bem como prestigiar instituições destinadas a efetivar e impedir a violação de tais direitos, como a Defensoria Púbica e o Ministério Público, aliado a um robusto sistema de jurisdição constitucional, acabou por fortalecer sobremaneira o papel do Poder Judiciário.

1.2 A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

A ascensão institucional do Poder Judiciário não é uma exclusividade do Brasil, mas sim um fenômeno global que se verifica em diversos países do mundo[15]. Tal expansão global do Poder Judiciário é denominada por Ran Hirschl de "juristocracia". Confira-se:

> Nos últimos anos, o mundo testemunhou uma transição surpreendentemente rápida para o que pode ser chamado de juristocracia. Em todo o mundo, em mais de oitenta países e em várias entidades supranacionais, a reforma constitucional transferiu uma quantidade sem precedentes de poder de instituições representativas para judiciárias. Os países que receberam essa expansão do poder judicial se estendem do bloco oriental ao Canadá, da América Latina à África do Sul e da Grã-Bretanha a Israel. A maioria desses países recentemente adotou uma constituição ou uma revisão constitucional que contém uma declaração de direitos e estabelece alguma forma de controle de constitucionalidade (HIRSCHL, 2007, p.1, tradução nossa[16]).

É importante anotar também que tal expansão não ocorreu em curto espaço de tempo, mas se deu em ondas ou fases ao longo da história recente. Conforme esclarece

---

[15]A esse respeito Rodrigo Brandão anota que: "Vivemos uma era de expansão global do Poder Judiciário. Se durante o Século XIX *a judicial review of legislation* era uma peculiaridade institucional norte-americana, no limiar do século XXI nada menos que 158 países contam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional" (BRANDÃO, 2017, p. 5)

[16]Texto traduzido a partir da seguinte passagem: "*Over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called the juristocracy. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries. The countries that have hosted this expansion of judicial power stretch from the Eastern Bloc to Canada, from Latin America to South Africa, and from Britain to Israel. Most of these countries have a recently adopted constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review*"(HIRSCHL, 2007, p. 1).

Rodrigo Brandão (2017), a primeira onda de ascensão global do Poder Judiciário se deu com o julgamento do célebre caso *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte Americana, o qual consagrou a possibilidade de o Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei, nada obstante o silêncio da Constituição Estadunidense a esse respeito.

A segunda onda de expansão do Poder Judiciário se deu após o fim da segunda guerra mundial com a redemocratização de países recém-saídos de regimes autoritários na Europa (notadamente Alemanha e Itália) e reconhecimento da independência de antigas colônias (p. ex.: Índia e diversos países Africanos). A terceira, por sua vez, se verificou nas duas últimas décadas do Século XX, com a redemocratização de diversos países latino-americanos (caso do Brasil) e o fim da União Soviética, com a consequente conversão dos países do Leste Europeu em democracias constitucionais de livre-mercado.

Vale frisar que, especialmente a segunda onda de fortalecimento do Poder Judiciário, ocorreu porque se constatou que mesmo governos legítimos do ponto de vista democráticos podem violar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, a exemplo do que ocorreu com a ascensão do nazismo na década de 30 na Alemanha[17].

Nesse aspecto, pontua Rodrigo Brandão (2017) que o surgimento das cortes constitucionais está intimamente ligado à necessidade de proteção dos direitos fundamentais previstos nas constituições escritas. Confira-se:

> A partir do segundo pós-guerra se verificou uma forte tendência de positivar direitos fundamentais nas constituições nacionais e em tratados internacionais e de criar tribunais (p.ex.: Cortes Constitucionais e Tribunais Internacionais) cuja função principal é a de monitorar violações a direitos fundamentais. Note-se que a atribuição dessa função a órgãos contramajoritários é proposital, pois as garantias de independência política dos seus membros lhes assegurariam a

[17]A ascensão do regime nazista é o mais emblemático exemplo de como o fenômeno do autoritarismo é capaz de corromper uma ordem jurídica democrática, mesmo sendo, originalmente, legitimado pelas vias democráticas estabelecidas na Constituição. Neste sentido, confira-se breve explicação desse acontecimento histórico por Christiano Falk Fragoso: "Em 30.01.1933, Paul von Hindenburg, presidente alemão, indicaria Adolf Hitler ao cargo de chanceler, em um gabinete misto, formado, em sua maioria, por membros de partidos das elites conservadoras e por apenas outros dois nazistas (Hermann Goring e Wilhelm Frick). Embora os nazistas tenham ascendido ao poder pelas vias legais, logram rapidamente transformar o sistema político alemão, transmudando-o em um regime profundamente autoritário. Em menos de um ano e meio, a Alemanha, um país com federação, pluripartidário, com divisão de poderes e direitos fundamentais (um verdadeiro Rechtsstaat), passaria a um estado de polícia centralizado, monopartidário, sem direitos fundamentais, com uma terrível política racial, sem eleições diretas, populares e periódicas e, tendo, no cume, um líder (Fuhrerstaat)" (FRAGOSO, 2016, p. 131).

> imparcialidade necessária para zelar pela observância desses pressupostos materiais às democracias contemporâneas, inclusive em face de instituições democraticamente legitimadas (BRANDÃO, 2017, p. 7).

Prevaleceu, portanto, após o fim da Segunda Guerra Mundial, na maioria dos países democráticos, o modelo americano de constitucionalismo, o qual se caracteriza, de acordo com Luís Roberto Barroso (2019) pelos seguintes aspectos: (i) Supremacia da Constituição, a qual possui natureza de norma jurídica e é passível de aplicação direta pelo Poder Judiciário, independentemente de intermediação legislativa; (ii) Existência de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos dos Poderes Legislativo e Executivo, controle este feito por uma corte suprema ou corte constitucional que integra a estrutura do Poder Judiciário[18].

O mesmo ocorreu no Brasil. Com efeito, o advento da Constituição da República de 1988 possibilitou a ascensão institucional do Poder Judiciário sobretudo porque fortaleceu a jurisdição constitucional e consagrou um amplo rol de direitos fundamentais[19]. Esses dois fatores, portanto, são fenômenos indissociáveis e devem ser analisados conjuntamente para uma melhor compreensão do atual papel desempenhado pelo Poder Judiciário na sociedade brasileira.

Ademais, também merece destaque que o advento de novos paradigmas e categorias de interpretação constitucional também é causa do fortalecimento do Poder Judiciário brasileiro. Com efeito, sobretudo após o advento da Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário passou a adotar uma forma mais proativa de interpretação da Constituição que inclui, por exemplo, a normatividade dos princípios, a

---

[18]É interessante frisar que no modelo europeu de constitucionalismo, derivado sobretudo da Constituição Francesa de 1791, mas que se espalhou pela Europa continental, nas palavras de Luís Roberto Barroso: "a Constituição tinha uma dimensão essencialmente política, não comportando aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. O grande princípio era o da supremacia do Parlamento e as leis não eram passíveis de controle de constitucionalidade" (BARROSO, 2019, p.14).

[19]Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2013) enumeram os fatores que se combinam para fortalecer o Poder Judiciário no Brasil. Confira-se: "A maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social nela existente, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura jurídica hegemônica – que passou a ver os princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes, e a estimular o uso de instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação -, são fatores que contribuíram, cada um a seu modo, para que a jurisdição constitucional ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito" (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 34).

ponderação de valores, a teoria da argumentação, entre outros, tudo isso no contexto do fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo[20] (BARROSO, 2019).

Desta forma, a confluência dos fatores acima apontados[21] fez com que o Poder Judiciário brasileiro, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, progressivamente assumisse um papel de muito destaque na vida nacional. Com efeito, na atualidade, raros são os dias em que as decisões do STF[22], de grande relevo social, não estão estampadas nas manchetes dos principais jornais do país, e versem sobre os mais diversos temas (política, economia, polícia, ciência, educação, dentre outros), num fenômeno denominado por Oscar Vilhena Vieira de Supremocracia. Confira-se:

> Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. A supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira (VIEIRA, 2018, p. 162).

O mesmo autor esclarece que essa expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal na vida institucional brasileira decorre da sobreposição das funções atribuídas ao Tribunal, as quais podem ser subdivididas em três: (i) Tribunal constitucional; (ii)

---

[20]Daniel Sarmento (2009) enumera os contornos gerais do neoconstitucionalismo: "valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito, e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição" (SARMENTO, 2009, p. 129).

[21]É importante frisar que a expansão do Poder Judiciário é um fenômeno complexo e que pode ser analisado sob diversos pontos de vista. Daí a necessidade de se mencionar a multiplicidade de causas de tal expansão, como anota Rodrigo Brandão (2017): "a típica explicação dada pela dogmática jurídica convencional – atrelada à expansão dos direitos fundamentais e dos seus instrumentos de proteção – revela-se, no mínimo, incompleta. Com efeito, fatores políticos como a incerteza eleitoral, a alternância de poder, a estabilização democrática, a opção por um arranjo institucional marcado pelo fracionamento do poder (presidencialismo, federalismo, agências reguladoras, multipartidarismo), são importantes elementos políticos que fomentam a judicialização da política no Brasil contemporâneo (BRANDÃO, 2017, p. 176).

[22]Neste contexto, merecem especial destaque as decisões do Supremo Tribunal Federal, após o advento da Constituição da República em 1988, com forte teor de promoção dos direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo: (i) Possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510); (ii) Impossibilidade da prisão civil do depositário (Súmula Vinculante 25); (iii) Proibição do uso abusivo de algemas (Súmula Vinculante 11); (iv) Possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4.277 e ADPF 132); (v) A constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas e vagas ofertadas em concursos públicos (ADPF 186 e ADC 41); (vi) A possibilidade de publicação de biografias independentemente de autorização da pessoa biografada (ADI 4.815), entre outras importantes decisões.

Tribunal de recursos e (iii) Tribunal de primeira e última instância para julgamento de altas autoridades (VIEIRA, 2018).

Como Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal desempenha a função de realizar o controle de constitucionalidade das leis atos normativos, por meio do julgamento das diferentes ações de controle de constitucionalidade existentes (ADI, ADC, ADPF, dentre outros). Já na função de tribunal de recursos, o mesmo Tribunal possui a incumbência de revisar milhares[23] de casos originários de tribunais inferiores, por exemplo, por meio da análise de recursos extraordinários.

Por fim, como foro especializado de julgamento de altas autoridades, compete também ao Supremo Tribunal Federal servir como juízo de primeira e última instância criminal, como nos casos da Ação Penal 470 (Mensalão) e da Operação Lava Jato, o que acaba por deixar a Corte mais exposta a críticas de favorecimento e/ou perseguição de figuras políticas que lá são julgadas.

Vale frisar, ademais, que as Cortes Constitucionais das democracias modernas, dentre elas o Supremo Tribunal Federal, ao decidir os casos que lhes são submetidos, podem desempenhar, conforme destaca Luís Roberto Barroso (2019), três funções ou papéis principais, a saber: (i) Contramajoritário; (ii) Representativo e (iii) Iluminista.

O papel contramajoritário se dá nas hipóteses em que o tribunal invalida atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo por considerá-los contrários à Constituição, seja para assegurar o respeito às regras do jogo democrático, seja para assegurar o respeito aos direitos fundamentais. Típicas decisões contramajoritárias na experiência brasileira tem sido a declaração de inconstitucionalidade da criação de tributos, da cobrança de contribuição previdenciária em certos casos e da proibição de progressão de regime prisional nos crimes hediondos (BARROSO, 2019).

Desta forma, a função contramajoritária da jurisdição constitucional tem o escopo maior de proteger os direitos fundamentais das minorias, servindo como verdadeiro escudo protetor contra possíveis tentativas de violação por parte das maiorias[24], conforme pontua Georges Abboud:

---

[23]No ano de 2019 foram proferidas 64.898 decisões finais apenas em sede de recursos extraordinários (RE), recursos extraordinários com agravo (ARE) e agravos de instrumento (AI). Fonte: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=competenciarecursal

[24]Exemplo didático, nesse sentido, é a proibição da pena de morte, constante do art. 5º, inciso XLVII, alínea a, da Constituição da República, salvo em caso de guerra declarada. Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro consagra a vida como direito fundamental, sendo proibida a aplicação da pena de morte, exceto na hipótese de guerra declarada. Confira-se: "Assim, mesmo que grande parte da sociedade e a maioria parlamentar entendam que a pena de morte consiste em alternativa viável para diminuição da

> A função contramajoritária assegura, em última instância, a força normativa da Constituição e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Do contrário, as posições minoritárias seriam perseguidas e, ao final suprimidas. Vale salientar que o STF tem a obrigação de preservar a atuação contramajoritária de sua jurisdição a fim de assegurar a preservação dos direitos fundamentais e das minorias, mesmo quando tal atuação possa contrariar a aparente vontade da maioria da população. Em outros termos, é possível afirmar que o direito fundamental somente será considerado trunfo contra a maioria se o Judiciário e, principalmente o STF, assumirem sua função contramajoritária. Frise-se que ser contramajoritário não é, necessariamente, ir sempre contra a vontade da maioria, mas, sim, ter poder para contrariá-la quando for necessário em prol do texto constitucional, para assegurar a preservação dos direitos fundamentais do cidadão e das minorias. Aliás, é justamente com o intuito de poder realizar tal função que os membros do Judiciário e os Ministros do STF gozam de diversas prerrogativas que são ínsitas a sua atividade (ABBOUD, 2019, p. 459/460).

O papel representativo, por sua vez, consiste na função de atender demandas sociais que não foram atendidas pelo processo político majoritário. No Brasil temos alguns exemplos importantes desse modo de atuação: (i) Proibição do nepotismo nos três poderes (Súmula Vinculante n. 13); (ii) Fidelidade partidária: o STF entendeu que a mudança de partido por candidato eleito em eleições proporcionais acarreta a perda de mandato; (iii) Proibição de financiamento eleitoral por empresas (BARROSO, 2019).

Por fim, o papel iluminista[25], no qual a corte constitucional atua para empurrar a história, promovendo avanços civilizatórios, por exemplo, na proteção de direitos

---

criminalidade, essa vontade, apesar de ser da maioria política, não poderá prevalecer, porque os direitos fundamentais (no caso a vida) a impedem de se concretizar. Qualquer lei ou emenda constitucional que pretenda instituir a pena de morte diante de nosso sistema constitucional será considerada inconstitucional e não poderá gerar efeitos" (ABBOUD, 2019, p. 457).

[25]O entendimento de que os juízes de uma corte constitucional devem desempenhar o papel de "vanguarda iluminista" da sociedade, conforme defendido por Luís Roberto Barroso, é alvo de severas críticas por parte de setores da doutrina, a qual afirma ser tal ideia impregnada de forte viés autoritário. Neste sentido, a titulo ilustrativo, conferir a critica contundente feita por João Paulo K. Forster e Mártin Haeberlin: "Não se pode, pois, confundir decisões de vanguarda (e, nesse sentido, ativistas) de Tribunais Constitucionais estabelecidas dentro da multiplicidade de significados extraíveis naturalmente dos textos, com decisões cuja vanguarda advém de verdadeira ginástica hermenêutica desses textos, para deles fazer extrair aquilo que, ainda que politicamente desejável, é juridicamente inaceitável, a considerar a autolimitação. Há, assim, uma ética inerente à autolimitação judicial, pois parte ela de uma declaração de humildade do juiz: aquela de dizer que o texto, que constitui sua jurisdição, há de ser maior que ele em sua jurisdição. Iluminar o texto, seguramente, é papel dos juristas ao menos desde que o direito passou a ser estudado nas universidades [..]. Tal iluminismo passa, como ensinou Kant, pelo uso público da razão, o que se identifica, em direito, com o dever de fundamentação adequada. Mas, ao iluminar os textos, fundamentando-os, devem os juristas, notadamente aqueles que exercem a função de guarda da Constituição, ter no seu texto o limite de sua liberdade. Não podem acreditar, nem por um momento, que são mais iluminados que os constituintes, porque isso equivaleria a dizer que se arvoram no papel de iluminar o próprio povo, na escuridão da qual ele mesmo seria culpado, quiçá por não pensar como o juiz

fundamentais de minorias estigmatizadas. Exemplos de decisões iluministas no Brasil: a) decisão do Supremo Tribunal Federal que estendeu a criminalização constante da Lei n. 7.716/89 (Lei de Racismo) à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (MI nº 4733 e ADO nº 26); b) decisão do mesmo Tribunal no sentido de autorizar a interrupção da gestação até o terceiro mês com fundamento nos direitos sexuais e reprodutivos da mulher (HC n. 124.306) (BARROSO, 2019).

Pondere-se que, ao mesmo tempo em que ampliou o seu papel e importância na sociedade brasileira, o Supremo Tribunal Federal também passou a ser alvo de críticas, segundo as quais o Órgão de Cúpula do Poder Judiciário brasileiro estaria invadindo a esfera de atribuição e competência dos demais Poderes do Estado (Legislativo e Executivo) num fenômeno que se convencionou denominar de ativismo judicial.

Também é objeto de severa crítica o abuso do exercício do poder individual por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o qual estaria segundo essa ótica, sendo utilizado de maneira política. Conforme pontua Lunardi (2020) ao exemplificar as formas como se dá tal abuso na prática:

> Essa atuação procedimental de forma política e arbitrária tem sido bastante comum na prática. [...] São rotineiros os casos em que ministros, valendo-se de suas opções ideológicas ou partidárias, decidem monocraticamente liminares em nome da Corte, mas não levam a questão à plenário; em que um ministro do STF, para retirar o julgamento do órgão pleno, deixa de devolver o processo para que seja pautado; em que o presidente da Corte controla estrategicamente o *timing* dos processos que serão submetidos a julgamento; em que os ministros realizam pedidos de vista para impedir que o plenário da Corte conclua a questão sob julgamento, mesmo quando já se formou maioria. Por fim, mostra-se como os ministros do STF, individualmente, para implementarem a sua própria agenda, subtraindo a decisão do colegiado, decidem com força vinculante e *erga omnes* medidas liminares que derrubam leis e emendas constitucionais aprovadas pelo parlamento, bem com atos políticos do governo. Desse modo, essa prática de decisões políticas individuais com força de lei é algo extremamente problemático na democracia constitucional brasileira, pois se trata de um poder não concedido pela Constituição (LUNARDI, 2020, p.178).

Feitas essas breves digressões sobre o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal pós-1988, nos tópicos seguintes serão abordados, de maneira mais

---

iluminista. Um déspota esclarecido, afinal, não deixa de ser um déspota (FORSTER; HAEBERLIN, 2019, p. 639).

detida, os principais fatores que deram causa, no Brasil, à expansão do Poder Judiciário, a saber: (*i*) fortalecimento da Jurisdição constitucional; (*ii*) ampliação do rol de direitos fundamentais e criação de instituições destinadas à promovê-los; (*iii*) o surgimento da nova forma de interpretação constitucional que impulsionou a força normativa da Constituição.

1.2.1 Expansão da jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional, nos Estados Democráticos de Direito, funciona como uma técnica de limitação do poder, ou seja, um instrumento para coibir abusos e arbitrariedades praticadas pelo Poder Público por meio da proteção da força normativa e da supremacia da Constituição, conforme destaca Cambi:

> A jurisdição constitucional é elemento indispensável da definição do Estado de Direito Democrático. Nenhum órgão público ou privado está acima da Constituição. Ninguém está imune ao império da lei e à força hierárquico-normativa da Constituição. Nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para violar direitos públicos ou privados dos cidadãos. Todos os desvios jurídico-constitucionais, mesmo quando surgem no contexto de processos políticos, não ficam isentos de fiscalização judicial (CAMBI, 2018, p. 286).

Desta forma, a jurisdição constitucional[26] desempenha funções essenciais para a própria existência de um Estado Democrático de Direito. George Abboud (2019) elenca quatro funções primordiais a serem realizadas pela jurisdição constitucional, a saber: (i) Limitar o Poder Público; (ii) Garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional; (iii) Corrigir os equívocos e omissões do Poder Legislativo e (iv) Conferir coerência e garantir a

---

[26]É importante observar que a jurisdição constitucional e a própria existência de um controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário (judicial review) é objeto de duras e consistentes críticas por parte de alguns autores. O jurista neozelandês Jeremy Waldron (2006), por exemplo, afirma que a prática da jurisdição constitucional "é politicamente ilegítima, no que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar uma votação majoritária entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, desempodera os cidadãos ordinários e varre por terra princípios estimados como a representatividade e a igualdade política na resolução final sobre direitos" (WALDRON, 2006, 1.353). Confira-se o texto original: "it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights".

preservação da própria autonomia do Direito, mais precisamente, da própria Constituição da República.

No Brasil o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do poder público existe desde o advento da República, quando se adotou o modelo difuso, de origem norte-americana[27], sobretudo pela influência de Ruy Barbosa. Desta forma, desde o final do século XIX, todos os juízes e tribunais brasileiros podem realizar, no julgamento de casos concretos, a verificação de compatibilidade das leis com a Constituição da República.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição de 1946, foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Isso ocorreu pela criação da chamada representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual[28]. Com isso, o sistema de controle de constitucionalidade se tornou híbrido ou misto, porquanto continuava sendo possível o controle concreto e difuso.

É importante destacar, todavia, que o controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concreto, não possuía grande importância prática no Brasil antes do advento da Constituição da República de 1988. Isso decorria do fato de que as Constituições brasileiras, até 1988, não possuíam verdadeira força normativa[29], servindo apenas de

---

[27]A possibilidade de órgãos do Poder Judiciário realizar o controle difuso de constitucionalidade foi instituída pelo Decreto nº 848/1890, que criou e organizou a Justiça Federal, sendo, posteriormente, mantido pela Constituição de 1891. Ademais, se ainda havia alguma dúvida quanto à competência de qualquer órgão do Poder Judiciário para atuar no controle de constitucionalidade das normas, esta foi desfeita com o advento da Lei nº 221 de 1894, que reconheceu a possibilidade do juiz ordinário deixar de aplicar um diploma quando da constatação de sua inconstitucionalidade (art. 13, § 10). Confira-se: Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

[28]A legitimidade ativa para propositura da Representação de Inconstitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Rodrigo Brandão (2017) ressalta que a criação desse instrumento processual de controle abstrato de constitucionalidade não teve o objetivo de fortalecer o Poder Judiciário ou aumentar o grau de proteção de direitos fundamentais. Confira-se: "Apesar de o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro (a partir de então misto) ter se fortalecido com a EC n. 16/1965, daí não se pode inferir que tenha havido uma expansão do Judiciário, o que comprova, mais uma vez que os principais fatores de propulsão desse fenômeno são políticos. [...] a circunstância de a legitimidade ativa para a RI ser exclusiva do Procurador-Geral da República, à época detentor de cargo de livre-nomeação e exoneração pelo Presidente e responsável pela chefia da advocacia da União, denotava que o propósito da instituição do controle abstrato no Brasil não era o de fortalecer o papel do Judiciário de protetor de direitos fundamentais, senão o de transformar o STF em instrumento do regime, notadamente para imunizar os efeitos de decisões judiciais indesejadas" (BRANDÃO, 2017, p. 143-144).

[29]Konrad Hesse (1991) destaca que a força normativa da Constituição depende, sobretudo, da existência de uma "vontade de constituição" por parte dos responsáveis pela ordem constitucional. Confira-se: "Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição

mero instrumento de organização do estado e como carta de conselhos aos poderes públicos.

Nesse mesmo sentido, ao comentar sobre as causas da ineficácia das constituições brasileiras até 1988, Luís Roberto Barroso (2003) anota que "a falta de efetividade das sucessivas constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata" (2003, p. 284).

A promulgação da Constituição da República em 1988 modificou completamente esse cenário. Com efeito, a criação de novas ações de inconstitucionalidade, bem como, a significativa ampliação do rol de legitimados ativos, para instauração do controle abstrato de constitucionalidade tornou mais robusto o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Confira-se:

> O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil sofreu substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. A ruptura do chamado "monopólio da ação direta" outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura configuram fatores que sinalizam para a introdução de uma mudança radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade. Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle "incidental" ou "difuso", é certo que a adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade (MENDES, 2018, p. 1.216)

Desta forma, coexistem na atual sistemática brasileira de controle de constitucionalidade o controle difuso e concreto (passível de ser realizado em qualquer processo judicial) e as ações[30] relativas ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (art.102, I, "a", CF/88; Lei nº 9.868/99); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão –

---

transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)"(HESSE, 1991, p. 19).

[30]É importante ressaltar que a maioria dessas ações já se encontrava previstas no texto original da Constituição da República de 1988, à exceção da Ação Declaratória de Constitucionalidade, a qual foi instituída pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993.

ADI por Omissão (art.103, § 2º, CF/88; Lei 9.868/99); Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (art.102, I, "a", CF/88; Lei nº 9.868/99); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art.102, § 1º, CF/88; Lei nº 9.882/99).

Outro fator importante que impulsionou a jurisdição constitucional foi a notável ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações acima mencionadas. Com efeito, a Constituição da República estabelece no art.103 que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade órgãos e autoridades federais (Presidente da República, Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e Procurador-Geral da República), bem como órgãos e autoridades estaduais e do Distrito Federal (Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal) e diversos atores da sociedade civil (Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional)[31].

A quantidade de atos normativos que podem ser impugnados no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade também foi significativamente ampliada. Assim, leis ou atos normativos federais e estaduais podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, o que abrange um grande leque de espécies normativas, por exemplo: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos-legislativos, resoluções do Congresso Nacional, medidas provisórias, artigos das Constituições estaduais, entre outros[32].

Ademais, é importante ressaltar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade possuem enorme repercussão em toda sociedade, porquanto tais decisões possuem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do

---

[31] Os legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental são os mesmos, conforme dispõe, respectivamente, o art. 12-A da Lei nº 9.868/99 e o art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99.

[32]A regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, levada à cabo pela Lei n. 9.882/99, expandiu ainda mais o objeto do controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que tornou possível o seu cabimento em face de normas pré-constitucionais, leis ou atos normativos municipais e atos do poder público (art.1º, caput e parágrafo único, inciso I, da Lei n.9.882/99). Conforme observa Gilmar Ferreira Mendes (2018): "a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ADI, ADI por omissão e ADC) poderão ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento" (MENDES, 2018, p. 1.423).

Poder Judiciário e à Administração Pública[33] em todas as suas esferas (federal, estadual e municipal). Isso significa que, caso essas autoridades não cumpram a decisão proferida no âmbito dessas ações de inconstitucionalidade, é cabível a propositura de reclamação diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de garantir a autoridade de suas decisões.

Esse notável fortalecimento da jurisdição constitucional, somado ao caráter analítico da Constituição da República de 1988, fez com que aumentasse exponencialmente o número de processos recebidos a cada ano pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

> Em 1940 o Supremo recebeu 2.419 processos, número que chegou a 6.367 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda a sua história. Após a reforma do Judiciário – levada a cabo pela emenda nº 45, de 2004, que criou as ferramentas da repercussão geral e da súmula vinculante – esse número começa a declinar. Em 2011 o STF recebeu "apenas" 64.018 ações. A partir daí o número voltou a crescer, atingindo 96.235 casos em 2017 (VIEIRA, 2018, p. 173)

Esse fortalecimento da jurisdição constitucional e sua crescente influência na sociedade, todavia, não ocorre sem objeções. A principal crítica advém da chamada "dificuldade contramajoritária" do Poder Judiciário, expressão criada por Alexander Bickel, na década de 60, para indicar que o controle de constitucionalidade (*Judicial Review*) pode enfraquecer a democracia, na medida em que a sua existência materializa uma desconfiança em relação ao legislador. Confira-se:

> Além de ser um controle contramajoritário da legislatura e do executivo, o controle de constitucionalidade pode, em um sentido mais amplo, ter uma tendência ao longo do tempo de enfraquecer seriamente o processo democrático. O controle de constitucionalidade expressa, é claro, uma forma de desconfiança do legislador (BICKEL, 1986, p.21, tradução nossa[34]).

---

[33]Conforme previsão expressa nesse sentido constante do art.28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99 e art.8º, § 3º, da Lei 9.882/99.

[34]Texto traduzido da seguinte passagem: *"Besides being a counter-majoritarian check on the legislature and the executive, judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. Judicial review express, of course, a form of distrust of the legislature* (BICKEL, 1986, p. 21).

A "dificuldade contramajoritária" da jurisdição constitucional decorre precisamente do fato de que agentes públicos não eleitos – os juízes – possam declarar inválidas as normas jurídicas criadas pelos representantes eleitos pelo povo – os legisladores – "invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto[35], que são objeto de leituras divergentes na sociedade" (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 35).

Esse alegado viés antidemocrático do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário faz com que, hodiernamente, seja questionada a crença na supremacia judicial no âmbito da interpretação da Constituição, conforme ensina Thomas Bustamante (2018):

> Após um longo período de entusiasmo com o controle de constitucionalidade das leis, tanto no Brasil como no estrangeiro, a teoria constitucional hoje vive um momento de desconfiança em relação à "supremacia judicial" na interpretação da Constituição e na fixação do conteúdo, das circunstâncias de aplicação e dos limites dos direitos fundamentais fixados no texto constitucional. A clássica questão da "dificuldade contramajoritária" das cortes constitucionais nunca deixou, de fato, de representar um problema para os defensores do constitucionalismo. Não obstante, nas últimas décadas essa questão tem se tornado ainda mais incômoda, pois a s contribuições contemporâneas no âmbito das teorias da autoridade do direito apontam para o fato de que as grandes questões de moralidade política que povoam as cortes constitucionais versam, na maioria das vezes, sobre desavenças "razoáveis" que não podem ser resolvidas nem com as balizas providas pelos métodos típicos da dogmática jurídica e nem muito menos com os princípios abstratos da filosofia moral ou da filosofia política. Contrariamente às instituições mais fundamentais do constitucionalismo contemporâneo, essas teorias apontam para o fato de que argumentos de princípio, no âmbito da política constitucional, são muitas vezes inconclusivos, o que torna particularmente difícil justificar a autoridade das cortes constitucionais (BUSTAMANTE, 2018, p. 10-11)

É neste contexto de protagonismo da jurisdição constitucional e de sua dificuldade contramajoritária que se tem atribuído ao Poder Judiciário no Brasil, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, a prática do chamado ativismo judicial, aqui

---

[35]A interpretação dos princípios constitucionais mais genéricos e abertos podem ensejar o chamado "desacordo moral razoável", conforme exemplifica Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2016): "Pessoas diferentes, de boa-fé, podem entender, por exemplo, que o princípio constitucional da igualdade proíbe, que é compatível, ou até que ele exige as quotas raciais no acesso às universidades públicas. Como podem considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe o reconhecimento do direito à prática da eutanásia, ou que o veda terminantemente. Casos como estes revelam a possibilidade de que se estabeleça um profundo desacordo na sociedade sobre a interpretação correta de determinadas normas constitucionais. A crítica ao controle jurisdicional de constitucionalidade insiste que, em casos assim, a decisão sobre a interpretação mais correta da Constituição deve caber ao próprio povo ou aos seus representantes eleitos e não a magistrados" (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 35)

compreendido como uma "descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes" (RAMOS, 2015, p.119).

Essa temática será desenvolvida com maior profundidade nos capítulos 2 e 3 da presente dissertação, com especial destaque para o ativismo judicial em matéria penal.

1.2.2 Ampliação do rol de direitos fundamentais

A promulgação da Constituição da República de 1988 representa o ápice do processo de redemocratização do País, após mais de vinte anos de ditadura militar. O fato de ter sido precedida por um período fortemente autoritário, de supressão mesmo de direitos básicos dos cidadãos, fez com que o Constituinte desse um especial destaque aos direitos e garantias fundamentais no novo Texto Constitucional.

Desta forma, logo em seu art.1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, o Constituinte estabeleceu ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República e dedicou um título exclusivo[36] (Título II) aos "direitos e garantias fundamentais", o qual contêm o mais amplo e generoso catálogo de direitos[37] da história constitucional brasileira.

Ademais, ao lado da significativa ampliação do rol de direitos fundamentais, o Constituinte de 1988 atribuiu a tal categoria de direitos uma "eficácia reforçada" (BRANDÃO, 2017, p. 153), vale dizer, um *status* jurídico diferenciado e reforçado, na medida em que lhes atribuiu aplicabilidade imediata (art.5º, § 1º), bem como os inclui entre as cláusulas pétreas (art.60, 4º, inciso IV), com o objetivo de impedir a sua supressão pelo Constituinte derivado.

Conforme Robert Alexy (2008, p. 506), "a razão de ser dos direitos fundamentais é exatamente a de que aquilo que é especialmente importante para o

---

[36]A respeito dessa destacada localização topográfica do Título que prevê os direitos e garantias fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet (2001), esclarece que se trata de novidade no constitucionalismo brasileiro e que revela um especial compromisso do Constituinte de 1988 com os direitos fundamentais. Confira-se: "Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais" (SARLET, 2001, p. 71).

[37]Apenas o art. 5º da Constituição da República, que prevê os direitos e deveres individuais e coletivos, contém 78 incisos.

indivíduo, e que pode ser juridicamente protegido, deve ser juridicamente garantido". Assim, como forma de assegurar que os direitos previstos constitucionalmente fossem respeitados, a Constituição da República de 1988 (art. 5º, inciso XXXV) consagrou o princípio do amplo acesso à justiça[38], nos seguintes termos: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". A respeito do tema, Cappelletti (1988) explica que:

> A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais ou socialmente justos. (...) De fato, o direito ao acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI, 1988, p. 8/11-12).

Como forma de conferir concretude ao princípio do amplo acesso à justiça, a Constituição da República também consagrou diversos instrumentos processuais por meio dos quais tais direitos podem ser assegurados pelo Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça. Tais instrumentos abrangem as chamadas "ações constitucionais" (habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular) bem como a ação civil pública e as ações de controle abstrato de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF), mencionadas na presente dissertação.

---

[38]A doutrina apresenta várias denominações ao princípio constitucional do amplo acesso à justiça, como, por exemplo, princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do livre acesso ao Judiciário, princípio da ubiquidade da Justiça, princípio da proteção judicial efetiva etc. Ao direito fundamental de acesso à Justiça, de acordo com Canotilho (2002), corresponde o dever do Estado de garantir a todos a prestação da atividade jurisdicional. Confira-se: "Desta imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões ineliminíveis do núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária. A garantia institucional conexiona-se com o dever de uma garantia jurisdicional de justiça a cargo do Estado. Este dever resulta não apenas do texto da Constituição, mas também de um princípio geral (de direito das nações civilizadas) que impõe um dever de proteção por meio dos tribunais como um corolário lógico: (1) do monopólio de coação física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei (CANOTILHO, 2002, p. 492-493).

Ainda nesse contexto de acesso à justiça consagrado como direito fundamental, e partindo do pressuposto de que a jurisdição, como regra, é inerte[39], exsurge como de suma importância a previsão, pela Constituição da República, de duas instituições fundamentais: o Ministério Público[40] e a Defensoria Pública[41]. Essas instituições atuam de modo complementar no tocante ao acesso à justiça: O Ministério Público com ênfase nos interesses sociais e individuais indisponíveis[42] e a Defensoria Pública na realização prática de todos os direitos fundamentais dos indivíduos e grupos hipossuficientes e vulneráveis[43] nos planos individual e coletivo.

---

[39]Art. 2º do Código de Processo Civil: O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

[40]Art.127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[41]Art.134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

[42]José Adércio Leite Sampaio (2013) explica o significado do papel do Ministério Público na defesa dos interesses sociais e dos direitos individuais indisponíveis como um aspecto central do direito fundamental de acesso à justiça e também como uma busca por justiça social. Confira-se: "Está encarregado, ademais, da justiça social, na medida em que promove a defesa dos interesses sociais e dos individuais indisponíveis. Os primeiros se referem à gama de posições, situações ou qualidades jurídico-políticas que interessam à sociedade como um todo ou a parcela representativa dela, com destaque para as que são vocacionadas a políticas redistributivas (tome-se, por exemplo, a desapropriação para fins de reforma agrária – arts. 5º, XXIV, e 184), e para a proteção de direitos massificados, de titularidade difusa e coletiva. Os interesses individuais indisponíveis recaem sobre objetos que não se encontram à disposição de seus titulares, seja pela especial necessidade de tutela que requerem (como os incapazes), seja por se apresentarem como grupos ou classes de relevância social ou comunitária que se vinculam pela convergência de origem ou causa, o que tem recebido a denominação no Brasil de interesses individuais homogêneos; seja ainda porque possuem objeto indisponível, incluindo-se nesse domínio expressão significativa dos direitos fundamentais" (SAMPAIO, 2013, p. 1.520-1521).

[43]A Defensoria Pública desempenha um papel vital na concretização do direito ao acesso à justiça – que, conforme destacado, é pressuposto inafastável para a fruição de todos os demais direitos – sobretudo no cenário de uma sociedade profundamente desigual como é a brasileira. Neste contexto, pode-se afirmar que sem uma Defensoria Pública adequadamente estruturada para o desempenho de sua missão constitucional, resta inevitavelmente comprometido o gozo dos direitos fundamentais por parte dos indivíduos e grupos hipossuficiente e vulneráveis. Nessa linha foi o entendimento do Ministro Celso de Mello na seguinte decisão: "A questão da Defensoria Pública, portanto, não pode (e não deve) ser tratada de maneira inconsequente, porque de sua adequada organização e efetiva institucionalização depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas – que sofrem inaceitável processo de exclusão que as coloca, injustamente, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais" (Ag. Inst. 598.212 ED, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, julg. 25/03/2014). Ademais, o defensor público – muito mais do que um advogado do pobre" - é um agente político, integrante de um órgão estatal autônomo e independente, que deve zelar pelos direitos dos vulneráveis, inclusive como terceiro interveniente no processo, na condição de *custus vulnerabilis*. Nesse sentido, explica Maurílio Casas Maia (2020), que o defensor público "poderá atuar enquanto contrapoder a fim de reequilibrar a relação cidadão-estado ou zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias fundamentais da cidadania" (MAIA, 2020, p. 584).

Portanto, a ascensão institucional do Poder Judiciário somente pode ser compreendida se analisada conjuntamente com a hiperconstitucionalização de direitos fundamentais levada a cabo pela Constituição da República de 1988, com destaque para o princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem como pela previsão de instituições autônomas destinadas a assegurar a observância de tais direitos. O efeito colateral de tudo isso foi "uma significativa judicialização da vida[44]- importante, porém mais intensa do que desejável – e algum grau de ativismo judicial – que pode ser ora mais ora menos legítimo" (BARROSO, 2019, p. 46).

1.2.3 A nova interpretação constitucional

Antes da promulgação da Constituição da República de 1988, conforme já dito anteriormente, as constituições brasileiras não eram dotadas de verdadeira força normativa, isto é, não ordenavam, de fato, a sociedade. Tal situação decorria de diversos fatores[45], dentre os quais merece destaque, no presente tópico, a predominância do positivismo jurídico legalista (ou normativista) na interpretação do direito, na linha propugnada por Hans Kelsen[46].

---

[44] O relatório Justiça em Números do ano de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, informa que "o Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9% estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2018 existiam 64,6 milhões deações judiciais" (CNJ, Justiça em Números, 2019, p. 79).

[45]Diversos fatores políticos e jurídicos contribuíam para a ineficácia das Constituições brasileiras antes de 1988, conforme explica Rodrigo Brandão: "As Constituições brasileiras exerceram, até 1988, pouco mais do que uma tímida função de estruturação do Estado, mediante a qual se limitavam, basicamente, a criar órgãos públicos e dispor sobre as suas competências e procedimentos. As heroicas tentativas de Rui Barbosa de transformar a Constituição em norma fundamental de garantia, as quais limitavam efetivamente a ação do Estado em proteção dos indivíduos, não lograram êxito senão pontualmente, pois a instabilidade democrática e os ataques à independência do Supremo Tribunal impediram-lhe de proteger as liberdades dos 'inimigos do regime'. Além disso, os efeitos *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade, por um lado, limitaram o controle de constitucionalidade a atos do Poder Público que afetassem uma minoria de pessoas com acesso à justiça e, por outro, dificultaram que o STF garantisse que as suas decisões fossem usadas como parâmetros de decisão em casos análogos pelos tribunais inferiores e pela administração pública no exercício futuro de suas atribuições" (BRANDÃO, 2017, p. 163).

[46]Hans Kelsen, no início do século XX, verificou que a jurisprudência, valia-se de diversos critérios para definir o que é o Direito. Diante de tal imprecisão, desenvolveu a chamada "Teoria Pura do Direito", numa tentativa de delimitar a esfera do conhecimento jurídico à possibilidade descritiva e de conhecimento do sistema normativo. Assim, defendia a utilização de uma metodologia própria, de modo a caracterizar uma verdadeira ciência do Direito. A partir de uma dimensão puramente normativa, o Direito posto (a norma) seria o objeto científico de estudo do Direito. Esse modo de ver o Direito é denominado

De acordo com o paradigma teórico do positivismo jurídico, o Poder Judiciário, ao realizar o controle de constitucionalidade, deveria se comportar como um verdadeiro "legislador negativo", ou seja, se limitar a verificar apenas a compatibilidade entre as normas constitucional e infraconstitucional, estando, nessa tarefa, impossibilitado de se utilizar de parâmetros imprecisos (por exemplo, os princípios), ou de utilizar técnicas hermenêuticas de ponderação de interesses, ou mesmo utilizar critérios de decisão que não fossem estritamente jurídicos (BRANDÃO, 2017, p. 163).

Antes da Constituição da República de 1988, portanto, a atividade de interpretação do direito, de uma forma geral, e da Constituição em particular, se limitava a um mero silogismo, vale dizer, uma subsunção da norma ao caso concreto, com a aplicação dos métodos tradicionais[47] de hermenêutica jurídica (literal, gramatical, lógico, sistemático e dentre outras). Luís Roberto Barroso (2019) traça com precisão esse cenário anterior à Constituição da República de 1988:

> No início e em meados da década de 80, na América Latina, ainda sob o signo do autoritarismo militar e do anticomunismo truculento, o direito constitucional vagava errante entre dois extremos, ambos destituídos de normatividade. De um lado, plena de razões e em nome da causa da humanidade, a teoria crítica denunciava o direito como legitimador do *status quo*, instrumento puramente formal de dominação, incapaz de contribuir para o avanço do processo social e para a superação das estruturas de opressão e desigualdade. De outro lado, o pensamento constitucional convencional, mimetizado pela ditadura, acomodava-se a uma perspectiva historicista e puramente descritiva das instituições vigentes. Indiferente à ausência de uma verdadeira ordem jurídica e ao silêncio forçado das ruas, resignava-se a uma curricular desimportância. Cada uma dessas vertentes – a crítica e a convencional -, por motivos opostos,

---

de "positivismojurídico legalista ou normativista". Confira-se: "Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo, desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao estudo do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão" (KELSEN, 2006, p. XI)

[47]Registre-se as bem fundadas críticas de Lenio Luiz Streck (2003) acerca das tradicionais técnicas/regras/métodos de interpretação: "Razoável afirmar que, pela ausência de um "método dos métodos", seu uso fatalmente será arbitrário, propiciando interpretações *ad-hoc* (quando não voluntaristas). Afinal, toda a interpretação sempre será gramatical (porque, à evidência, deve partir de um texto jurídico); será inexoravelmente teleológica (seria viável pensar em uma interpretação que não fosse voltada à finalidade da lei, com a consequente violação à firme determinação do art.5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que termina que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum?); será, obrigatoriamente, sistemática (porque é impossível conceber que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar com o todo) e assim por diante (STRECK, 2003, p. 304).

> desprezava as potencialidades da Constituição como fonte de um verdadeiro direito (BARROSO, 2019, p. 230-231).

A redemocratização do Brasil possibilitou uma mudança nesse paradigma. Sob os influxos da teoria crítica[48] e do neoconstitucionalismo[49], foram superadas algumas concepções do pensamento jurídico clássico, que possibilitou o surgimento de uma autêntica nova interpretação constitucional, calcada em três eixos, a saber: (i) Superação do formalismo jurídico; (ii) Advento de uma cultura jurídica pós-positivista; (iii) Ascensão do direito público e centralidade da Constituição (BARROSO, 2019, p.297).

O protagonismo do Poder Judiciário conferido pela Constituição da República de 1988 e a nova forma de os juízes interpretarem o Texto Constitucional, de modo a conferir-lhe maior efetividade, são bem explicadas pelo Ministro Enrique Ricardo Lewandowski:

> O Judiciário, que não é só o Supremo, passou a tirar consequências práticas dos princípios constitucionais – e a nossa Constituição é analítica, ou seja, quase tudo está na Constituição e, portanto, quase tudo pode ser levado à discussão no Supremo Tribunal Federal –, o Judiciário passou também a explorar a riqueza principiológica da Constituição, passou a tirar consequência dos princípios republicano, democrático e federativo que estão logo no art. 1º da Constituição; do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos esteios do Estado democrático de direito; dos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência administrativa, da segurança jurídica etc. (...) O Supremo extraiu de conceitos, de princípios que talvez no passado pudessem ser considerados meras elucubrações de caráter abstrato do constituinte, mas deu-lhes efetividade, deu-lhes concreção (LEWANDOWSKI, 2009, p. 81-82).

---

[48]A teoria crítica põe em xeque o saber jurídico tradicional e questiona a pureza científica do direito, conforme assevera Luís Roberto Barroso: "A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. [...] O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à ideia de completude, de autossuficiência e de pureza, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta outros conhecimentos teóricos (BARROSO, 2019, p. 228-229).

[49]O termo neoconstitucionalismo é proveniente do direito constitucional espanhol e serve como um novo paradigma científico para o estudo das constituições do segundo pós-guerra, as quais não se limitam em instituir e fixar as competências dos órgãos públicos e estabelecer a separação de poderes, porquanto trazem também a previsão de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Nas palavras de Walber de Moura Agra: "o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva" (AGRA, 2008, p. 31).

A bem da verdade, é importante ressaltar que tal mudança na forma de se interpretar a Constituição da República não se deu automaticamente após a sua promulgação em 5 de outubro de 1988.

Por alguns anos, a Constituição da República continuou a ser interpretada de maneira bastante conservadora pelo Supremo Tribunal Federal, o que pode ser explicado pela manutenção de seus membros pelo Constituinte. Tal situação de permanência da inefetividade da Constituição levou Streck a tecer duras críticas. Confira-se:

> Estou convencido de que há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc.): trata-se das crises dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e o da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito, que se constitui, em outro nível, na crise de modelos de Direito, pela qual, muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com o agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível (STRECK, 2003, p. 290).

Nesse enfoque, é importante observar que as Supremas Cortes podem apresentar duas posturas institucionais distintas em face das leis e atos normativos provenientes dos Poderes Legislativo e Executivo: deferência e responsividade.

A deferência é uma postura institucional pela qual os tribunais demonstram um alto grau de respeito ou acatamento pelas decisões tomadas pelo parlamento e/ou governo.

A responsividade, por sua vez, implica num Poder Judiciário altamente comprometido com a efetividade das normas constitucionais, notadamente com a realização prática dos direitos fundamentais (VIEIRA, 2018).

Tais posturas institucionais, se exercidas de maneira equivocada, podem se converter em omissão ou usurpação, que são posturas degeneradas ou ilegítimas.

Na omissão, o Poder Judiciário simplesmente não cumpre com sua função de "guarda da Constituição", se abstendo de concretizar seus comandos normativos, tornando, assim, a Constituição em letra morta.

Na usurpação, por sua vez, o Judiciário avança, sem a devida justificação, sobre as funções dos outros poderes, de modo a substituir decisões políticas ou técnicas

tomadas pelos demais poderes por seus próprios juízos técnicos ou políticos (VIEIRA, 2018).

Abra-se um parêntese para frisar que a usurpação é reveladora de um fenômeno conhecido como ativismo judicial. No dizer de Campos, o ativismo judicial consiste numa "autoexpansão do papel do papel político-institucional de juízes e cortes em face de outros atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional" (CAMPOS, 2014, p. 347).

A Constituição da República de 1988, ao consagrar um amplo sistema de jurisdição constitucional, ao lado de um generoso rol de direitos fundamentais e de remédios constitucionais para lhes garantir a eficácia, bem como impedir que a lei exclua do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inafastabilidade da jurisdição), conferiu ao Poder Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, o dever de assumir uma postura institucional responsiva, sobretudo no que se refere à proteção de direitos fundamentais.

Todavia, conforme dito anteriormente, o Supremo Tribunal Federal não assumiu uma postura institucional responsiva imediatamente após a promulgação da Constituição da República em 1988. Confira-se:

> O STF não respondeu imediatamente aos incentivos institucionais que lhe foram dados pela Constituição de 1988. Diferentemente dos processos de redemocratização ocorridos na Alemanha, Itália, Índia, Portugal, Espanha, Hungria ou África do Sul, onde a adoção de novas constituições foi acompanhada pela criação de cortes constitucionais também novas, no Brasil não só o Supremo foi mantido como órgão de cúpula do sistema constitucional como sua composição ficou intocada. Esse fato pode ajudar a compreender por que o Tribunal demorou mais tempo do que outras cortes para assumir uma postura mais ativa e proeminente para a qual o sistema constitucional o convidava (VIEIRA, 2018, p. 179).

Procedendo ao exame da postura institucional do Supremo Tribunal Federal desde o advento da Constituição da República de 1988, verifica-se que inicialmente sua postura foi mais omissa[50], passando, gradativamente, para um comportamento

[50] Exemplo ilustrativo dessa postura institucional omissa do Supremo Tribunal Federal em relação ao potencial transformador da Constituição da República de 1988, pode ser verificado no Julgamento do Mandado de Injunção nº 107-DF, Relator Ministro José Carlos Moreira Alves, no qual se decidiu, em questão de ordem que a decisão proferida no julgamento do mandado de injunção se limita apenas a informar o órgão omisso (Legislativo ou Executivo) de sua mora/omissão, reconhecendo formalmente a sua inércia. Frise-se que este não é mais o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos do julgamento do mandado de injunção, como se pode ver, por exemplo, no julgamento do MI 670-ES, no qual a Corte passou a entender que, diante da ausência de lei regulamentadora, o Poder Judiciário está autorizado a editar os parâmetros que regulem o exercício do direito. No caso em comento, o STF

deferente[51] e avançando, principalmente no começo do século XXI, para uma postura mais responsiva[52]. Relevante frisar que, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal também proferiu decisões que podem ser consideradas usurpadoras[53].

O que se verifica, portanto, é uma verdadeira mudança na postura ideológica do Supremo Tribunal Federal, o qual passa a assumir, cada vez mais, um papel mais ativo na construção e atualização do direito, conforme explica Thomas Bustamante:

> Pode-se observar, portanto, à guisa de conclusão, uma marcante mudança de orientação ideológica no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Essa mudança é um dado bastante recente na história da corte e na história institucional brasileira. Representa um afastamento da ideia de que a corte constitucional é meramente um "legislador negativo" no sentido de Hans Kelsen e do modelo liberal de Estado por ele idealizado. Passa a corte a enxergar a si própria , portanto, como um intérprete ativo dos princípios político-morais que subjazem ao ordenamento jurídico e a entender que a sua tarefa é construir uma interpretação do direito que preserve a sua integridade, e que com isso preserve a normatividade do sistema jurídico e garanta a sua racionalidade e legitimidade. Mais do que descrever convenções do passado e constatar fatos sociais, cabe à corte assumir um papel mais ativo e participar do processo hermenêutico de construção e atualização do direito. Embora o tribunal com isso não se transforme em um usurpador da função legislativa, ele passa sim a participar da construção do direito e da sua justificação política e a atuar, em parte, como um "legislador positivo" (BUSTAMANTE, 2018, p. 123).

---

declarou a omissão do legislador na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos e determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado, qual seja, a Lei nº 7.783/89.

[51]O julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.105 e nº 3.128, nas quais foi declarada a constitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária dos servidores inativos, bem como as decisões proferidas no julgamento das numerosas ADIs (por exemplo ADI 1066, 1078, 1111 e 1263) propostas contra o Programa Nacional de Desestatização – PND (L.8.031/90), julgadas improcedentes por entender a Corte ser viável as privatizações de entidades da Administração Indireta, são exemplos decisões deferentes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

[52]Merecem destaque como exemplos de verdadeiras decisões responsivas, o reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel (RE 466.343/SP), que redundou na criação da Súmula Vinculante nº 25 ("É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito); da constitucionalidade das cotas raciais em universidades e no serviço público (ADC 41 e ADPF 186); a constitucionalidade da publicação de biografias não autorizadas (ADI 4.815); a constitucionalidade de passeatas pela descriminalização das drogas (ADPF 187), entre outras.

[53]Algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal parecem, de fato, invadir, de maneira ilegítima, a esfera de atribuição normativa do Poder Legislativo, o que caracteriza uma postura institucional usurpadora, a exemplo das decisões que implicaram na criação de mais uma hipótese de perda de mandato parlamentar em caso de deputado que troca de partido (MS 26.602, 26.603 e 26.604); na inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre por supostamente violar diversos direitos fundamentais da mulher bem como o princípio da proporcionalidade (HC 124.306/RJ); bem como no enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (ADO 26 e MI 4733).

Resta, ainda, averiguar se essa ascensão institucional do Poder Judiciário juntamente com essa nova forma de interpretação constitucional, representa, ou não, uma violação ao princípio da separação de poderes.

1.3 O PODER JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Erigido à verdadeiro dogma do constitucionalismo moderno e amplamente consagrado em quase todas as constituições do mundo, o princípio da separação dos poderes está previsto no art. 2º da Constituição da República de 1988, nos seguintes termos: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Os antecedentes normativos históricos de maior relevância do mencionado princípio podem ser encontrados na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, em seu parágrafo 5º, que declara "que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário", bem como na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo XVI assevera que "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".

A formulação teórica do princípio da separação de poderes encontra seu antecedente mais remoto nas ideias do filósofo grego Aristóteles, mais precisamente em sua obra "A Política", na qual considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder. Nicolau Maquiavel, por sua vez, ao escrever "O Príncipe", no século XVI, destaca que, àquela época, já existiam na França três poderes distintos: o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente. Tal forma de organização do poder, inclusive, é elogiada por Maquiavel por dar, em sua visão, mais liberdade e segurança ao rei (DALLARI, 1998).

Todavia, para fins de estudo do constitucionalismo moderno, e mais precisamente do próprio desenvolvimento teórico do princípio da separação de poderes, revela-se imprescindível a análise das teorias de John Locke, constantes do Segundo Tratado do Governo Civil, bem como de Montesquieu, que escreveu "O Espírito das Leis", reconhecida como a obra fundamental e mais importante já escrita sobre esse tema.

O pensador inglês John Locke, no Segundo Tratado do Governo Civil, publicado em 1690, aponta a existência de um Poder Legislativo, um Poder Executivo e um Poder Federativo. Este terceiro poder denominado de Federativo, também deveria ser exercido pelo rei e diz respeito aos aspectos externos ou internacionais do governo (declaração de guerra, celebração de paz, alianças diplomáticas, dentre outras.) (DALLARI, 1998).

Curiosamente, John Locke não faz menção a um Poder Judiciário em seu arquétipo de divisão funcional do poder estatal. De acordo com o teórico inglês, a função de julgar situa-se no âmbito do Poder Legislativo, conforme revela a seguinte passagem de seus escritos:

> Esse legislativo é não apenas o poder supremo da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha antes depositado; tampouco pode edito algum de quem quer que seja, seja de que forma concebido ou por que poder apoiado, ter força e obrigação de lei se não foi sancionado pelo legislativo escolhido e nomeado pelo público. Em segundo lugar, a autoridade legislativa, ou suprema, não pode arrogar-se o poder de governar por meio de decretos arbitrários extemporâneos, mas está obrigada a dispensar justiça e a decidir acerca dos direitos dos súditos por intermédio de leis promulgadas e fixas, e de juízes conhecidos e autorizados (LOCKE, 2005, p. 503).

Coube, todavia, a Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, a elaboração de uma teoria sistêmica sobre a separação formal entre os poderes. Muito embora a ideia de repartição de funções estatais entre diferentes órgãos não fosse de todo desconhecida do pensamento político, foi Montesquieu, ao escrever "O Espírito das Leis", quem definiu, de modo minudente, a estrutura e o funcionamento de cada um dos poderes. Confira-se:

> Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado produz as leis para um certo tempo ou para sempre e retifica ou ab-roga aquelas que são produzidas. Mediante o segundo, ele produz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadores, estabelece a segurança, previne as invasões. Mediante o terceiro, ele pune os crimes e julga as diferenças dos indivíduos. Chamaremos este último de poder judiciário e o outro simplesmente de poder executivo do Estado (MONTESQUIEU, 2000, p. 189).

É importante ressaltar que a preocupação primeira de Montesquieu ao sistematizar a separação tripartida dos poderes era a proteção e garantia da liberdade individual, conforme trecho constante do Livro 11º, capítulo VI, do Espírito das Leis:

> Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Desta forma, o sistema de freios e contrapesos[54] (*checks and balances),* tão importante no constitucionalismo moderno, deve ao pensador francês a sua primeira concepção teórica, na medida em que somente um poder é capaz de estabelecer limites a outro poder. Para tanto, cada poder deve ter a possibilidade de decidir acerca dos assuntos que lhe competem, ao mesmo tempo em que podem impedir que os demais poderes pratiquem atos que exorbitem de sua esfera de atribuições, conforme contextualiza Elival da Silva Ramos:

> Sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo poder competente. De outra parte, como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucionais (RAMOS, 2015, p. 118).

Feita tal observação, é importante observar que, embora seja clássica a expressão *separação de poderes*, é importante sublinhar o fato de que o poder do Estado é uno e indivisível, razão pela qual é tecnicamente mais adequado se falar em uma distribuição de funções a órgãos estatais distintos (DALLARI, 1998).

Ademais, "o que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima" (CANOTILHO, 2002, p. 251).

---

[54]Na Constituição da República de 1988, o sistema de freios e contrapesos se verifica em vários de seus dispositivos, por exemplo: sanção ou veto do chefe do executivo a projeto de lei (art.66); Declaração, em tese, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal (art.102, inciso I, alínea *a*); o Congresso Nacional sustar os atos normativos do Executivo que exorbitam do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art.49, inciso V).

Portanto, no contexto dessa distribuição de funções no direito constitucional brasileiro, compete: (i) ao Poder Legislativo a função de legislar e de realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo; (ii) ao Poder Executivo a prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração; (iii) ao Poder Judiciário a função jurisdicional, qual seja, a de aplicar o direito ao caso concreto, dirimindo, assim, os conflitos de interesse que lhe são levados.

Neste contexto, é importante ressaltar que, no que concerne ao papel do Poder Judiciário, não há mais espaço na atualidade ao juiz "boca da lei", ou seja, que se limita a fazer uma mera reprodução robótica, neutra e literal da lei, como propugna a visão clássica da separação de poderes: "Mas os juízes da nação são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras" (MONTESQUIEU, 2000, p. 175).

A moderna atividade jurisdicional, portanto, não pode ser meramente declaratória, ou seja, de algo que já existe pronto, mas sim criativa e necessariamente comprometida com a realização e efetivação dos direitos fundamentais em suas várias facetas. Neste sentido, confira-se lição de Lenio Luiz Streck:

> A divisão de poderes não está mais guardada apenas dos direitos individuais, mas sim de todas as dimensões dos direitos fundamentais, assimiladas em unidade. Vem em favor tanto das liberdades públicas, dos direitos civis, quanto dos direitos sociais, da cidadania ativa, dos direitos transindividuais, do meio ambiente – cobrança de prestações, eficácia positiva. As funções adquirem novo sentido, outras raias de legitimidade, novas conformações (STRECK, 2013, p. 145).

Há, dessa forma, uma nova engenharia do princípio da separação de poderes[55], na qual o Poder Judiciário realiza a sindicância de situações que, no passado, eram pouco usuais ou, até mesmo, consideradas proibidas[56].

---

[55]Existem autores, como Bruce Ackerman, que defendem que a concepção de separação de poderes proposta por Montesquieu está superada e não deve mais ser aplicada aos dias atuais. Confira-se: "Quase três séculos depois, já passa da hora de repensar a santíssima trindade de Montesquieu. Apesar de seu status canônico, ela nos mantém cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas. Embora a tradicional fórmula tripartite falhe ao capturar os modos característicos de operação de tais formas, essas unidades novas e funcionalmente independentes estão desempenhando um papel cada vez mais relevante em governos modernos. Uma 'nova separação de poderes' está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintivas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias – ou talvez mais. E, assim, nós devemos dar um carinhoso adeus a Montesquieu, para então criar novas bases para o direito administrativo comparado, que deem conta dos desafios dos governos modernos" (ACKERMAN, 2014, p. 15).

Neste cenário, surge a temática do ativismo judicial, que será desenvolvida no próximo capítulo do presente trabalho.

2 ATIVISMO JUDICIAL: CONTORNOS TEÓRICOS E PRÁXIS

2.1 EM BUSCA DE UM CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Qualquer um que se proponha a estudar com mais atenção a temática acerca do ativismo judicial vai se deparar com uma dificuldade inicial: a imprecisão teórica do termo, ou seja, a indefinição conceitual ou falta de delimitação do termo. Tal poluição semântica, por sua vez, acaba por fazer prevalecer, muitas vezes, um significado pejorativo da expressão ativismo judicial, que passa a ser utilizada para designar decisões judiciais arbitrárias, sem amparo legal e que invadem a esfera de competência de outros poderes do Estado.

Do ponto de vista histórico, a expressão "ativismo judicial" (*judicial activism*), foi utilizado pela primeira vez num artigo do autor americano Arthur Schlesinger Jr., intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista Fortune, vol. XXXV, nº 1, no mês de janeiro de 1947.

No mencionado artigo, Arthur Schlesinger Jr. descreve as divisões ideológicas entre os juízes da Suprema Corte daquela época[57], dividindo-os entre "ativistas judiciais" e adeptos da "autocontenção". Confira-se:

> Schlesinger apresentou o termo "ativismo judicial" exatamente como o oposto à "autorrestrição judicial". Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na

---

[56]Oscar Vilhena Vieira explica a razão disso ao comentar a escolha da Assembleia Nacional Constituinte brasileira: Confira-se: "Ao constitucionalizar tantas políticas públicas, ou seja, transformá-las em questão de direito, foi transferido para as Instituições de Justiça um poder que tradicionalmente pertencia ao campo da política. (...) a Constituição fortaleceu o Judiciário, transferiu novas e inusitadas competências ao Ministério Público, além de conferir poderes sem precedentes ao Supremo Tribunal Federal. Tudo em detrimento da própria política "(VIEIRA, 2018, p. 135).

[57]Conforme esclarece Campos (2014), a Suprema Corte dos EUA, no ano de 1947, era formada quase inteiramente por juízes nomeados pelo então ex-presidente Franklin D. Roosevelt. No mencionado artigo, o autor Arthur Schlesinger classificou os juízes da Corte nas seguintes categorias: (i) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade; (iii) juízes campeões da autorrestrição; e (iv) juízes representantes do equilíbrio de forças (balance of powers).

> promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador. Ao contrário, os juízes "campeões da autorrestrição judicial" têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com deferência à vontade do legislador" (CAMPOS, 2014, p. 44).

De qualquer forma, apesar de ter sido quem primeiro se utilizou do termo "ativismo judicial", Schlesinger não definiu o conceito e nem tampouco apresentou critérios para se identificar uma decisão judicial como ativista. Nada obstante, a expressão ganhou notoriedade entre os acadêmicos que passaram a conceituá-la de diferentes perspectivas: neutra, positiva ou negativa (JUNIOR; RAMOS, 2014).

Gonet Branco (201, p.287, 392), por exemplo, adota um conceito neutro de ativismo judicial, como o mero exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tanage a questões morais e políticas, sintetizando que "a expressão 'ativismo judicial' assume um significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na carga emocional a ela associada".

Ronald Dworkin, por sua vez, em que pese seja um defensor do *judicial review*, adota uma concepção negativa acerca do ativismo judicial, encarando tal prática como "uma "forma virulenta de pragmatismo jurídico" na qual o juiz (ativista) ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte, as duradouras tradições da cultura jurídica norte americana e imporia seus próprios pontos de vista sobre o que a justiça exige (DWORKIN, 2011, p. 451-452).

Alguns juristas, todavia, encaram o ativismo judicial de forma positiva, a exemplo de Mauro Cappelletti. De acordo com o jurista italiano, a criatividade judicial não somente é um fenômeno inevitável, mas também necessário e recomendável em países democráticos (CAPPELLETTI, 1993, p. 103).

A doutrina brasileira, de forma majoritária, enxerga o ativismo judicial sob uma ótica negativa. Elival Ramos (2015) enxerga o ativismo judicial como uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário, sendo sua prática uma intromissão indevida dos magistrados sobre as funções típicas dos demais poderes do Estado, notadamente do Legislativo. Confira-se:

> Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza

> objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2015, p. 324).

Lenio Streck, por sua vez, entende que o ativismo judicial "sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais e (...) representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político, seja para realizar um pretenso 'avanço' seja para manter o *status quo*" (STRECK, 2016, p. 1).

Com o mesmo olhar crítico, Thomas Bustamante (2018) enxerga no ativismo judicial uma prática perniciosa e antidemocrática e que, ademais, estimula o autoritarismo judicial. Confira-se:

> De modo igualmente pernicioso, o ativismo, enquanto expansão exagerada da esfera de atuação do judiciário, que passa a se imiscuir em juízos políticos que não são próprios da atividade jurisdicional, é deficitário do ponto de vista democrático e contém o germe do autoritarismo que em outros tempos foi defendido sob a bandeira do jusnaturalismo e sob a falaciosa noção de que a supremacia da constituição implicaria, do ponto de vista lógico, uma supremacia judicial. [...] o ativismo não leva suficientemente a sério o desacordo moral razoável que é próprio das grandes escolhas políticas realizadas pelo legislador, e faz com que a corte tenha dificuldade para respeitar opiniões diferentes das suas sobre questões políticas e de justiça distributiva (BUSTAMANTE, 2018, p. 17-18).

Georges Abboud (2019) é ainda mais contundente em suas críticas à prática do ativismo judicial. Para ele "todo ativismo é ruim para a democracia, porque em uma democracia constitucional, ao juiz é defeso trocar o direito por sua convicção ideológica" (ABBOUD, 2019, p. 1299). O autor arremata conceituando ativismo judicial nos seguintes termos:

> O ativismo deve ser compreendido como atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade vigente (CF + leis) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religioso etc.). Em termos qualitativos, toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional. Por conseguinte, o ativismo judicial, em aspectos funcionais, caracteriza atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição (ABBOUD, 2019, p. 1323).

Observe-se, todavia, que parte da doutrina brasileira não entende o ativismo judicial como uma prática necessariamente ilegítima. Representante dessa corrente de pensamento, Campos (2014) traz uma proposta de conceito multidimensional de ativismo judicial. Confira-se:

> (...) defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias (CAMPOS, 2014, p. 164).

Luís Roberto Barroso (2019) é outro representante da doutrina brasileira que encara o ativismo judicial de uma perspectiva positiva. O atual Ministro do Supremo Tribunal Federal conceitua o ativismo judicial como "uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance" (BARROSO, 2019, p. 435). Nessa toada, Barroso (2019) defende, inclusive, que as Cortes Constitucionais, excepcionalmente, devem desempenhar um papel iluminista[58], que possibilite às sociedades avançar no processo civilizatório.

Alguns autores, como Marcelo Semer, vão além e percebem o ativismo judicial como um verdadeiro dever judicial em face da omissão dos demais poderes em concretizar direitos fundamentais, assentando que "a função judicial então seria a de evitar a desconstitucionalização de fato dos direitos, operada, sobretudo pela omissão regulamentadora dos demais poderes" (SEMER, 2021, p. 79-80).

Estabelecida uma aproximação conceitual de um objeto de estudo com significado impreciso, é importante estabelecer algumas distinções entre o ativismo judicial e outros conceitos.

---

[58]O polêmico papel iluminista a ser desempenhado pelas cortes constitucionais é explicado por Luís Roberto Barroso, nos seguintes termos: "Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas as constituições são produto do iluminismo e devem ser interpretadas honrando essa tradição. (...) Para além do papel puramente representativo, cortes constitucionais desempenham, por vezes, excepcionalmente, um papel iluminista. Atuam para empurrar a história, para avançar o processo civilizatório" (BARROSO, 2019, p.60-61). Na opinião do mesmo autor, o Supremo Tribunal Federal desempenhou esse papel iluminista nas decisões que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, aplicando-lhes o mesmo regime jurídico das uniões estáveis heteroafetivas (ADI 4277), na que declarou a inconstitucionalidade da norma que regulamentava a vaquejada (ADI 4983), bem como na que declarou inconstitucional o crime de aborto até o terceiro mês de gestação (HC 124.306).

Desde logo, é necessário demonstrar que o ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política e das relações sociais. Com efeito, a judicialização é um fato e significa que muitas questões relevantes do ponto de vista social, político e até mesmo moral, passaram a ser decididas pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2019).

Nesse contexto, é correto afirmar que o ativismo judicial é uma consequência do excesso de judicialização, mas com esta não se confunde, porquanto, a partir de uma questão que foi judicializada, pode-se ter como consequência uma decisão judicial ativista[59].

A judicialização, portanto, é um fenômeno global e multicausal[60], cuja natureza de fato histórico é bem explicada por Clarissa Tassinari:

> É possível perceber, portanto, que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). (..) A judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante (TASSINARI, 2013, p. 485).

O ativismo judicial também não se confunde com a atuação contramajoritária do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais das minorias. Com efeito, o ativismo judicial consiste em postura discricionária do Judiciário, ou seja, o magistrado ativista substitui a legalidade vigente por suas próprias convicções pessoais (políticas, morais, religiosas etc.). Tal postura em nada se relaciona com a atuação contramajoritária do Judiciário, a qual busca preservar os direitos fundamentais das minorias contra ameaças de maiorias eventuais (ABBOUD, 2019).

Ademais, é importante assinalar que o Poder Judiciário pode adotar posturas ativistas em qualquer um de seus campos de atuação. Todavia, no presente trabalho dá-

---

[59] Nesse ponto, é importante observar que a discussão acerca da prática do ativismo judicial nada tem a ver com o acerto ou desacerto quanto ao mérito da decisão judicial. Nessa linha de pensamento, adverte Lenio Streck que "nem toda resposta juridicamente errada é, por ser errada, ativista; aliás, a postura pode ser ativista e, a resposta jurídica, correta. A questão é que, pelo só fato de ser ativista, há um problema de princípio que a torna errada, na sua formulação. É uma questão de dever judicial" (STRECK, 2016, p. 2).

[60] As causas da judicialização no Brasil já foram abordadas no capítulo 1 da presente dissertação e convém serem relembradas: i) redemocratização do País, cujo símbolo maior é a Constituição da República de 1988; ii) Constitucionalização abrangente e iii) consagração de um amplo sistema de controle de constitucionalidade, o qual permite que praticamente toda e qualquer controvérsia seja analisado pelo Poder Judiciário.

se a ênfase ao ativismo judicial praticado no âmbito do controle de constitucionalidade, em razão dos motivos citados por Dimitri Dimoulis:

> Primeiro porque (o controle de constitucionalidade) é o principal campo de aplicação do termo internacionalmente e no Brasil. Segundo, porque, no controle de constitucionalidade ocorre um evidente embate entre o Judiciário e o Legislativo o que deixa mais claro o fenômeno do ativismo. Terceiro, porque na jurisdição infraconstitucional a atuação do juiz ativista apresenta conotações diferentes. O juiz que procura tutelar o meio ambiente, os interesses das crianças ou dos consumidores em litígios individuais não demonstra tão claramente o ativismo como em uma decisão de controle abstrato de constitucionalidade que modifica a lei ou determina o alcance de sua interpretação (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 460).

Antes de adentrarmos na temática do ativismo judicial praticado no Brasil, traçaremos um panorama geral do ativismo judicial praticado nos Estados Unidos da América, pela importância histórica e pelas luzes que pode lançar para o debate no Brasil.

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL NOS EUA

Os Estados Unidos são o berço não apenas do termo ativismo judicial, conforme visto anteriormente, mas também o local onde a discussão acerca do papel de juízes e cortes constitucionais no sistema político encontra as melhores contribuições teóricas. Sobre a importância do debate norte-americano, confira-se:

> Na realidade, esse tema, nos Estados Unidos, confunde-se com a própria história do constitucionalismo. (...) desde a primeira aparição, a expressão "ativismo judicial" tornou-se a principal estrela do debate sobre o papel da Suprema Corte na interpretação da Constituição e na relação com os demais poderes. Pode-se falar mesmo em onipresença do termo no cenário norte-americano (CAMPOS, 2014, p. 41).

Destarte, a compreensão do debate norte-americano acerca do ativismo judicial revela-se de grande importância para o estudo do tema em outras realidades políticas e institucionais, inclusive do Brasil.

Sem ter a pretensão de esgotar o estudo do tema, propõe-se neste tópico uma breve exposição das diferentes fases do ativismo judicial na Suprema Corte dos Estados Unidos, desde o nascimento da doutrina do *judicial review* durante a Corte Marshall (1801-1835), até a Corte Warren (1952-1969), passando pelas Cortes Taney (1835-

1864), Chasey (1864-1873) e pelo período conhecido como Governo dos Juízes ou "Era Lochner" (1895-1937).

Como premissa, é necessário frisar que o debate acerca do ativismo judicial nos Estados Unidos ao longo da história é marcado por um permanente duelo político ideológico entre conservadores e liberais pela prerrogativa de influenciar as decisões da Suprema Corte.

Em outras palavras, isso significa que os partidos políticos americanos (democratas e republicanos) procuram interferir nas decisões da Suprema Corte, sobretudo por meio dos mecanismos de nomeação (Presidente da República) e confirmação (Senado) dos respectivos juízes, de modo a fazer avançar suas pautas políticas e ideológicas com o suporte do Poder Judiciário.

2.2.1 O nascimento do controle difuso de constitucionalidade

Desde logo, é importante chamar atenção para o fato de que a Constituição Norte-Americana de 1787 não prevê expressamente[61] a possibilidade de os órgãos do Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade das leis criadas pelo Congresso Nacional e Parlamentos estaduais. Com efeito, tal possibilidade decorre de uma decisão judicial, proferida em 1803 por John Marshall no célebre caso Marbury v. Madison.

O caso envolveu o julgamento de um *writ of mandamus* proposto por Wiliam Marbury diretamente perante a Suprema Corte em face do Secretário de Estado James Madison, com o objetivo de compelir este último a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo então

[61]Debate-se até os dias atuais se os *founding fathers* seriam favoráveis, ou não, ao *judicial review*, ou se teriam se omitido intencionalmente ou não acerca da possibilidade de Controle de Constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário. Um dos Constituintes, Alexander Hamilton, nos dá pistas ao descrever o Poder Judiciário no Federalista de nº 78 como o ramo menos temível (*the least dangerous branch*) à Constituição, na medida em que diferentemente do que ocorre com os Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário não dispõe da bolsa ou da espada para tomar qualquer medida atentatória aos direitos do povo. De acordo com Hamilton, a função de guarda da Constituição não poderia ter sido transferida ao Poder Legislativo, porquanto "não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes", sendo mais razoável supor que a Constituição quis colocar os tribunais entre o povo e a legislatura, para que aqueles possam impor limites a esta. Hamilton observa que isso não significa que o Poder Judiciário seja superior ao Poder Legislativo, mas sim que o poder do povo é superior ao de ambos. E conclui: os tribunais precisam de muita coragem para defender a Constituição tão fielmente como lhes cumpre, quando o corpo legislativo é excitado nos seus ataques pela maioria da nação (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 458-461).

presidente, John Adams, já no final do seu mandato. A fundamentação do voto do *Chief Justice* John Marshall é bem detalhada por Luís Roberto Barroso:

> Marbury *v*. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. [...] No desenvolvimento de seu voto, Marshall dedicou a primeira parte à demonstração de que Marbury tinha direito à investidura no cargo. Na segunda parte, assentou que, se Marbury tinha o direito, necessariamente deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo. Na última parte, enfrentou duas questões distintas: a de saber se o *writ of mandamus* era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo. À primeira questão respondeu afirmativamente. O *writ of mandamus* consistia em uma ordem para a prática de determinado ato. Marshall, assim, examinou a possibilidade de se emitir uma determinação dessa natureza a um agente do Poder Executivo. Sustentou, então, que havia duas categorias de ato do Executivo que não eram passíveis de revisão judicial: os atos de natureza política e aqueles que a Constituição ou a lei houvesse atribuído a sua exclusiva discricionariedade. Fora essas duas exceções, onde a Constituição e a lei impusessem um dever ao Executivo, o Judiciário poderia determinar seu cumprimento. Estabeleceu, dessa forma, a regra de que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto quanto a sua constitucionalidade como quanto a sua legalidade. Ao enfrentar a segunda questão – se a Suprema Corte tinha competência para expedir o *writ* – Marshall desenvolveu o argumento que o projetou na história do direito constitucional. Sustentou, assim, que o § 13 da Lei Judiciária de 1789, ao criar uma hipótese de competência originária da Suprema Corte fora das que estavam previstas no art. 3º da Constituição, incorria em uma inconstitucionalidade. [...] Diante do conflito entre a lei e a Constituição, Marshall chegou à questão central do acórdão: um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo (BARROSO, 2006, p. 9).

Em que pese seja um marco do constitucionalismo moderno, o precedente firmado em *Marbury v. Madison* apresenta um viés nitidamente ativista, na medida em que (i) Marshall afirmou que a Suprema Corte tem o poder de fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos emanados dos outros dois poderes sem que a Constituição preveja tal possibilidade; (ii) A Suprema Corte faltou com deferência ao Congresso Nacional, recusando-lhe competência para legislar acerca de determinada matéria sem que a Constituição proibisse expressamente tal prerrogativa (CAMPOS, 2014).

Apenas meio século depois, em 1857, a Suprema Corte voltou a declarar a inconstitucionalidade de lei federal, no criticado caso *Dred Scott v. Sandford*, no qual foi reconhecido o status constitucional da escravidão.

Naquela que seria considerada a decisão mais infame e vergonhosa da história da Suprema Corte decidiu-se que as pessoas de ascendência africana, fossem elas

importadas para o país para serem escravizadas, fossem elas seus descendentes, não estavam protegidas pela Constituição e não poderiam ser considerados verdadeiros cidadãos americanos.

Também restou consignado que o Congresso não poderia tratar sobre a temática da escravidão e que os escravizados não poderiam ser retirados de seus donos sem a observância do devido processo legal, considerando, assim, as pessoas negras escravizadas como bens móveis de natureza privada.

A decisão proferida no caso *Dred Scott v. Sandford* é um exemplo de ativismo judicial, na medida em que a Constituição americana nada diz sobre a escravidão. Ademais, a natureza ativista da decisão também decorre da vontade da Suprema Corte em evitar uma guerra civil travada entre os que defendiam a abolição da escravidão e a sua permanência. Confira-se:

> O ativismo judicial em *Dred Scott* não está na afirmação de que negros não eram cidadãos e, sim, uma "raça infeliz", "inferior", simples "artigos de mercancia". Estas afirmações compõem o caráter moralmente odioso da decisão. O caráter ativista está, principalmente, na ambição (ou ingenuidade?) da Corte em tentar resolver o conflito político mais tormentoso daqueles dias e em negar ao Congresso o poder de controlar esse conflito nos territórios federais. Em vez de evitar questão tão tormentosa, a Corte acabou constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do Congresso de tratar o tema. Agindo dessa forma, a Corte não foi só ativista, mas também inconsequente. [...] A ação da Corte, como se sabe, só fez agravar a divisão político-ideológica do país, ajudando a eclosão da Guerra Civil (CAMPOS, 2014, p. 55).

Outro caso que ilustra a postura ativista da Suprema Corte se verifica em *Lochner v. New York*. Em 1895, foi promulgada no Estado de Nova York uma lei conhecida como "*Bakeshop Act*", a qual disciplinava a jornada de trabalho nas padarias de Nova York. Tal lei proibia, em síntese, que os funcionários trabalhassem nas padarias por mais de 10 horas por dia ou 60 horas por semana, e previa penalidades criminais para as padarias que violassem essas disposições de horas máximas.

Em abril de 1905, a Suprema Corte declarou o "Bakeshop Act" inconstitucional, por um placar de 5 x 4. O fundamento principal da decisão foi de que a lei incorria no vício da inconstitucionalidade porque restringia de maneira desarrazoada, desnecessária e inadequada o direito de livre contratação entre as partes, violando, assim a XIV Emenda da Constituição.

A decisão proferida em Lochner v. New York é uma das mais criticadas da história da Suprema Corte, em razão da defesa de uma ideologia econômica específica: o liberalismo econômico (*laissez faire*), a qual entende que o Estado não deve interferir nas relações econômicas, ainda que a pretexto de proteger a saúde e o bem-estar dos trabalhadores. Outro aspecto muito criticado do mencionado caso é o ativismo judicial nele contido, o qual se manifeste em duas dimensões. Confira-se:

> O ativismo judicial de Lochner se destacou, fundamentalmente, em duas dimensões: a primeira foi que a Suprema Corte defendeu um direito absoluto de contratar sem previsão expressa no texto constitucional, apenas deduzindo-o de norma constitucional muito vaga e indeterminada como a do devido processo legal. [...] A segunda manifestação ativista da decisão foi o fato de a Corte ter interferido em caso legislativo de política pública que, por sua natureza e conteúdo, exigia deferência à capacidade epistêmica do legislador (CAMPOS, 2014, p. 59).

É importante ressaltar que os três casos acima descritos (*Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*) constituem aquilo que o jurista americano Craig Green (2009) denomina de pré-história do ativismo judicial e seu estudo é importante, dentre outros fatores, porque demonstra que a prática do ativismo judicial é ainda mais antiga do que a sua própria terminologia.

2.2.2 O ativismo judicial conservador na defesa da política econômica liberal (1895-1937)

Com o surgimento e consolidação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, prevaleceu inicialmente a prática de um ativismo judicial que se caracterizou pelo fortalecimento do governo federal e de contenção dos poderes estaduais[62]. Tal postura se verificou nas Cortes Marshall (1801-1835), Taney (1835-1864) e Chase (1864-1873).

---

[62]Alguns autores, como Bernardo Schwartz (*apud* JUNIOR; RAMOS, 2014) defendem que a Suprema Corte teve um papel fundamental no fortalecimento da federação norte-americana, por meio do controle de constitucionalidade de leis estaduais que, de alguma forma, podiam onerar ou dificultar o comércio entre os estados membros. Como exemplos de decisões que significaram fortalecimento do Governo Federal podem ser citados os casos: 1) *McCulloch v. Maryland* (1819) no qual a Suprema Corte, invocando a teoria dos poderes implícitos, declarou a constitucionalidade de lei federal que criou um Banco Nacional e a inconstitucionalidade de norma estadual que cobrava tributo do aludido banco; 2) *Gibbons v. Ogden* (1824), julgamento no qual se reconheceu como sendo de competência da União legislar sobre o comércio, a passagem de pessoas de um estado para outro e navegação, e não dos estados membros.

Posteriormente, o ativismo judicial praticado nos Estados Unidos passa para uma fase denominada de "Era de Transição" ou "Era Lochner", entre 1895-1937, que se caracterizou, sobretudo, pela declaração de inconstitucionalidade de diversas leis[63] que versavam sobre a regulamentação da atividade econômica e direitos trabalhistas. De acordo com a ideologia predominante na Suprema Corte da época – o liberalismo econômico- o Estado deveria se limitar a proteger a liberdade individual, devendo se abster de intervir nas relações trabalhistas (JUNIOR; RAMOS, 2014).

Em tal contexto de hipervalorização do liberalismo econômico, o conjunto de medidas econômicas e sociais propostas durante o governo de Franklin Delano Roosevelt para retirar o país da grande crise econômica de 1929 (*New Deal*), acabou entrando em rota de colisão com a Suprema Corte, a qual declarou a inconstitucionalidade de várias leis integrantes do plano de reestruturação econômica por, supostamente, violarem as cláusulas do comércio e por considerar certos poderes do Congresso Nacional indelegáveis ao Presidente da República.

Diante deste cenário de conflito institucional entre a Suprema Corte e o Poder Executivo chefiado por Roosevelt, o Presidente da República, num gesto de retaliação, propôs ao Congresso, em 1937, o *Court-Packing Plan*: um projeto de lei estabelecendo a nomeação de um juiz adicional para cada outro da Suprema Corte que superasse a idade de 70 anos.

Em caso de aprovação do mencionado projeto de lei, o Presidente Franklin Roosevelt poderia nomear juízes comprometidos com a aprovação das políticas econômicas do New Deal e obter maioria na Suprema Corte, conforme sustenta Alexandre Campos: "Como a Corte era, na época, a mais velha da história, Roosevelt poderia então nomear até seis juízes de uma só vez e, assim, povoá-la com homens que apoiavam o New Deal e colocavam um ponto final no ativismo judicial conservador vigente" (CAMPOS, 2014, p. 64).

---

[63]O caso que melhor representa esse período é *Lochner v. New York*, já comentado anteriormente. Todavia, outros casos são bastante representativos desse período: 1) *Smith v. Ames* (1898) no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado do Nebraska que fixava tarifas nos transportes interestaduais, sob o argumento de que as tarifas fixadas, demasiadamente baixas, subtraíram a propriedade das empresas ferroviárias sem a observância do devido processo legal; 2*) Loewe v. Lawlor* (1908), em que a Corte passou a aplicar o Sherman Act (uma lei americana antitruste) contra ostrabalhadores, mais precisamente contra os interesses de sindicatos e associações trabalhistas; 3) *Hammer v. Dagenhart* (1918), em que foi declarada a inconstitucionalidade de lei federal que havia proibido o comércio interestadual de mercadorias fabricadas por crianças; 4) Adkins v. Children's Hospital (1923), no qual se declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia estabelecido um salário mínimo para mulheres no Distrito de Columbia (GROSTEIN, 2019).

O fato é que a proposta de reforma da composição da Suprema Corte não foi aprovada. A maioria da opinião pública bem como parte da base de apoio do governo Roosevelt no Congresso foram contrários à nomeação de juízes adicionais para a Suprema Corte, por entender que tal medida iria comprometer a independência do Poder Judiciário.

Nada obstante, a forte pressão política exercida pelo governo Roosevelt acabou surtindo efeito: Um dos juízes da Suprema Corte mudou de posição, o que fez com que a Corte, por apertada maioria, passasse a decidir favoravelmente a favor das medidas do New Deal. Confira-se:

> Ao cabo de contas, a proposta de reforma esvaziou-se. Isso porque o Justice Owen J. Roberts, que até então pertencia ao grupo conservador, mudou de posição e, por apertada maioria, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade de lei do salário-mínimo no distrito de Columbia, no caso *National Labor Relations Board versus Jones and Laughlin Steel Corp.* (1937). Entendimento esse que se repetiu em julgados posteriores. A mudança de posição que evitou o "enchimento" da Corte foi denominada "*the switch in time that saved nine*" (a mudança em tempo de salvar os nove) (JUNIOR; RAMOS, 2014, p.35-36).

Após esse conflito institucional ter sido resolvido (com a capitulação da Suprema Corte), o Presidente Franklin Roosevelt nomeou 8 juízes para o órgão de cúpula do Poder Judiciário americano, todos eles defensores do New Deal e, portanto, adeptos de medidas intervencionistas do estado na economia e na proteção dos direitos e liberdades dos menos favorecidos. O resultado foi a formação da chamada *New Deal Court*, a qual antecipou, ao menos em parte, o cenário de ativismo judicial liberal que seria visto com mais intensidade na Corte Warren.

2.2.3 O Ativismo judicial liberal na afirmação das liberdades civis: A Corte Warren (1952-1969)

Earl Warren foi Presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte dos Estados Unidos entre os anos de 1953 a 1969, presidindo aquela que ficou conhecida como a Corte Warren (*Warren Court*), a qual se caracterizou como uma Corte ativista e de proteção aos direitos humanos, especialmente das minorias. A importância histórica da Suprema Corte na concretização de direitos fundamentais por meio da interpretação criativa da Constituição no aludido período é notável, conforme explica Alexandre Campos:

> A Corte Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. Mais do que a própria Corte Roosevelt, ela constitucionalizou o projeto político do *New Deal.* Para tanto, a Corte negou que a Constituição tivesse uma natureza estática e a enxergou como "documento vivo" (*living document*), cujos significados deveriam ser sensíveis às mudanças sociais. Orientada pela ideia de igual dignidade do homem e sob a perspectiva democrático-inclusiva, a Corte Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o *status* da Suprema Corte "como um reduto do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário". A dimensão da interpretação criativa da Constituição para afirmação de direitos fundamentais opostos ao Estado fez da Corte Warren única no sistema político norte-americano e para o debate moderno sobre o ativismo judicial (CAMPOS, 2014, p. 69).

O ativismo judicial da Corte Warren se caracterizou por julgamentos que promoveram as liberdades civis do cidadão e que podem ser divididas em três grupos de direitos: (i) direitos de grupos socialmente marginalizados (negros, mulheres e minorias) a igualdade de tratamento; (ii) direitos processuais de réus em processos criminais; (iii) direitos vinculados a liberdade de expressão e religião.

O principal representante do primeiro grupo e, possivelmente, a mais importante decisão proferida pela Corte Warren, foi o caso *Brown v. Board of Education*, no qual se entendeu, por unanimidade, que a segregação racial entre crianças brancas e negras nas escolas públicas violava o princípio da igualdade (*equal protection clause*) previsto na 14ª Emenda da Constituição americana. A Suprema Corte julgou inconstitucionais as leis estaduais que estabeleciam essa segregação racial, merecendo destaque a seguinte passagem da decisão:

> "Nós concluímos que no campo da educação pública a doutrina do "separados mas iguais" não tem espaço. Estruturas educacionais segregadas são inevitavelmente desiguais. Por isto, nós sustentamos que os peticionários e demais indivíduos em situação similar, em favor de quem se instaurou ações, são, em função da segregação que contestam, privados da igual proteção perante o direito garantido pela décima quarta emenda. Esta disposição torna desnecessária qualquer discussão a saber se a segregação também viola a cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda (Tradução nossa[64])

---

[64]Texto original: "*We conclude that in the field of public education the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment. This disposition makes unnecessary any discussion whether such segregation also violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*". *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954).

É importante ressaltar que *Brown v. Board of Education* implicou na superação (*overruled*) de decisão anterior da própria Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson*, no qual foi declarada constitucional uma lei estadual da Luisiana que exigia que as ferrovias assegurassem acomodações iguais para brancos e negros as quais, todavia, deveriam ser separadas, e que ficou conhecida como a doutrina "separados, mas iguais" (*separate but equal*).

A Corte Warren também foi ativista também no campo processual penal, proferindo decisões garantistas que potencializaram direitos fundamentais dos cidadãos alvos da persecução penal do Estado.

No caso *Mapp v. Ohio* (1961), a Suprema Corte proibiu a utilização de provas ilícitas em processo penal, declarando inválida uma busca e apreensão realizada em desacordo com a Quarta Emenda da Constituição. Em *Miranda v. Arizona* (1966)[65], a Corte anulou uma condenação baseada em confissão porque o suspeito não havia sido informado, previamente, pela autoridade policial, do seu direito de permanecer em silêncio (*privilege against self-incrimination*) e à assistência de advogado.

O ativismo judicial da Corte Warren também se destacou por promover, por meio de uma interpretação criativa da Constituição americana, os direitos fundamentais à privacidade, liberdade religiosa, liberdade de expressão e de imprensa, direitos econômicos e federalismo. Confira-se:

> Na hipercontrovertida *Griswold v. Connecticut*, a Corte opôs ao legislador estadual um direito constitucional à privacidade para julgar inconstitucional lei que estabelecia a proibição do uso de contraceptivos por casais casados. Em *Engel v. Vitale*, deixou clara a separação entre o Estado e a Igreja e julgou

---

Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/ scripts/ getcase.pl?court=us&vol=347&invol=483. Acesso em: 21out. 2021.

[65] O precedente firmado em Miranda v. Arizona foi tão importante na história do reconhecimento de garantias processuais aos acusados em processos criminais que, desde então, passou-se a falar em "Regras de Miranda" (*Miranda Rules*), conforme explica Nereu Giacomolli: "Ernesto Miranda, um indigente mexicano com transtornos mentais, foi preso, acusado de delito contra a dignidade sexual, e conduzido até Phoenix. Reconhecido pela vítima, foi interrogado e confessou o delito, por escrito, mas não lhe foi informado o direito à presença de advogado. A confissão foi utilizada no Júri como prova e houve condenação por estupro e rapto, a qual foi confirmada pelo Tribunal do Arizona. Contudo, a Suprema Corte anulou a decisão, sob o fundamento de que a polícia deveria ter informado ao Sr. Miranda acerca de seu direito ao silêncio, ademais da possibilidade da situação coercitiva, própria do interrogatório, propiciar a autoincriminação, afastando a confissão. Segundo as conhecidas 'Regras de Miranda' (*Miranda Rules*), antes de ser efetuada qualquer pergunta, o sujeito há de ser cientificado de seu direito a não declarar, do direito da presença de um advogado constituído ou nomeado, e de que, ao optar em falar, o que disser poderá ser utilizado como prova. Então, as exigências superaram a simples verificação da voluntariedade da declaração" (GIACOMOLLI, 2016, p. 242-243).

> inconstitucional a imposição de oração oficial em escolas públicas, por violação à liberdade religiosa inerente a todos os cidadãos. Ainda fortaleceu a liberdade de expressão e de imprensa, assim como o direito fundamental de todo cidadão poder criticar o governo, em decisões como *New York Times v. Sullivan*. As decisões da Corte Warren também reestruturaram o federalismo norte-americano por impor aos estados os limites substanciais das dez primeiras emendas da Constituição (*Bill of Rights*) (CAMPOS, 2014, p. 77).

A importância das decisões proferidas pela Corte Warren excede a esfera jurídico-institucional e influenciaram profundamente a sociedade americana da década de 60, com reflexos na campanha abrangente pelos direitos civis, pela luta das minorias negras, simbolizada na figura de Martin Luther King Jr., pelo fim das discriminações sexuais, pelo despertar da consciência estudantil etc. Confira-se:

> A Corte Warren usou, na maior parte das vezes, a mesma abordagem para a interpretação constitucional e controle de constitucionalidade, mas expandiu a categoria de "direitos fundamentais" dramaticamente e se comprometeu a estabelecer uma ampla política social em uma série de áreas controversas. Tornou-se a Corte mais ativista da história americana e deixou uma marca profunda na vida e na lei americanas (WOLFE, *apud* BARBOZA; KOZICKI, 2016, p. 744, tradução nossa[66]).

Apesar de prevalecer uma visão positiva em relação à Corte Warren, é importante registrar que também existem críticas à respeito de sua forma de interpretar a Constituição. As críticas mais contundentes vieram de dentro da própria Suprema Corte, por meio dos votos dissidentes dos Juízes John Marshal Harlan e Hugo Black, sobretudo por entenderem que a Corte estava indo longe demais ao proteger direitos não previstos e defendendo uma leitura mais textual e originalista[67] da Constituição (BARBOZA; KOZICKI, 2016).

---

[66]Texto no idioma original: "*The Warren Court used the same approach to constitutional interpretation and judicial review, for the most part, but expanded the category of "fundamental rights" dramatically and undertook to establish broad social policy in a number of controversial areas. It became the most activist Court in American history and left a profound imprint on American life and law"*(WOLFE, *apud* BARBOZA; KOZICKI, 2016, p. 744).

[67]Como reação ao ativismo judicial progressista e liberal da Corte Warren, posteriormente, durante o governo de Ronald Reagan (1981-1989), surge, no discurso do Partido Republicano, a ideia de "jurisprudência da intenção original dos *founding fathers*", também conhecido como originalismo. De acordo com João Ozório de Melo, o originalismo "prega que o juiz deve analisar o texto constitucional de acordo com a intenção de seus autores e deve se ater ao texto original de 1787 e suas emendas. Afirma que o Judiciário não pode criar, emendar ou garantir nenhum direito que não esteja descrito na Constituição. Esse papel é do Congresso, por meio da criação de leis, e não dos magistrados. É uma corrente hoje conhecida como constitucionalismo clássico"(MELO, 2012, p. 1). A partir do surgimento

2.3 CLASSIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Em face da já apontada vagueza semântica e imprecisão conceitual do termo ativismo judicial, parcela da doutrina passou a classificar o ativismo judicial em diferentes classes ou grupos, como forma de sistematizar e facilitar a compreensão desse objeto de estudo.

No presente trabalho serão abordadas as classificações propostas por três autores brasileiros sobre o tema: Georges Abboud, Bruno Torrano e Roberto Basilone Leite.

2.3.1 Classificação proposta por Georges Abboud

Georges Abboud (2019) propõe que o ativismo judicial se subdivide em sete categorias: (*i*) Ativismo performático; (*ii*) Ativismo contra os limites ou literalidade do texto; (*iii*) Ativismo messiânico; (*iv*) Ativismo ideológico-moralista; (*v*) Ativismo populista; (*vi*) Ativismo puramente consequencialista e (*vii*) Ativismo por inação ou omissão.

É relevante frisar que decisões judiciais ativistas com frequência poderão ser inseridas em mais de uma das hipóteses classificatórias a seguir apresentadas, se tratando, portanto, de uma classificação meramente didática.

No ativismo judicial performático, o Poder Judiciário se utiliza das chamadas expressões performáticas ou enunciados performativos, que vem a ser conceitos vagos e indeterminados semanticamente[68], para dar uma aparência de fundamentação legítima a decisões ativistas.

---

dessa nova corrente interpretativa, foram nomeados para a Suprema Corte dos EUA, juízes considerados originalistas, cujos maiores expoentes são Robert Bork, Antonin Scalia e Clarence Thomas.

[68]Um exemplo de decisão judicial que se utilizou de expressão performática, vazia de conteúdo, foi a proferida no julgamento da Cautelar na ADPF 347/DF, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, atinente à situação do sistema carcerário brasileiro, na qual se utilizou da expressão "estado de coisas inconstitucional". Trata-se de expressão fluída, genérica e líquida, de substrato frágil, um "conceito ônibus", no qual tudo cabe, implicando na ubiquidade das declarações de inconstitucionalidade.Tais críticas podem ser encontradas em STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo. Acesso em: 26 out. 2021.

As expressões performáticas mais frequentemente encontradas em decisões judiciais ativistas são: "justiça[69]", "conveniência e oportunidade", "proporcionalidade", "interesse público", entre outras, que servem para dar uma fundamentação jurídica "de fachada", que escamoteia a própria subjetividade e voluntarismo do julgador. Confira-se:

> É esse o problema das fundamentações construídas com base em enunciados performáticos. Consiste em motivações aparentes, que não satisfazem o dever insculpido no art.93, IX, da CF. Decerto, a verdadeira fundamentação é a exposição das razões que levaram o julgador a decidir dessa ou daquela forma e, num Estado Democrático de Direito, uma das suas principais funções é possibilitar o controle do ato decisório para que se evitem arbitrariedades. Na democracia constitucional, é dever do magistrado expor aos seus jurisdicionados os bastidores do seu pensamento. Assim, exige-se do juiz que fundamente para obrigá-lo a demonstrar que decidiu de acordo com o direito e, deste modo, constrangê-lo a decidir com fulcro em critérios jurídicos. Ao se utilizar de enunciados performáticos, o magistrado dribla o dever constitucional de motivar, pois emprega termos vazios de conteúdo, sobre os quais não é possível ter um controle racional, o que, notadamente, frustra os fins da fundamentação. Em termos mais duros, o juiz frauda a motivação por meio de locuções ocas (como o termo "justiça"), nas quais esconde o significado que desejar; o jurisdicionado, leigo, fica rendido diante de uma fundamentação formal e blindada contra o controle, essencial, ao próprio Estado de Direito (ABBOUD, 2019, p. 1.333).

No ativismo judicial contra os limites ou literalidade do texto legal, o julgador decide em completo descompasso em relação ao que determina a literalidade do texto legal que disciplina a situação sob julgamento.

Essa modalidade de ativismo judicial não se confunde com a interpretação conforme a constituição[70] ou com a declaração parcial de inconstitucionalidade sem

---

[69]A expressão "justiça" como enunciado performático em decisões ativistas é bem explicada por Maira Santos: "O enunciado 'decido para atender a um ideal de justiça', não obstante possa se estruturar em quantidade maior ou menor de palavras, não diz absolutamente nada. Poderia, inclusive, ser sintetizado na fórmula 'porque quero'. Esse resumo só não se opera porque, num Estado Democrático de Direito, não se admite que as funções públicas sejam realizadas conforme a vontade de quem as exerce, de forma que decisão nenhuma poderia sobreviver se não fosse, ao menos, disfarçada de juridicidade, ou seja, fundamentada formalmente" (SANTOS, 2017, p. 115).

[70] O postulado da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é uma decorrência lógica da supremacia formal da Constituição e da superior hierarquia que ocupa no ordenamento jurídico. Sua formulação básica é explicada por Gomes Canotilho: "No caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição". Prossegue o constitucionalista português com uma importante advertência: "A interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objetivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dissintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador" (CANOTILHO, 2002, p. 1212-1213).

redução de texto[71] (ambas previstas no art.28, parágrafo único, da L.9.868/1999[72]), mas se revela uma postura na qual o próprio significado da norma é esvaziado pela interpretação que lhe confere o julgador.

Em outros termos, no ativismo judicial contra os limites ou literalidade do texto legal, o órgão judicial priva o preceito legal interpretado de função útil, acolhendo critérios e soluções opostos aos critérios e soluções pretendidos pelo legislador ordinário (MIRANDA, 2019).

Na prática do ativismo judicial contra a literalidade do texto legal, o Poder Judiciário profere as chamadas sentenças substitutivas, espécie de decisões manipuladoras ou normativas, conforme explica Inocêncio Mártires Coelho:

> Quanto às chamadas decisões manipuladoras ou normativas, assim se consideram as sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, agindo como legislador positivo, modifica (= manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o propósito de adequá-lo à Constituição. Daí a existência das chamadas sentenças aditivas e substitutivas, como subespécies das decisões normativas ou manipuladoras. [...] Quanto às sentenças substitutivas, a corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 186-187).

Exemplos recentes de decisão ativista contra os limites do texto legal, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal podem ser verificadas no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, no qual decidiu-se, por maioria, que, diante da ocorrência de mutação constitucional do art. 52, inciso X[73], da Constituição da República, o papel do Senado Federal é apenas e tão-somente dar publicidade à decisão, sendo que o efeito *erga*

---

[71] Na técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, não se discute sequer acerca da interpretação da norma, mas sim quanto ao seu âmbito de aplicação, conforme adverte Luiz Guilherme Marinoni: "Não se reduz a validade do dispositivo, que resta com plena força normativa, mas o seu âmbito de aplicação. Quando se afirma, na ação de inconstitucionalidade, a invalidade da norma em relação a certa situação, o Tribunal pode reconhecê-la, afirmando-a, mas ao mesmo tempo reconhecer a sua aplicabilidade a situações diversas e, por isso mesmo, preservar o seu texto" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 1296).

[72]Art. 28, parágrafo único: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

[73]Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) Inciso X -suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

omnes e vinculante decorreria da própria decisão judicial. Trata-se de decisão *contra legem*, que ignora a redação literal de dispositivo constitucional e que afasta atribuição que foi dada pelo próprio constituinte originário ao Senado Federal[74].

O chamado ativismo judicial messiânico advém do desempenho da função iluminista por parte do julgador, função esta idealizada por Luís Roberto Barroso: "Cortes constitucionais desempenham, por vezes, excepcionalmente, um papel iluminista. Atuam para empurrar a história, para avançar o processo civilizatório" (BARROSO, 2019, p. 60-61).

O julgador messiânico, conforme explica Georges Abboud, "se sente à vontade para ignorar as regras legais da democracia constitucional, pois isso é necessário para alcançar um bem maior; (...) é mais do que um juiz; é antes de tudo, um agente transformador da história (ABBOUD, 2019, p. 1343).

O desempenho da função iluminista por parte de cortes constitucionais e a consequente prática do ativismo judicial messiânico é de acordo com Bruno Torrano (2019), de questionável legitimidade, na medida em que apresenta contornos autoritários. Confira-se:

> Uma vez iniciado o processo contingente de "vanguarda iluminista", não há mínimo espaço para a noção democrática de freios e contrapesos: o Poder Estatal – no caso, o STF -, imiscui-se na prerrogativa de delimitar a extensão de sua própria autoridade, sem se sujeitar a nenhum limite externo (nem mesmo os limites do texto constitucional). Afinal, se seguirmos à risca o pensamento de Barroso, teremos invariavelmente um, e só um, critério para determinar se um caso pode ou não servir como "mola moral" da sociedade: o juízo individual, seletivo e *interna corporis* de "cautela, parcimônia e autocontenção, feito por ele mesmo ou, no limite, pelo colegiado da instituição jurídica que integra – o Supremo Tribunal Federal. (...) Se levada a sério a tese da "vanguarda iluminista", não há mínimos elementos de previsibilidade quanto ao conteúdo que o STF pode vir a atribuir ao vago termo "progresso moral": diferentes ministros, com diferentes concepções pessoais de justiça, visando "empurrar" a sociedade para "avanços civilizatórios", podem manipular *a contento* a expressão, produzindo consequências diversas e conflitantes entre si. Por um lado, isso desautoriza aqueles que falam em "vanguarda iluminista" quando concordam com algum tipo específico de

[74] Nesse julgamento, merece destaque trecho do voto vencido do Ministro Marco Aurélio que não admitiu a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF, por entender que seria necessária uma emenda constitucional para alterar o mencionado dispositivo constitucional. Confira-se: "Tempos estranhos, aonde vamos parar? Somos 11 Presidentes, a integrar o Supremo e temos, realmente, a última palavra sobre o direito positivo. Mas temos a última palavra sobre o direito positivo considerado o grande sistema revelado pela Carta da República. E aí, não posso ignorar o que se contém nessa mesma Carta da República; não posso desconsiderar que 81 são os Senadores e 513 os Deputados, eleitos representantes do povo brasileiro. (...) Recuso-me, Presidente, a dizer que o Senado da República é um verdadeiro diário oficial; que simplesmente deve publicar as decisões do Supremo formalizadas no controle concreto de inconstitucionalidade, formalizadas no âmbito do controle difuso de inconstitucionalidade (...) O art. 52, X, atende à independência e harmonia entre os poderes; que sinaliza que o sistema nacional é um sistema equilibrado, ao prever, e ao prever em bom vernáculo, que compete ao Senado não simplesmente publicar a decisão, mas suspender a execução..." (STF, ADIs 3.406 e 3.470, Voto do Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 29.11.2017).

> ideologia. Afinal, por que o STF só poderia ser considerado "iluminista" na hipótese de "eu", ou meu grupo político, concordar com o ativismo jurídico contingencial? Por outro lado, o STF pode ser considerado autoritário tanto nos casos em que pretende "empurrar" a sociedade para um posicionamento qualificado como de "esquerda" quanto nos casos em que guina seu ativismo para um entendimento de "direita" (TORRANO, 2019, p. 316-317).

Bem semelhante ao ativismo judicial messiânico é o ativismo ideológico-moralista, o qual se verifica quando a discordância ideológica do julgador em relação à legislação acaba por retirar a eficácia desta última.

Um exemplo de decisão na qual se praticou tanto o ativismo judicial messiânico quanto o ativismo ideológico-moralista se encontra no julgamento do HC 124.306/RS[75], do Supremo Tribunal Federal, no qual se determinou, em sede de *habeas corpus* não admitido, a inconstitucionalidade do crime de aborto no primeiro trimestre da gestação.

Em crítica contundente à mencionada decisão, Lenio Streck (2018) afirma que o julgamento do caso ultrapassou os limites da interpretação judicial e interveio indevidamente em questões políticas. Confira-se:

> Ao contrário do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 54, e na contramão dos limites que a democracia exige do seu Judiciário, o Supremo Tribunal Federal alavanca o ativismo a cada dia. Dessa vez, o ativismo ultrapassou qualquer limite que ainda restava daquilo que Montesquieu havia nos deixado. No voto-vista do HC 124.306/RS, de lavra do Ministro Roberto Barroso, é possível perceber a dimensão do ativismo em *terrae brasilis*. E, veja-se: não se trata nem de entrar no mérito da decisão. Não é isso que queremos discutir. O que queremos é discutir as condições de possibilidade de o Direito sobreviver à moral e à política. [...] Não se invalida uma lei com argumentos de política; os julgamentos devem ser de princípio. Por isso, é desimportante aquilo que o juiz pensa ou acha pessoalmente acerca do conteúdo da lei. Cada um tem o seu papel na democracia (STRECK, 2018, p. 297-301).

No ativismo judicial populista o Poder Judiciário, por meio dos seus julgamentos, busca atender aos anseios da maioria da população, a chamada "voz das

---

[75]Habeas Corpus nº 124.306, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, impetrado em face de acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ, em que os pacientes (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, devido à suposta prática dos crimes previstos nos arts. 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal. Do voto-vista do Relator do Acórdão, Ministro Roberto Barroso, a *ratio decidendi* foi que se tratava de caso de interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, uma vez que a criminalização, em tal hipótese, violaria diversos direitos fundamentais, bem como o princípio da proporcionalidade. A decisão foi por maioria de votos, no sentido de não conhecer da impetração, mas conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso. Restou vencido o Ministro Marco Aurélio.

ruas[76]". Por meio do ativismo judicial populista, a Suprema Corte desempenha um papel diametralmente oposto à sua função contramajoritária, vale dizer, a proteção dos direitos fundamentais das minorias em face do arbítrio das maiorias, com o objetivo de obter prestígio e aumentar sua popularidade.

O resultado do exercício dessa modalidade de ativismo judicial é o surgimento do "populismo judicial[77]" e dos juízes "heróis", cuja missão maior não é a de interpretar as normas do ordenamento jurídico com imparcialidade e equidistância, mas sim a de catalisar as aspirações sociais difusas e fazer "justiça" a qualquer preço.

O ativismo judicial populista e populismo judicial se revelam particularmente preocupantes quando praticados pelo Supremo Tribunal Federal[78] no exercício de sua função precípua de guarda da Constituição da República. Tal preocupação não decorre apenas e tão somente da fragilização de direitos fundamentais das minorias, mas também porque a Corte Suprema, ao julgar para atender clamores sociais, dele se torna refém, fragilizando-se no longo prazo. Confira-se:

---

[76]Conforme explica Daniel Mitidiero (2018), não é possível identificar com exatidão a "voz das ruas", em razão da complexidade e pluralismo das sociedades modernas. Confira-se: "O que seria exatamente a voz das ruas? Como se tem acesso a ela? E como se controla a correta interpretação do juiz que a seguir? Seriam os tribunais brasileiros apenas cortes de cassação e formação de precedentes jurídicos, ou também órgãos de coleta de pesquisas de opinião? Em uma sociedade complexa e pluralista, não é fácil descobrir a genuína opinião pública sobre um assunto palpitante. Isso porque o universo populacional carece de atributos seguros para promover uma adequada análise de conjuntura. Faltam informações isentas e tempo de processamento dessas informações com relativo distanciamento emocional do caso. Como assuntos políticos são recorrentes e a todos interessam, o distanciamento emocional a todos limita. Assim, nem a população, nem o pesquisador, e tampouco o juiz conseguiriam exprimir o real significado da "voz das ruas" a ponto de utilizá-lo usá-lo como critério decisório" (MITIDIERO, Daniel. O judiciário deve ouvir a voz das ruas? Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/278098/o-judiciario-deve-ouvir-a-voz-das-ruas. Acesso em: 30 out. 2021.

[77] A temática acerca do populismo judicial é tão complexa quanto antiga. Com efeito, o mais famoso e emblemático exemplo de populismo judicial pode ser encontrado do julgamento de Jesus Cristo por Pôncio Pilatos. De acordo com os evangelhos, o romano Pôncio Pilatos, governador da Judéia, somente condenou Jesus Cristo à crucificação para atender às pressões populares (a "voz das ruas"), mesmo convencido da inocência do acusado. O gesto de lavar as mãos (Mateus, Cap. 27, Vers.24) simboliza decidir em desacordo com a impessoalidade da lei em prol de atender os anseios populares de ocasião.

[78]É digno de nota registrar que os julgamentos orientados pela "voz das ruas" já foram defendidos por integrantes da Suprema Corte brasileira. Exemplo dessa postura pode ser constatada na entrevista de Luiz Fux, atual Presidente do STF, às páginas amarelas da Revista Veja. Segue um trecho da entrevista: "O povo vive da confiança legítima que as instituições do país inspiram. É muito importante que as instituições gozem da legitimidade democrática do povo. Isso só ocorre quando se ouve a voz das ruas. Nenhum poder deve dar as costas para a sociedade. A par das paixões passageiras, o povo sabe o que quer e o que espera das instituições. Ouvir e ponderar não é subjugar" (FUX, Luiz. O Brasil não admite retrocesso. Disponível em: https://veja.abril.com.br/paginas-amarelas/nada-justifica-derrubar-a-lava-jato-diz-luiz-fux/. Acesso em: 30 out. 2021.

> No exato momento em que o Judiciário afirma não poder ignorar a vontade das ruas, ele está se expondo a pressões sociais e políticas de toda ordem. Nesse modelo, qualquer decisão polêmica gerará ressentimento, na medida em que, para a sociedade, o agir do Judiciário não está sendo pautado pelas regras do jogo democrático, mas sim para atender pautas vocalizadas por grupos de pressão organizados. [...] Atender ao clamor das ruas pode aumentar - principalmente nas redes sociais - a popularidade do Judiciário. Entretanto, a médio e a longo prazo, fazê-lo corrói o alicerce de sua legitimidade, a ponto de tornar inviável ao Judiciário agir de forma contramajoritária (ABBOUD, 2019, p. 1.347).

Um exemplo que bem ilustra a prática de ativismo judicial populista na recente história jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal foi o julgamento da ADIn 3.999/DF e da ADIn 4086[79], da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgadas em 12/11/2008, na qual houve a declaração de constitucionalidade de resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que regiam o processo e o julgamento de perda do mandato parlamentar na hipótese de desfiliação partidária.

Na prática, ao julgar as mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Tribunal Superior Eleitoral tem atribuição para legislar sobre questões referentes à fidelidade partidária e o mais grave, criou, por meio de decisão judicial uma nova hipótese de perda do mandato, a infidelidade partidária, sem que exista previsão constitucional[80] ou infra legal neste sentido.

Similar ao ativismo judicial populista é o ativismo judicial puramente consequencialista. Nesta modalidade de ativismo judicial a decisão é permeada por um discurso em prol da eficiência (economicista), colocando o direito em segundo plano no julgamento de temas relevantes para a sociedade.

---

[79]Segue importante trecho do julgamento: "O STF, por ocasião do julgamento dos MS 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. (...) Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE. < br > (ADI 3.999 e ADI 4.086, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 12-11-2008, P, DJE de 17-4-2009.)

[80]O art. 55 da Constituição da República prevê, em rol taxativo, as hipóteses de perda do mandato dos congressistas. Apenas emenda constitucional poderia criar uma nova hipótese de perda do mandato, não podendo isso ser feito por decisão judicial, o que leva à conclusão de que a decisão do STF, no julgamento das referidas ADIs, foi ativista por invadir a esfera de atribuição do Poder Legislativo.

A temática do ativismo judicial consequencialista e suas práticas utilitaristas guardam estreita relação com a análise econômica do direito[81], a qual defende, em síntese, que determinadas técnicas devem ser utilizadas para possibilitar uma análise do custo-benefício das condutas regulamentadas pelas leis, de modo a se garantir que a alocação de recursos e direitos se dê sempre de maneira eficiente (ALQUALO, 2015).

Exemplo de ativismo judicial consequencialista, nos quais argumentos utilitaristas prevalecem sobre a análise jurídica propriamente dita, pode ser verificado no julgamento do HC 126.292/SP, no qual houve uma alteração no entendimento acerca da presunção de inocência, passando o Supremo Tribunal Federal, a permitir a chamada "execução antecipada" da pena[82].

Neste julgamento, o voto do Ministro Roberto Barroso, por exemplo, valeu-se de dados estatísticos segundo os quais "o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%", e, no mesmo sentido, apontou, com base em dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do Supremo, que, entre os anos de 2009 e 2016, as decisões absolutórias representam 0,0035% do total das 25.707 pesquisadas[83].

Portanto, o consequencialismo do supracitado voto pode assim ser sintetizado: Se poucos réus conseguem ser absolvidos nas instâncias superiores do Poder Judiciário brasileiro, não há prejuízo, numa análise de custo-benefício, em se autorizar que suas penas já possam ser executadas após um julgamento em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em julgado.

Ainda de acordo com esse raciocínio, não haveria problema em alguns réus inocentes serem presos antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, já que a maioria dos réus não teria seus recursos providos de qualquer modo no STF e STJ.

---

[81]O movimento conhecido como "direito e economia" propõe que os juízes se utilizem de discricionariedade para atingir resultados eficientes, ou seja, resultados que evitem o desperdício social, bem como levem em consideração a análise de custo-benefício para orientar a eficiência da decisão judicial. Nesse particular, Richard Posner propõe "que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente; e que sejam pecuniarizados – apenas para possibilitar uma comparação entre eles traduzindo-os numa unidade comum, o dinheiro (POSNER, 2010, p. XIV).

[82]A temática acerca da "execução antecipada" da pena após o julgamento em 2º grau será abordada com maior profundidade no capítulo 3 deste trabalho. Por ora, registre-se, apenas, a existência de dados estatísticos distintos, e que apontam uma chance significativa de êxito nos recursos e *habeas corpus* impetrados perante o STJ e STF, sobretudo em casos de réus representados pelas Defensorias Públicas.

[83]A íntegra do voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso no julgamento do HC 126.292/SP pode ser consultada em: https://www.conjur.com.br/dl/hc-prisao-segundo-grau-voto-barroso.pdf

Destarte, na prática do ativismo judicial puramente consequencialista, o julgamento é pautado "antes por um discurso obsessivo de eficiência do que por elementos empíricos que o possam confirmar" (ABBOUD, 2019, p. 1354).

Por fim, dentro da classificação sugerida por Georges Abboud, existe o ativismo judicial por inação, no qual o órgão judicial simplesmente não decide determinada questão posta à sua apreciação, ou seja, se omite, travando a proteção de direitos e a própria garantia fundamental da tutela jurisdicional, a qual deve ser efetiva, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni:

> A tutela jurisdicional tem de ser efetiva. Trata-se de imposição que respeita aos próprios fundamentos do Estado Constitucional, já que é facílimo perceber que a força normativa do direito fica obviamente combalida quando esse carece de atuabilidade. Não por acaso a efetividade compõe o princípio da segurança jurídica - um ordenamento jurídico só é seguro se há confiança na realização do direito que se conhece. A efetividade da tutela jurisdicional diz respeito ao resultado do processo. Mais precisamente, concerne à necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material, propiciando-se às partes sempre tutela específica - ou tutela pelo resultado prático equivalente - em detrimento da tutela pelo equivalente monetário. [..] Onde há um direito existe igualmente direito à sua realização. Um direito é uma posição juridicamente tutelável. É da sua previsão que advém o direito à sua tutela – posto que o fim do direito é a sua própria realização. A previsão do direito pela ordem jurídica outorga desde logo pretensão à sua proteção efetiva. Se a ordem jurídica prevê direito inviolável à imagem, honra, intimidade e vida privada, por exemplo, prevê no mesmo passo direito à tutela inibitória capaz de prevenir a sua ilícita violação, direito à tutela reintegratória para remover a fonte do ilícito ou seus efeitos e direito à tutela reparatória contra o dano experimentado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 835-837).

Existem duas formas por meio da qual o Supremo Tribunal Federal pratica o ativismo judicial por inação: poder de pauta do presidente e do relator e pedidos de vista dos autos[84].

O ministro relator de cada processo tem o poder de pautar o julgamento da causa. Em determinadas situações tal poder de pauta é desvirtuado, de modo que o

[84]Para os fins a que se propõe o presente trabalho, pelo menos dois casos podem ser citados como exemplos de ativismo judicial por inação: (i) O Recurso Extraordinário n. 635.659, Relator Ministro Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em agosto de 2010, no qual se aponta a inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006), e que se encontra até a presente data pendente de julgamento definitivo; (ii) Suspensão, em janeiro de 2020, de diversos artigos da L.13.964/2019 (pacote anticrime) no bojo das ADIs 6.298, 6.299 e 6.305, por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, especificamente no tocante aos relevantes temas sobre juiz de garantias, sistema acusatório, inquérito e prova, decisão esta que, até a presente data, ainda não foi submetida ao Plenário do STF, causando inúmeros prejuízos a direitos e garantias fundamentais de pessoas submetidas à persecução penal.

processo fica pendente de decisão por tempo indeterminado[85]. Isso ocorre, por exemplo, quando há pedido de liminar e o ministro relator não decide e nem submete a questão a julgamento pelo plenário do Tribunal, conforme explica Fabricio Lunardi:

> Assim, por exemplo, quando o ministro relator acredita que não possui maioria no colegiado, pode simplesmente jamais pedir pauta para julgamento. Da mesma forma, se o ministro relator entende que o STF não deve intervir na questão porque ela deve ser resolvida pelo Legislativo ou pelo Executivo, ou simplesmente que a circunstância fática não deve ser modificada, pode, por exemplo, dizer que não há urgência, indeferir a liminar (por uma questão de forma) e jamais pautar o processo (LUNARDI, 2020, p. 202).

O Presidente do Supremo Tribunal Federal também tem a prerrogativa de pautar os processos que serão submetidos a julgamento em plenário. A elaboração da pauta, todavia, não obedece a critérios fixos e não há transparência em tal escolha, dando azo a discricionariedade e consequente omissão na análise de casos importantes para toda a sociedade[86].

Outra prática que pode conduzir ao surgimento do ativismo judicial por inação é o poder que todos os ministros têm de pedir vista dos autos, postergando o fim do julgamento do processo e deixando a questão *sub judice* sem decisão definitiva por um prazo excessivamente longo. Confira-se:

> Outra regra que, se desvirtuada, dá poderes quase absolutos a cada ministro do STF, individualmente, diz respeito ao pedido de vista. Quando um pedido de vista num julgamento pela Corte Constitucional é realizado, é possível que seja legítimo, quando utilizado para que o ministro melhor analise a questão. Contudo, na prática, diversas vezes tem se mostrado uma forma de poder estratégico, de empoderamento de um ministro do Supremo em detrimento do

---

[85]A excessiva demora e o não julgamento de medidas liminares pelo Pleno do STF é um problema grave, porquanto implica em inaceitável retardamento da tutela jurisdicional provisória e verdadeira denegação de efetividade da jurisdição. Na pesquisa feita pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro denominada "Supremo em Números", verifica-se os processos nos quais as liminares demoraram mais tempo para serem analisadas pelo Órgão Plenário do STF, dentre os quais destacam-se os seguintes: ADI n. 1229, ajuizada em fevereiro de 1995 e cuja liminar foi julgada pelo Pleno do STF somente em abril de 2013, ou seja, mais de 18 anos após o ajuizamento; ADI n. 2077, cuja liminar foi decidida pelo Pleno somente no ano de 2013, ou seja, mais de 13 anos após a propositura da ação; ADI n. 1945, cuja liminar foi decidida pelo Plenário mais de 11 anos após o ajuizamento; ADI n. 1924, com decisão liminar analisada somente 10 anos e 4 meses após a propositura da ação, dentre outras cuja análise demorou tanto, a ponto de vulnerar o princípio constitucional da razoável duração do processo (FALCÃO;HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 119-120).

[86]É recorrente a crítica de que existe uma manipulação da pauta pelos presidentes do STF, inclusive por alguns dos Ministros da Corte. Nesse sentido, conferir matéria jornalística veiculada no Jornal O Globo: Marco Aurélio critica 'manipulação da pauta'no STF: 'tempos estranhos'. 27.06.2018. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/marco-aurelio-critica-manipulacao-da-pauta-no-stf-tempos-estranhos-22827300. Acesso em: 02 nov. 2021.

> seu colegiado, do Congresso e de toda a sociedade. [...] há evidências empíricas que indicam que o pedido de vista não é utilizado na prática para que ministros do STF estudem melhor casos complexos, mas se trata, em verdade, de um instrumento que lhes confere um poder de definição da sua própria agenda dentro da Corte (LUNARDI, 2020, p. 206).

É curioso notar que, embora a legislação regente da matéria estabeleça que o prazo máximo do pedido de vista seja de 20 (vinte) dias (art. 940 do CPC[87]), pesquisa científica da FGV/Rio demonstra que, em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), levando-se em consideração os pedidos de vista em processos devolvidos (até 31.12.2013), a média de tempo entre o pedido de vista e a devolução dos autos para julgamento era de 1,2 anos. No caso dos processos com pedidos de vista, mas ainda não devolvidos até o final de 2013, a média era de 3,7 anos (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014).

2.3.2 Classificação proposta por Bruno Torrano

Bruno Torrano (2019) classifica o ativismo judicial em duas modalidades distintas: (i) ativismo judicial substantivo e (ii) ativismo judicial procedimental.

No ativismo judicial substantivo, o Poder Judiciário substitui juízos políticos e morais do legislador por outros juízos, considerados, pelo julgador, mais justos e desejáveis. Para Torrano, o ativismo judicial substantivo é reprovável do ponto de vista democrático, já que, em sua visão, "o custo de realizar eventuais alterações no texto constitucional e legal por intermédio de raciocínios ad hoc de diversos magistrados não eleitos (...) supera em muito o custo de espera de tais modificações pelos mecanismos inerentes à lógica procedimental de uma democracia em pleno funcionamento" (TORRANO, 2019, p. 308).

---

[87]Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução.§ 1º Se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou se não for solicitada pelo juiz prorrogação de prazo de no máximo mais 10 (dez) dias, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído.

Em contextos nos quais ocorre com muita frequência o ativismo judicial substantivo, surge o fenômeno da "Juristocracia[88]", o qual acaba por causar um alto grau de desarmonia entre os poderes do Estado e a própria deterioração da democracia (TORRANO, 2019).

O ativismo judicial procedimental, por sua vez, consiste na intervenção do Poder Judiciário no processo legislativo, com o intuito de tutelar a regularidade dos procedimentos legislativos atinentes à criação e melhoria das leis. Confira-se:

> Daquele que sustenta formas de autodisciplina judicial a partir de considerações sobre o valor da deliberação pública, espera-se, por coerência, a contrapartida de reconhecer que somente a preservação radical das regras procedimentais do devido processo legislativo é capaz de assegurar, ou, ao menos, potencializar a criação de leis legítimas, dignas de respeito e consideração por parte do magistrado. As regras do jogo parlamentar reforçam a ideia das democracias liberais no sentido de que os debates públicos e institucionais devem ser realizados em um ambiente não distorcido de conversação, de modo a garantir, na maior medida possível, a paridade de armas participativas e argumentativas. Isso quer dizer que não passam pelo critério de constitucionalidade leis que são forjadas na calada da noite, em reuniões desvencilhadas da necessária publicidade e debate público, nem leis que são produto de compra de votos, corrupção, ou que passam por procedimentos construídos a partir de distorções interpretativas do regimento interno das Casas Legislativas (TORRANO, 2019, p. 304-305).

Em sua história recente, o Supremo Tribunal Federal tem, com certa frequência, se utilizado do argumento da matéria "*interna corporis*" para evitar deliberar acerca da interpretação mais adequada dos regimentos internos do Congresso Nacional[89]. Em outras palavras, a Suprema Corte brasileira tem sido passiva no exercício do controle de

---

[88]A Juristocracia, também conhecida como "gigantismo judicial" (MAUS, 2000) ou "governo dos juízes" (LAMBERT, 2010), pode ser definida como "uma forma de degradação da democracia constitucional em que a autonomia e a separação dos poderes são golpeadas por um ativismo judicial que atinge a esfera dos demais Poderes, sem respaldo constitucional. Em um Estado Constitucional, o Judiciário deveria atuar como árbitro da democracia, a quem incumbe garantir que as regras do jogo sejam respeitadas. É extremamente preocupante quando o próprio árbitro é o primeiro a violar o código que rege a partida, sobretudo as normas não escritas, essenciais a todo o regime democrático: o respeito mútuo (*mutual tolerance*) e a abstenção institucional (*institutional forbearance*)" (ABBOUD, 2019, p. 1366-1367).

[89]Exemplo ilustrativo dessa prática do Supremo Tribunal Federal foi a decisão proferida nos autos da ADI 4.425, no ponto em que se discute a validade formal da Emenda Constitucional n.62/2009 (Emenda dos Precatórios), onde o Tribunal, por maioria, rejeitou a alegação de inconstitucionalidade formal de uma Emenda à Constituição votada e aprovada, no Senado Federal, em duas sessões realizadas no mesmo dia 02 de dezembro de 2009, com menos de uma hora de intervalo entre ambas. Apesar de reconhecer expressamente que o art.362 do Regimento Interno do Senado Federal estabelece categoricamente um intervalo mínimo de 5 (cinco) dias entre uma sessão e outra para aprovação das Emendas Constitucionais, bem como a relevância moral da finalidade da regra constitucional que estabelece a exigência de votação em dois turnos para Emendas à Constituição (art. 60, § 2º), prevaleceu o entendimento que nega qualquer força ao Regimento Interno e se abstém de reconhecer a inconstitucionalidade formal com base na antiga tese das matérias "interna corporis", que não reconhece qualquer possibilidade de incursão do Poder Judiciário para assegurar a regularidade do processo legislativo.

constitucionalidade do procedimento legislativo, ao mesmo tempo em que tem sido excessivamente ativista do ponto de vista substancial.

Essa combinação de passivismo no controle do processo legislativo e do ativismo no controle do resultado das deliberações parlamentares, na visão de Thomas Bustamante (2018), constitui o pior cenário possível para uma corte constitucional. Confira-se:

> De um lado, o passivismo facilita que as maiorias ocasionais oprimam as minorias no debate parlamentar. Sem um controle rigoroso sobre o processo legislativo, inclusive sobre as normas regimentais e regulamentares, a deliberação parlamentar é reduzida a uma mera formalidade, e o processo legislativo perde a racionalidade e a imparcialidade que lhe são próprias. [...] De outro lado, o ativismo não leva suficientemente a sério o desacordo moral razoável que é próprio das grandes escolhas políticas realizadas pelo legislador, e faz com que a corte tenha dificuldade para respeitar opiniões diferentes das suas sobre questões políticas e de justiça distributiva (BUSTAMANTE, 2018, p. 18).

As classificações do ativismo judicial acima expostas devem ser complementadas por outra, exposta nas linhas seguintes, de modo a se apresentar, neste trabalho, uma compreensão abrangente do objeto de estudo.

2.3.3 Classificação proposta por Roberto Basilone Leite

Basilone Leite (2014), em sua tese de doutorado em direito, a partir de um estudo minucioso sobre os contornos, conceitos e dilemas do que ele chama de ativismo judicial *lato sensu*, propõe distinguir dois tipos de ativismo judicial: o ativismo judicial político e o ativismo judicial jurisdicional-democrático.

De acordo com essa classificação, o ativismo judicial político corresponde a postura em função da qual o juiz tende a buscar ampliar o campo de abrangência de suas decisões de modo a decidir questões de mérito político, algo muito próximo do modelo estadunidense e que, de fato, por expressar na maioria das vezes valores políticos, seria inadequado ao modelo democrático deliberativo, reforçando características perniciosas que marcaram a história do Poder Judiciário brasileiro[90] (LEITE, 2014).

[90]Nesse ponto, é importante chamar atenção para o fato de que o Poder Judiciário brasileiro, historicamente, padece de uma espécie de déficit institucional que consiste em sua incapacidade de desempenhar funções eminentemente jurisdicionais no âmbito de um Estado democrático, conforme explica Basilone Leite: “Cinco séculos de autoritarismo modelaram a máquina judiciária brasileira de modo a servir às necessidades do Estado autoritário, consistentes basicamente em manter o poder nas

Já o ativismo judicial jurisdicional consiste na tendência adotada pelo juiz que atua em um Estado pós-autoritário e cujo principal papel seria, então, criar as condições para a garantia efetiva dos direitos dos cidadãos, por meio da ação jurisdicional propriamente dita, ou seja, tendo como foco decisões que versem não sobre matéria de conteúdo político, mas sobre matéria jurídica relativa à garantia de direitos e sanção de atos ilícitos (LEITE, 2014).

Assim, nada obstante sejam ambas modalidades de ativismo judicial e impliquem na adoção, por parte do julgador, de uma postura que amplia o campo de abrangência de suas decisões, não podem ser confundidos, na medida em que "no ativismo judicial político o magistrado decide questões de mérito político, ao passo que no ativismo judicial jurisdicional ele sentencia sobre matéria puramente jurídica relativa à garantia de direitos individuais e sanção de atos ilícitos" (LEITE, 2014, p. 181).

2.4 O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.4.1 Considerações iniciais

De tudo o que foi falado até aqui sobre o ativismo judicial, resta evidente que a discussão sobre esse tema está umbilicalmente ligada ao debate acerca do(s) limite(s) da autoridade da corte constitucional e sobre sua legitimidade para decidir determinadas questões com forte matiz política.

As intervenções do Supremo Tribunal Federal na esfera de atuação e de decisão dos demais poderes deixaram de ser pontuais e episódicas e passaram a fazer parte do cotidiano das relações institucionais no Brasil. Isso significa que a Corte Constitucional brasileira passou a frequentemente atuar de maneira criativa ao revelar o sentido dos textos legais que interpreta, indo muito além da função de mero legislador negativo[91].

---

mãos dos indivíduos que a ele ascenderam por vias não democráticas e, por conseguinte, obstaculizar o exercício dos direitos e liberdades do cidadão na medida em que estes oferecessem algum risco potencial à preservação daquele objetivo primordial (qual seja: a manutenção no poder da autoridade ilegítima). [...] o Judiciário que, por qualquer razão, se mostre incapaz de assegurar efetividade aos direitos fundamentais dos cidadãos padecerá de um déficit puramente jurisdicional, um déficit meramente de jurisdição, que podemos chamar de déficit político formal ou institucional, ou simplesmente déficit político, porque nesse caso o Judiciário falha no cumprimento da função político-institucional que a ele incumbe no contexto da sociedade democrática, que é a função de garantir os direitos" (LEITE, 2014, p. 180-181).

[91]A metáfora do legislador negativo foi usada por Hans Kelsen (2006) para representar o papel dos tribunais constitucionais de retirar do ordenamento jurídico as leis incompatíveis com a Constituição.

Nesse contexto, é importante abrir um parêntese e esclarecer que ativismo judicial nada tem a ver com o acerto ou desacerto quanto ao mérito da decisão, ou seja, com a sua correção ou incorreção substancial. O ativismo judicial se relaciona, sobretudo, com a falta de legitimidade para decidir acerca de determinadas matérias. Confira-se:

> É moralmente legítima uma entidade ou instituição que consegue justificar a sua autoridade para decidir uma determinada questão política, ou o seu direito de realizar um juízo normativo sobre qual ação deve ser adotada, independentemente do erro ou do acerto da decisão no caso concreto. A justificação da autoridade para decidir independe, portanto, da correção substancial de cada uma de suas decisões em cada caso concreto. É carente de autoridade justificada – e, portanto, "ativista" – a decisão de uma corte constitucional que realiza um juízo político para o qual essa corte não está moralmente legitimada. O que define uma decisão como ativista não é, portanto, um critério de correção substancial sobre o conteúdo de uma decisão, mas a ausência de legitimidade política para decidir (BUSTAMANTE, 2018, p. 24).

Estabelecida essa importante premissa, é inegável que o Supremo Tribunal Federal, em sua recente história jurisprudencial, tem proferido diversas decisões que incorrem em ativismo judicial. Tais julgamentos atingem indiscriminadamente todos os ramos do direito, desde o direito civil até o direito penal, passando pelo direito tributário, administrativo, previdenciário, dentre outros.

A título meramente exemplificativo segue alguns temas que já foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal: (I) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367/DF); (II) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF); (III) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (IV) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR); (V) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330 e ADC 41/DF); (VI) reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo (ADI 4.277 e ADPF 132); (VII) admissão da utilização de créditos de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na entrada de matérias primas e insumos isentos oriundos da Zona Franca de Manaus (RE 592891 e RE 596614), entre outros diversos julgados de grande visibilidade e repercussão.

Todavia, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, nada obstante tenha se intensificado nas últimas duas décadas, não é um fenômeno recente, na medida em que sua prática remonta ao fim do século XIX e passou por diferentes fases, como se passa a demonstrar a seguir.

2.4.2 Fases do ativismo judicial no STF

Ao se fazer um exame da história das relações entre as instituições desde a Proclamação da República, constata-se que, no Brasil, sempre se conviveu com um certo grau de ativismo judicial. O Professor José Reinaldo de Lima Lopes (2017) relata que a preocupação acerca dos limites da autoridade do Supremo Tribunal Federal remonta à época da promulgação da primeira Constituição Republicana, em 1891:

> Os primeiros intérpretes da Constituição de 1891, Pedro Lessa, João Barbalho e Rui Barbosa, frisaram a distinção entre decisões com efeitos políticos e decisões eminentemente políticas. As primeiras são inevitáveis quando se dá a um tribunal poder para verificar os atos produzidos pelos outros Poderes. As segundas são – ou deveriam ser – típicas dos poderes políticos, pois decorrem de um juízo de conveniência fundado em critérios discricionários, como a declaração de guerra ou a aceitação de um embaixador estrangeiro. Os doutrinadores, já naquela época, aconselhavam aos juízes constitucionais certa moderação, exatamente porque seus atos seriam inapeláveis. Assim, dizia-se, deveria ser presumida a validade da lei, não sua invalidade[92].

Do ponto de vista histórico, a "doutrina brasileira do *habeas corpus*" constitui a primeira demonstração de ousadia e criatividade, por parte do Supremo Tribunal Federal, na sua tarefa maior de fixar o sentido e alcance das normas constitucionais.

Com a Proclamação da República e o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1891, o Supremo Tribunal Federal conferiu maior amplitude à garantia do *habeas corpus*, autorizando a sua utilização para amparar situações nas quais não necessariamente se discutia o direito à liberdade de locomoção.

A redação literal do dispositivo constitucional, não o confinando à tutela da liberdade de ir e vir, se deu margem à interpretação ampla sobre o seu cabimento. O texto constitucional dizia: "Dar-se-á o *habeas corpus,* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade, ou abuso de poder (art. 72, § 22).

Assim, a atribuição de maior amplitude à tal garantia deu origem à "doutrina brasileira do *habeas corpus*", a qual, no entender de Alberto Zacharias Toron, "foi uma necessidade histórica ou, do contrário, campearia o arbítrio" (TORON, 2018, p.43).

---

[92]LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo e as crises da República. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/03/1863389-o-supremos-e-as-crises-da-republica.shtml. Acesso em: 04 nov. 2021.

Com efeito, Leda Boechat Rodrigues (1991), em trabalho clássico sobre o tema, destaca ter sido por meio dessa construção jurisprudencial que:

> O Supremo garantira a posse de governadores de Estado, senadores, deputados, vereadores, a liberdade de imprensa, de reunião e de religião, reconheceram o direito de greve, afirmara, durante os frequentes estados de sítio e intervenções federais, as imunidades parlamentares e o direito de senadores e deputados publicarem na imprensa diária seus discursos pronunciados no Congresso, exigiria a aplicação do processo justo (*due process of law)* nos casos de expulsão de estrangeiros "residentes" e dos jovens chamados para as forças militares irregularmente, entre outros (RODRIGUES, 1991, p. 19).

As repercussões políticas do uso da "doutrina brasileira do *habeas corpus*" deram causa a diversos conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário durante toda a República Velha. Inclusive foram frequentes os episódios de descumprimento de decisões judiciais por parte de alguns Presidentes da República no aludido período[93].

O uso progressista do *habeas corpus* chegou ao fim com o advento da Reforma Constitucional de 1926, promovida pelo Presidente Artur Bernardes (1922-1926). Por meio da Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, foi modificado o § 22 do artigo 72 da Constituição, passando a constar expressamente que o habeas corpus apenas poderia ser concedido àquele que "sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

Bastante enfraquecido institucionalmente, o Supremo Tribunal Federal ficou ainda mais debilitado durante o Estado Novo. O Presidente Getúlio Vargas, logo no início de seu governo, reduziu o número de ministros do Supremo de 15 para 11 e aposentou compulsoriamente 6 ministros, acabando, assim, com quaisquer resquícios de independência da Corte. Esse período é bem sintetizado por Emilia Viotti da Costa: "entre 1930 a 1945, o STF viveria um dos mais difíceis períodos de sua história, quando foi obrigado a assistir passivamente à demissão de ministros, à alteração de seu

[93]A título exemplificativo, podem ser citados os HC`s n. 535 e 604, nos quais o Supremo concedeu a soltura de militares presos. O então Presidente da República, Floriano Peixoto, recusou-se a cumprir as decisões, por entendê-la contrária às leis. No mesmo período, houve ainda decisões em sede de habeas corpus que afirmaram que o Executivo não poderia deportar estrangeiros em tempo de paz. Tais decisões também não foram cumpridas por Floriano Peixoto. Posteriormente, já durante o governo de Hermes da Fonseca, o STF concedeu, em habeas corpus, ordens de posse a governadores, senadores, deputados e vereadores contra a vontade política do governo federal (HC 2.984 e HC 3.697). O Presidente da República não apenas desrespeitou tais decisões como também decretou estado de sítio e intervenções nos Estados para assegurar a posse de seus aliados políticos.

funcionamento e à invasão de suas prerrogativas pelo Executivo" (COSTA, 2007, p. 77).

Com o advento da Constituição de 1946, o Brasil passou a respirar ares mais democráticos (ainda que por um breve período). À medida que o Estado Novo chegava ao fim, o Supremo abrandou seu passivismo[94] e chegou a conceder ordens de habeas corpus a condenados políticos. O fim da hipertrofia do Poder Executivo colaborou para que a Corte vivesse um período de renovação e de exercício mais intenso do poder de controle de constitucionalidade, notadamente de atos normativos estaduais (CAMPOS, 2014).

Mas veio o Golpe Militar de 1964 e a instauração de uma ditadura que duraria 21 anos (1964-1985), nos quais o Supremo Tribunal Federal teve sua atuação e funcionamento seriamente comprometidos, conforme explica Elio Gaspari:

> O Supremo Tribunal Federal foi diluído em 1965 e mutilado em 68. Para neutralizar os votos dos ministros nomeados por Kubitschek e João Goulart, ampliou-se de onze para dezesseis o número de assentos no tribunal. Com o AI-5, expurgaram-se Vitor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Da Corte saiu o único caso de protesto do período. Demitiram-se o presidente da casa, Antônio Gonçalves de Oliveira, e seu substituto imediato, o Ministro Antônio Carlos Lafayete de Andrada. Com cinco vagas à mão, o governo Medici devolveu o Supremo ao seu tamanho habitual, e entre os onze sobreviventes lá continuaram Adaucto Lúcio Cardoso e Aliomar Baleeiro [..]. Meses depois juntou-se a eles Bilac Pinto, o responsável pela introdução do conceito de "guerra revolucionária" no vocabulário político civil (GASPARI, 2002, p. 228).

Em síntese, até o fim da ditadura militar, o Supremo Tribunal Federal se tornou um órgão servil aos ditames e vontades do Poder Executivo, sem qualquer influência significativa do ponto de vista político: "a Corte não mais faria qualquer oposição ao governo e os militares estavam mais livres do que nunca para perpetrar todas as atrocidades contra a democracia e os direitos humanos relatados pela história" (CAMPOS, 2014, p. 231).

Com o advento da Constituição da República de 1988 ocorreu o fortalecimento do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, bem como a ampliação dos direitos fundamentais. Nada obstante, num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal

---

[94] Merece destaque, nesse período, o julgamento da cassação do registro do Partido Comunista e a situação dos mandatos dos vereadores, deputados e do senador do mesmo partido (RE n. 12.369, Rel. Min. Laudo de Camargo).

manteve uma postura de autorrestrição funcional, caracterizada por um passivismo judicial. Confira-se:

> O STF não respondeu imediatamente aos incentivos institucionais que lhe foram dados pela Constituição de 1988. Diferentemente dos processos de redemocratização ocorridos na Alemanha, Itália, Índia, Portugal, Espanha, Hungria ou África do Sul, onde a adoção de novas constituições foi acompanhada pela criação de cortes constitucionais também novas, no Brasil não só o Supremo foi mantido como órgão de cúpula do sistema constitucional como sua composição ficou intocada. Esse fato pode ajudar a compreender por que o Tribunal demorou mais tempo do que outras cortes para assumir uma postura mais ativa e proeminente para a qual o sistema constitucional o convidava (VIEIRA, 2018, p. 179).

Desta forma, as primeiras decisões do Supremo pós-88 trataram de restringir alguns de seus poderes decisórios bem como o acesso à sua jurisdição.

Esse passivismo judicial inicial pode ser verificado em algumas decisões: (i) No âmbito do mandado de injunção foi adotada a posição não concretista[95]; (ii) desenvolvimento jurisprudencial do requisito da pertinência temática[96] para alguns legitimados constitucionais (CF, art.103) para propositura de ADI; (iii) passivismo no tocante ao controle dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência para edição de medidas provisórias pelo Presidente da República[97] (CF, art. 62); (iv) Negação de aplicação do art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica, admitindo,

---

[95]De acordo com a posição não concretista, a decisão proferida em sede de mandado de injunção se limita a reconhecer a mora do Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora, reconhecendo-se formalmente sua inércia. Foi a posição dominante no STF por muito tempo e seus contornos podem ser vistos no MI-QO 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 23.11.1989, DJ de 21.09.1990; MI 232. Rel. Min. Moreira Alves, j. em 02.08.1991, DJ de 27.03.1992.

[96]No tocante aos legitimados para propositura de ADI, o STF entende que alguns devem demonstrar pertinência temática ao propor a ação, ou seja, devem demonstrar o interesse na propositura da ação relacionado à sua finalidade institucional. Os legitimados do art. 103 da Constituição da República que precisam demonstrar tal pertinência temática são os do inciso IV (Mesa de Assembleia Legislativa de Estado), inciso V (Governado de Estado) e inciso IX (Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional), que são, por tal razão, considerados legitimados interessados ou especiais. Nesse sentido: STF – Pleno, ADI 1.096/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16.03.1995, DJ de 22.09.1995.

[97]A jurisprudência inicial do STF foi no sentido de que o controle judicial de tais pressupostos para edição de medidas provisórias seria possível apenas em casos de "excesso do poder de legislar". Na prática, todavia, o que se viu foi uma quase incontrolabilidade judicial. Nesse particular, são reveladoras as palavras do então Ministro Carlos Velloso: "de regra, essa ausência não deverá ocorrer" pois "é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal". V. STF – Pleno, ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves; STF – Pleno, ADI 1.397/DF, Rel. Min. Carlos Velloso.

inicialmente, a prisão civil do depositário infiel[98], em face da previsão expressa no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República.

No ano de 2003, com a aposentadoria do Ministro Moreira Alves, que fora indicado pelo Presidente Ernesto Geisel, o Supremo Tribunal Federal passou a ter uma composição inteiramente formada por ministros indicados por presidentes eleitos democraticamente. Coincidência ou não, foi mais ou menos nesse período que se iniciou uma guinada em seu ativismo judicial, bem como o desempenho de um maior protagonismo institucional por parte da Corte. Confira-se:

> À medida que o novo milênio se aproximava, contudo, teve início a era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. É difícil precisar o momento exato dessa mudança, pois, como já dito, todo o processo foi gradual. A verdade é que, aos poucos, a Corte foi abandonando ortodoxias de autorrestrição judicial. [...] E, no exercício desse protagonismo institucional, o Supremo tem respondido às questões cruciais, fundado, principalmente, no discurso dos direitos fundamentais e na ideia de democracia inclusiva, com interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes. Isso se chama ativismo judicial (CAMPOS, 2014, p.247-257).

A postura ativista do Supremo Tribunal Federal já foi assumida (e defendida) por Celso de Mello, à época um dos mais importantes magistrados da Corte. Censurando posturas de passivismo judicial, em discurso proferido em 2008[99], o Ministro defendeu que "práticas de ativismo judicial" tornam-se uma "necessidade institucional" diante da omissão dos demais Poderes no cumprimento de obrigações

---

[98]Nesse sentido: STF – Pleno, HC 72.131, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.11.1995, DJ de 01.08.2003, cuja ementa segue transcrita: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida." A mudança de posição ocorreu anos mais tarde, por ocasião do julgamento do RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 03.12.2008, DJ de 05.06.2009. O novo entendimento passou, inclusive, a constar na Súmula Vinculante n. 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

[99]Essas afirmações foram feitas em discurso proferido durante a posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do STF. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico. Acesso em: 09 nov. 2021. Importante frisar que o Ministro Celso de Mello também defende o ativismo judicial em texto doutrinário nos seguintes termos: "Nem se censure eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição" (MELLO FILHO, 2011, p. 16).

impostas pela Constituição da República. Para ele, não se pode admitir a "pura passividade" da Corte diante de violações à Constituição, ainda que por omissão, justificando-se, nesses casos, "o comportamento afirmativo do Poder Judiciário".

Assim, o Supremo Tribunal Federal, sobretudo nos últimos quinze anos, proferiu diversas decisões polêmicas, as quais têm em como o traço de possuírem forte conteúdo político e de serem acusadas, pelos seus críticos, de incorrerem em ativismo judicial por interferir indevidamente na esfera de atribuição dos outros Poderes do Estado.

A título meramente exemplificativo podem ser citadas algumas decisões polêmicas e com forte matiz ativista do Supremo Tribunal Federal: (i) MI`s n. 670, 708 e 712: adoção da posição concretista geral no mandado de injunção para garantir o direito de greve de servidores públicos; (ii) ADPF nº 45: o Judiciário tem legitimidade para controlar e intervir nas políticas públicas que visem a garantir o mínimo existencial; (iii) Súmula Vinculante nº 13: Proibição do nepotismo na administração pública direta e indireta; (iv) ADI 3.999/DF: perda do mandato parlamentar na hipótese de desfiliação partidária; (v) ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132: Reconhecimento da união homoafetiva como família e extensão do regramento infraconstitucional da união estável; (vi) ADPF nº 186 e ADI 3.330/DF: constitucionalidade das ações afirmativas raciais e das cotas socioeconômicas para ingresso nas universidades e no serviço público; (vii) ADPF nº 54: possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos; (viii) MS 34.070/DF e RCL 29.508: proibição liminar de nomeação de Ministro de Estado pelo Presidente da República.

A prática reiterada do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, é prejudicial à própria Corte no longo prazo, além de trazer prejuízos para a consolidação e desenvolvimento da democracia no Brasil. Confira-se:

> Se o STF pode pura e simplesmente se substituir ao Legislativo, automaticamente, ele se transforma em arena política para realizar em novos casos essa substituição. Nesse contexto, obviamente, o STF adquire maior protagonismo, ocorre que protagonismo não significa adquirir maior legitimidade. Se o STF não demonstra total deferência à lei e à Constituição, ele deixa de se blindar em relação à política e passa a ser objeto de ataque de pressões políticas e de maiorias e minorias organizadas. [...] A atuação ativista do STF tem criado outra Constituição. Ao lado da Constituição de 1988, instituidora do nosso regime democrático, tem se formado outra constituição paralela – criada a partir da jurisprudência do STF. Essa constituição paralela conflita em diversos aspectos com a Constituição de 1988 e sua existência caracteriza usurpação da democracia constitucional do povo brasileiro (ABBOUD, 2019, p. 1341-1351).

No tópico seguinte serão explicadas as diversas causas, os múltiplos fatores que contribuem para o incremento da prática do ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal.

2.4.3 Fatores de impulsão do ativismo judicial do STF

Conforme visto anteriormente, durante a maior parte da sua história o Supremo Tribunal Federal foi uma Corte com pouca, ou nenhuma, independência e cujas decisões não traziam grandes repercussões para a sociedade. Atualmente, o cenário é completamente diferente e é improvável que algum tema, mesmo de baixo impacto político e social, fique de fora da esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

Por que isso aconteceu? O que mudou? Não existe uma única resposta. Na realidade, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal tem múltiplas causas, as quais podem ser subdivididas em dois fatores de impulsão: Fator institucional e fator político.

O fator institucional diz respeito à ascensão do Poder Judiciário após o advento da Constituição da República de 1988. Com efeito, o fortalecimento do Judiciário[100], sobretudo do seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, decorreu da expansão da jurisdição constitucional e da previsão de um amplo rol de direitos fundamentais[101].

Esses dois fatores, portanto, são fenômenos indissociáveis e devem ser encarados conjuntamente para uma melhor compreensão do atual papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na sociedade brasileira.

Ademais, também merece ser destacado que o advento de novos paradigmas e categorias de interpretação constitucional também é causa do fortalecimento do Poder Judiciário brasileiro. Com efeito, sobretudo após o advento da Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário passou a adotar uma forma mais proativa de interpretação da Constituição que inclui, por exemplo, a normatividade dos princípios, a

---

[100]O assunto é analisado com maior profundidade no Tópico 1 deste trabalho.

[101]Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2013) enumeram os fatores que se combinam para fortalecer o Poder Judiciário no Brasil. Confira-se: "A maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social nela existente, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura jurídica hegemônica – que passou a ver os princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes, e a estimular o uso de instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação -, são fatores que contribuíram, cada um a seu modo, para que a jurisdição constitucional ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito" (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 34).

ponderação de valores, a teoria da argumentação, entre outros, tudo isso no contexto do fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo. Confira-se:

> Supremacia normativa e axiológica da Constituição, centralidade e irradiação dos direitos fundamentais, normatividade dos princípios, reaproximação entre direito e moral (virada kantiana) e afirmação do papel político-institucional e de agente de transformação social do Judiciário passaram a fazer parte do pensamento e da prática da maioria dos membros do Supremo. Ocorreu uma transformação jurídico-cultural no nível da prática discursiva do Supremo dirigida a realizar efetivamente a nova Constituição – rejeição ao formalismo literalista de outrora, interpretação mais criativa da Constituição e dos textos legais, prevalência do discurso dos direitos fundamentais sobre as prioridades do Estado, inclusão de argumentos de caráter moral e pragmático como justificativas normativas, afirmação do ofício da Corte na adequação da Constituição às transformações sociais. Essa nova perspectiva comportamental tornou menos nítidas as fronteiras entre Direito e Política na jurisprudência do Supremo e avançou seu papel sobre a realidade social (CAMPOS, 2014, p. 271-272).

O fator de impulsão político reside no fato de que o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é tolerado pelos agentes políticos (Governo e Congresso) porque pode ser útil aos seus interesses. Como bem resume Mark Tushnet: "políticos suportam a *judicial review*, porque eles a julgam politicamente útil" (TUSHNET, 2010, p. 97).

Neste contexto de utilidade da jurisdição constitucional e do ativismo judicial para os detentores do poder político, o fator de impulsão político subdivide-se em duas práticas distintas: (i) uso do Tribunal pela oposição parlamentar e (ii) Omissão e delegação do poder de decisão para o Tribunal.

O uso do Supremo Tribunal Federal pela oposição parlamentar é um procedimento que se intensifica cada vez mais,[102] e no qual o ajuizamento de ações judiciais perante a Corte (ADI, ADC, ADPF, dentre outros) acaba servindo como instrumento de resistência a iniciativas do governo que a oposição não consegue derrotar por meio do processo majoritário, como, por exemplo, aprovação de leis ou adoção de determinadas políticas públicas, conforme explica Basilone Leite:

---

[102]Recente reportagem do Jornal *O Globo* revela que, no ano de 2019, os partidos políticos foram mais ativos do que a própria Procuradoria-Geral da República em propor ações judiciais perante o STF. De acordo com dados constantes na aludida reportagem, das 333 ações questionando leis e normas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal em 2019, 91 são de autoria de partidos políticos. As legendas foram, portanto, responsáveis por 27% desse tipo de demanda no mencionado ano. A Procuradoria-Geral da República aparece em segundo lugar, com 50 ações. Disponível em: https://oglobo.globo.com/politica/em-2019-partidos-foram-mais-ativos-do-que-propria-pgr-em-acoes-no-stf-24171369. Acesso em: 10 nov. 2021.

> Assim, parte da classe política, que, por ser minoritária, não consegue fazer valer sua opinião pelos os mecanismos habituais do sistema político, transfere para as cortes judiciais tais conflitos, muitas vezes lançando mão de denúncias cruzadas por meio dos meios de comunicação, com o intuito de que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou liquide politicamente. [...] a oposição encontrou no Judiciário um órgão de soberania do Estado talvez apto a bloquear e corrigir uma política governamental imposta sem diálogo democrático (LEITE, 2014, p. 184).

A omissão do Poder Legislativo em regulamentar a Constituição da República é, sem dúvidas, a principal causa do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Com certa frequência, tal omissão do Legislador é proposital porque os deputados e senadores, sobretudo em matérias controversas e moralmente sensíveis, não querem se desgastar com a aprovação ou desaprovação de determinada legislação e preferem delegar a decisão para o Judiciário.

De acordo com Paulo Roberto Barbosa Ramos e Jorge de Oliveira Junior (2014), tal situação decorre do sistema eleitoral brasileiro, o qual, por adotar o critério proporcional, estimula o parlamentar a se omitir para evitar a perda de votos. Confira-se:

> O sistema eleitoral brasileiro, ao cabo de contas, faz com que os parlamentares, com raras exceções, evitem firmar posição quanto a temas polêmicos. Não firmam posição contrária às pretensões da minoria que pretende ter o direito afirmado, pois receiam que a perda de voto dessa minoria lhes seja significante; não firmam posição favorável porque temem que outra minoria, que se opõe à primeira, retire o seu apoio nas urnas. Por causa dessas idiossincrasias do nosso sistema eleitoral, talvez não haja paradoxo a melhor representar o posicionamento de boa parte dos congressistas em temas polêmicos: "não sou contra nem a favor, muito pelo contrário...". Destarte, para boa parte dos membros das duas Casas do Poder Legislativo, mais do que o desinteresse de legislar em relação a certos temas, existe, na verdade, o interesse em não legislar; interesse em evitar temas polêmicos em que a assunção de determinada posição pode afastar parcela de votos do eleitorado que o elegeu. Essa omissão consciente do Poder Legislativo é denominada, por alguns autores, de "delegação estratégica" (de questões polêmicas) ao Poder Judiciário (RAMOS; JUNIOR, 2014, p. 38-39).

Demonstradas as causas determinantes para o incremento da prática do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal, passa-se a destacar as medidas que podem ser adotadas para impedir, ou, ao menos, diminuir a prática dessa postura que, em longo prazo, é prejudicial à consolidação e aperfeiçoamento da democracia no Brasil.

2.5 SOLUÇÕES PARA O ENFRENTAMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

De tudo que foi exposto até agora, pode-se chegar à conclusão de que o fenômeno do ativismo judicial se revela altamente complexo. Diante de tal complexidade, seu enfrentamento não pode ser feito com ferramentas e mecanismos simplórios, pois, conforme ensina o jornalista norte-americano H. L. Mencken, "para todo problema complexo existe sempre uma solução simples, elegante e completamente errada".

No presente item, passamos a apresentar quatro soluções aptas a contribuir no combate ao ativismo judicial: (i) respeito à deliberação dos demais poderes; (ii) valorização do papel do legislador; (iii) desenvolvimento de uma postura de autocontenção judicial; e (iv) estabelecimento de um diálogo entre os poderes.

Em sociedades pluralistas e diversificadas existem os chamados "desacordos morais razoáveis". Isso significa que pessoas diferentes, bem-intencionadas e esclarecidas, pensam de maneira legitimamente diferente acerca de diversas questões que impactam a sociedade, a exemplo da interrupção da gestação, eutanásia, casamento homoafetivo, ensino religioso em escolas públicas, entre outras.

Nesse cenário, em matéria de política e moralidade pública, na linha do que propões Jeremy Waldron (2003), não se pode admitir que uma "decisão razoável" do legislador seja substituída por outra "decisão razoável" de um conjunto de magistrados. Confira-se:

> Uma vez que uma diretiva oficial tenha sido estabelecida com uma chance razoável de assegurar a coordenação entre os cidadãos, outros oficiais devem estar preparados para engolir a seco (*swallow hard)* e se abster de impor diretivas contrárias, mesmo quando eles estejam convencidos (talvez corretamente) de que seria melhor para os cidadãos coordenar suas ações com base na sua diretiva do que com base naquela diretiva que já foi estabelecida (pelos procedimentos devidos). Esse também é um aspecto importante da autoridade (WALDRON, 2003, p. 69).

A Corte Constitucional, portanto, tem o dever de respeitar a deliberação dos demais poderes estatais, sobretudo diante da tomada de decisões razoáveis no âmbito da política e da justiça social, não devendo o Tribunal "realizar qualquer juízo político ou moral, pois ao fazê-lo estará perigosamente adentrando no terreno espinhoso do ativismo judicial" (BUSTAMANTE, 2018, p. 25).

Desta forma, é fundamental que os órgãos do Poder Judiciário, desde o juiz de primeira instância que atua em comarcas do interior, até os ministros das instâncias superiores, devem reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador, razão pela qual deve haver uma valorização do papel deste último.

De acordo com Daniel Sarmento (2006), a desvalorização do papel desempenhado pelo legislativo leva a uma situação paradoxal: a interpretação da Constituição pode se converter num instrumento de autoritarismo judicial, o que não é aceitável num Estado Democrático de Direito. Confira-se:

> [...] é importante que o aplicador do Direito adote uma postura respeitosa em relação aos atos normativos emanados do Legislativo. Não se trata de sobrepor o princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade, mas de reconhecer que: (a) a Constituição deixa amplos espaços para a liberdade de conformação do legislador, e (b) o Legislativo também é intérprete da Constituição, razão pela qual as suas escolhas no campo da concretização constitucional merecem ser respeitadas, desde que não ultrapassem os limites demarcados pela Lei Maior. Portanto, quando o legislador já tiver concretizado alguma norma constitucional mais vaga, ou equacionado normativamente uma tensão entre princípios ou valores constitucionais colidentes, a solução legislativa deve ser acatada pelo Judiciário na solução do caso, a não ser que se afigure incompatível com a própria Constituição, em abstrato ou na hipótese concreta. Em suma, a constitucionalização do Direito pela filtragem constitucional não deve ser levada ao ponto de confiscar a liberdade decisória que, numa democracia, deve caber ao legislador. Afinal, sendo o constitucionalismo uma técnica de combate ao autoritarismo, seria altamente paradoxal converter a Constituição num instrumento autoritário de modelação de todos os espaços da vida social nas mãos de juízes não eleitos (SARMENTO, 2006, p. 197-198).

Todavia, para que possa haver respeito à deliberação dos demais poderes e valorização do papel do legislador, é imprescindível que o Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal federal, desenvolva uma postura de autocontenção judicial.

A autocontenção ou autorrestrição judicial[103] (*judicial restraint*) é uma postura que mescla a deferência em favor dos outros poderes e a prudência como mecanismo de preservação da própria autoridade judicial. Assim, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, define a autorrestrição judicial como uma "prática decisória que consiste em

[103]A doutrina da autocontenção (*self-restraint*) do Judiciário é fortemente praticada nos Estados Unidos da América, conforme explica Dimitri Dimoulis: "Nos EUA, a autolimitação judicial se manifesta, em primeiro lugar, em relação ao objeto de controle. Os tribunais não fiscalizam as Emendas constitucionais,nem questões políticas e se abstêm do controle em certos casos (limites de justiciabilidade).A autocontenção se manifesta, em segundo lugar, nos resultados do controle de constitucionalidade. Em mais de 200 anos de atuação fiscalizadora, a Suprema Corte dos EUA só declarou a inconstitucionalidade de aproximadamente 150 leis federais" (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 468).

retração do poder judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político-institucional" (CAMPOS, 2014, p. 178).

Desta forma, a interpretação constitucional, materializada sobretudo no exercício do controle de constitucionalidade, deve ser realizado com moderação, de modo a não subtrair do legislador o seu espaço de livre conformação, fundado na democracia e na separação de poderes. Em outras palavras, é recomendável que os juízes se abstenham de se intrometer de maneira intensa e frequente na esfera de liberdade do legislador.

Alguns autores nacionais, como Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2013), sustentam que o Poder Judiciário deve observar os seguintes *standards* ou parâmetros de autocontenção judicial:

> (i) Verificação do grau de legitimidade democrática do ato normativo: quanto mais democrática tenha sido a elaboração do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame de sua constitucionalidade; (ii) O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia (direitos políticos, liberdade de expressão, acesso à informação e prerrogativas políticas da oposição), bem como das minorias estigmatizadas; (iii) Normas que restrinjam direitos fundamentais básicos, liberdades públicas e existenciais merecem um escrutínio mais rigoroso; (iv) Respeito à capacidade institucional e técnica dos outros poderes para decidir a respeito de matérias muito específicas fora do direito, a exemplo da economia; (v) Verificação da época em que foi editado o ato normativo impugnado: normas editadas antes do advento da Constituição não desfrutam de presunção de constitucionalidade equiparada àquelas feitas posteriormente (SARMENTO; NETO, 2013, p.149-156) .

A última, mas não menos importante, medida que pode contribuir para o arrefecimento do ativismo judicial no Brasil é o estabelecimento de um diálogo entre os poderes, o qual, em síntese, negue tanto à Corte Constitucional como aos poderes políticos majoritários a prerrogativa de dar a última palavra sobre o significado das normas constitucionais.

Rodrigo Brandão (2017) explica que a ideia de um diálogo constitucional mitiga a problemática da dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário. Confira-se:

> [...] a possibilidade de reversão legislativa de decisão constitucional da Suprema Corte permite que se vislumbre o controle de constitucionalidade não como uma barreira intransponível às instituições democráticas, mas como instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade. Assim, se maiorias legislativas podem reverter decisões constitucionais da Suprema Corte,

> o problema da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade pede muito a sua força (BRANDÃO, 2014, p. 336).

No tocante à ideia de diálogos constitucionais, é importante destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui alguma abertura para revisão dos seus posicionamentos anteriores, sobretudo quando postos em xeque por atos legislativos subsequentes (efeito *backlash*), a exemplo do que ocorreu com a superação da Súmula 726 pela L.11.301/2006.

Neste caso específico, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia se consolidado no sentido de que "para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula", conforme redação do referido verbete sumular.

Todavia, posteriormente, o Congresso Nacional produziu norma jurídica em sentido contrário a esse entendimento, qual seja, a Lei nº. 11.301/2006[104], que determinou que também deveriam ser computados para tal fim as atividades de direção escolar e de coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidas em estabelecimento de educação básica.

Contra tal lei foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3772/DF), tendo a Corte, por ocasião do julgamento, acatado a mudança legislativa da sua interpretação constitucional em caso previdenciário, o que implicou em revisão de seu próprio posicionamento anterior na matéria[105].

---

[104] A Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006, alterou o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério. Nos seguintes termos: "Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico."

[105] No Brasil, também não é incomum que o Congresso Nacional aprove emenda constitucional com conteúdo normativo totalmente contrário ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Tal situação ocorreu, por exemplo, por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade – ADI 4983, julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei Estadual 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural. Posteriormente, contudo, foi aprovada pelo Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 96/2017, acrescentando o parágrafo sétimo ao art.225 da Constituição da República, com a seguinte redação: "Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos".

Essa mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal serve para ilustrar como suas decisões podem ser temporárias, na medida em que o diálogo entre as instituições é contínuo e sempre existe a possibilidade de deliberação posterior a respeito do acerto ou desacerto de determinada decisão.

Neste contexto, Amy Gutmann e Dennis Thompson (2004) apontam que a deliberação pressupõe, necessariamente, o respeito mútuo entre aqueles envolvidos na argumentação, o que, por sua vez, possibilita a correção de erros políticos e realça a dinamicidade inerente às democracias deliberativas[106].

E arremata, neste mesmo sentido, Rafael Menezes:

> Assim, mediante o amadurecimento argumentativo, os novos embates de razões públicas, mediante a apresentação de outros argumentos ou o refinamento de um argumento anterior, influenciam decisões futuras e, até mesmo, podem fundamentar a exigência de correção de rumos (MENEZES, 2019, p. 34)

Essa abertura ao diálogo entre as instituições é salutar, na medida em que permite o controle recíproco entre os poderes do Estado, viabilizando a correção de erros na interpretação constitucional. Até mesmo porque nenhuma instituição é infalível na tarefa de interpretação das normas constitucionais, ou seja, todas estão sujeitas a equívocos hermenêuticos, inclusive o Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

> Não é verdade que, na prática, o Supremo Tribunal Federal dê sempre a última palavra sobre a interpretação constitucional, pelo simples fato de que não há última palavra em muitos casos. As decisões do STF podem, por exemplo, provocar reações contrárias na sociedade e nos outros poderes, levando a própria Corte a rever a sua posição inicial sobre um determinado assunto. Há diversos mecanismos de reação contra decisões dos Tribunais Constitucionais, que vão da aprovação de emenda constitucional em sentido contrário, à mobilização social em favor da nomeação de novos ministros com visão diferente sobre o tema (SARMENTO; NETO, 2013, p. 136).

No próximo tópico abordada-se a temática central do presente estudo, qual seja, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em matéria criminal. Serão abordadas algumas decisões recentes da Corte na qual se restringiu direitos fundamentais de

---

[106] Os mencionados autores afirmam que essa dinamicidade inerente às democracias deliberativas pode conduzir ao que eles denominam *principle of the economy of moral disagreement*, que seria capaz de reduzir eventuais riscos de polarização e fragmentação da sociedade: *giving reasons for their decisions, citizens and their representatives should try to find justifications that minimize their diferences with their opponents [...] By economizing on their disagreements, citizens and their representatives can continue to work together to find common ground, if not on the policies that produced the disagreement, then on related policies about which they stand a greater chance of finding agreement* (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 7).

cidadãos sujeitos à persecução penal do Estado e outras que ampliam o poder punitivo estatal sem a existência de previsão legal.

3 ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA CRIMINAL

3.1 SISTEMA PENAL: CONCEITO, SETORES, DISCURSOS E FUNÇÕES

O sistema penal pode ser definido como um "controle social punitivo institucionalizado" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 69), exercido a partir do momento em que se detecta a suposta prática de um delito até o momento de imposição e execução da pena[107].

Com efeito, na análise de cada sistema penal devem ser considerados seus diferentes setores, ou conjunto de agências, as quais operam a criminalização (primária e secundária): a) políticas (parlamentos, partidos políticos, governo central); b) policiais (polícia militar, polícia judiciária ou de investigação, agências de inteligência do Estado e, de uma forma geral, todo órgão público ou privado que exerça funções de vigilância social); c) judiciais (juízes, membros do ministério público, advogados, defensoria pública, dentre outros.) e d) penitenciárias (casas penais, colônias agrícolas, casas do albergado, dentre outros).

Desde logo, é importante ressaltar que ocorre na prática uma compartimentalização do sistema penal. Isso significa que as agências que integram tal sistema "não operam coordenadamente, mas sim por compartimentos estanques, ou seja, cada uma de acordo com seu próprio poder, com seus próprios interesses setoriais e respectivos controles de qualidade" (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 60).

[107]Ao lado do sistema penal institucionalizado, o qual integra o controle social formal, existe o que a criminóloga venezuelana Lola Aniyar de castro denomina de "sistema penal subterrâneo", o qual implica na prática de diversos crimes e violações de direitos humanos por parte das próprias agências de criminalização secundária, sobretudo as polícias, a exemplo de execuções extrajudiciais, extorsões, tortura para obtenção de confissão, desaparecimentos etc. Confira-se: "O sistema penal subterrâneo também é manipulado pelo Estado e chamá-lo dessa maneira traz à luz sua perversão, pois se executa ocultando que é forma como realmente o Estado deseja resolver, e em muitos casos resolve, os conflitos. É a maneira mais rápida, e às vezes a mais aplaudida por quem ignora os riscos que ela comporta. Mas, sobretudo, a mais perigosa para os cidadãos e os direitos humanos, pois acontece à margem da lei ou contra ela" (ANIYAR DE CASTRO, 2017, p. 387).

De qualquer modo, o que todas essas agências têm em comum é o fato de que atuam no processo de criminalização, o qual se desenvolve em duas etapas distintas, denominadas, respectivamente, primária e secundária. Confira-se:

> Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o deve ser apenado é um programa que deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 43).

Em síntese: criminalização primária é a transformação de um fato em crime, ao passo que a criminalização secundária é transformação de uma pessoa em criminoso.

Michel Foucault, em seus trabalhos feitos a partir da década de 70, revolucionou a compreensão do poder exercido pelas agencias do sistema penal. O filósofo francês demonstrou que as instituições pertencentes ao sistema penal desempenham um papel essencial no funcionamento geral do poder, mas destaca que a mera noção de repressão é insuficiente para explicar de maneira satisfatória como tal sistema colabora na (re) produção do poder (FOUCAULT, 2003, p. 6-7).

No que concerne especificamente ao sistema penal, Foucault realça que, entre os séculos XVIII-XIX se percebeu que é mais eficaz (e rentável), vigiar do que punir (2003, p.130), isto se explica porque o poder de vigiar, de disciplinar e de controlar permite o controle minucioso das operações do corpo, que assegura a sujeição permanente de suas forças e que lhes impõe uma relação de docilidade-utilidade.

Foucault (2003) ainda afirma que o sistema penal é o âmbito no qual o poder se revela da maneira mais crua e violenta. Confira-se:

> Não será que, de modo geral, o sistema penal é a forma em que o poder como poder se manifesta da maneira mais manifesta? Prender alguém, mantê-lo na prisão, privá-lo de alimentação, de aquecimento, impedi-lo de sair, de fazer amor etc., é a manifestação mais delirante que se possa imaginar. [...] O que impressiona nessa história é não apenas a puerilidade dos exercícios de poder, mas o cinismo com que ele se exerce como poder, da maneira mais arcaica, mais pueril, mais infantil. [...] A prisão é o único lugar onde o poder pode se manifestar em estado puro em suas dimensões mais excessivas e se justificar como poder moral" (FOUCAULT, 2003, p. 73).

No plano discursivo e normativo, o sistema penal se apresenta como igualitário[108], justo e comprometido com a proteção da dignidade humana. Na realidade concreta, porém, o sistema penal revela possuir três características opostas às apresentadas no plano discursivo, que lhe são inerentes: (*i*) seletividade; (*ii*) vulnerabilidade; e (*iii*) estigmatização.

O funcionamento do sistema penal é seletivo, sobretudo no âmbito da criminalização secundária[109] realizada pelas agências policiais. Com efeito, o sistema penal se inclina a fazer incidir o poder punitivo do Estado sobre pessoas selecionadas, de modo mais ou menos arbitrário, de acordo com seu estereótipo (criminalização conforme ao estereótipo).

A seletividade inerente ao sistema penal está diretamente relacionada à vulnerabilidade de certas pessoas de serem criminalizadas exatamente porque se enquadram no estereótipo procurado pelas agencias de criminalização secundária. Desta forma, seletividade e vulnerabilidade[110] são como dois lados da mesma moeda quando se analisa a forma de funcionamento do sistema penal. Confira-se:

> A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do

[108]Alessandro Baratta (1999) afirma que o a igualdade do sistema penal é um mito que pode ser resumido em duas proposições: (i) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos; (ii) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (BARATTA, 1999, p. 162).

[109]A criminalização primária, levada a efeito pelo legislador, também possui caráter seletivo. A seletividade da legislação, em abstrato, pode ser constatada na hipervalorização dada pelo legislador ao bem jurídico propriedade, em detrimento de outros bens jurídicos até mais importantes, como a ordem tributária, a vida, a integridade física etc. Conforme adverte Francisco Muñoz Conde: "a legislação penal não é expressão de um consenso geral de vontades, senão reflexo de um modo de produção e uma forma de proteção de interesse de classe, a dominante, no grupo social a que esse direito e Estado pertencem. O direito penal não protege por igual todos os bens relativos a que têm interesse todos os cidadãos; tampouco a lei penal é igual para todos os sujeitos independentemente da danosidade social e da gravidade das infrações à lei penal por eles realizadas' (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 30-31).

[110] Do ponto de vista etimológico, a palavra *vulnerabilidade* é proveniente do indo-europeu *weld-nes* (w*eld* significa ferir, do latim *vulnus*, ferida), e revela a condição de *ferível*.

> papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 47).

Desta forma, o funcionamento do sistema penal é bem previsível: ele incide, quase que exclusivamente, sobre pessoas escolhidas em razão de suas fraquezas, a exemplo de pessoas em situação de rua, prostitutas, usuários de drogas, desempregados e, no caso do Brasil, sobretudo sobre jovens negros.

No Brasil, a seletividade do sistema penal pode ser constatada numa simples visita a qualquer estabelecimento penal. A população carcerária brasileira é formada, em sua maioria, por homens negros, jovens e com baixa escolaridade. De acordo com Mapa do Encarceramento do ano de 2015[111], os menores de 29 anos, embora representem 10% da população brasileira, são responsáveis por 55% da ocupação dos presídios no País.

O mesmo estudo revela que homens negros têm um risco 1,5 vezes maior de ser presos do que um homem branco. No ano de 2012, por exemplo, para cada grupo de 100 mil habitantes brancos, havia 191 encarcerados; ao passo que, para cada 100 mil habitantes negros, havia 292 encarcerados.

A estigmatização das pessoas criminalizadas, por sua vez, se revela um efeito perverso do sistema penal. Isso porque, uma vez que determinada pessoa tenha sido criminalizada, ela recebe uma espécie de rótulo pejorativo (ex: ex-presidiário, marginal, vagabundo etc.), o qual dificulta, ou mesmo impossibilita o seu retorno à sociedade[112].

---

[111]Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/mapa-prisao.pdf . Acesso em: 16 nov. 2021.

[112]Os versos contidos na música "Homem na estrada", do grupo paulistano de rap "Racionais MC`s" revelam com crueza o significado da estigmatização promovida pelo sistema penal: "Um homem na estrada recomeça sua vida/ Sua finalidade a sua liberdade/ Que foi perdida, subtraída/ E quer provar a si mesmo que realmente mudou/ Que se recuperou e quer viver em paz/ Não olhar para trás Dizer ao crime: nunca mais!/ Desempregado então/Com má reputação/ Viveu na detenção/ Ninguém confia não/ E a vida desse homem para sempre foi danificada/ Um homem na estrada/ A noite chega e o clima estranho no ar/ E ele sem desconfiar de nada, vai dormir tranquilamente/ Mas na calada, caguetaram seus antecedentes/ Como se fosse uma doença incurável/ No seu braço a tatuagem: DVC, uma passagem, 157 na lei/ Do seu lado não tem mais ninguém/ A justiça criminal é implacável/ Tiram sua liberdade, família e moral/ Mesmo longe do sistema carcerário/ Te chamarão para sempre de ex-presidiário".

Tal estigmatização colabora para o desenvolvimento de carreiras criminais, conforme adverte Salomão Shecaira:

> A decorrência lógica da criminalização de condutas e da persecução penal não é outra que o surgimento de um processo estigmatizante para o condenado. A pena atua como geradora de desigualdades. Ela cria uma reação dos círculos familiares, de amigos, de conhecidos, que acaba por gerar uma marginalização no âmbito do mercado de trabalho e escolar. Levar uma conduta desviada para a esfera da reprovação estigmatizante tem uma função reprodutora do sistema de controle social. O que é uma conduta social desviada, o mais das vezes cometida por um agente primário, transforma-se, pela repercussão que encontra na sociedade em face da pena, em uma carreira delitiva permanente e irreversível. A repressão punitiva – e em especial a prisão – passa a funcionar como elemento de criminalização que gera um processo em espiral para a clientela do sistema penal. A criminalização primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência). O rótulo criminal (cristalizado em folhas de antecedentes, certidões criminais, ou surgido mediante a divulgação sensacionalista da mídia) produz a assimilação de suas características pelas pessoas rotuladas, a geração de expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados" (SHECAIRA, 2014, p. 263-264).

Além de ser seletivo, incidir preferencialmente sobre os vulneráveis e produzir estigmatização, o sistema penal traz em sua essência a excepcionalidade de atuação. Com efeito, em face da limitação estrutural das agências do sistema penal, a criminalização secundária tem a impunidade como regra e a punição como exceção, razão pela qual a criminalização secundária, como forma de controle social, é, do ponto de vista, efetivo, muito escasso: "o número de pessoas criminalizadas é muito pequeno em relação à totalidade da população , inclusive no caso dos índices mais elevados, e o da população encarcerada é comparativamente ínfimo" (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 52).

Entre os crimes e contravenções efetivamente praticados e os que chegam ao conhecimento das agencias penais incumbidas do controle social formal existe uma diferença numérica exorbitante. Essa diferença é denominada de "cifra negra ou "cifra oculta" da criminalidade, cuja definição mais completa é trazida por Juarez Cirino dos Santos:

> A cifra negra representa a diferença entre a aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sob pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais

> dos órgãos de controle social. Na verdade, a cifra negra afeta toda a criminalidade, desde os crimes sexuais, cujos registros não excedem a taxa de 1% da incidência real, até o homicídio, frequentemente disfarçado sob rubricas de "desaparecimentos", "suicídios", "acidentes" etc. (SANTOS, 2018, p. 13).

Não desempenhando, portanto, um controle social eficaz, ao sistema penal resta uma função meramente simbólica de aplacar a ira e o medo de uma população cada vez mais insegura, gerando, assim, uma falsa impressão de que os criminosos são punidos e ordenamento jurídico penal é cumprido[113]. Sobre o assunto, conclui Alessandro Baratta:

> O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas; e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto que as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais de realização impossível; pense-se somente na defesa da ecologia, na luta contra a criminalidade organizada, no controle da toxicomania e no índice de mortalidade no trânsito (BARATTA, 1994, p. 22).

Dissecado o mito da igualdade do sistema penal, bem como demonstrada sua ineficácia no desempenho efetivo do controle social, resta claro que tal sistema possui uma função meramente simbólica e que visa a reproduzir e conservar as desigualdades estruturais do sistema econômico no qual está inserido. Isso é feito por meio das sanções estigmatizantes, já mencionadas, as quais, no entender de Juarez Cirino dos Santos (2021) cumprem um duplo papel: (i) manutenção da escala social vertical, como contrapeso à ascensão social das classes subordinadas; (ii) cobertura ideológica das classes hegemônicas pela punição de alguns comportamentos e imunização de outros comportamentos.

---

[113] O verdadeiro poder político do sistema penal não consiste na prevenção e castigo aos delitos, mas sim na vigilância que exerce sobre toda a população, a pretexto de garantir uma suposta segurança, poder este denominado por Nilo Batista e Zaffaroni de "poder configurador positivo". Confira-se: "Na verdade, a criminalização secundária é só um pretexto para que as agências policiais exerçam um formidável controle configurador positivo da vida social, que em nenhum momento passa pelas agências judiciais ou jurídicas: a detenção arbitrária de suspeitos, a identificação de qualquer pessoa que lhes chame a atenção, a vigilância sobre locais de reunião e de espetáculos, o controle alfandegário, o fiscal, o migratório, o veicular, expedição de documentação pessoal, a informação sobre contas bancárias, patrimônio, conversas privadas, comunicações telefônicas – tudo sob o argumento de prevenir e vigiar para a segurança ou investigação com vistas à criminalização -, constituindo um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de um modo tão arbitrário quanto desregrado e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente mais significativo que o da reduzida criminalização secundária. Sem dúvida, este poder configurador positivo é o verdadeiro poder político do sistema penal" (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 52).

As verdadeiras funções desempenhadas pelo sistema penal, contudo, encontram-se encobertas pela ideologia de defesa social que se encontra presente, em maior ou menor grau em todas as agências integrantes do sistema penal.

É importante ressaltar que o termo "ideologia" é utilizado no presente estudo com o significado de falsa consciência (conforme o uso de Marx), que legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções ideais diversas das realmente exercidas.

A ideologia da defesa social é dominante na atuação das agências integrantes do sistema penal e se encontra presente tanto na fase de criminalização primária, e, principalmente, na fase de criminalização secundária. Alessandro Baratta (1999) destaca o fato de que a ideologia de defesa social, "por ser muito raramente objeto de análise, ou mesmo em virtude de sua aceitação acrítica, o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo" (1999, p. 43-44). O criminólogo italiano, ademais, enumera os seis princípios cardeais de tal ideologia:

> *a) Princípio de legitimidade:* o Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais; *b) Princípio do bem e do mal*: o delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem; *c)Princípio da culpabilidade*: O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador; *d)Princípio da finalidade ou da prevenção*: a pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente; *e) Princípio da igualdade*: a criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos; *f) Princípio do interesse social*: os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos (BARATTA, 1999, p. 42).

Apesar de ser predominante nas agências do sistema penal, a ideologia da defesa social, do ponto de vista científico, encontra-se totalmente defasada em face dos avanços teóricos obtidos pelos estudos feitos pela criminologia crítica[114] e sociologia criminal.

---

[114] Extrapola os limites do presente estudo uma análise mais profunda dos complexos aportes teóricos fornecidos pela criminologia crítica acerca do real funcionamento do sistema penal. Juarez Cirino dos

No tópico seguinte será abordado o papel do Poder Judiciário enquanto agência atuante na criminalização secundária do sistema penal, com o intuito de demonstrar que o discurso normativo (igualdade, contenção do poder punitivo e direitos humanos) com muita frequência, é substituída por um discurso punitivista (lei e ordem) de manter e garantir a segurança pública.

3.2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO SISTEMA PENAL (SER *VERSUS* DEVER-SER)

O Poder Judiciário brasileiro está historicamente inserido numa forte tradição autoritária, decorrente da própria forma como se estruturaram as instituições desde a chegada dos europeus no ano de 1500. Com efeito, ao longo de sua história o Brasil experimentou períodos muito curtos de democracia, a qual, por sua vez, sempre foi muito restrita por se limitar a permitir apenas o direito ao voto periodicamente, jamais atingindo a democracia brasileira uma dimensão substancial de efetiva concretização de cidadania[115].

Assim, o Poder Judiciário no Brasil nasceu e se desenvolveu, ao longo de séculos, num ambiente não democrático, desempenhando uma função de manutenção do *status quo* e servindo como um local de reprodução dos privilégios da classe dominante. Tal configuração tornou inviável que o Poder Judiciário pudesse atender as expectativas de um regime democrático, conforme explica Rubens Casara:

> Não se pode pensar a atuação do Poder Judiciário dissociada da tradição em que os magistrados estão inseridos. Adere-se, portanto, à hipótese de que há uma

---

Santos (2021) expõe, em linhas gerais, o projeto e o significado da criminologia crítica: "uma teoria materialista dialética do crime e da criminalização, desenvolvendo um ponto de vista de classe no sistema de justiça criminal – logo, em confronto com o discurso do crime como realidade ontológica preconstituída e com as definições do processo de criminalização do sistema penal (SANTOS, 2021, p. 262).

[115]Importante ressaltar que, no presente estudo adota-se a concepção de cidadania conforme a ideia de Hannah Arendt, ou seja, a cidadania como direito a ter direitos, noção esta cujo significado é bem sintetizado por Celso Lafer: "Daí a conclusão de Hannah Arendt, calcada na realidade das *displaced persons* e na experiência do totalitarismo, de que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum pelo processo de asserção dos direitos humanos" (LAFER, 1991, p. 17). Com efeito, o Brasil é um país cujo desenvolvimento econômico e social se baseou na escravidão de indígenas e negros. O racismo, consequentemente, é estrutural na sociedade brasileira. Tal circunstância, dentre outras, impossibilitou, no Brasil, o efetivo acesso ao espaço público e a consolidação efetiva da cidadania, por grande parte da população, inclusive nos dias atuais.

> relação histórica, teórica e ideológica entre o processo de formação da sociedade (e do próprio Poder Judiciário) e as práticas observadas nas Agências Judiciais. No caso brasileiro, pode-se apontar que, em razão de uma tradição autoritária, marcada pelo colonialismo e pela escravidão, na qual o saber jurídico e os cargos no Poder Judiciário eram usados para que os rebentos da classe dominante (aristocracia) pudessem se impor perante a sociedade, sem que existisse qualquer forma de controle democrático ou popular dessa casta, gerou-se um Poder Judiciário marcado por uma ideologia patriarcal e patrimonialista, constituída por um conjunto de valores que se caracteriza por definir lugares sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem e o apego ao conservadorismo (CASARA, 2017, p. 128).

A promulgação da Constituição da República de 1988 representa uma ruptura formal e institucional perante a antiga e enraizada tradição autoritária. Ademais, a Constituição brasileira de 1988 "marca o início da transição do modelo de Estado autoritário patrimonialista para o modelo democrático e implanta no país uma democracia pós-autoritária não consolidada" (LEITE, 2014, p. 171)

Todavia, a mudança representada pela Constituição da República de 1988 não se implementa da noite para o dia, Mudanças culturais, muitas vezes, levam décadas para serem implementadas e, em matéria de tradição autoritária e patrimonialista, o Brasil, como disse Millôr Fernandes, "tem um longo passado pela frente".

Portanto, de pouco adianta uma Constituição democrática e generosa na previsão de direitos fundamentais, inclusive de pessoas submetidas à persecução penal, se a mentalidade e a visão de mundo dos juízes ainda são formadas no seio de uma tradição autoritária, baseada na crença no uso da força como forma de solucionar os mais diversos problemas sociais.

Em outras palavras, "intérpretes autoritários, com base em seus preconceitos, suas visões de mundo e os valores que carregam, produzem ações e normas autoritárias, mesmo diante de textos tendencialmente democráticos" (CASARA, 2017, p. 107).

O autoritarismo do Poder Judiciário brasileiro é mais fortemente percebido na atividade de criminalização secundária que tal órgão desempenha enquanto agência do sistema penal.

Diversas práticas decisórias revelam que o Poder Judiciário ainda mantém um ranço autoritário incompatível com o conteúdo da Constituição de 1988, como, por exemplo: (i) arquivamentos generalizados dos autos de resistência (situação envolvendo

a morte de pessoas em conflito com a polícia militar[116]); (ii) Superlotação de presídios e estabelecimentos penais que não cumprem os dispositivos da Lei de Execução Penal,[117] apesar da fiscalização ser feita pelo Poder Judiciário (art. 66, incisos VII e VIII, da LEP); (iii) longevidade da utilização do inquérito policial para fundamentar condenações na esfera criminal[118]; (v) decretação de prisões processuais sem cautelaridade, como é o caso das prisões preventivas decretadas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, o que as torna inconstitucionais[119].

Grande parte dessas decisões e posturas do Poder Judiciário são manifestações diretas do populismo penal[120], fenômeno no qual os membros do Poder Judiciário proferem suas decisões para atender aos anseios da opinião pública por mais punição e

---

[116]Na visão de Orlando Zaconne (2015), o Poder judiciário se omite ao homologar, de maneira generalizada, pedidos de arquivamento de investigações, feitos pelo Ministério Público, de homicídios praticados por agentes de segurança, nos quais há o reconhecimento precoce de excludentes da ilicitude como a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal (arquivamento dos autos de resistência). Boa parte de tais arquivamentos ocorrem em razão da análise exclusiva dos antecedentes da vítima, tornando evidente o desinteresse do Estado pelas vidas descartáveis, em sua quase totalidade de pessoas negras da periferia (ZACCONE, 2015).

[117]Via de regra, somente quem pode mandar prender alguém é o Poder Judiciário, por meio de ordem escrita e fundamentada (art. 5º, inciso LXI, CF/88). Logo, é o Poder Judiciário que envia as pessoas para a prisão, sendo evidente, portanto, que tal órgão tem parcela de responsabilidade no problema da superpopulação carcerária no Brasil, conforme expõe Marcelo Semer: "E as precárias condições de habitabilidade dos presídios, expostos à fiscalização de promotores e juízes e, ainda assim, em condições desumanas – e, até por isso, a situação do próprio hiperencarceramento, de cuja responsabilidade juízes tentam eximir-se sem sucesso, pois apostam na pena privativa de liberdade como o esquálido triunfo da esperança sobre a ideia, jamais comprovada, da efetiva dissuasão da criminalidade pelo endurecimento das sanções. A duplicidade, no caso, é que o agente responsável pela garantia de direitos permanece, ainda, no figurino de mantenedor da ordem" (SEMER, 2021, p. 157).

[118] Nada obstante o art. 155 do Código de Processo Penal proibir que o juiz fundamente uma decisão condenatória exclusivamente nos elementos constantes do inquérito policial (ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas), continua sendo muito frequente na prática forense que juízes e tribunais sigam utilizando uma versão dissimulada de "condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito". Na verdade, conforme explica Aury Lopes Jr. (2014), "essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito. Isso é violar a garantia da própria jurisdição e do contraditório" (LOPES JR., 2014, p. 329).

[119] É muito comum que os juízes criminais no Brasil decretem a prisão preventiva com fundamento da ordem publica, sob os argumentos de "restabelecimento da credibilidade das instituições" ou "risco de reiteração de delitos". Em ambos os casos está ausente o requisito da cautelaridade da prisão processual (a prisão deve servir para garantir o resultado útil do processo), se comportando o juiz, nesse caso, como um verdadeiro agente de segurança pública e não como garantidor de direitos fundamentais do imputado, conforme explica Aury Lopes Jr.: "a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional [...]. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública" (LOPES JR., 2014, p. 868).

flexibilização das garantias e direitos fundamentais, as quais são divulgadas como sinônimo de impunidade pelos meios de comunicação. Confira-se:

> Note-se que o distanciamento em relação à população gerou em setores do Poder Judiciário, mesmo entre aqueles que acreditam na democracia, uma reação que se caracteriza pela tentativa de produzir decisões judiciais que atendam à opinião pública (ou, ao menos, aos anseios externados pelos meios de comunicação de massa). Tem-se o populismo judicial, isto é, o desejo de agradar ao maior número de pessoas possível pelas decisões judiciais como forma de democratizar a justiça aos olhos da população, mesmo que para tanto seja necessário afastar direitos e garantias previstos no ordenamento. Assim, não raro, juízes de todo o Brasil passaram a priorizar a hipótese que interessa à mídia ou ao espetáculo em detrimento dos fatos que podem ser reconstruídos por meio do processo (CASARA, 2017, p. 131-132).

Paralelo ao fenômeno do populismo judicial surge a figura do "juiz herói", que surge como paladino do combate ao crime e à corrupção a qualquer custo. Frequentadores assíduos das capas de revistas e jornais, o juiz-herói possui uma mentalidade policialesca, de combate, que defere medidas ilegais (conduções coercitivas, vazamento de interceptações telefônicas, prisões preventivas alongadas para forçar confissões e delações premiadas, condenações baseadas em reconhecimentos fotográficos de réus etc.), porque, na sua visão, os fins sempre justificam os meios.

Em essência, o "juiz herói" é um não-juiz, na medida em que lhe falta os atributos da imparcialidade e do zelo inegociável pelos direitos e garantias fundamentais. O Poder Judiciário e seus agentes não existem, ou pelo menos não deveriam existir, para combater nada, mas sim para zelar pela observância das regras do jogo democrático e pelo devido processo legal substancial e formal.

Não se trata aqui, por óbvio, de se enxergar os direitos e garantias dos cidadãos submetidos à persecução penal do estado como verdadeiros escudos protetores para a prática de ilícitos penais. Nessa toada, punir os responsáveis pelo cometimento de crimes é um ato legítimo e civilizatório, porém não de qualquer jeito, não de qualquer forma: "Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. [...] existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais" (LOPES Jr., 2014, p. 44)

Em síntese: no Brasil existe um abismo entre o dever-ser (discurso normativo) e o ser (a realidade da prática forense). A Constituição da República de 1988 almeja um

Poder Judiciário contramajoritário[121] e o manuseio da legislação penal e processual penal como ferramentas que deveriam ser utilizadas pelos juízes para limitar o poder punitivo estatal e impedir abusos. Todavia, os resquícios de uma tradição autoritária impedem a plena concretização do projeto constitucional.

Conforme se verá adiante, o Supremo Tribunal Federal também colabora com esse estado de coisas, sobretudo quando profere decisões ativistas em matéria criminal que fortalecem a persecução criminal do Estado, em razão da eficácia *erga omnes* e vinculante de suas decisões e também pelo forte simbolismo de sua jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 O *LOCUS* PRIVILEGIADO DAS DECISÕES DO STF NO SISTEMA PENAL

O Supremo Tribunal Federal, por ser órgão integrante do Poder Judiciário, integra o sistema penal e realiza a tarefa de criminalização secundária, ao lado de outras agencias do sistema, porém com algumas peculiaridades. A Constituição da República de 1988[122] atribui competência ao Supremo Tribunal Federal para o processo e

---

[121]A postura contramajoritária do Poder Judiciário é particularmente necessária no âmbito da persecução criminal, em face da importância dos interesses envolvidos (liberdade e dignidade da pessoa humana). Em um Estado democrático de direito, como o instituído pela Constituição de 1988, os direitos e garantias fundamentais de todos (culpados ou inocentes) devem ser respeitados, ainda que contra a vontade das maiorias de ocasião. Isso porque a legitimidade do juiz "deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. [...] Não está o juiz obrigado a decidir conforme deseja a maioria, pois a legitimação de seu poder decorre do vínculo estabelecido pelo caráter cognoscitivo da atividade jurisdicional" (LOPES JR., 2014, p. 69).

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

I - processar e julgar, originariamente:

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

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

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

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores;

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

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

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, [...] decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

julgamento de diversas causas de natureza criminal e, ademais, no exercício da jurisdição constitucional, seus julgamentos podem ter grande repercussão sobre as decisões proferidas pelos juízes de primeira instância e tribunais de base.

Com efeito, a forte influência dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre os demais órgãos do Poder Judiciário decorre basicamente dos seguintes fatores: (i) eficácia contra todos e efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF/88); (ii) possibilidade de aprovação de súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88); (iii) decisões proferidas nos julgamentos de recursos extraordinários com efeito vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (art. 927, III, CPC).

Antes de explicar de maneira mais detida cada uma das três situações, é importante ressaltar que todas decorrem do progressivo fortalecimento dos precedentes[123] judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, como forma de garantir maior segurança jurídica e previsibilidade às decisões judiciais.

Assim, diante da conjugação dos três fatores acima descritos, a jurisprudência do STF assume um papel fundamental nos julgamentos feitos pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Metaforicamente falando, não seria exagero comparar os entendimentos do STF sobre determinada questão jurídica a uma espécie de farol que ilumina e guia a tarefa de todos o demais órgãos judicantes na tarefa de prover soluções para os casos concretos que lhes são submetidos.

Portanto, o STF, por meio de suas decisões, acaba por influenciar, para o bem e para o mal, todos os pronunciamentos do Poder Judiciário. Na esfera criminal, se a jurisprudência do STF vai se cristalizando de maneira mais garantista, os demais órgãos serão mais zelosos com os direitos e garantias fundamentais dos acusados. De outro modo, se a jurispudência do STF incrementa o poder punitivo do Estado, os réus dos juízos de base receberão um tratamento ainda mais rigoroso por parte dos juízes.

---

[123] Juraci Mourão Lopes Filho (2014) define o precedente como "uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais. [...] Essa resposta comporá a tradição institucional do Judiciário, merecendo consideração no futuro, inclusive por tribunais superiores, pois mesmo os escalões mais elevados não podem ignorar os outros elos do sistema em rede que formam. Sua utilidade na ordem jurídica é, adicionalmente, funcional, pois elide o desenvolvimento de outras decisões a partir de um grau zero, evitando subjetivismos, economizando tempo e garantindo uma igualdade de tratamento entre casos substancialmente iguais" (LOPES FILHO, 2014, p. 281-282).

Daí porque o ativismo judicial em matéria criminal é particularmente preocupante, sobretudo quando implica numa criação judicial de normas jurídicas que impliquem em restrição a direitos fundamentais dos cidadãos submetidos à persecução criminal, aumentando, ainda mais, o poder punitivo do Estado e todas suas deletérias consequências.

3.3.1 Decisões com eficácia contra todos e efeito vinculante

A Eficácia e o efeito das decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade estão previstos na Constituição da República (art.102, § 2º[124]) e na legislação infraconstitucional (art.28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99[125]), as quais determinam que as decisões declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade têm eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante.

A eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante são duas características que buscam conferir amplitude e efetividade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mas não podem ser confundidas por serem coisas distintas.

A eficácia *erga omnes* das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade decorre da natureza abstrata do controle de constitucionalidade exercida nesses instrumentos processuais. Com efeito, no controle de constitucionalidade abstrato existe um processo objetivo, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração. Não existe, por exemplo, a figura de um réu. Portanto, a decisão proferida após uma análise abstrata da constitucionalidade da lei produzirá efeitos contra todos (*erga omnes*), ainda que não tenham participado do processo.

O efeito vinculante, por sua vez, significa que a decisão definitiva de mérito na ADI e na ADC vinculará todos os órgãos do Poder Judiciário e toda a Administração Pública, ou seja, todos os juízes e tribunais deverão decidir conforme o estabelecido

---

[124]Confira-se: Art. 102 [...]§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

[125]Confira-se: Art.28, Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

pelo STF, assim como todos os órgãos administrativos[126] federais, estaduais e municipais deverão cumprir o que foi decidido pelo STF.

O efeito vinculante não se restringe à parte dispositiva da decisão, abrangendo inclusive os fundamentos determinantes, conforme explica Gilmar Mendes:

> Com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado (MENDES, 2010, p. 1463).

3.3.2 Possibilidade de aprovação de súmulas vinculantes

Emenda Constitucional n. 45, de 2004, conhecida como Emenda de Reforma do Poder Judiciário, acrescentou o art. 103-A à Constituição da República com a seguinte redação: " O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

A lei necessária à regulamentação da súmula vinculante foi sancionada em dezembro de 2006 (Lei federal n. 11.417/2006) e, até a presente data[127], o Supremo

---

[126] Conforme se depreende da redação dos dispositivos legais, o efeito vinculante não se estende ao Poder Legislativo no desempenho de sua função típica de legislar, conforme entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal: "o efeito vinculante e a eficácia contra todos (erga omnes), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, não se estendendo, porém em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF"(Rcl 5.442-MC, Rel. Min. Celso de Mello).

[127] Até o mês de novembro de 2021.

Tribunal Federal já aprovou 58 enunciados sumulares, sendo que, vários deles possuem repercussão no campo penal e processual penal[128].

As súmulas vinculantes ostentam inegável natureza normativa, conforme sublinha Rodolfo de Camargo Mancuso: "a súmula, [...] pouco ou nada fica a dever, em termos de eficácia jurídica e social, à própria norma legal, [...] operando como um paradigma obrigatório, geral, abstrato e impessoal" (MANCUSO, 2007, p. 329).

Após mais de dezessete anos de sua instituição, Elival da Silva Ramos (2015) observa que a súmula vinculante logrou atingir importantes ganhos em termos de uniformização jurisprudencial e redução da sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Todavia, é necessário assinalar que dentre os efeitos colaterais negativos que o uso da súmula vinculante acarreta estão o "enrijecimento exacerbado da interpretação em matéria constitucional" (2015, p. 315), bem como é um fator de impulsão do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

3.3.3 Recursos extraordinários vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário

As decisões proferidas nos julgamentos de recursos extraordinários repetitivos possuem efeito vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário: O novo Código de Processo Civil estabelece em seu art. 927, inciso III, que os juízes e tribunais observarão os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos.

O recurso extraordinário é um recurso de fundamentação vinculada, ou seja, a matéria discutida se limita àquela expressamente prevista na Constituição da República[129].

---

[128]Várias Súmulas Vinculantes (SV) aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal repercutem nas esferas penal e/ou processual penal, como, por exemplo: a) SV 11 (excepcionalidade do uso de algemas); b) SV 14 (direito do defensor de ter acesso aos documentos constantes de procedimentos investigatórios criminais); c) SV 26 (inconstitucionalidade do regime integralmente fechado previsto na lei de crimes hediondos); d) SV 45 (prevalência da competência do tribunal do júri); e) SV 56 (A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso).

[129]As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário estão taxativamente previstas no art.102, inciso III, da Constituição, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

No tocante à discussão em torno da prova, é válido frisar que a discussão acerca de questões de fato é vedada no julgamento do recurso extraordinário. Neste sentido a Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, foi incluído um § 3º ao art. 102 da Constituição, estabelecendo a “repercussão geral” como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, nos seguintes termos: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

De acordo com Aury Lopes Jr. (2020), a exigência da repercussão geral, além de ser um instrumento de filtragem para redução da demanda no Supremo Tribunal Federal, desempenha uma tríplice finalidade: “a) firmar o papel do STF como Corte Constitucional, e não como instância recursal; b) ensejar que o STF só analise questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interessa subjetivo das partes; c) Fazer com que o STF decida uma única vez cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria” (LOPES JR., 2020, p. 1.162).

O Código de Processo Civil disciplina a repercussão geral no art. 1.035 e o julgamento dos recursos extraordinários repetitivos nos arts. 1.036 a 1.041. Trata-se, em síntese, de um mecanismo jurídico processual que tem o objetivo de reduzir o número de recursos idênticos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que possibilita a prolação de decisão com eficácia *ultra partes* e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário

Com efeito, a eficácia *ultra partes* e vinculante do julgamento dos recursos extraordinários repetitivos se depreende do que dispõe o art. 1.039 (Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada) e o art. 1.040, inciso III (os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior) do Código de Processo Civil.

Assinale-se que tais mudanças no regramento constitucional e infraconstitucional do recurso extraordinário demonstram uma remodelação desta modalidade recursal no sentido de sua objetivação, isto é, o recurso extraordinário passa

a servir de instrumento de controle da ordem constitucional objetiva, e não somente do caso concreto sob julgamento[130].

3.4 ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA CRIMINAL NO STF

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, aqui compreendido como uma maior interferência deste órgão do Poder Judiciário no espaço de atuação dos outros poderes, que abrangem todos os ramos do direito, não sendo, portanto, o direito penal e o direito processual penal exceções a tal regra.

Chega-se, então, à parte nuclear da presente dissertação, que é o exame de alguns limites ao exercício da função jurisdicional, sobretudo no campo do direito penal, em um Estado democrático de direito. A escolha desse campo se deve ao fato da tensão permanente existente entre, de um lado, a aplicação do direito penal e processual penal com o escopo de se garantir a segurança pública e, do outro, a aplicação e eficácia dos direitos e garantias constitucionais de proteção dos indivíduos e da cidadania.

Revela-se fundamental, neste contexto, tentar responder à seguinte indagação: Na tarefa de aplicação das leis penais, os juízes e tribunais devem adotar uma postura garantista ou punitivista?

Na busca por uma resposta a tal pergunta deve-se lembrar, primeiramente, que o direito penal se constituiu, ao longo da história, tanto com o objetivo de punir os infratores da ordem jurídico-penal, como também para impor limites ao poder punitivo, de maneira a torná-lo mais racional e previsível. Confira-se:

> O poder punitivo é bruto, atavicamente expansivo e socialmente verticalizador. Nenhum outro meio de controle social provoca tanta violência a pretexto de combatê-la. Nenhum controle social mantém-se em crescimento de uma forma tão persistente, a despeito da imensidão dos efeitos colaterais produzidos. Nenhuma sociedade passa incólume ao fortalecimento da autoridade e a seletividade nos seus mecanismos de contenção. Sem freios, o poder punitivo tende ao arbítrio. Não há outro sentido possível a um direito penal que se pretenda controle social formalizado, ou seja, regrado e expresso, do que a paradoxal função de servir de contradição ou de limite ao mesmo poder que

[130] Esta, aliás, é a compreensão do próprio Supremo Tribunal Federal acerca do novo perfil do recurso extraordinário, conforme Ementa de julgamento que segue transcrita: "Agravo regimental no Recurso Extraordinário. Contribuição social. Alteração. Base de cálculo. Lei 9.718/98. Violação do artigo 239 da Constituição do Brasil. O Supremo Tribunal Federal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE-AgR 475812/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 04.08.2006).

> legitima. Uma tentativa, quase sempre malsucedida, no escopo de reduzir o caráter autoritário deste controle (SEMER, 2020, p. 15).

Assim, diante da natural tendência do poder punitivo ao arbítrio, deve ser dada prevalência aos direitos e garantias individuais, como forma de se evitar os excessos punitivistas. Daí, porque, ser preferível a impunidade de um culpado à punição de um inocente. Confira-se:

> Por mais nobres que esses fins se nos afigurem, isso não autoriza automaticamente o emprego de quaisquer meios para alcançá-los. Se, por exemplo, para incriminar um torturador, for preciso submetê-lo à tortura, então é melhor deixá-lo impune. E isso não é apenas uma garantia para aquele torturador, mas sim para todos os membros da sociedade. Hoje é ele, amanhã pode ser qualquer um de nós, e é por isso que é necessário exigir a legitimidade dos meios como condição de acesso aos fins. [...] Se concordamos com o que até aqui foi dito, dificilmente deixaremos de admitir que a posição do juiz perante o direito penal e seu processo num Estado Democrático de Direito é aquela que vê as leis e o processo penal como sendo, antes e acima de tudo, normas e procedimentos garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos contra os excessos punitivos do Poder. Uma posição garantista, por conseguinte (MARQUES NETO, 2016, p. 6).

Em matéria criminal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem a particularidade de oscilar entre esses dois extremos: de um lado temos decisões que privilegiam o discurso de "eficiência repressiva" e, do outro, temos julgamentos que encampam o discurso do chamado "garantismo penal".

Conforme será demonstrado a seguir, o ativismo judicial de perfil garantista é aceitável na medida em que prestigia e concretiza direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade, quais sejam, aquelas submetidas à persecução penal. Por outro lado, a o ativismo judicial que prestigia a eficiência repressiva, em face de seu caráter punitivista, é inconcebível, sobretudo diante da força e densidade que o princípio da legalidade deve ter na esfera penal (reserva legal, tipicidade, devido processo legal).

3.4.1 Ativismo judicial garantista

O garantismo penal é uma teoria formulada pelo autor italiano Luigi Ferrajoli, a qual propõe, em síntese, o resgate e a valorização da Constituição como norma jurídica verdadeiramente constituinte da sociedade, ou seja, o fundamento de validade material e formal de todo o ordenamento jurídico.

Do ponto de vista conceitual, o garantismo penal deve ser compreendido como "um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar [...] o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade" (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Alexandre Morais da Rosa (2015), explica que como o garantismo penal serve como um freio contra os abusos e arbitrariedades praticados pelo Estado no âmbito do sistema penal:

> No campo do direito penal, o manejo do poder no Estado Democrático de Direito deve se dar de maneira controlada, evitando-se a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder estatal. Desta forma, para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os direitos fundamentais, apoiando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações, porque o poder estatal deve ser limitado, a saber, somente pode fazer algo – por seus agentes – quando expressamente autorizado[131].

A limitação constitucional do poder punitivo do estado, conforme explica Ferrajoli (2002), se materializa por meio da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, vertidos em latim: *A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine judicio; A8 Nullum judicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione.* O significado de cada um destes axiomas latinos é explicado pelo próprio autor:

> Denomino estes princípios, ademais, das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

---

[131] Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli. Acesso em: 24 nov. 2021.

A jurisprudência ativista do Supremo Tribunal Federal com um perfil garantista maximiza a proteção do indivíduo, prestigiando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade individual, bem como limita o poder coercitivo-penal e racionaliza a aplicação da lei penal, por exemplo, pela invocação do princípio da individualização da pena ou da proporcionalidade.

Alguns exemplos, a título meramente ilustrativo, de julgamentos do Supremo Tribunal Federal com traços de ativismo judicial garantista são os seguintes: a) declaração de inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime prevista na lei de crimes hediondos (HC 82.959/SP); b) declaração da inconstitucionalidade de dispositivo da lei de drogas (art.44) na parte em que veda a conversão das penas em restritiva de direitos (HC 97.256); c) julgamento favorável à realização de passeatas e manifestações públicas em favor da descriminalização das drogas (ADPF 187/DF); d) proibição da realização de operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro durante a pandemia da Covid-19, sob pena de responsabilização civil e criminal (ADPF 635/RJ).

Antes de tecer breves comentários sobre os mencionados julgamentos, é importante ressaltar que, na perspectiva adotada no presente estudo, o ativismo judicial garantista é cabível na medida em que representa maior contenção do poder punitivo do Estado por meio da reafirmação de direitos fundamentais de cidadãos investigados ou acusados da prática de crimes. Tais pessoas serão sempre vulneráveis em face do maior poder que o Estado ostenta na persecução penal, conforme explica Aury Lopes Jr.:

> Trata-se de limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar). Essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário (pois é ele o sujeito passivo, ou seja, aquele sobre quem recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal) (LOPES JR., 2014, p. 56)

3.4.1.1 Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado na lei de crimes hediondos

Em sua redação original, o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90[132], determinava que o condenado pela prática de crimes hediondos e equiparados deveria cumprir sua pena em

[132]Eis a redação do já revogado dispositivo: § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

regime integralmente fechado, não sendo cabível, portanto, a progressão para os regimes semiaberto e aberto.

Inicialmente, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, o entendimento segundo o qual a determinação legal do regime integralmente fechado não era inconstitucional[133], ou seja, não vulnerava o princípio da individualização da pena, na medida em que seria legítima a opção do legislador ordinário ao impor maior rigidez contra os condenados pela prática de tais crimes, devido à sua maior gravidade.

Esse entendimento acerca da constitucionalidade da vedação da progressão de regime para os crimes hediondos prevaleceu por muitos anos e somente foi alterado em 2006, por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP[134]. Nessa oportunidade, por apertada maioria de 6 votos a 5, declarou-se a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, sob o fundamento de que o dispositivo violava o princípio da individualização da pena.

Essa decisão foi tomada em sede de controle difuso de constitucionalidade, por isso, não teria, a princípio, eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, mas tão somente *inter partes*. Todavia, ao se analisar o inteiro teor da decisão[135], nota-se que o Supremo

---

[133]No sentido da constitucionalidade da vedação à progressão de regime instituída na redação original do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90: Ementa: HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2. PAR. 1. DA LEI 8072. TRÁFICO ILICITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO, ONDE O ARTIGO 2. PAR. 1. DA LEI 8072, DOS CRIMES HEDIONDOS, IMPÕE CUMPRIMENTO DA PENA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. NÃO HÁ INCONSTITUCIONALIDADE EM SEMELHANTE RIGOR LEGAL, VISTO QUE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NÃO SE OFENDE NA IMPOSSIBILIDADE DE SER PROGRESSIVO O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA: RETIRADA A PERSPECTIVA DA PROGRESSAO FRENTE A CARACTERIZAÇÃO LEGAL DA HEDIONDEZ, DE TODO MODO TEM O JUIZ COMO DAR TRATO INDIVIDUAL A FIXAÇÃO DA PENA, SOBRETUDO NO QUE SE REFERE A INTENSIDADE DA MESMA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO POR MAIORIA. (HC 69657/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 18/12/1992; Órgão Julgador: Tribunal Pleno). No mesmo sentido: HC 82.638/SP e HC 80.732/RJ.

[134]Segue a Ementa: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 23/02/2006; Publicação: 01/09/2006).

[135]Inteiro Teor do julgamento do HC 82.959/SP. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206. Acesso em: 25 nov. 2021.

Tribunal Federal concedeu algum efeito expansivo e *ultra partes*, na medida em que modulou os efeitos da decisão se utilizando do art. 27 da Lei n. 9.868/98[136], atribuindo eficácia *ex nunc* ao novo entendimento, de modo que o mesmo não retroage para gerar consequências jurídicas a penas já extintas na data da decisão, porém sendo passível de utilização em outros casos semelhantes no futuro.

Em face do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 11.464/2007, alterando a redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que passou a ter o seguinte texto: "§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado".

3.4.1.2 Inconstitucionalidade parcial do art. 44 da L.11.343/2006

A Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) confere um tratamento particularmente rigoroso aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificados, em suas diversas formas, nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 do mencionado diploma legal. Com efeito, as práticas de tais crimes impossibilitam a concessão de diversos benefícios penais, conforme determinação do art. 44: "Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos".

O Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, no julgamento do HC 97.256/RS, com base no princípio da individualização da pena, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade parcial do art. 33, § 4º e do art. 44 da Lei de Drogas, excluindo de sua abrangência a vedação da conversão das penas em restritivas de direitos, em acórdão que ficou assim ementado:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006,

[136]Redação do artigo: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringirem os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

> assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97.256, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento 01/09/2010, Publicação: 16/12/2010).

Algumas passagens do voto vencedor, proferido pelo Ministro Relator do HC 97.256, Ministro Ayres Britto, revelam sua preocupação com a dignidade da pessoa humana submetida à persecução penal: "mesmo a pessoa condenada pelo mais infamante dos delitos não decai jamais de sua dignidade intrínseca de ser humano", razão pela qual, não se revela possível que o legislador penal retire a discricionariedade judicial no sentido de definir a pena adequada a ser aplicada ao indivíduo condenado.

É interessante observar que tanto no julgamento do HC 97.256/RS, quanto na decisão proferida nos autos do HC 82.959/SP, analisado no tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal desempenhou um papel destacado na afirmação de direitos fundamentais de pessoas submetidas à persecução penal estatal, restringindo, desta forma, a ação coercitivo-penal do Estado e reduzindo a margem de conformação do legislador penal.

3.4.1.3 Julgamento favorável à realização de passeatas e manifestações públicas em favor da descriminalização das drogas (ADPF 187/DF)

O Código Penal, em seu art. 287, tipifica o crime de "Apologia de crime ou criminoso", vazado nos seguintes termos: "Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa".

O Supremo Tribunal Federal, por meio do seu Tribunal Pleno, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187/DF, ajuizado pela Procuradoria-Geral da República, entendeu que o artigo 287 do Código Penal deve ser interpretado conforme a Constituição, de forma a não impedir manifestações públicas em defesa da legalização/regulamentação do uso de drogas, como a maconha.

Desta forma, o Supremo, em decisão unânime, garantiu que passeatas e manifestações públicas, em favor da descriminalização do consumo de drogas, não

podem ser enquadrados como "apologia ao crime" ou como o crime de "induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga" (artigo 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006).

Na realidade, a procedência da ADPF nº 187 representa, sobretudo, a densificação de dois importantes direitos fundamentais previstos na Constituição da República: o direito de reunião[137] e o direito à livre expressão do pensamento[138]. Conforme destaca em trecho do seu voto, o Relator Ministro Celso de Mello:

> "Marcha da maconha". Manifestação legítima, por cidadãos da República, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim). A liberdade de reunião como pré-condição necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político e no de tomada de decisões no âmbito do aparelho de Estado. [...] O direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias. Abolição penal (abolitio criminis) de determinadas condutas puníveis. Debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso. Discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal[139].

No caso em questão, o Supremo Tribunal Federal restringiu o poder coercitivo penal do Estado em duas dimensões, na medida em que restringiu, a um só tempo, tanto a criminalização primária quanto a criminalização secundária efetuada pelo sistema penal.

Com efeito, a decisão proferida nos autos da ADPF nº 187 limitou o alcance de dispositivo do Código Penal, retirando de sua esfera de abrangência manifestações e passeatas que defendem a legalização e regulamentação do uso de drogas (restrição à criminalização primária). Ademais, limitou a atuação do poder de polícia do Estado, ao declarar inconstitucional a repressão policial do Estado na eventual tentativa de impedir a realização da manifestação e prender os manifestantes (restrição à criminalização secundária).

---

[137]Art. 5º, inciso XVI, da CF/88: "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

[138]Art. 5º, inciso IV, da CF/88: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

[139]Inteiro teor do julgamento da ADPF 187 disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195. Acesso em: 26 nov. 2021.

3.4.1.4 Proibição da realização de operações policiais nas comunidades pobres do Rio de Janeiro durante a epidemia da Covid-19 (ADPF 635/RJ)

A violência policial é um problema crônico no Brasil. Apenas no ano de 2020, houve, no país, 6.416 mortes intencionais causadas por agentes pertencentes às polícias civil e militar. Em média, são mais de 17 mortes por dia, números que não se verificam nem mesmo em países onde a pena de morte ainda é oficialmente aplicada[140].

Tais números são fornecidos pelo 15º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, elaborado todos os anos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. A mesma fonte revela que as vítimas da violência policial são, em sua maioria, negros (78,9%), jovens entre 12 e 29 anos (76,2%) e do sexo masculino (98,4%). Tais números demonstram, além da seletividade inerente ao sistema penal, que o Brasil falha em promover políticas públicas eficientes de redução da letalidade policial.

A violência da polícia se verifica, sobretudo, nas periferias e comunidades pobres do Brasil, espaço no qual o Estado exerce, de maneira mais clara aquilo que o historiador e cientista político camaronês, Achille Mbembe, denomina de "necropolítica".

De acordo com o pensamento de Mbembe (2018) a necropolítica está relacionada com o exercício de soberania de cada Estado: "a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais" (MBEMBE, 2018, p.6).

Nas periferias, comunidades e bairros pobres do Brasil, o Estado, por meio das agências policiais, exerce a necropolítica e escolhe inimigos que devem morrer, inimigos estes que apresentam quase sempre o mesmo perfil racial, etário e educacional. A situação é mais grave na cidade do Rio de Janeiro, onde se verificam, com uma intensidade e frequência maiores, verdadeiros massacres promovidos pela polícia militar em comunidades pobres da cidade.

Essa política de extermínio não cessou nem mesmo durante a pandemia de COVID-19. Sob o pretexto de "garantir a segurança pública", as forças policiais do Estado causam pânico na população residente em tais comunidades, promovendo a

[140] Relatório da Anistia Internacional informa que, no ano de 2019, em todo o mundo, foram oficialmente executadas 657 pessoas. Relatório disponível em: https://www.amnistia.pt/tematica/pena-de-morte/. Acesso em: 26 nov. 2021.

devastação desses locais e, consequentemente, aumentando a exposição das pessoas ao vírus. A partir do mês de abril de 2020, em plena quarentena da pandemia, constatou-se um aumento no número de operações policiais e na letalidade policial na cidade do Rio de Janeiro[141].

Diante da gravidade da situação, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635/RJ, posteriormente referendada pelo Plenário da Corte, nos termos da Ementa abaixo transcrita:

> EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA INCIDENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS NAS COMUNIDADES DO RIO DE JANEIRO DURANTE A PANDEMIA MUNDIAL. MORA DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DE DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA.CONTEXTO FÁTICO EM QUE OS MORADORES PERMANECEM MAIS TEMPO EM CASA. RELATOS DE OPERAÇÕES QUE REPETEM O PADRÃO DE VIOLAÇÃO JÁ RECONHECIDO PELA CORTE INTERAMERICANA. PERICULUM IN MORA. CONCESSÃO DA MEDIDA.
>
> 1. A mora no cumprimento de determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é fundamento que emprega plausibilidade à tese segundo a qual o Estado do Rio de Janeiro falha em promover políticas públicas de redução da letalidade policial.
>
> 2. A permanência em casa dos moradores das comunidades do Rio de Janeiro em decorrência da pandemia internacional, assim como os relatos de novas operações que, aparentemente, repetem os padrões de violações anteriores,

---

[141]A petição inicial da ADPF 635/RJ demonstra, com exemplos concretos, o aumento da incidência das operações e da letalidade da polícia no mencionado período: "No dia 15 de maio último, uma operação conjunta do BOPE (Batalhão de Operações Policiais Especiais) da Polícia Militar e da Desarme (Delegacia Especializada em Armas, Munições e Explosivos) da Polícia Civil no Complexo do Alemão resultou em 13 (treze) mortes, interrupção da energia elétrica por 24 horas e impediu a ajuda humanitária de entrega de doações de alimentos, água e material de higiene e limpeza, além de causar destruição e terror aos moradores em plena quarentena na pandemia. [...] Em 18 de maio de 2020, apenas três dias após a chacina do Alemão, uma operação da Polícia Federal com apoio das polícias fluminenses, especialmente da CORE (Coordenadoria de Recursos Especiais) da Polícia Civil, foi realizada na Praia da Luz, Ilha de Itaoca, na cidade de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro. A operação contou com veículos blindados e aeronaves, e resultou na morte de João Pedro Mattos Pinho, de apenas 14 anos de idade. (BRASIL, 2020. p. 2-3).

> fundamentam o receio de que a medida, caso concedida apenas ao fim do processo, seja ineficaz.
>
> 3. Medida cautelar deferida para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária. (ADPF n. 635/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, Data Decisão: 05/08/2020)

A decisão resultou numa diminuição imediata no número de mortes provocadas pela polícia nas comunidades pobres do Rio de Janeiro. Essa é a conclusão do estudo "Efeitos da Medida Cautelar na ADPF 635 sobre as operações policiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro" (HIRATA *et al*., 2020), publicado pelo Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos, da Universidade Federal Fluminense, utilizando-se da sua base de dados acerca das operações policiais nas favelas da cidade do Rio de Janeiro e Região Metropolitana.

Nesta pesquisa, constatou-se que o período entre 05 e 19 de junho de 2020 mostrou a menor incidência de operações de policiais desde o ano de 2007, o que implicou numa redução de 68,3% em relação à média dos anos anteriores. Por via de consequência, também houve uma queda na taxa de óbitos: a redução foi de 75,5% em comparação com o período entre 2007 e 2019; e de 85,8% em relação à estimativa para 2020 (HIRATA *et al.*, 2020).

Depreende-se, portanto, que a medida cautelar foi exitosa no cumprimento de seu objetivo principal, na medida em que cumpriu com sua finalidade principiológica maior que é a de preservar vidas. Ademais, também se verificou uma redução da ocorrência de tiroteios de, aproximadamente, 54,1% em comparação com o período de 2017 a 2019 (HIRATA *et al.*, 2020).

3.4.2 Ativismo judicial punitivista

A jurisprudência ativista de eficiência repressiva guarda íntima conexão com a já abordada ideologia da defesa social, na qual prevalece o ideal de "lei e ordem" e de segurança da sociedade em detrimento dos direitos e garantias fundamentais[142] das pessoas submetidas à persecução penal do Estado, ou seja, daqueles que são investigados ou acusados pela suposta prática de ilícitos penais. Trata-se de decisões ativistas que incrementam o poder de punir estatal, sendo, assim, punitivistas.

Exemplos de ativismo judicial punitivista na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal podem ser verificados, nos seguintes julgamentos: (*i*) criminalização da homotransfobia, pelo seu enquadramento como crime de racismo (MI nº 4733 e ADO nº 26); (*ii*) A inobservância do prazo nonagesimal previsto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não autoriza a revogação automática da prisão preventiva (SL 1395); (*iii*) Equiparação da injúria racial ao crime de racismo, considerando-a imprescritível (HC 154.248).

Tal forma de ativismo judicial não se afigura legítimo, não apenas porque invade a competência privativa do Poder Legislativo, mas, sobretudo por violar o princípio da legalidade estrita, cuja importância na esfera criminal se justifica por representar uma garantia fundamental da cidadania num Estado que se autointitula "democrático de direito".

A impossibilidade do ativismo judicial punitivista, portanto, é uma consequência lógica da força que o princípio da legalidade apresenta na esfera criminal. Confira-se: "em razão da própria força e densidade que o princípio da legalidade deve ter no campo penal (reserva legal, tipicidade, devido processo legal), tanto o espaço da ponderação é

---

[142] Existe um discurso que opõe a segurança pública e o respeito aos direitos humanos. De acordo com essa linha de pensamento, os direitos humanos são encarados como um obstáculo para a garantia da segurança e da ordem pública. O argumento central desse discurso é "direitos humanos para humanos direitos", ou seja, apenas os direitos humanos dos chamados "cidadãos de bem" deveriam ser respeitados; os violadores da lei, nessa perspectiva, não devem usufruir dos mesmos direitos. O antagonismo entre segurança pública e respeito aos direitos humanos é falso, conforme observa Nilo Batista: "direitos humanos são direitos que toda pessoa humana tem – independente do que seja, pense ou faça. (...) A ideia principal dos direitos humanos é que toda pessoa tem certos direitos que o Estado não pode tirar nem deixar de conceder: vida, trabalho, remuneração digna, aposentadoria, instrução, liberdade, manifestação do pensamento, lvre associação e reunião etc. É claro que se um homem pratica um crime – um homicídio, um roubo, um estupro, um furto – ee deve ser processado e julgado. Os documentos dos direitos humanos também preveem isso. Mas não pode ser espancado. Não pode ser torturado. Não pode ser morto. Sua família não pode ser humilhada. Seus vizinhos não podem ser importunados e constrangidos. Casas de inocentes não podem ser vasculhadas. Se aqueles que matam, assaltam violentam crianças ou mulheres, furtam e não são presos, processados, julgados e condenados, a culpa não é dos direitos humanos" (BATISTA, 1990, p. 158).

mais restrito, como também se pode dizer que o ativismo judicial em matéria penal é inconcebível" (NICOLITT, 2020, p.103-104).

Com *status* jurídico-normativo de princípio constitucional[143], o princípio da legalidade, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 22), "é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito".

Verdadeira garantia de proteção da cidadania contra as arbitrariedades e excessos do poder punitivo estatal, o princípio da legalidade se projeta em quatro importantes dimensões: necessidade de lei escrita, estrita, certa e prévia. Confira-se:

> a) lei escrita: como fonte exclusiva dos crimes e das penas, excluindo assim o costume, princípios gerais de direito ou a jurisprudência para a sua formação; b) lei estrita: como condição da criação de crimes e imposição de penas, proibindo-se a analogia ou outros mecanismos que venham a converter o juiz em legislador; c) lei certa: com enunciado taxativo, contra a redação aberta e genérica, que esfumaça as demais limitações; d) lei prévia: como condição de estabelecimento de crimes e penas, impedindo, por meio da retroatividade, que o arbítrio do legislador possa tornar nulas as exigências anteriores (SEMER, 2020, p. 58).

Ferrajoli (2002) observa que a legalidade estrita deve conter condutas dotadas de referências empíricas, isto é, condutas que sejam verificáveis. O autor italiano, nesse passo, distingue o caráter regulamentar da lei penal (regular e punir condutas humanas passíveis de submissão à prova), do caráter constitutivo (juízos de valor sobre estados ou situações que possibilitam a punição de alguém pelo que ela é e não pela conduta por ela praticada). Para ele, apenas o caráter regulamentar deve ser contemplado pelo princípio da legalidade, de modo a impedir um direito penal do autor. Confira-se:

> O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrária e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiam as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os "desocupados" e os "vagabundos", os "propensos a delinquir", os "dedicados a tráficos ilícitos", os "socialmente perigosos" e outros semelhantes. Diremos, pois [...], que o princípio da estrita legalidade não admite "normas constitutivas", mas somente

[143] Constituição da República, Art. 5º, inciso XXXIX: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

> "normas regulamentares" do desvio punível: portanto, não admite normas que criam ou constituem *ipso jure* as situações de desvio sem nada prescrever, mas somente regras de comportamento que estabelecem uma proibição, quer dizer, uma modalidade deôntica, cujo conteúdo não pode ser mais do que uma ação, e a respeito da qual seja possível tanto a omissão quanto a comissão, uma exigível e a outra obtida sem coação e, portanto, imputável à culpa ou responsabilidade de seu autor (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Insta frisar que, ainda que de maneira implícita, o princípio da legalidade também impede que os órgãos do Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, profiram decisões que ignorem a literalidade de dispositivos legais, por meio de interpretações criativas que incrementem o poder punitivo do Estado, em detrimento dos direitos fundamentais de investigados e acusados, os quais, repita-se à exaustão, são sempre vulneráveis e hipossuficientes na relação jurídica estabelecida entre eles e o Estado em sede de persecução penal.

Carvalho Mendonça (2018), ao tratar do ativismo em matéria penal, explica que existem diferenças entre a independência dos juízes no âmbito cível e criminal. Na esfera cível, a independência se caracteriza pela imparcialidade do juiz, tendo como norte a autonomia da vontade, igualdade entre Estado e cidadão e da finalidade pública prevista nas leis e na Constituição. No âmbito penal, por sua vez, a independência judicial se vincula à sujeição somente à lei, garantida pela estrita legalidade e taxatividade dos tipos penais, inexistindo espaço para discricionariedade nesse aspecto.

Destarte, o juiz criminal, bem como o Supremo Tribunal Federal quando julga causas penais estão adstritos ao princípio da legalidade estrita, não podendo, portanto, inovar criando tipos penais ou ampliando o alcance de norma penal incriminadora de modo a abranger conduta que dela não conste expressamente.

Nos subitens seguintes serão analisadas três decisões do Supremo Tribunal Federal que incorreram em ativismo judicial punitivista. A primeira delas violou o princípio da legalidade por representar analogia *in malam partem*, a segunda por ignorar a literalidade de dispositivo legal por meio de interpretação criativa e, por fim, a terceira que afastou condição de procedibilidade e mudou a natureza da ação penal escolhida pelo legislador para determinado tipo de crime.

Todas essas decisões, conforme será visto a seguir, fortalecem o Estado penal por meio do incremento do seu poder punitivo e, apesar de não se duvidar das boas

intenções[144], implicam numa relativização perniciosa de direitos fundamentais de pessoas submetidas à persecução penal.

3.4.2.1 Criminalização da homotransfobia por decisão judicial

O art.3º, inciso IV, da Constituição da República de 1988 proíbe todas as formas de discriminação, inclusive a discriminação decorrentes de orientação sexual e de identidade de gênero, estabelecendo como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção "[...] do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Nada obstante o princípio da não discriminação possuir proteção constitucional, a realidade social revela que a população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros) não usufruem da efetividade de tal norma jurídica, na medida em que o preconceito e a discriminação em razão da orientação sexual são praticados de forma recorrente.

O preconceito dirigido contra tal grupo social é denominado genericamente de homofobia. A utilização genérica do termo "homofobia", é explicada por Paulo Vecchiatti (2020), confira-se:

> Embora originalmente destinado a significar discriminação contra homossexuais, é hegemonicamente usado de maneira mais ampla, para significar a discriminação por orientação sexual, real ou presumida, da vítima, abarcando assim as opressões contra lésbicas, gays, bissexuais, pansexuais e assexuais (VECCHIATTI, 2002, p. 5).

O relatório intitulado "Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência", elaborado pelo Ministério dos Direitos Humanos quantifica em números as ofensas, agressões e discriminações das quais são alvo a população LGBT brasileira. Com dados colhidos no ano de 2016, o referido relatório aponta para um quadro de violência

[144]Aqui é apropriado se fazer o mesmo questionamento de Agostinho Ramalho Marques Neto: "Quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, 'a priori', que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas. (...) Enfim, é necessário, parece-me, que a sociedade, na medida em que o lugar do Juiz é um lugar que aponta para o grande Outro, para o simbólico, para o terceiro" (MARQUES NETO, 1994, p. 48).

sistemática no Brasil contra a população LGBT e menciona que foram registradas 2.964[145] violações de direitos humanos de caráter LGBTfóbico (BRASIL, 2018, p. 74).

Diante desse quadro de violência sistemático foram apresentados, no Congresso Nacional, os Projetos de Lei (PL) 4.242/03, 3.770/00, 05/2003 e 5.003/2001 (reunidos posteriormente no PL 122/2006), todos com o objetivo de criminalizar a homofobia e a transfobia. Todavia, por ficar sem movimentação durante dois anos no Senado Federal, o Projeto de Lei foi arquivado.

Fica evidente, portanto, a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre esse tema tão importante, o que revela uma verdadeira inércia do Parlamento em conferir maior proteção legal ao grupo social LGBT contra os preconceitos e agressões das quais são frequentes destinatários.

Em razão da omissão do Poder Legislativo, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal duas ações judiciais: o Mandado de Injunção nº 4733, proposto pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Trangêneros e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS.

Os pedidos[146] constantes nas duas ações são, em síntese, os seguintes: (i) que fosse declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização da homofobia e da transfobia; (ii) que fosse fixado prazo razoável para que o Congresso Nacional aprovasse uma lei contendo a criminalização da homofobia e da transfobia e, em caso de decurso do prazo fixado pela Corte sem que o Congresso Nacional aprovasse tal lei ou caso o Tribunal entendesse desnecessária a fixação desse prazo, que fossem tipificadas a homofobia e a transfobia como crime por decisão do próprio Supremo Tribunal Federal.

No último caso (tipificação das referidas condutas como crime pelo próprio Supremo Tribunal Federal) foi feito o pedido de que tal tipificação se desse por meio da aplicação da Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89) aos casos de homofobia e transfobia, até que o Congresso Nacional tomasse providências no sentido de editar uma lei contendo a sobredita criminalização, ou, como pedido subsidiário, com a implementação da

---

[145] Esse número representa apenas as violações que chegaram ao conhecimento das autoridades. Na realidade, ele é muito maior em face do já explicado fenômeno da cifra negra ou cifra oculta de criminalidade.

[146] Os pedidos completos constam das fls. 83-88 do MI nº 4733 e das fls. 93-98 da ADO nº 26, e podem ser consultados no site do Supremo Tribunal Federal.

criminalização da forma que o Supremo Tribunal Federal julgasse mais adequado do ponto de vista constitucional.

Paulo Vecchiatti (2020) expõe como fundamentos do MI nº 4733 e da ADO nº 26 a necessidade de proteção eficiente do Estado às minorias sexuais e de gênero, bem como a existência de mandado constitucional de criminalização da homofobia e da transfobia, constante do art. 5º, inciso XLI[147], da Constituição da República. Confira-se:

> A criminalização da homotransfobia configura-se como constitucionalmente decorrente da concretização dos deveres de proteção eficiente do estado às minorias sexuais e de gênero, na medida em que é necessária para garantir os citados dever de proibição, para se coibir expressamente, mediante punição criminal necessária para enfrentar a verdadeira banalidade do mal homotransfóbico que nos assola, relativamente às ofensas (individuais e coletivas), discriminações, agressões e mesmo homicídios fruto de motivação na orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, para assim efetivar o dever de garantia da segurança da população LGBTI, para protegê-la das agressões, ameaças, ofensas, discriminações e assassinatos que sofrem na atualidade, e do dever de evitar riscos mediante adoção de medidas de proteção ou de prevenção para se combater as condutas homofóbicas e transfóbicas hoje nefastamente disseminadas na sociedade brasileira (VECCHIATTI, 2020, p. 27-28).

O Supremo Tribunal Federal, em junho de 2019, julgou, por maioria, procedentes o Mandado de Injunção nº 4733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicando, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei de Racismo (Lei n. 7.716/89), de modo a estender a tipificação existente para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

O Relator, Ministro Celso de Mello, se utilizou de decisão anterior do Supremo Tribunal Federal que expandiu, para fins de análise da imprescritibilidade, o conceito de racismo, defendendo-se, de antemão, das críticas a respeito da violação ao princípio da legalidade estrita, nos seguintes termos:

> Em suma: o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora , não se admite a utilização de analogia *in malam partem* em matéria peal, como tive o ensejo de assinalar em passagem anterior deste voto (item n. 12.2), valendo destacar, por relevante, que se orienta, nesse sentido a

[147]XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

> jurisprudência desta própria Corte Suprema (HC 97.261/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa – RHC 95.782/MG, Rel. Min. Luiz Fux, v.g.). Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal (item n.7). O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social"

Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 23) observa que a analogia, "como método de pensamento comparativo de grupos de casos, significa aplicação de lei penal a fatos não previstos, mas semelhantes aos fatos previstos". Por representar violação ao princípio da legalidade estrita, a analogia em prejuízo do réu, denominada de analogia in malam partem é absolutamente proibida pelo Direito Penal.

Assim, em que pese o esforço argumentativo do Relator Ministro Celso de Mello, o fato é que houve, por ocasião do julgamento do MI nº 4733 e da ADO nº 26, a utilização de tipos penais já existentes (previstos na Lei n. 7.716/89), para considerar crime algo que neles não está descrito. Desta forma, a violação ao princípio da legalidade estrita resta evidente.

No Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição da República de 1988, o monopólio normativo, no âmbito das escolhas criminalizantes ou penalizantes é do Poder Legislativo, sendo absolutamente inadmissível que dessa tarefa se encarreguem o Executivo e o Judiciário (GOMES, 2007).

Clèmerson Merlin Cleve, Ingo Wolfgang Sarlet, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lenio Luiz Streck e Flávio Pansieri realçam que a criminalização da homotransfobia por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal caracteriza ativismo judicial, na medida em que o órgão de cúpula do Poder Judiciário estaria se imiscuindo em assunto privativo do Poder Legislativo. Confira-se:

> Na medida em que a CF não estabelece a obrigação de criminalizar a homofobia, o deferimento do Mandado de Injunção faria com que o Judiciário legislasse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus. Como já referido, a CF estabelece a obrigação de criminalizar o racismo, mas a extensão do conceito de racismo para a homofobia ou transfobia é um claro exercício do que se poderia designar de *panhermeneutismo*, sem considerar aqui a ocorrência da absolutamente

> vedada analogia *in malam partem*. Não há abrigo constitucional para tal (CLEVE; *et al*, 2014, p. 3-5).

Ademais, em que pese reste plenamente caracterizada a omissão do Poder Legislativo no sentido de providenciar uma maior proteção legal contra o preconceito e violência que atingem a população LGBT, tal inércia não autoriza que o Poder Judiciário promova um alargamento de tipificação penal, como houve na situação *sub examine*, sob pena de se promover uma relativização inaceitável da legalidade em sentido estrito, uma garantia do indivíduo contra os excessos do poder punitivo estatal. Confira-se:

> O respeito histórico ao âmbito real do proibido se impõe na legalidade porque, ao contrário, a simples omissão das agências políticas ampliaria fantasticamente as proibições: o punitivo é um âmbito que as agências políticas só podem planificar e aumentar mediante lei, e a omissão daquelas diante de mudanças significativas no contexto cultural ou tecnológico não pode ser interpretada como renúncia à sua função, como uma espécie de delegação aos juízes para fins de "atualização" legal constitucionalmente inadmissível. A criminalização primária se estabelece por ação – jamais por omissão – das agências políticas (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 212).

Portanto, na perspectiva teórica adotada neste trabalho, a criminalização da homotransfobia por decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, ainda que revestida das melhores das intenções, extrapola a sua competência, caracterizando ilegítimo ativismo punitivista, desrespeita a separação de poderes e viola o princípio da legalidade estrita, na dimensão de vedação da *analogia in malam partem*.

3.4.2.2 Interpretação restritiva do art.316, parágrafo único, do CPP

A legislação processual penal brasileira prevê algumas modalidades de prisão provisória, isto é, prisões anteriores ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, cujo caráter deve ser cautelar (art.283, CPP), a saber: (*i*) a prisão temporária (art.1º da Lei nº 7.960/89); (*ii*) a prisão preventiva (arts.311 e 312, CPP); (*iii*) a prisão para fins de extradição (art.84, Lei nº 13.445/2017).

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019[148], no Brasil existe um total de 748.009 pessoas presas, das quais

[148] Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen. Acesso em: 7 dez. 2021.

mais de um terço (222.558) são de presos provisórios, cuja grande maioria está submetida à privação de liberdade por força de prisão preventiva.

A prisão preventiva consiste em prisão provisória cautelar que exige, para sua decretação, a presença de requisitos cumulativos ou pressupostos (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria), requisitos alternativos ou hipóteses (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal) e de um requisito estrutural de controle ou condição (perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado)[149].

Além da necessidade da observância dos requisitos, a decretação da prisão preventiva se submete a limites rigorosos (arts. 313 e 314, CPP). Ademais, tal modalidade de prisão não deve(ria) ser banalizada e depende de fundamentação consistente (art.315, CPP).

Importante ressaltar que, no tocante à iniciativa, no ambiente do sistema acusatório (art.3º-A, CPP), é proibida a decretação da prisão preventiva pelo juiz de ofício, sendo necessário, portanto, a existência de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou de representação da autoridade policial (art. 311, CPP). Da mesma forma, não pode o magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva se não houver pedido neste sentido (art.310, II, CPP).

Desta forma, conforme adverte Rosmar Rodrigues Alencar (2021, p. 739), "está proscrito do sistema o ativismo judicial, máxime para fins de decreto da prisão provisória, independentemente de existir processo penal condenatório instaurado".

A doutrina especializada tece críticas, sobretudo, a dois aspectos da prisão preventiva: em primeiro lugar a banalização de sua decretação por grande parte dos juízes criminais, desvirtuando-se a sua natureza cautelar para servir como verdadeira antecipação de pena; em segundo lugar as críticas se voltam contra a ausência de um limite temporal máximo para sua duração, o que dá ensejo a abusos e arbitrariedades.

No tocante ao primeiro aspecto, qual seja, a utilização da prisão preventiva como verdadeira antecipação da pena, é necessário observar que tal prática se afigura incompatível com princípio constitucional da presunção de inocência, pelo qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

[149]Os requisitos descritos estão previstos no art. 312 do Código de Processo Penal: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado".

condenatória" (art. 5º, inciso LVII, CF/88). Consequentemente, não se admite no direito brasileiro a execução provisória da pena. Confira-se:

> Enquanto a prisão penal ("*carcer ad poenam*") objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar ("*carcer ad custodiam")* destina-se única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Como toda medida cautelar, tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos resultados do processo, servindo como instrumento do instrumento, de modo a assegurar o bom 6exito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução. Logo, a prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito. Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência (LIMA, 2020, p. 850).

O Código de Processo Penal, em claro desdobramento do princípio constitucional da presunção de inocência, prevê expressamente que a prisão preventiva não pode ter natureza de antecipação de pena, consoante a redação que lhe deu a Lei nº 13.964/2019. Em conformidade com o § 2º, do seu art. 313, "não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento da denúncia".

Outro aspecto da prisão preventiva que é muito criticado pela doutrina é a inexistência da previsão constitucional e legal quanto a seu prazo máximo de duração. Ninguém deveria responder, principalmente privado de sua liberdade, a um processo criminal por prazo indeterminado. Isso porque a simples submissão de alguém a um processo penal já é capaz de desencadear um processo de estigmatização do ser humano, "situação que influi em seu bem-estar, mormente o psíquico, em sua vida privada, familiar, social e profissional, em suma, em sua dignidade" (GIACOMOLLI, 2016, p. 380).

A prisão preventiva, portanto, não possui um prazo de duração previsto em lei, adotando-se no Brasil a chamada "doutrina do não prazo", a qual dá ensejo a arbitrariedades, como pessoas presas preventivamente por meses e até anos enquanto aguardam um julgamento definitivo do Poder Judiciário.

Necessário, portanto, *de lege ferenda*, que seja estabelecido um prazo de duração da prisão preventiva, impondo-se uma sanção em caso de descumprimento, conforme adverte Gustavo Badaró:

> Essa posição, conhecida como "doutrina do não prazo", é extremamente criticável. Imprescindível, para eficácia do direito fundamental, que a lei preveja o prazo máximo de duração da prisão e imponha, como consequência automática do excesso, a soltura do réu. Por que todo indivíduo tem o direito de saber o prazo máximo de sua prisão, enquanto pena privativa de liberdade (CR, art. 5º, XXXIX), que deve ser expressamente fixado em lei, mas não tem o direito de saber, de antemão e com precisão, qual é o tempo máximo que poderá durar um processo concreto, mormente estando preso? (BADARÓ, 2019, p. 83).

Aury Lopes Jr. (2020) vai à mesma toada ao defender que a indeterminação temporal da prisão preventiva não se coaduna com o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88[150]) e com um sistema processual acusatório. Confira-se:

> O ideal seria a clara fixação da duração máxima do processo e da prisão cautelar, impondo uma sanção em caso de descumprimento (extinção do processo ou liberdade automática do imputado). Para falar em dilação "indevida", é necessário que o ordenamento jurídico interno defina limites ordinários para os processos, um referencial do que seja "dilação devida" (LOPES JR., 2020, p. 89).

A Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) melhorou um pouco esse cenário. Nada obstante não trazer previsão de um prazo de duração da prisão preventiva, o citado diploma normativo estabeleceu o dever de revisar periodicamente a prisão preventiva, a cada noventa dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal: "Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão de revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal" (art. 316, parágrafo único, CPP).

Posteriormente, contudo, o Supremo Tribunal Federal conferiu uma exegese restritiva a tal dispositivo legal, limitando, e muito, a tentativa do legislador ordinário de atribuir uma sanção (a ilegalidade) em caso de desídia do magistrado em reexaminar a presença dos requisitos necessários para manutenção da prisão preventiva.

---

[150]LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A interpretação restritiva dada pelo Supremo Tribunal Federal ao parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal se deu por ocasião do julgamento da Suspensão de Liminar (SL) n. 1395, no qual restou firmada pela Corte a seguinte Tese: "A inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (dias), não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos."

Ao se comparar a Tese fixada no julgamento da SL n. 1395 com a literalidade do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal verifica-se claramente que se trata de um julgamento *contra legem*, ou seja, que contraria o que diz expressamente o texto aprovado pelo legislador, o que caracteriza um ativismo judicial punitivista.

O mencionado dispositivo legal menciona dois termos que foram desconsiderados pelo Supremo Tribunal Federal em sua decisão: "de ofício" e "ilegalidade". Ao julgar que o juiz deve ser "instado a reavaliar a legalidade", o Supremo afasta a determinação do texto legal que diz que a revisão deve ocorrer de ofício, ou seja, independentemente de provocação.

Ademais, ao considerar que a inobservância da reavaliação da necessidade da prisão preventiva não acarreta a revogação da preventiva, o Supremo esvazia a ilegalidade cominada expressamente pelo legislador no texto legal e se omite em conferir aplicação concreta ao dispositivo constitucional previsto no art. 5º, LXV, da Constituição da República, que preceitua que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

A interpretação restritiva e *contra legem* do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal representa aquilo que Georges Abboud (2019) denomina de ativismo contra a literalidade dos textos legais. A única forma legítima de o Poder Judiciário relevar a literalidade de um dispositivo de lei é por meio do controle de constitucionalidade, "fora dessa hipótese, a fuga da literalidade das leis e da própria Constituição atenta contra os fundamentos da democracia e transforma o Judiciário em uma intolerável e perversa caixa de surpresas" (ABBOUD, 2019, p. 1339).

Lenio Streck[151] (2020), ao proceder a análise do mencionado julgamento afirma o que deveria ser óbvio: desde que seja compatível com a Constituição, a aplicação da lei é obrigatória, verdadeiro dever fundamental. Não é legítimo que o Poder Judiciário

[151]Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-12/lenio-streck-revisar-prisao-cada-90-dias?imprimir=1. Acesso em: 7 dez. 2021.

distorça o significado literal de um artigo de lei para atribuir a ele um significado que esvazia o seu conteúdo. Confira-se:

> É evidente que a refundamentação deve ser de ofício. Parece claro que o fato de ser de ofício essa revisão não é uma contradição com a proibição de o juiz decretar prisões de ofício. Ora, processo penal é Estado versus cidadão. Garantias são contra o poder de arbítrio. Setores da dogmática não conseguem entender isso. Outra vez: é obvio que a revisão deve ser de ofício. Isto porque o ônus é do Estado e não da defesa. O Estado quer prender? Então tem o ônus de, a cada 90 dias, dizer por que mantém preso. Ou será que a prisão e sua manutenção passaram a ser ônus do réu? [...] Na democracia não é proibido cumprir a "letra de uma lei" Em uma democracia, não é proibido fazer sinônimas. Aplicar aquilo que comumente se chama de "letra da lei" (podemos chamar também de textualidade) não é ruim e nem feio. A menos que a lei (dispositivo) seja inconstitucional. Caso a lei passe por esse filtro, a sua aplicação é obrigatória. Um dever fundamental. É o caso do parágrafo único do artigo 316 do CPP. Se ele não é inconstitucional e nem padece de outro vicio hermenêutico, deve se aplicado sem culpas e consequencialismo. [...] A pergunta que não cala: Por que é sempre mais difícil fazer cumprir leis garantidoras? Lutamos três anos para retornar à singela literalidade do artigo 283 do CPP. E agora temos de demonstrar que onde está escrito revisão de 90 em 90 dias deve-se ler "revisão de 90 em 90 dias". E que o ônus é do Ministério Público. E do Estado-Juiz. Desculpem-me, mas mais simples que isso é impossível (STRECK, 2020, p. 3-4)

Portanto, não se revela legítimo que o Poder Judiciário reduza a nada palavras e expressões constantes de textos legais, muito menos quando tais palavras e expressões representam uma conquista civilizatória em termos de direitos dos cidadãos frente ao poder punitivo do Estado. Interpretar a norma "não pode significar que cada intérprete possa atribuir o sentido que mais lhe convier" (STRECK, 2014, p. 358).

3.4.2.3 Equiparação da injúria racial ao crime de racismo

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 154.248/DF, entendeu, por maioria de votos (8X1), que o crime de injúria racial (art. 140, § 3º, do Código Penal) deve ser equiparado ao delito de racismo (art. 20 da L. 7.716/89), para fins de reconhecimento da imprescritibilidade.

Antes de analisar o eventual acerto ou desacerto da mencionada decisão, é importante ressaltar que o Brasil somente aboliu a escravidão no ano de 1888, tendo sido o último país do mundo ocidental a assim proceder. Tal circunstância, aliada a falta de políticas públicas de inclusão social da população negra no Brasil, faz com que o país

apresente atualmente um racismo estrutural, que corrói e contamina as relações sociais, conforme adverte Lilia Moritz Schwarcz:

> Sendo assim, e se o racismo, faz tempo, deixou de ser aceito como uma teoria científica, ele continua plenamente atuante, enquanto ideologia social, na poderosa "teoria do senso comum", aquela que age perversamente no silêncio e na conivência do dia a dia. A escravidão nos legou uma sociedade autoritária, a qual tratamos de reproduzir em termos modernos. Uma sociedade acostumada com hierarquias de mando, que usa de uma determinada história mítica do passado para justificar o presente, e que lida muito mal com a ideia da igualdade na divisão de deveres, mas dos direitos também (SCHWARCZ, 2019, p. 35-36).

Na tentativa de eliminar esse racismo estrutural, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu como objetivo fundamental da República a promoção de uma sociedade "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV), proibiu o desnivelamento salarial e funcional em razão de cor (art. 7º, XXX) e impôs a criminalização da prática do racismo, nos seguintes termos: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

No julgamento do Habeas Corpus n. 154.248/DF pelo Supremo Tribunal Federal a situação fática subjacente era a seguinte: uma idosa de 80 anos foi condenada a uma pena de um ano de reclusão e dez dias-multa pela 1ª Vara Criminal de Brasília, pela prática do crime de injúria-racial. Em sede recursal a defesa da ré requereu o reconhecimento da extinção da punibilidade pelo transcurso da metade do prazo, pois a ré era maior de 70 (setenta) anos na data da sentença (art.115, Código Penal). O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, considerando o delito de injúria racial imprescritível. Irresignada a defesa impetrou habeas corpus no Supremo Tribunal Federal.

Prevaleceu no julgamento do HC n. 154.248/DF os argumentos expendidos pelo Relator, Ministro Edson Fachin, o qual votou pela equiparação da injúria racial (art. 140, § 3º, do Código Penal) ao crime de racismo (art. 20 da lei n. 7.716/89), para efeitos do reconhecimento de sua imprescritibilidade, nos termos do art. 5º, inciso XLII, da Constituição da República. Assim, a partir desta decisão, o crime de injúria racial torna-se imprescritível e inafiançável.

Em que pese às boas intenções constantes dos votos da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o fato é que a interpretação e aplicação das leis, sobretudo das leis penais, não podem ser uma atividade norteada por subjetivismos ou boas

intenções, mas deve, sim, ser feita a partir de critérios dogmáticos e de legalidade estrita.

Com efeito, o julgamento do HC n. 154.248/DF é um exemplo paradigmático de ativismo judicial punitivista, na medida em que se relativizou a dogmática penal e, uma vez mais, o princípio da legalidade (art.5º, XXXIX, CR). Isso porque as condutas dos crimes em questão são diferentes e, consequentemente, protegem bem jurídicos distintos e, ademais, a imprescritibilidade de um determinado crime somente pode ser implementada pelo Poder Legislativo.

Abaixo seguem transcritos o Art. 140, § 3º, do Código Penal e o art. 20 da L. 7.716/89:

> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
>
> [...] § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:
>
> Pena - reclusão de um a três anos e multa.
>
> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
>
> Pena: reclusão de um a três anos e multa.

O Art. 140, § 3º, do Código Penal tipifica o que a doutrina denomina de injúria racial ou preconceituosa. Trata-se de crime contra a honra[152], constante do Capítulo V, do Título I do Código Penal brasileiro, o qual prevê os crimes contra a Pessoa. Nesse caso, o bem jurídico tutelado é a honra subjetiva da pessoa, ou seja, "o sentimento que cada pessoa possui acerca das suas próprias qualidades físicas, morais e intelectuais, o juízo que cada um faz de si mesmo (autoestima)" (MASSON, 2020, p. 678).

O crime de racismo (art. 20 da Lei n. 7.716), por sua vez, traz um rol de diversas condutas discriminatórias direcionadas a um grupo social devido à sua cor, raça, etnia ou procedência nacional, visando a proteger o bem jurídico igualdade entre as pessoas, bem como a própria dignidade da pessoa humana.

---

[152] De acordo com Cleber Masson (2020, p. 678) a "honra é o conjunto das qualidades físicas, morais e intelectuais de um ser humano, que o fazem merecedor de respeito no meio social e promovem sua autoestima. É um sentimento natural, inerente a todo homem e cuja ofensa produz uma dor psíquica, um abalo moral, acompanhados de atos de repulsão ao ofensor. Representa o valor social do indivíduo, pois está ligada à sua aceitação ou aversão dentro de um dos círculos sociais em que vive, integrando seu patrimônio".

Não se confundem[153], portanto, os crimes de injúria racial e racismo, porquanto, "no primeiro, a vítima é individualizada; no segundo, são proferidas manifestações preconceituosas generalizadas (a todas as pessoas de uma raça qualquer) ou pela segregação racial" (MASSON, 2020, p. 695).

Pretender igualar as consequências jurídicas de condutas diferentes e tipificadas em crimes diferentes, como efetivamente fez o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 154.248/DF, viola o princípio da legalidade na sua dimensão de proibição de analogia *in malam partem*. Com efeito, após o mencionado julgamento, o crime de injúria racial passou a ser inafiançável e imprescritível por força de decisão judicial, sem que o legislador jamais tenha atribuído tais consequências jurídicas a tal crime.

Como regra geral, o poder punitivo do Estado não é eterno, estanho submetido aos chamados prazos prescricionais previstos no art. 109 do Código Penal. Trata-se, em síntese do que Luciano Feldens (2013) denomina de "princípio da prescritibilidade das infrações penais". Tal princípio encontra exceções na própria Constituição da República quando esta atribui a nota de imprescritibilidade ao crime de racismo (art. 5º, inciso XLII) e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Portanto, a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade é a exceção no ordenamento jurídico brasileiro. Somente o legislador pode, mediante um critério político, estabelecer a imprescritibilidade de um determinado crime, conforme explica Paulo Queiroz: "tal qual as demais causas de extinção da punibilidade (anistia etc.), a prescritibilidade ou não do crime encerra uma decisão política, mesmo porque o próprio direito penal é um fenômeno político, com fins e limites também políticos" (QUEIROZ, 2013, p. 591).

Contudo, no julgamento do HC n. 154.248/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que à injúria racial se estende, por analogia, as características de imprescritibilidade e inafiançabilidade prevista para outro tipo penal, a saber, o crime de racismo. Nada obstante as boas intenções das premissas adotadas em tal julgamento, a

[153] O próprio Superior Tribunal de Justiça já havia proferido julgamento no qual realça as diferenças entre os dois crimes em questão: "O crime do art.20 da Lei nº 7.716/89, na modalidade de praticar ou incitar a discriminação ou preconceito de procedência nacional, não se confunde com o crime de injúria preconceituosa (art. 140, § 3º, do CP). Este tutela a honra subjetiva da pessoa. Aquele, por sua vez, é um sentimento em relação a toda uma coletividade (STJ, RHC 19166/RJ, Rel. Min. Felix Fisher, 5ª Turma, DJ 20/11/2006, p. 342).

conclusão adotada é dogmaticamente equivocada e amplia o poder punitivo do Estado (ativismo judicial punitivista), conforme observa Lenio Luiz Streck[154]:

> Não se mostrou correta a decisão do Supremo Tribunal Federal tornando a injuria racial imprescritível. Não fosse por nada, porque isso é tarefa do legislador. [...] A decisão do STF, muito festejada por setores da comunidade jurídica para, além disso, viola a mínima secularização exigida no Estado democrático de Direito. O STF fez uma apreciação moral sobre como ele acha que deve ser o Direito. Além de tudo, viola a lei de Hume: de um é, fez um "deve". Há racismo ("é"), logo, devemos... ("deve"). Somos tentados a moralizar o Direito. E, quando fazemos isso, esquecemos que a moral é um dos predadores do Direito. Moral e Direito estão interligados, quando de sua forma(ta)ção. Todavia — e aqui está o busílis —, na sua aplicação, argumentos morais não podem corrigir o Direito. Qual o Direito? O que foi democraticamente aprovado e secularizado em uma república constitucional (STRECK, 2021, p. 3).

Assim, qualquer forma de agravamento da situação penal de alguém submetido à persecução penal do Estado, investigados ou acusados, por meio da utilização de analogia, é totalmente proibida no âmbito do direito penal. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 154.248/DF, atribuiu a imprescritibilidade ao crime de injúria racial, o que não está previsto nem na Constituição da República e nem tampouco na legislação infraconstitucional.

Tal subversão das garantias penais, que são garantias de todos e de cada um contra o arbítrio do poder punitivo estatal, em que pese possa ser elogiada momentaneamente por setores da doutrina, pode, no futuro, ser utilizado de modo a atingir exatamente os que são os supostos beneficiários de tal decisão. Em outras palavras, as boas intenções de “combate ao racismo”, não podem vir com o sacrifício da legalidade penal, verdadeira conquista civilizatória e instrumento de proteção do indivíduo no Estado Democrático de Direito.

---

[154] Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/lenio-streck-imprescritibilidade-injuria-racial. Acesso em: 10 dez. 2021.

CONCLUSÃO

Para efeito de encerramento deste trabalho, apresenta-se a elaboração, em forma de síntese, das mais relevantes ideias, conceitos e propostas desenvolvidas nesta dissertação:

1. A chamada "juristocracia", nomenclatura utilizada para designar a ascensão institucional do Poder Judiciário, é um fenômeno global que se verifica em diversos países do mundo, não sendo, portanto, exclusividade do Brasil.

2. No caso específico do Brasil, o advento da Constituição da República de 1988 possibilitou a ascensão institucional do Poder Judiciário sobretudo porque fortaleceu a jurisdição constitucional e consagrou um amplo rol de direitos fundamentais. Esses dois fatores, portanto, são fenômenos indissociáveis e devem ser analisados conjuntamente para uma melhor compreensão do atual papel desempenhado pelo Poder Judiciário na sociedade brasileira.

3. Outra causa da ascensão institucional do Poder Judiciário brasileiro é o advento de novos paradigmas e categorias de interpretação constitucional. Com efeito, sobretudo após a promulgação da Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário passou a adotar uma forma mais proativa de interpretação da Constituição que inclui, por exemplo, a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação. Tais práticas ocorrem no contexto maior do fenômeno chamado de "neoconstitucionalismo".

4. O órgão que melhor demonstra esse novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário na sociedade brasileira é, sem dúvidas, o Supremo Tribunal Federal. Na atualidade, são rotineiras as decisões daquela Corte, sobre os mais variados assuntos (política, economia, polícia, ciência, educação etc.), que causam grande impacto e repercussão na vida social e institucional do Brasil.

5. Ao mesmo tempo em que ampliou o seu papel e importância na sociedade brasileira, o Supremo Tribunal Federal também passou a ser alvo de críticas, segundo as quais o Órgão de Cúpula do Poder Judiciário brasileiro estaria invadindo a esfera de atribuição e competência dos demais Poderes do Estado (Legislativo e Executivo) num fenômeno que se convencionou denominar de ativismo judicial.

6. A expressão "ativismo judicial" é polissêmica e imprecisa do ponto de vista técnico. De uma forma geral, tal expressão serve para designar decisões judiciais arbitrárias, sem amparo legal e que invadem a esfera de competência de outros poderes

do Estado. A expressão “ativismo judicial” nasceu nos Estados Unidos da América e acabou por se globalizar, sendo sua utilização frequente, por exemplo no Brasil.

7. A doutrina especializada enxerga o ativismo judicial de diferentes perspectivas: Alguns enxergam o fenômeno de uma maneira positiva, uma forma de suprir a omissão legislativa e efetivar direitos fundamentais, outros entendem que o ativismo judicial é sempre algo negativo por prejudicar a própria democracia, na medida em que o juiz ativista troca o direito por suas convicções pessoais (políticas, morais, ideológicas etc.). Por fim, parte da doutrina entende ser o ativismo judicial algo neutro, com um significado débil no seu conteúdo e forte na carga emocional a ela associada.

8. Ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política e das relações sociais e nem tampouco se confunde com a atuação contramajoritária. A judicialização é um fato e significa que muitas questões relevantes do ponto de vista social, político e até mesmo moral, passaram a ser decididas pelo Poder Judiciário. A atuação contramajoritária, por sua vez, ocorre quando o Poder Judiciário profere decisões de modo a preservar os direitos fundamentais das minorias contra ameaças de maiorias eventuais.

9. Existem diversas classificações do ativismo judicial. Para os fins a que se propõe o presente trabalho, foram utilizadas as classificações feitas por três autores: Georges Abboud, Bruno Torrano e Roberto Basilone Leite. Georges Abboud propõe que o ativismo judicial se subdivide em sete categorias: (*i*) Ativismo performático; (*ii*) Ativismo contra os limites ou literalidade do texto; (*iii*) Ativismo messiânico; (*iv*) Ativismo ideológico-moralista; (*v*) Ativismo populista; (*vi*) Ativismo puramente consequencialista e (*vii*) Ativismo por inação ou omissão. Bruno Torrano (2019) classifica o ativismo judicial em duas modalidades distintas: (i) ativismo judicial substantivo e (ii) ativismo judicial procedimental. Basilone Leite, por sua vez, propõe distinguir dois tipos de ativismo judicial: o ativismo judicial político e o ativismo judicial jurisdicional-democrático.

10. O Supremo Tribunal Federal, em sua recente história jurisprudencial, tem proferido diversas decisões que incorrem em ativismo judicial. Tais julgamentos atingem indiscriminadamente todos os ramos do direito, desde o direito civil até o direito penal, passando pelo direito tributário, administrativo, previdenciário etc. Todavia, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, nada obstante tenha se intensificado nas últimas duas décadas, não é um fenômeno recente, na medida em que sua prática remonta ao fim do século XIX e passou por diferentes fases.

11. Assim, o Supremo Tribunal Federal, sobretudo nos últimos quinze anos, proferiu diversas decisões polêmicas, as quais têm em como o traço de possuírem forte conteúdo político e de serem acusadas, pelos seus críticos, de incorrerem em ativismo judicial por interferir indevidamente na esfera de atribuição dos outros Poderes do Estado. Seguem alguns exemplos de decisões polêmicas e com forte matiz ativista do Supremo Tribunal Federal na sua jurisprudência recente: (i) MI`s n. 670, 708 e 712: adoção da posição concretista geral no mandado de injunção para garantir o direito de greve de servidores públicos; (ii) ADPF nº 45: o Judiciário tem legitimidade para controlar e intervir nas políticas públicas que visem a garantir o mínimo existencial; (iii) Súmula Vinculante nº 13: Proibição do nepotismo na administração pública direta e indireta; (iv) ADI 3.999/DF: perda do mandato parlamentar na hipótese de desfiliação partidária; (v) ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132: Reconhecimento da união homoafetiva como família e extensão do regramento infraconstitucional da união estável; (vi) ADPF nº 186 e ADI 3.330/DF: constitucionalidade das ações afirmativas raciais e das cotas socioeconômicas para ingresso nas universidades e no serviço público; (vii) ADPF nº 54: possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos; (viii) MS 34.070/DF e RCL 29.508: proibição liminar de nomeação de Ministro de Estado pelo Presidente da República.

12. o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal tem múltiplas causas, as quais podem ser subdivididas em dois fatores de impulsão: Fator institucional e fator político.O fator institucional diz respeito à ascensão do Poder Judiciário após o advento da Constituição da República de 1988, a qual pode ser explicada pela expansão da jurisdição constitucional bem como pela previsão de um amplo rol de direitos fundamentais.

13. O fator de impulsão político reside no fato de que o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é tolerado pelos agentes políticos (Governo e Congresso) porque pode ser útil aos seus interesses. Subdivide-se em duas práticas distintas: (i) uso do Tribunal pela oposição parlamentar e (ii) Omissão e delegação do poder de decisão para o Tribunal.

14. A omissão do Poder Legislativo em regulamentar a Constituição da República é, sem dúvidas, a principal causa do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Com certa frequência, tal omissão do Legislador é proposital porque os deputados e senadores, sobretudo em matérias controversas e moralmente sensíveis, não querem se

desgastar com a aprovação ou desaprovação de determinada legislação e preferem delegar a decisão para o Judiciário.

15. São apresentadas as seguintes soluções aptas a contribuir no combate ao ativismo judicial: (i) respeito à deliberação dos demais poderes; (ii) valorização do papel do legislador; (iii) desenvolvimento de uma postura de autocontenção judicial; e (iv) estabelecimento de um diálogo entre os poderes.

16. Sobretudo na esfera criminal, existe no Brasil um abismo entre o dever-ser (discurso normativo) e o ser (a realidade da prática forense). A Constituição da República de 1988 almeja um Poder Judiciário contramajoritário e o manuseio da legislação penal e processual penal como ferramentas que deveriam ser utilizadas pelos juízes para limitar o poder punitivo estatal e impedir abusos. Todavia, os resquícios de uma tradição autoritária impedem a plena concretização do projeto constitucional.

17. O Supremo Tribunal Federal também colabora com esse estado de coisas, sobretudo quando profere decisões ativistas em matéria criminal que fortalecem a persecução criminal do Estado, em razão da eficácia *erga omnes* e vinculante de suas decisões e também pelo forte simbolismo de sua jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro.

18. O Supremo Tribunal Federal, por ser órgão integrante do Poder Judiciário, integra o sistema penal e realiza a tarefa de criminalização secundária, ao lado de outras agencias do sistema, porém com algumas peculiaridades. A Constituição da República de 1988 atribui competência ao Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento de diversas causas de natureza criminal e, ademais, no exercício da jurisdição constitucional, seus julgamentos podem ter grande repercussão sobre as decisões proferidas pelos juízes de primeira instância e tribunais de base.

19. Em matéria criminal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem a particularidade de oscilar entre dois extremos: de um lado temos decisões que privilegiam o discurso de "eficiência repressiva" e, do outro, temos julgamentos que encampam o discurso do chamado "garantismo penal".

20. O ativismo judicial de perfil garantista é aceitável na medida em que prestigia e concretiza os direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade, quais sejam, aquelas submetidas à persecução penal. Por outro lado, a o ativismo judicial que prestigia a eficiência repressiva, em face de seu caráter punitivista, é inconcebível, sobretudo diante da força e densidade que o princípio da legalidade deve ter na esfera penal (reserva legal, tipicidade, devido processo legal).

21. A jurisprudência ativista do Supremo Tribunal Federal com um perfil garantista maximiza a proteção do indivíduo, prestigiando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade individual, bem como limita o poder coercitivo-penal e racionaliza a aplicação da lei penal, por exemplo, por meio da invocação do princípio da individualização da pena ou da proporcionalidade.

22. Alguns exemplos de julgamentos do Supremo Tribunal Federal com traços de ativismo judicial garantista são os seguintes: a) declaração de inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime prevista na lei de crimes hediondos (HC 82.959/SP); b) declaração da inconstitucionalidade de dispositivo da lei de drogas (art.44) na parte em que veda a conversão das penas em restritiva de direitos (HC 97.256/RS); c) julgamento favorável à realização de passeatas e manifestações públicas em favor da descriminalização das drogas (ADPF 187/DF); d) proibição da realização de operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro durante a epidemia da Covid-19, sob pena de responsabilização civil e criminal (ADPF 635/RJ).

23. Na perspectiva adotada no presente estudo, o ativismo judicial garantista é cabível na medida em que representa maior contenção do poder punitivo do Estado por meio da reafirmação de direitos fundamentais de cidadãos investigados ou acusados da prática de crimes. Tais pessoas serão sempre vulneráveis em face do maior poder que o Estado ostenta na persecução penal.

24. A jurisprudência ativista de eficiência repressiva guarda íntima conexão com a ideologia da defesa social, na qual prevalece o ideal de "lei e ordem" e um maior peso à ideia da segurança da sociedade em detrimento dos direitos e garantias fundamentais das pessoas submetidas à persecução penal do Estado, ou seja, daqueles que são investigados ou acusados pela suposta prática de ilícitos penais. Trata-se de decisões ativistas que incrementam o poder de punir estatal, sendo, assim, punitivistas.

25. Exemplos de ativismo judicial punitivista na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal podem ser verificados, por exemplo, nos seguintes julgamentos: (*i*) criminalização da homotransfobia por meio do seu enquadramento como crime de racismo (MI nº 4733 e ADO nº 26); (*ii*) A inobservância do prazo nonagesimal previsto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não autoriza a revogação automática da prisão preventiva (SL 1395); (*iii*) Equiparação da injúria racial ao crime de racismo, considerando-a imprescritível (HC 154.248/DF).

26. O ativismo judicial punitivista não se afigura legítimo, não apenas porque invade a competência privativa do Poder Legislativo, mas, sobretudo porque viola o

princípio da legalidade estrita, cuja importância na esfera criminal se justifica por representar uma garantia fundamental da cidadania num Estado que se autointitula "democrático de direito". A impossibilidade do ativismo judicial punitivista, portanto, é uma consequência lógica da força que o princípio da legalidade possui na esfera criminal.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 439-470.

ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, 2014, p. 13-23.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal: em conformidade com a teoria do direito**. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ALQUALO, Fernando Pereira. **Eficiência do judiciário, ativismo judicial e a efetividade das decisões judiciais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 7 ed. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1994

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **O *judicial review* e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p.733-752, set./dez. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 428-466.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.284.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed., Yale University Press, 1986, p. 21.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. *In*: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 287-392.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência.** Elaboração de Marcos Vinícius Moura da Silva. Brasília, 2018, 79 p. Disponível em: https://prceu.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/MDH_violencia_2018.pdf. Acesso: em 02 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm . Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal** .Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.330**. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur226811/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95163/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**. Relator: Ministro. Ayres Britto. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371754/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20187%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635**. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312998&prcID=5816502. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição n. 3.388**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253721/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=79206&pgI=156&pgF=160. Acesso em: 14 set.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 97.256/RS**. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2097256%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 14 set.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false. Acesso em: 20 jul.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 154.248/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/fachin-hc-injuria-racial-imprescritivel.pdf. Acesso em: 28 nov.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 4.733**. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 349.703**. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 593.727**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur318423/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 592.891**. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur411337/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 596.614**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur411336/false. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar n. 1.395**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22SL%201395%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 19 nov. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas. **Em Defesa da Legalidade: temas de direito constitucional e filosofia política**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 10-11.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2. ed., São Paulo: Almedina, 2018, p. 286.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 64-65.

COSTA, Emilia Viotti da**. O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Ieje, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. São Paulo: Jus Podvim, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em:

https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relatorio%20Supremo%20em%20Nmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 02 nov. 2021.

FELDENS, Luciano. **Comentário ao art. 5º, inciso XLII**. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (org.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2002.

FORSTER, João Paulo. HAEBERLIN, Mártin. O "iluminismo constitucional": a atuação do Supremo Tribunal Federal entre a autocontenção e o ativismo judicial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n.2, 2019, p. 616-642. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14967/pdf. Acesso: em 20 jul. 2021.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 18 ed. Trad. R. Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.131.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.340.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2016.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton: Princeton University Press, 2004.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p.19.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p.1.

HIRATA, Daniel Veloso *et al*. **Efeitos da Medida Cautelar na ADPF 635 sobre as operações policiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro**. 2020. Disponível em: http://geni.uff.br/wp-content/uploads/sites/357/2021/02/2020_Relatorio-efeitos-da Liminar.pdf. Acesso em: 27 nov. 2021.

JUNIOR, Jorge Ferraz de Oliveira; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte- Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n. 204 (out./dez. 2014).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo.** 1. ed. São Paulo: LTr, 2014, p.148.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009, p.77-85.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Pena**l. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.178.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 3. ed., 2007.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 8 ed., São Paulo: Método, 2020.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n.21, p. 30-50, 1994.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Limites à atuação do juiz**. : https://emporiododireito.com.br/leitura/limites-a-atuacao-do-juiz-por-agostinho-ramalho-marques-neto. Acesso em: 30 nov. 2021.

MBEMBE, Achile. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. Traduzido por Renata Santini – São Paulo: n.1 edições, 2018.

MELLO FILHO, José Celso de. O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes. *In*: PAULSEN, Leandro (org.). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES, Rafael da Silva. **Democracia brasileira: discurso, possibilidades e responsabilidades na Constituição Federal de 1988**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **O judiciário deve ouvir a voz das ruas?** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/278098/o-judiciario-deve-ouvir-a-voz-das-ruas. Acesso: em 30 out. 2021.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **O** ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. **Revista da AJURIS**, v. 45, n.144, junho 2018, p. 331-348.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: A questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 2, ISSN 1516-0351, 2013.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 10 ed. São Paulo: D`Plácido, 2020.

POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

QUEIROZ, Paulo. Curso de direito penal. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal, T. III/1910-1926**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. 4. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino. **Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2021.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 8 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque. **O déficit democrático das decisões fundadas no critério de justiça: a justiça como subterfúgio performático para o ativismo**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.71.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça: judiciário e política no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático de direito**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 6. ed., 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 3. ed., 2013.

SINHORETTO, Jacqueline. **Mapa do encarceramento: Os jovens do Brasil**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/mapa-prisao.pdf. Acesso em: 16 nov. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.155-182.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo. Acesso em: 25 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo. Acesso em: 26 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Revisar prisão a cada 90 dias?** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-12/lenio-streck-revisar-prisao-cada-90-dias?imprimir=1. Acesso em: 7 dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Imprescritibilidade de injúria racial: a moral deve corrigir o Direito?** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/lenio-streck-imprescritibilidade-injuria-racial. Acesso em: 10 dez. 2021.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1997.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TUSHNET, Mark. **Why the constitution matters**. New Haven: Yale University Press, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal, n.115, 2006.

WALDRON, Jeremy. Authority for Officials. *In*: Meyer, Lukas *et al* (org.), **Rights, Culture and the Law: Themes from the legal and political Philosophy of Joseph Raz**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 5. ed., 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Pena**l. Rio de Janeiro: Revan, 2003.