



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG
CURSO DE DIREITO NOTURNO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**ATIVISMO JUDICIAL E A INOBSERVÂNCIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS À LUZ DA AÇÃO PENAL 470**

Projeto apresentado ao Curso de Graduação em direito da Universidade Federal do Rio Grande-FURG, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Dra. RAQUEL FABIANA LOPES
SPAREMBERGER
Orientadora

MARCIO GABRIEL PEREZ DE OLIVEIRA

56915

TURMA A

RIO GRANDE

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG

CURSO DE DIREITO NOTURNO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**ATIVISMO JUDICIAL E A INOBSERVÂNCIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS À LUZ DA AÇÃO PENAL 470**

Projeto apresentado ao Curso de Graduação em direito da Universidade Federal do Rio Grande-FURG, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Dra. RAQUEL FABIANA LOPES
SPAREMBERGER
Orientadora

MARCIO GABRIEL PEREZ DE OLIVEIRA

56915

TURMA A

RIO GRANDE

2014

DEDICATÓRIA

Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro

Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário

Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável

Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei

Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.

Intertexto – Bertold Brecht (1898-1956)

AGRADECIMENTOS

À minha família, em especial, meus pais.

Aos meus amigos, pela compreensão e apoio, apesar de toda ausência durante esse ano, em que nada foi fácil, sendo que sempre contei com a compreensão destes..

Aos meus colegas de trabalho, por todo crescimento pessoal e profissional oportunizados, inclusive, tendo o tema surgido em uma discussão sadia sobre o caso.

À Faculdade de Direito e todos os seus membros, por toda experiência de vida ocorrida nestes seis anos.

À Sara, por tudo e mais um pouco.

RESUMO

O presente trabalho visa fazer uma abordagem sobre a atuação do Judiciário brasileiro e o fenômeno atualmente conhecido por ativismo judicial. Assunto mitigado pela doutrina pátria, por diversas vezes é confundido com a judicialização da política e, outras vezes, acaba tendo sua existência negada por diversos especialistas. Estabelecendo uma linha de estudo de acordo com a Crítica Hermenêutica do Direito de Lênio Streck, é possível perceber que ativismo judicial e judicialização da política são fenômenos distintos, em que pesem possuírem algumas similaridades. Estabelecida a existência do ativismo judicial e demonstradas algumas características, é possível entender que o mesmo é de fato um problema de interpretação do direito, onde arbitrariedades são cometidas a cada vez que o direito é substituído pela vontade pessoal do julgador, sempre sob aparência de juridicidade conferidas por interpretações distorcidas sobre o livre convencimento motivado, a discricionariedade jurídica, entre outros. Finalmente, o presente trabalho faz uma breve abordagem do julgamento da Ação Penal 470, conhecida popularmente como “escândalo do mensalão”, analisando alguns pontos específicos, onde é possível perceber que o julgamento da mencionada ação foi o que, inclusive, alguns dos ministros do STF consideraram um ponto fora da curva na história dos julgamentos daquela Corte. No referido julgamento, além do protagonismo de alguns ministros, foi possível verificar o desrespeito a diversos direitos fundamentais e garantias processuais do processo penal, frutos de séculos de conquistas, que foram rasgados ao bel prazer dos ministros, diante dos holofotes da mídia.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização da política. Direitos Fundamentais. Garantias Processuais. Ação Penal 470.

ABSTRACT

The present work aims to make an approach on the performance of the Brazilian judiciary and the phenomenon now known as judicial activism. Subject mitigated by the doctrine of homeland, several times is confused with the judicialization of politics and, sometimes, end up having their existence denied by many experts. Establishing a line of study according to the Hermeneutics Critical Law, of Lênio Streck, it's possible see that judicial activism and legalization of politics are distinct phenomena, in spite of having some similarities. Established the existence of judicial activism and demonstrated some features, it's possible understand that it is indeed a problem of interpretation of law which outrages are committed every time the law is replaced by the personal will of the judge, always in the guise of legality conferred by distorted interpretations of the free-motivated conviction, the legal discretion, among others. Finally, this paper makes a brief review of the trial of Criminal Case 470, popularly known as the "scandal of the monthly allowance", analyzing some specific points where you can see that the trial of the action was mentioned that even some of the ministers Supreme Court considered a point outside the curve in the history of that Court judgments. In that trial, beyond the role of some ministers, it was possible to verify the disrespect the various fundamental rights and procedural safeguards of the criminal process, the fruits of centuries of conquests, which were torn at the whim of ministers, faced the media spotlight.

Keywords: Judicial Activism. Judicialization of Politics. Fundamental rights. Procedural Safeguards. Criminal Case 470.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1.DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.1 Aspectos conceituais e características fundamentais.....	10
1.1.1 A Relatividade dos Direitos Fundamentais.....	13
1.1.2 A imprescritibilidade dos Direitos Fundamentais.....	14
1.1.3 Os direitos fundamentais, vedação ao retrocesso, indivisibilidade e conflituosidade.....	14
1.2 Limites dos Direitos Fundamentais.....	16
2. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	17
2.1Judicialização da Política: Conceito e características.....	19
2.2Ativismo Judicial: conceitos e divergências.....	22
2.3 Ativismo Judicial: desrespeito aos limites constitucionais.....	25
2.4 Discricionariedade, decisionismo e ativismo judicial.....	29
3. ACAO PENAL 470 E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	35
3.1Breve resumo do caso “mensalão”.....	35
3.2 O recebimento da denúncia e o efeito da mídia no processo penal	37
3.3 Trânsito julgado parcial e a inovação solipsista.....	44
3.4 A livre apreciação da prova ao arrepio de garantias constitucionais	45
3.5 Duplo Grau de Jurisdição.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
Referências bibliográficas	53

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário, bem como a incumbência de guardião e defensor da Constituição. É de sua competência exercer em o controle difuso de constitucionalidade como última instância e, em caráter exclusivo, o controle concentrado de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes. Toda competência do Supremo Tribunal Federal está explicitada no art. 102, I, da Constituição de 88.

A Carta Princirológica inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil, em reflexo aos anseios e expectativas da sociedade e, voltada especialmente para o respeito aos direitos humanos, à dignidade da pessoa humana, em um ambiente plural e democrático. Estruturada de uma forma compreensiva, ela amalgamou valores do Estado Liberal e do Estado Social, buscando, com isso, criar mecanismos capazes de realizar um ideal de sociedade plural, justa e igualitária.

Como inovação, a CF/88 trouxe um rol exemplificativo de direitos fundamentais, individuais e coletivos. Este rol não é fechado, ou seja, existem direitos fundamentais que não estão expressamente previstos no art. 5º da Carta Magna. Exemplo disso, são os direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, desde que devidamente recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, graças à inércia dos parlamentares brasileiros, muitas questões de relevância social, cultural, política, entre outras, atreladas a direitos fundamentais, acabam por não serem amplamente discutidas em sua esfera devida, função que caberia ao Poder Legislativo. Nestas situações, frente às demandas sociais, que anseiam pela efetividade dos direitos fundamentais que não os são alcançados pelo Estado por meios de políticas públicas, o Poder Judiciário tem sido provocado a decidir sobre diversas questões de índole constitucional, obrigando-se cada vez mais a ter uma postura proativa em relação as necessidades da sociedade. Este fenômeno, conforme parte da doutrina (Lênio Luiz Streck, Clarissa Tassinari, Luiz

Werneck Vianna, entre outros) denomina-se judicialização da política.

Em contrapartida, esse excesso de judicialização que ocorre na sociedade contemporânea, onde o judiciário passa a ter uma maior relevância na efetivação dos direitos fundamentais, acaba atribuindo ao mesmo poderes em excesso, abrindo margem para que atitudes arbitrárias ocorram em nome da busca da justiça, principalmente quando o foco do holofote midiático passa a ser o próprio Poder Judiciário. Em uma decisão judicial, sempre que o direito é substituído por argumentos de política, moral, entre outros, para justificar decisões que emitam convicções pessoais sobre os casos, está se cometendo Ativismo Judicial.

Por seu turno, o ativismo judicial tem sido visto com certa preocupação pela doutrina, como uma possível ameaça à democracia, principalmente quando o Poder Judiciário, em especial o STF, passa por cima de direitos, inclusive fundamentais, na busca de uma suposta realização de justiça, ansiada inclusive pela própria população, em uma espécie de justiça a qualquer custo.

O presente trabalho, elaborado pelo método hipotético-dedutivo, utilizando-se de fontes bibliográficas e documentais, tende à análise do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao julgamento da Ação Penal 470, vulgarmente conhecida por “Mensalão”.

Para isso, o primeiro capítulo faz uma abordagem sobre direitos fundamentais. Nesta análise, busca-se fazer uma exposição elucidativa acerca dos direitos fundamentais, bem como ilustrar sua importância em um Estado Democrático de Direito e situá-los no ordenamento jurídico pátrio.

O segundo capítulo, aborda os fenômenos Judicialização da Política e Ativismo Judicial, fazendo-se uma necessária distinção entre ambos. Após, será feito um aprofundamento no tema “Ativismo Judicial” pois, em que pese a enorme divergência doutrinária e as diversas conceituações existentes, inclusive contraditórias, entende-se necessário delimitar ao máximo o que se entende por ativismo judicial, para fins de elaboração da presente monografia.

No terceiro e último capítulo, após superadas as questões anteriores e definida a ideia de Ativismo Judicial, será feita uma análise da atuação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470.

Por fim, será realizada uma minuciosa avaliação, onde se buscará

demonstrar se houve excessos na atuação (ativismo judicial) por parte dos julgadores na análise do caso específico.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Aspectos conceituais e características fundamentais

Quando se fala em direitos fundamentais, é enorme a divergência doutrinária sobre o termo a ser utilizado. Entre muitas terminologias utilizadas, estão: “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos da pessoa humana”, “direitos dos cidadãos”, etc.

Contudo, entende-se mais correto, para fins deste trabalho, utilizar a nomenclatura *direitos fundamentais*. Saliencia-se que essa é também a preferência de diversos autores nacionais, como Dirley da Cunha Júnior, Pedro Lenza, Dimitri Dimoulis, entre outros. Ainda, é a nomenclatura adotada pela própria Constituição Federal, em seu título II.

Certamente, tal escolha não afasta uma eventual conexão entre os direitos fundamentais e os direitos humanos – expressão comumente utilizada na jusfilosofia, quando tratam dos direitos do homem em seu aspecto independente das ordens jurídicas internamente positivadas. Tal expressão, “direitos do homem” costuma se referir aos direitos reconhecidos por jusfilósofos de orientação jusnaturalista, e não será contemplada pela presente monografia.

Em uma breve abordagem, tem-se que “direitos do homem” e “direitos da pessoa humana” são termos deveras imprecisos, não fazendo menção direta a quais direitos se referem. “Liberdades públicas”, ao seu turno, dizem respeito apenas aos direitos de primeira dimensão, que serão posteriormente analisados.

A CF/88 se refere a “direitos humanos” sempre que menciona direitos na esfera internacional, vide art. 5º, §3. Como exemplo, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969.

Nesse sentido, direitos fundamentais são normas jurídicas intimamente

ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas na esfera do Direito Constitucional de um determinado Estado.

Sobre a origem e a evolução do princípio da dignidade da pessoa humana, ensina o professor Luis Roberto Barroso (2010):

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a idéia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico (...)
Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.¹

Logo, como se pode concluir, a dignidade da pessoa humana não é uma criação jurídica.

Ainda, sobre o assunto, Barroso (2010):

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico³⁵, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico.²

Antes de ingressar no universo jurídico, sendo positivada em textos normativos, a dignidade desempenhava papel de extrema relevância, sendo

1 BARROSO, Luís Roberto. ***A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.*** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. P. 4.

2 BARROSO, Luís Roberto. ***A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.*** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. P. 9/10

reconhecida como valor pré e extra jurídico. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2010), "a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece"³.

Segundo Sarlet (2010), a fundamentalidade formal decorre da constitucionalização dos direitos e apresenta as seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental têm superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da CF; c) em virtude do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º, têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos.⁴

Por sua vez, a fundamentalidade material está relacionada à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Carta Magna, em especial os princípios enumerados no Título I da CF, dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais representam, sob o aspecto material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito da estrutura do Estado e da Sociedade. Aliás, neste sentido, vale observar as intenções constitucionais manifestadas no preâmbulo da Constituição de 1988, o qual estatui expressamente como "valores supremos" da sociedade "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça".

Nessa linha, ainda, Edilsom Pereira de Farias (2000, p. 66):

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: ele constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, que se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17).⁵

Passa-se então à análise de algumas características essenciais, que

3 SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, P. 50.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, P. 86-87.

5 FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000, p. 66.

merecem especial destaque.

1.1.1 A Relatividade dos Direitos Fundamentais

No que se refere às características dos direitos fundamentais, tem-se que estes são frutos de diversos fatores, principalmente condições históricas e sociais.

Como assevera o doutrinador Norberto Bobbio (1992):

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas⁶.

A assertiva de que nenhum direito é absoluto também cabe na teoria dos direitos fundamentais. Apesar de serem básicos, ou como o próprio termo menciona, fundamentais, todos os direitos assim considerados são passíveis de relativização.

Inicialmente, pelo simples fato de que os próprios direitos fundamentais podem entrar em conflito. Em que pese o direito à vida ser entendido com um dos principais direitos fundamentais existentes, na própria Carta Magna brasileira ele é relativizado, nos casos de guerra, onde há previsão de pena de morte, conforme inciso XLVII, a, do art. 5º. Apenas a partir da análise do caso onde há conflito de direitos que pode ser feita a análise de qual direito fundamental deve prevalecer.

Porém, a relativização de tais direitos não pode se dar ao bel prazer dos responsáveis pela decisão judicial, havendo regras para tanto, sob pena dos direitos fundamentais, bem como a própria Constituição, se tornarem meras intenções.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema.

Jurisprudência: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas,

6 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 5-19.

desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Portanto, doutrina e jurisprudência da Suprema Corte estão alinhados sobre tal tópico.

1.1.2 A imprescritibilidade dos Direitos Fundamentais

Interessante transcrever a lição deixada por José Afonso da Silva (2009, p. 185) quando explicou em seu curso sobre as características dos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.⁷

Por imprescritíveis, entende-se que os direitos fundamentais, apesar de serem usados simultaneamente, não implicam no desaparecimento pelo lapso temporal, uma vez que os mesmos estão em constante processo de agregação avançando no sentido de aumentar seu núcleo, sendo que, além de incorporar novos direitos, aumentam o âmbito de incidência entre os seres humanos, mas nunca permitindo a regressão ou eliminação dos direitos já devidamente adquiridos.

Contudo, tal regra não é absoluta, exemplo do direito fundamental a propriedade, que se não exercido pode ser alcançado pela usucapião.

1.1.3 Os direitos fundamentais, vedação ao retrocesso, indivisibilidade e conflituosidade.

Regra geral, os direitos fundamentais são indisponíveis, ou seja, não são passíveis de renúncia pelos seus titulares. Por possuírem eficácia objetiva, os

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

direitos fundamentais não são de interesse apenas do seu titular, mas da coletividade.

Contudo, a própria doutrina entende que há exceções, admitindo a renúncia temporária e excepcional de um direito fundamental, desde que decorrente de um caso em concreto de conflito de direito efetivamente instalado, devendo haver proporcionalidade entre o direito fundamental que se abriu mão e o direito que se pretende proteger.

Uma vez conquistados, os direitos fundamentais não podem ser objeto de retrocesso. Isso significa que não se admite a limitação ou diminuição dos mesmos. Tal característica impede a revogação de normas que garantem direitos fundamentais, impedindo a implementação de políticas de enfraquecimento dos direitos e garantias fundamentais. Como exemplo, temos a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que, em seu artigo 4º, inciso terceiro, trás a seguinte redação: “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.”

Logo, a proteção do núcleo base e intangível dos direitos fundamentais ficam assegurados. Sendo assim, os direitos sociais já realizados e efetivados pela legislação devem ser tidos como constitucionalmente garantidos, sendo inválidas medidas que visam anular ou cancelar sua validade, devendo as mesmas serem consideradas inconstitucionais.

Nessa linha de pensamento, escreve o respeitado jurista Luís Roberto Barroso (2001, p. 158)⁸:

“apesar de o princípio do não-retrocesso social não estar explícito, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), tem plena aplicabilidade, uma vez que é decorrente do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.”

No que diz respeito a Indivisibilidade os direitos fundamentais devem ser analisados de forma conjunta, sempre. O desrespeito a um direito fundamental é, na verdade, desrespeito a todos. Já na conflituosidade dos DFS é possível que os direitos fundamentais entrem em conflito. Em caso de conflito, não se pode

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.158.

estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer. Apenas da análise do caso concreto é que será possível, com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), definir qual direito deve se sobressair. Logo, deve-se buscar uma solução “de consenso”, que, com base na ponderação, dê a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito, sendo preferível não sacrificar totalmente nenhum dos direitos em conflito.

1.2 LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme mencionado em tópico anterior, nenhum direito fundamental é absoluto. Temos isso, principalmente, por dois motivos, quais seja:

a) Os direitos fundamentais podem estar em conflito (conflituosidade), sendo necessário, por vezes, haver limitações recíprocas.

b) Nenhum direito fundamental pode ser fundamento para a prática de atos criminosos. Seria contraditória afirmar que direitos fundamentais protegem, da mesma forma, quem se encontra na prática de atos lícitos e ilícitos.

Conforme André Ramos Tavares (2010, p. 528)⁹:

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada ‘princípio da convivência das liberdades’, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.

Contudo, a limitação dos direitos fundamentais não devem ser fruto de discricionariedade do aplicador do direito, devendo ser cuidadosamente analisado o caso em concreto, de acordo com as premissas constitucionais de um Estado de

⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, P. 528. São Paulo: Saraiva, 2010.

Direito.

Portanto, direitos fundamentais são uma conquista histórico, social e política. Intrinsecamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana.

Finalizando, vale reprimir a reflexão de Barroso (2010), sobre o tema:

Em sua origem histórica, a ideia de dignidade, *dignitas*, esteve associada à de *status*, posição social ou a determinadas funções públicas. Dela decorriam certos deveres de tratamento. Dignidade, portanto, tinha uma conotação aristocrática ou de poder, identificando a condição superior de certas pessoas ou dos ocupantes de determinados cargos. Ao longo dos séculos, como se relatou aqui, a dignidade incorporou-se à teoria dos direitos fundamentais, democratizou-se e assumiu uma dimensão igualitária. Já agora é possível aspirar – com alguma dose de visionarismo – que a ideia de dignidade volte ao seu sentido original, com ligeira alteração. Dignidade passaria a significar a posição mais elevada, merecedora de distinção, respeito e máximo de direitos reconhecida à generalidade das pessoas. Vale dizer: no futuro, todos serão nobres. E como o desejo é ilimitado, mais à frente ainda, vão querer ser deuses.¹⁰

2. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A fim de melhor elucidação, faz-se necessária a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. Necessária, pois há enormes divergências na doutrina sobre o tema. Alguns autores, como Saul Tourinho Leal¹¹, acreditam que não há ativismo por parte do judiciário, sendo a expressão “ativismo judicial” simplesmente um argumento vazio, retórico, utilizado por muitos teóricos com a finalidade de depreciar, conferindo à atuação da jurisdição constitucional a marca do arbítrio, ou do alheamento das suas próprias competências. Sem sequer fazer menção ao termo “judicialização da política”. Tal posicionamento não será esmiuçado, mas apontamos desde já que essa linha de pensamento não representa aquilo que se entende como a melhor doutrina sobre o tema.

Não há como negar, contudo, que tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política sejam um reflexo do acentuado grau de judicialização da vida em nossa sociedade. Embora se entenda ativismo judicial como algo diferente

10 BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. P. 39.

11 BRASIL, TV Justiça do. Ativismo Judicial (o novo ativismo judicial) - Saul Tourinho Leal - Aula 3 - 6 vídeos - Programa Saber Direito. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 set. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=25328.33504&seo=1>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

de judicialização da política, é possível traçar esse excesso de judicialização como um ponto de partido comum entre os dois assuntos.

Conforme leciona Luís Roberto Barroso(2008)¹²:

A primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

Logo, considerando que a doutrina não é uníssona quanto ao tema, sendo que por muitas vezes não apresenta diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, e por outras vezes o confundem, mister se faz que haja uma diferenciação teórica sobre os temas.

Interessante a colocação de Barroso (2008) sobre a matéria:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹³

Contudo, acredita-se que ativismo judicial e judicialização da política não sejam, como menciona o autor, “primos”, pois são fenômenos absolutamente distintos, embora ambos possuam alguma similitude.

Para finalizar esta apresentação inicial da matéria, Lênio Streck (2011), de

12 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 20/04/2014

13 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 20/04/2014. Pág. 6.

forma clara e precisa, afirma que:

(...) um juiz ou tribunal pratica ativismo judicial quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça Constitucional...).¹⁴

2.1 Judicialização da Política: Conceito e características

Boa parte da doutrina afirma que judicialização é um fato, posto advir, no caso do nosso país, diretamente do modelo de Constituição adotado. A Carta Princirológica de 88 é extensa e minimalista, trazendo um extenso rol de direitos fundamentais em seu corpo, principalmente no artigo 5º, para dentro da Constituição Federal. Importante salientar que esse rol é apenas exemplificativo, pois há ainda muitos direitos fundamentais que não se encontram expressamente na Constituição, como explicitado no Capítulo 1.

O Constituinte, ao decidir pelo atual modelo constitucional, optou por um modelo de Constituição analítica, cheia de conceitos abertos e garantidora de um extenso rol de direitos. Contudo, caberia aos Poderes Legislativo e executivo, daquele principalmente, a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos (saúde, educação, segurança, cultura, entre outros). Logo, com a odiosa inércia dos poderes políticos, acaba a população provocando o judiciário para que alcance aos necessitados o acesso necessário aos referidos direitos.

Nas últimas décadas, o Judiciário vem passando por transformações no perfil de sua atuação. A Constituição de 88 simbolizou um momento de total transformação na forma como era entendida a jurisdição constitucional pátria.

De forma inovadora, o esforço estatal de realização de prestações materiais tem sido alvo de severas críticas. Alguns afirmam que o Estado está sobrecarregado; que prestações materiais como saúde, educação, previdência, e moradia, custam muito caro(!), oneram os cofres públicos, ofendem a iniciativa privada e a autonomia do ser humano.

De outra banda, muitos cidadãos aprenderam o caminho da tutela

14 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, op. cit., o.589, nota de rodapé 123.

jurisdicional, o Ministério Público assumiu uma posição atuante frente à sociedade, e prestações materiais antes negligenciadas, sob o argumento de serem inexecutáveis, indeterminadas, passaram a ser exigidas dos poderes públicos, passaram a ser ordenadas por decisões judiciais. Magistrados e doutrinadores, em todo o território nacional, contrariando as tendências econômicas, passaram a determinar incondicionalmente o respeito à Constituição e a efetividade dos direitos fundamentais não alcançados pelo Estado.

Conforme Dalmo de Abreu Dallari (1996, P. 78):

Um dado muito positivo é que, dentro do próprio quadro de juízes vem tomando corpo uma reação cada vez mais vigorosa, procurando fazer com que se justifiquem na prática o prestígio teórico e a condição de Poder Constitucional, de que goza o Judiciário. Juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de justiça.¹⁵

É necessário entender o fenômeno da judicialização da política como produto de transformações ocorridas no ordenamento jurídico pátrio, após a promulgação da Carta Principlológica de 88.

Ainda, discutindo a judicialização, Vanice Regina Lírio do Valle (2009) afirma que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro.¹⁶

Sobre o tema da judicialização, pertinente a lição de Clarissa Tassinari (2013):

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). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido.
Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do

15 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 78.

16 VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, P. 32.

deseja ou da vontade do órgão julgante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.¹⁷

Exemplo claro que judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos diferentes pode se dar através da análise do fenômeno que atualmente é conhecido por Judicialização da Saúde.

Há algum tempo que o Judiciário vem se transformando no concretizador de acesso à saúde, principalmente para aqueles que carecem de tratamentos especializados ou remédios não contemplados pelo SUS. Nessa esteira, o Ministro Luiz Fux, no julgado cuja ementa segue abaixo, concluiu, no Resp. nº. 684.646–RS (2004/0118791-4): *“Comprovado o acometimento do indivíduo por determinada moléstia, necessitando de certo medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna – e que tem como direito- meio o direito à saúde. (Processos: RMS. 28962; Resp. 1028835; Resp. 944100; Resp. 684646)”*:

O autor Luís Roberto Barroso (2009), aborda a matéria com categórica ênfase em texto intitulado “Da falta de efetividade à judicialização excessiva. Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. No texto, o autor destaca o art. 196 da Constituição Federal e se remete a uma imensa quantidade de processos cujo mérito perpassa pela pretensão de conseguir medicamentos/tratamentos junto ao Judiciário, quando estes não são assegurados pelo Estado.

Quanto ao tema, pertinente a lição de Luis Roberto Barroso (2007, P. 36), alusiva à “judicialização do direito à saúde”, que, após intenso debate, concluiu-se que:

A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

17 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. P. 32/33. Grifos nossos.

B) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos. (BARROSO, 2007, p. 36).¹⁸

2.2 Ativismo Judicial: conceitos e divergências.

A partir de uma detida análise da doutrina brasileira, não é possível encontrar, sobre o tema, um conceito sistemático do que seria o famigerado ativismo judicial.

Contudo, ao definir o ativismo judicial, a maior parte dos autores relaciona a expressão ao exercício da função jurisdicional para além dos limites da competência do Poder Judiciário.

Nessa esteira, é o ensinamento de Elival da Silva Ramos (2010, p. 129):

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

Saul Tourinho Leal (2010, p. 24), ao seu turno, define o ativismo judicial como “uma atuação mais marcante dos tribunais em relação a temas normalmente debatidos em outras esferas também democráticas de decisão, tais como o Poder Executivo e o Poder Legislativo”¹⁹. Contudo, tal definição é deveras reducionista, visto que o autor sequer comenta em sua obra sobre o fenômeno da judicialização da justiça, não havendo, portanto, a necessária separação e diferenciação destes

18 BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em 02/08/2014

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

fenômenos. Logo, não é possível identificar um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo.

Já o professor Luís Roberto Barroso (2008, p. 6), atualmente Ministro do STF, entende que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.²⁰

Por sua vez Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 23), traz em sua obra a lição de Douglas Kmiec, onde este sistematiza as definições dadas à expressão ativismo judicial, apontando cinco principais conceituações que, no seu sentir, caracterizam a conduta ativista do Poder Judiciário e de seus órgãos:

a) prática destinada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; b) estratégia de não aplicação de precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar da —sala de sessões; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado.²¹

No primeiro caso, o ativismo apresenta-se como uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, ao passo que, nessa hipótese, o Poder Judiciário acaba por invalidar escolhas políticas dos outros Poderes. De fato, não se pode desvincular completamente ativismo judicial e controle de constitucionalidade, considerando que analisar o ativismo judicial também significa colocar o exercício da jurisdição em xeque. Contudo, a questão não é analisar se o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário é cabível em um Estado Democrático de Direito, mas sim qual o teor das respostas dadas pelo Judiciário quando realiza o controle.

Sobre controle de constitucionalidade e ativismo judicial, assim se posiciona Clarissa Tassinari (2013, P. 34):

Neste sentido, pode-se dizer que alcança sua legitimidade se concretiza a Constituição, atribuindo às demandas respostas constitucionalmente adequadas; em contrapartida, um controle que se faz a partir da vontade ou da consciência do intérprete não representa uma concretização do texto

20 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.**

Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 20/04/2014.

21 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF.* Curitiba: Juruá, 2009, P. 23,

constitucional, mas, sim, o seu desvirtuamento.²²

Tal abordagem também revela-se insuficiente, visto que coloca a questão do ativismo somente sob o prisma do exercício do controle de constitucionalidade sobre a administração pública. Logo, se faz necessário dizer que a simples declaração de uma inconstitucionalidade não quer dizer ativismo ou não ativismo. O controle de constitucionalidade é justamente a função precípua e democrática de uma corte constitucional. Logo, números de ações contra ou a favor não permite epitetar um tribunal de ativista. Podem ser elementos que apontam algo, mas não tudo. A questão não é o controle de constitucionalidade em si, ou se a maior parte das ações são julgadas procedentes ou improcedentes.

Já na segunda conceituação, que diz respeito a não aplicação de precedentes, o ativismo judicial caracteriza-se como uma atividade que não respeita as decisões anteriores proferidas em casos idênticos, com caráter vinculante.

O terceiro entendimento corresponde à atividade de criação do direito pelos magistrados. Nesse caso, os juízes ultrapassam os limites da atividade interpretativa, realizando uma atividade criativa do direito, ou seja, exercem função típica do legislador. Neste sentido, necessário mencionar ativismo judicial como política de ação social do governo²³. Uma das causas pela qual se faz necessária uma crítica ao ativismo judicial é justamente para evitar que o Poder Judiciário assumira a posição de governo.

Na definição de ativismo caracterizada pelo “afastamento dos cânones metodológicos da interpretação”, a atividade hermenêutica se dá de forma não convencional, ou seja, estranha aos métodos interpretativos normalmente aceitos. Contudo, conforme mencionado por Valle (2009, p. 23), é difícil chegar a um consenso a respeito de quais são os métodos de interpretação constitucional que configuram o ativismo judicial.

Finalmente, a última concepção de ativismo é aquela em que a decisão judicial visa a atingir finalidades previamente determinadas, significando que o julgado atende à vontade do julgador. Tal definição aponta que o ativismo judicial diz

22 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. P. 34.

23 Expressão utilizada pelo doutrinador Marcus Paulo Veríssimo, em seu livro: *A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”*. Revista Direito GV. São Paulo, 4 (2), p. 407/440, jul./dez. 2008, pag. 422.

respeito a uma postura do Poder Judiciário para além dos limites constitucionais.

2.3 Ativismo Judicial: desrespeito aos limites constitucionais.

Conforme analisado até agora, é possível entender que a excessiva judicialização que ocorre nas democracias modernas podem ser observadas de duas formas: social e política. Ou seja, a judicialização da política surge tanto de um contexto social de exigências de direitos fundamentais, bem como reflexo da inércia dos políticos que representam a sociedade em cada democracia em implementar políticas públicas com fins de efetivar direitos, sendo tais direitos buscados pela sociedade perante o judiciário. Nesse sentido, é possível perceber que a judicialização não é proveniente do Direito em si, em que pese as ações que deságuam no judiciário para efetivação dos direitos, lembrando sempre que a própria Constituição Federal de 88 prevê que a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito.

Evidentemente, não se pode separar a interação que acontece entre elementos políticos, sociais e jurídicos, que são parte da excessiva judicialização.

Conforme Tassinari (2013, p. 56):

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determina postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.²⁴

Logo, pode-se afirmar que o ativismo judicial mostra-se como um problema exclusivamente jurídico, mas que, por óbvio, possui consequências em todas as demais esferas. Necessário, ainda, que a comunidade jurídica dê a devida atenção ao tema, enfrentando de forma séria e crítica, visto que até o presente momento, poucos foram os doutrinadores que se prestaram a fazer uma análise comprometida

24 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. P 56.

com a cientificidade necessária, tanto se prova que, até hoje, muitos autos sequer separam judicialização da política de ativismo judicial.

Nesse sentido, tem-se que ativismo judicial é um problema do Direito. Especificamente, o ativismo é um problema da teoria da interpretação. Afinal, interpretar não é ato de livre vontade do intérprete, mas sim o resultado de compreensão, que se opera em constantes suspensões de pré juízos que constituem a busca do melhor sentido para a interpretação. Até porque a decisão judicial não pode depender mais do que o julgador comeu no café da manhã do que o que realmente prevê o ordenamento jurídico e as técnicas de interpretação.

“Interpretação como ato de vontade” é um termo utilizado no âmbito jurídico, introduzido por Hans Kelsen na famosa obra Teoria Pura do Direito, quando o autor enfrenta o problema da interpretação jurídica. Contudo, o próprio Kelsen não tratou o ativismo judicial como prioridade, pois não se debruçou detidamente na questão de como interpretar o direito. O foco da teoria Kelseniana era a construção da ciência do direito.

Interessante também a lição de Antoine Garapon, apud Clarissa Tassinari (2012):

(...) no momento em que caracteriza o ativismo judicial, Garapon associa a decisão judicial a um critério de desejo, de vontade daquele que julga, afirmando: “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.” Ainda, menciona que, neste contexto, o ativismo “revela-se sob duas formas: sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos *media*, se a magistratura não tiver grande tradição de independência.”²⁵

Logo, pode-se perceber que o autor, em seu livro O guardador de promessas, apresenta escolha, desejos e poder como elementos que se conjugam em torno de um mesmo fenômeno, qual seja, o ativismo judicial.

Não podemos, pois, definir ativismo judicial através da experiência norte americana. Através da experiência dos EUA, extraiu-se a noção de governo de juízes e, principalmente, a ideia de que o protagonismo judicial é benéfico a democracia quando se volta a concretizar direitos. Logo, as posturas ativistas passaram a ser entendidas de duas formas. Uma delas, é o aumento das atribuições

25 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. P 61.

do Judiciário e, como já dito anteriormente, o aumento da judicialização se dá principalmente pelo fenômeno da judicialização da política (constitucionalismo contemporâneo, ingerência do legislativo). De outro lado, se dá como sinônimo de atividade jurisdicional progressista.

Retornando aos ensinamentos de Barroso (2008), no texto “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, o autor chama atenção para os riscos a legitimidade democrática. O brilhante professor da UERJ exalta que os membros do Judiciário não são eleitos e não possuem, assim, “batismo da vontade popular” apesar de agirem politicamente, até mesmo tornando inválidas práticas dos demais Poderes. O próprio autor adverte que é preciso garantir os direitos fundamentais, mesmo contra grupos que tiveram ou possuem maior legitimidade eleitoral.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser oblíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.²⁶ (BARROSO, 2008, p. 12, grifos nossos)

Na sequência, Barroso ainda afirma que a inobservância de critérios poderá gerar um “modelo juriscêntrico e elitista conduzido por juízes filósofos”, algo que deve ser evitado, considerando regras impostas no desempenho das atividades dos magistrados.

“Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e. emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a

26 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Pág. 12. Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 20/04/2014.

promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia.” (Barroso, 2008, pag. 12, grifos nossos)

A despeito de entendermos que a lição final de Barroso sobre ativismo judicial não seja a mais valiosa entre as doutrinas sobre o tema, concorda-se integralmente com os itens acima citados. Contudo, não se pode concordar com o autor quando diz que o ativismo, até aqui, tem se apresentado como parte da solução e não do problema. Conforme o autor, o ativismo é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Ainda, Barroso encerra o referido texto com a seguinte frase:

“A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.” (Barroso, 2008, p. 19).

Com o posicionamento de Barroso sobre o tema, retorna-se ao ponto já questionado anteriormente, sobre qual deve ser o papel do Judiciário.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre diversos temas polêmicos, sendo alvo de críticas por parte da doutrina nacional e internacional. Entre os temas polêmicos, estão o uso das algemas em audiências pelos presos, fidelidade partidária, aborto de anencéfalos, união estável homoafetiva, entre outros. Como referiu Barroso, o ativismo judicial até aqui foi parte da solução, mas não do problema. Só que a sociedade não pode ficar à mercê da decisão de um seleto grupo de juristas. Tomando a ADPF 178 como exemplo, em que pese a união homoafetivo precisa-se urgentemente de amparo jurídico, tal questão deveria ser discutida em uma esfera de maior representação social. Em um Estado Democrático de Direito, as decisões fundamentais devem ser debatidas da forma mais ampla possível. Obviamente, concordamos com o posicionamento final do STF, favorável ao reconhecimento da união estável na ADPF 178. Contudo, tal decisão não deveria caber a um tribunal preenchido por 11 pessoas, por meio de um ato investido de autoridade (vontade). A discussão aqui não é quanto a matéria em si, mas quanto ao meio utilizado para tal.

Como refere Clarissa Tassinari (2013, p. 133) sobre o tema:

“A pergunta final, portanto, vai no seguinte sentido: e se o Supremo tivesse decidido pelo não reconhecimento? É nesta linha que, independente de resultado, o ativismo judicial, mesmo diante de posturas progressivas, não pode ser considerado meio hábil para concretizar direitos, pelo simples fato de que, com isso, a sociedade fica à mercê de opiniões oscilantes, das quais passam a depender a garantia de direitos.²⁷”

Em que pese progressista as decisões consideradas polêmicas tomadas pelo STF, é necessário apontar que o ativismo judicial não é uma prática exclusiva dos Supremo Tribunal Federal, mas de Tribunais de Justiça, juízes singulares, entre outros. Se cada decisão for tomada a partir de escolhas e convicções próprias (para além dos limites da jurisdição), haverá um verdadeiro caos no Judiciário brasileiro, não havendo mais um mínimo de segurança jurídica. Se cada juiz resolver não aplicar mais a lei, em cada caso que lhe convém, passa a ser mais interessante lecionar nas faculdades de direito à partir da análise de jurisprudência, ao invés da análise de leis, apesar de serem as leis fontes primárias do direito e a jurisprudência fonte secundária.

2.4 Discricionariedade, decisionismo e ativismo judicial

Quando se fala em ativismo, se fala em uma atividade evidentemente interpretativa, sendo o problema do ativismo judicial um problema hermenêutico, como bem denunciado Lênio Luiz Streck (2013)²⁸. Em resumo, o autor afirma que o problema do ativismo judicial passa pelo empecilho da discricionariedade, como um dilema do sujeito da modernidade, o sujeito solipsista. Por solipsismo, entenda-se a doutrina filosófica segundo nada existe fora do pensamento individual, sendo a percepção das coisas ou pessoas uma impressão sem existência real. Assim, o solipsista - aquele que tem como fundamento o solipsismo - nega tudo que esteja além dele mesmo. Já na ontologia, o termo se refere a uma perspectiva mais radical, levando em conta que apenas o "eu" e as próprias experiências são reais, tudo mais

27 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. P 133.

28 STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** - 4 ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2013.

é ilusão. Aponta uma dificuldade do direito em superar as questões contemporâneas em época em que se abandonou a filosofia.

Ao longo do tempo, cada vez mais, juízes e ministros, em nome de uma suposta superação do positivismo, onde alegam que o modelo de “juiz-boca-da-lei” está ultrapassado, sendo dever do juiz moderno superar esse modelo, devendo, cada vez mais, seguir o modelo de decisão que se apegue a princípios. Como bem salientado pelo referido autor em outro artigo de sua autoria:

Parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que “hoje possuímos dois tipos de juízes”: aquele que se “apega” à letra fria (sic) da lei (e esse deve “desaparecer”, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os “princípios” (esse é o juiz que traduziria os “valores” – sic – da sociedade, que estariam “por baixo” da “letra fria da lei”). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a “letra da lei” é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista?

(...)

E, por favor, que não se venha com a velha história de que “cumprir a letra ‘fria’ (sic) da lei” é assumir uma postura positivista...! Aliás, o que seria essa “letra fria da lei”? Haveria um sentido em si-mesmo da lei? Na verdade, confundem-se conceitos. As diversas formas de positivismo não podem ser colocadas no mesmo patamar e tampouco podemos confundir uma delas (ou as duas mais conhecidas) com a sua superação pelo e no interior do paradigma da linguagem. Tentarei explicar isso melhor: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um “fechamento semântico” do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma “questão menor” (lembramos, aqui, de Kelsen). Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está(va) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógicodeontológicas de validade das “normas jurídicas”.²⁹

Discricionariedade não se confunde com decisionismo. Ou, ao menos, não deveria.

Sobre o livre convencimento motivado, em que pese tratar do tema em uma

²⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista?** Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 15, n. 1, p. 169/170, jan./abr. 2010. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em 18/07/2014.

abordagem processual penal, leciona Aury Lopes Júnior (2012, p. 563)³⁰:

Ainda que o juiz não esteja vinculado ou adstrito à vontade da maioria, tampouco se deve avalizar uma decisão que reflita “somente a opinião do juiz. Daí a necessidade de que a decisão seja reconhecida como justa e, por isso, respeitada. Não está legitimado o decisionismo, por óbvio.
(...)
Em definitivo, o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle.

Decidir não pode mais escorrer das convicções pessoais do julgador privilegiado, que guardasse um sentir sábio por juízos de justiça e segurança que só ele pudesse, com seus pares, aferir, induzir, ou deduzir, transmitir e aplicar.³¹ Sendo assim, além da necessária conformidade constitucional, deve o juiz (ou julgador) estrito respeito às regras do jogo processual (e seus valores), especialmente no processo penal, em que o “due process of law” adquire um valor inegociável.

O julgador sempre deve respeito a Constituição, sendo um direito do cidadão e da sociedade, receber do judiciário decisões adequadas à Constituição. Quando alguém vai ao Judiciário em busca de uma resposta, pouco importa a essa pessoa as convicções pessoais do julgador, ou mesmo, no processo penal, quando ao juiz é levada uma pretensão acusatória, em nada importa o juízo de valores que ele faz sobre determinado crime. O aplicador do direito que se afasta da fundamentação adequada a Constituição e decide conforme sua consciência, o faz com critérios de moral, política, noções próprias e solipsistas de fenômenos, normalmente sob o argumento de buscar justiça, ou o alcance da paz social.

Conforme leciona Jacinto Nelson Miranda Coutinho(2002, p. 188)³², o problema é identificar:

o que é a bondade para ele. Um nazista por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos 'justiceiros'

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

31 PEREIRA LEAL, Rosemiro. **Teoria processual da decisão jurídica**, São Paulo, Landy, 2002, p. 14.

32 COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza” de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito**, in Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 188.

sempre lotados de 'bondade', em geral querendo o 'bem' dos condenados e, antes, da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo, gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a 'sua bondade' responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, 'quem nos salva da bondade dos bons?' na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marques Neto.”

Como bem anota Aury Lopes Júnior (2012)³³, “Como se não bastasse, geralmente esse discurso bem nos sedutores invólucros da 'garantia da ordem pública', 'supremacia do interesse coletivo', e outras fórmulas que nada mais fazem do que pegar carona na crença na bondade dos bons.”

Já superamos o modelo de juiz positivista exegético, fiel seguidor do senso comum teórico há muito denunciado por Warat e ainda criticado ferrenhamente por Streck, mas também precisamos superar a falácia pós positivista. Regras não devem ser abandonadas ao bel prazer do julgador, sob o fundamento de aplicar princípios a análise do caso concreto. Em suma, o operador do direito não pode cumprir a lei só quando lhe interessa, bem como usar princípios da mesma forma.

Nesse sentido, é de se concordar com Lênio Streck (2010, p. 171/172)³⁴ quando este defende que há apenas 06 (seis) hipóteses em que o magistrado pode deixar de aplicar a lei, ou dispositivo de lei, quais sejam:

- a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade stricto sensu) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
- b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a lex posterioris, que derroga a lex anterioris, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
- c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (verfassungskonforme Auslegung), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição;
- d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido;

33 LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**, 2012, P. 1068.

34 STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista?** Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 15, n. 1, 2010. P. 171/172

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Conforme deixo claro em Verdade e Consenso (posfácio da terceira edição), é através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão, graças à integridade e a coerência, aplicação similar. Um exemplo basilar que ajuda a explicar essa problemática “regra-princípio” é o da aplicação da insignificância. Em que circunstância um furto não deverá ser punido? A resposta parece ser simples: quando, mesmo estando provada a ocorrência da conduta, a regra deve ceder em face da aplicação do princípio da insignificância. Entretanto, isso implicará a superação do seguinte desafio hermenêutico: construir um sentido para esse princípio, para que este não se transforme em “álibi para aplicação ad hoc”. Lamentavelmente, a dogmática jurídica fragmentou ao infinito as hipóteses, não havendo a preocupação com a formatação de um mínimo grau de generalização. No mais das vezes, uma ação penal que envolve esse tipo de matéria é resolvido com a mera citação do princípio ou de um verbete, na maioria das vezes, absolutamente descontextualizado. Trata-se de uma aplicação equivocada da exceção, embora se possa dizer, em um país com tantas desigualdades sociais, que, na maior parte das vezes (no atacado), as decisões acabam sendo acertadas. A aplicação da insignificância – como de qualquer outro princípio jurídico – deve vir acompanhado de uma detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas judiciais).

Não se pode reduzir a decisão a um mero ato de sentir. Para além dessa dimensão altamente subjetiva, estão os limites constitucionais e processuais para formação do convencimento do juiz e ainda o demarcado espaço interpretativo. Não se pode reduzir a sentença a um mero ato de vontade do operador do direito, não podendo esse, por exemplo, prolatar sentença condenatória com a pena muitíssimo afastada no mínimo fundamentando a mesma com critérios subjetivos, aplicando-lhe seus valores e convicções pessoais sobre determinado delito, pois há limites na formação da decisão, e nos limites constitucionais de interpretação.

A administração da justiça não pode depender única e exclusivamente da consciência ou da bondade do julgador. Logo, a importância dos limites do espaço decisório (de interpretação), que vem dado pela observância das regras do devido

processo legal e de toda principiologia constitucional aplicável ao julgamento, principalmente quando a liberdade individual está em xeque, como no processo penal.

A legitimidade da decisão está no procedimento para se tomar essa decisão, se (con)fundindo procedimento e processo.

Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 124) faz o seguinte apontamento:

Nenhuma decisão seria constitucionalmente válida e eficaz se não preparada em um status do devido processo legal, porquanto, uma vez produzida em âmbito de exclusivo juízo judicacional, não poderia se garantir em validade e eficácia pela discursiva condição estatal do direito democrático. A legitimidade da decisão só ocorre em fundamentos procedimentais processualizados, porque o PROCESSO como direito de primeira geração (instituição jurídica constituinte e constituída de produção de direitos subsequentes) é direito fundamental de eficiência autodeterminativa da comunidade jurídica que se fiscaliza, renova-se e se confirma, pelos princípios processuais discursivos da isonomia, ampla defesa e contraditório, ainda que nas estruturas procedimentais encaminhadoras das vontades jurídicas não sejam pretendidas resoluções de conflitos.³⁵

Sendo assim, assevera-se que o ativismo judicial não é uma invenção de parte da doutrina, nem imaginação da comunidade acadêmica. Como demonstrado, judicialização da política não se confunde com ativismo judicial, sendo aquele um fenômeno contingencial, fruto de uma Constituição rica e compromissada com direitos fundamentais, e este uma atuação de juízes e ministros que ultrapassam os limites da atuação do judiciário. O ativismo judicial está ligado a um desejo do órgão judicante de transformar a sociedade. Está ligado a um ato de vontade do órgão judicante.

Por certo, muitas questões oriundas do fenômeno da judicialização da política podem ainda passar pelo problema do ativismo judicial, dependendo da forma como explorada pelo julgador, mas a recíproca não é verdadeira. A judicialização da política está fora do controle do Poder Judiciário, por ser fruto de um fenômeno social e/ou político. Já o ativismo judicial é um problema exclusivo do Poder Judiciário e, como já debatido, é um problema de interpretação do Direito Constitucional. Ambos os fenômenos só tem sentido em ser debatidos quando há

35 PEREIRA LEAL, Rosemiro. **Teoria processual da decisão jurídica**. p. 124.

uma Constituição normativa e se houver Controle de Constitucionalidade.

Ambos fenômenos passam a ser mais debatidos no Brasil principalmente após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, por se tratar da primeira Constituição verdadeiramente Democrática na história do país.

De certo, a questão do ativismo e da judicialização ainda estão engatinhando dentro do cenário jurídico brasileiro. Contudo, conforme demonstrado, o ativismo é uma realidade, e como tal, deve ser combatido.

3. ACÃO PENAL 470 E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

3.1 Breve resumo do caso “mensalão”

A Ação Penal 470, famoso processo do “Mensalão”, foi certamente um dos casos mais emblemáticos e discutidos da história do ordenamento jurídico brasileiro.

Em 14 de maio de 2005, a matéria "O homem-chave do PTB", veiculada pela Revista VEJA,³⁶ traz a denúncia de um suposto esquema de corrupção na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, sendo digna de figurar na capa da revista a manchete: "O vídeo da corrupção em Brasília".

A partir do vídeo, feito através do uso de uma câmera escondida, foi elaborado um artigo dando conta de um episódio em que o diretor do Departamento de Contratação e Administração de Material dos Correios, Maurício Marinho, parece explicar a dois empresários como funcionava um esquema de pagamentos de propina para fraudar licitações na empresa. Ainda, recebe um maço de notas.

Segundo a reportagem, o esquema seria supostamente gerido pelo diretor de Administração dos Correios, Antônio Osório Batista, e por Roberto Jefferson, deputado federal pelo Rio de Janeiro e, à época, presidente do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), aliado do governo.

O vídeo foi ao ar pelas principais redes de televisão, mostrando Marinho embolsando a quantia de R\$3.000,00 (três mil reais), supostamente recebido pelo mesmo como adiantamento de uma fraude.

Após o episódio, o Deputado Roberto Jefferson foi à mídia, delatando um

36 Revista Veja – Edição 1905. Reportagem de Otávio Cabral e Alexandre Oltramari.

grande esquema de corrupção e compra de votos no Congresso Nacional. Segundo narrado por Jefferson à Folha de São Paulo, e posteriormente difundido em diversos veículos de comunicação, o núcleo do Partido dos Trabalhadores (PT), pagaria a um grupo de parlamentares aliados ao governo, uma mensalidade, a fim de que os mesmos votassem a favor da base governista. Tal pagamento, mensal, ganhou o apelido que ficou popularmente conhecido por “mensalão”.

Entre os denunciados por Roberto Jefferson à imprensa, estavam grandes nomes do Partido dos Trabalhadores, como José Dirceu, José Genuíno, Luiz Gushiken, Antônio Palocci, entre outros, além de membros do PP, PSB, PL, PMDB. Ainda, foi mencionado o nome de diversos empresários, publicitários e diretores de grandes empresas.

Em julho de 2005, ou seja, 02 (dois) meses após a denúncia informal feita à mídia, foi instaurada a CPMI dos correios, sendo relator da mesma o Deputado Federal Osmar Serraglio (PMDB).

Conforme Denúncia da Procuradoria-Geral de República, Roberto Jefferson divulgou detalhes do esquema de corrupção de parlamentares, dando entrevistas acusando o Partido dos Trabalhadores de ser verdadeiro comandante do grande esquema de corrupção, visto que inicialmente as denúncias apontavam para o PTB.

No depoimento que prestou na Comissão de Ética da Câmara dos Deputados e também na CPMI dos Correios, Jefferson afirmou que o esquema pelo mesmo noticiado era dirigido e operacionalizado, entre outros, pelo ex-Ministro Chefe da Casa Civil, José Dirceu, pelo ex-Tesoureiro do PT, Delúbio Soares, e por um empresário do ramo de publicidade de Minas Gerais, chamado Marcos Valério (...).³⁷

Conforme consta na denúncia encaminhada ao STF, o esquema funcionava da seguinte forma: sob a influência da alta cúpula do PT, o dinheiro oriundo do Banco Rural, Banco BMG, Banco do Brasil e Fundo Visanet, era repassado pela Câmara dos Deputados para as agências do publicitário Marcos Valério, que então distribuía aos parlamentares tanto do PT, como dos partidos da base aliada do governo (PP, PTB, PMDB e PL), dando conta, ainda de intrincadas operações com offshores e empresas titulares de contas no exterior, tendo como destino final

37 Inq 2245/MG, plenário, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/11/2007, p.35, capítulo introdutório da denúncia transcrito pelo min. Joaquim Barbosa em seu relatório.

paraísos fiscais.³⁸

Ainda, segundo a denúncia:

desvio de recursos públicos, concessões de benefícios indevidos a particulares em troca de dinheiro e compra de apoio político, condutas que caracterizam os crimes de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, corrupção e evasão de divisas.³⁹

3.2 O recebimento da denúncia e o efeito da mídia no processo penal.

Devido à devastadora e odiosa repercussão nacional dada ao processo em questão e a conseqüente projeção midiática dos envolvidos no julgamento, é possível perceber que diversas garantias fundamentais dos réus demonstraram-se desrespeitadas, fosse pela necessidade de tratamento diferenciado e histórico do caso analisado, ora pela conclamação da opinião pública como balizamento da legitimidade da decisão da Suprema Corte.

A partir da análise de algumas decisões interlocutórias, bem como de manifestações ao proferirem os votos, é possível perceber uma gritante diferença entre as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470, e julgamento de outros processos, o que, inclusive, o Ministro do STF Luis Roberto Barroso, em sua sabatina no Congresso Nacional chamou de “ponto fora da curva.”⁴⁰

A partir da análise do caso mensalão (Ação Penal 470 e Inq. 2245/MG), é possível constatar o estágio de constitucionalização do Processo Penal nesta país. Faremos, inicialmente, um estudo sobre a observância da presunção de culpabilidade dos investigados, a influência da mídia no processo e o ativismo judicial. Escolhemos a presunção de inocência, neste primeiro momento, por se tratar de um princípio que possibilita “avaliar a qualidade de um sistema processual”⁴¹

38 Inq 2245/MG, plenário, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/11/2007, p.36, capítulo introdutório da denúncia transcrito pelo min. Joaquim Barbosa em seu relatório.

39 Inq 2245/MG, plenário, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/11/2007, p.37, capítulo introdutório da denúncia transcrito pelo min. Joaquim Barbosa em seu relatório.

40 Declaração de Luís Roberto Barroso, na sabatina do Senado para sua posse no STF, disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/barroso-diz-que-julgamento-do-mensalao-foi-ponto-fora-da-curva-8596481>>. Acesso em 20/07/2014.

41 JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 178

O interesse da mídia na presente Ação foi inédito. Não tão inédita, contudo, é a popular análise jurídica do caso, feita por pessoas não especialistas. Diariamente, eram mostrados em telejornais pessoas comentando a atuação do STF, sugerindo como o mesmo deveria agir, indicando posicionamentos e afins. Fenômeno conhecido no meio jurídico, onde a falsa aparência de simplicidade dos fenômenos processuais levam a crer que decisão judicial é uma mera questão de escolha.

Debord (2011) é preciso sobre o tema:

Todos os especialistas são midiáticos-estatais, e só dessa forma são reconhecidos como especialistas. Todo especialista serve a seu senhor, pois as antigas possibilidades de independência foram praticamente reduzidas a zero pelas condições de organização da sociedade atual. O especialista que mais bem serve é, evidentemente, aquele que mente. Quem tem necessidade do especialista, por motivos diversos, são o falsificador e o ignorante. Quando o indivíduo já não consegue reconhecer nada sozinho, ele vai ser formalmente tranquilizado pelo especialista.⁴²

Ponto comum, não só na análise da Ação Penal 470, é a ânsia punitiva do senso comum, partindo de uma deturpada ideia de justiça, acreditam piamente na penalização extrema como solução para todos os problemas criminais.

Ainda, comum foi a execução midiática em cima de alguns ministros que empenharam-se em garantir direitos fundamentais e processuais dos acusados.

Com propriedade, Aury Lopes Júnior, apud Maurício Zanoide Moraes (2010) fala sobre o excesso de publicização do processo penal e o efeito, ou poderia se entender, constrangimento, que o mesmo causa sobre os atores processuais:

A publicidade abusiva, comprovadamente, causa distorção no comportamento dos sujeitos processuais (promotores, advogados e juízes), aumentando ainda mais o estigma do imputado. Uma das consequências negativas está no que Ibáñez define como “hiperpenalização” através da “espetacularização” do julgamento. A verdadeira garantia está exatamente no oposto, pois a presunção de inocência exige que o imputado seja protegido de tais fenômenos. [...] O livre convencimento passa a ser utópico diante do contaminado estado de ânimo do juiz.⁴³

Nesse Mesmo sentido, é a lição de Francesco Carnelutti (1957, p. 20):

A publicidade do processo penal, a qual corresponde não somente à idéia

42 DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos. Rio de Janeiro. Editora Contraponto, 2011, P. 179.

43 LOPES Jr, Aury apud MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.514

do controle popular sobre o modo de administrar a justiça, mas ainda, e mais profundamente, ao seu valor educativo, está, infelizmente, degenerada em um motivo de desordem”. Não tanto o público que enche os tribunais, ao inverossímil, mas a invasão da imprensa, que precede e persegue o processo com imprudente indiscrição e não de raro descaramento, aos quais ninguém ousa reagir, tem destruído qualquer possibilidade de juntar-se com aqueles aos quais incumbe o tremendo dever de acusar, de defender, de julgar⁴⁴

Sobre a midiaticização do processo penal, o doutrinador Nilo Batista⁴⁵ aponta que ponderação e tolerância talvez tenham deixado de ser virtudes nos tempos de hoje. “Magistrados que levem a sério a tarefa de velar pelas garantias constitucionais e de conter o poder punitivo ilegal ou irracional são fracos e tolerantes (a tolerância já não é uma virtude, como supunha Locke).”⁴⁶

De se salientar também o papel da mídia quando invoca para si o papel de autoridade responsável pela investigação preliminar, por muitas vezes ainda trazendo supostos especialistas para comentarem decisões que lhe fossem conveniente. Assunto já abordado por Nilo Batista (2003, p. 13)⁴⁷:

Se, através da investigação direta de delitos, da circulação de pautas de interesse criminal, ou da franca intervenção sobre processos em andamento as agências de comunicação social do sistema penal se aproximam das agências executivas, precisam de um discurso para fundamentar sua performance. Mais do que isso, precisam que seu discurso se imponha aos concorrentes. Neste sentido, toda e qualquer reflexão que deslegitime aquele credo criminológico da mídia deve ser ignorada ou escondida: nenhuma teoria e nenhuma pesquisa questionadora do dogma penal, da criminalização provedora ou do próprio sistema penal são veiculadas em igualdade de condições com suas congêneres legitimantes.

O discurso do ódio amplamente instaurado pela mídia coloca em xeque o princípio da presunção de inocência no processo em exame, deslegitimando tal princípio como sendo “conceito basilar sobre o qual se edifica modelo de processo penal garantista e de corte liberal”⁴⁸

44 CARNELUTTI, FRANCESCO. **As misérias do Processo Penal**, Tradução de JOSÉ ANTONIO CARDINALLI, 1995, Editora CONAN, P. 20.

45 BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**, “Noticiário”. <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.html>>. 2003.

46 BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. P. 5. Acesso em

47 BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 13

48 PINTO, Felipe Martins. **O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade, in Execução Penal – Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias**, coordenadores Antônio de Padova Marchi Júnior e Felipe Martins Pinto. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

Sempre pautado pelo imediatismo de informações e de verdades inabaláveis, semanalmente eram veiculadas em revistas e jornais que novas provas, inquestionáveis, eram fruto dos esforços da ilibada mídia brasileira, que reclamou para si a função de agente persecutório informal.

Sobre a celeridade invencível na apuração de provas e levantamento de indícios feitos pela imprensa, mister se faz a exposição do seguinte pensamento:

o “tempo do direito” é diverso do “tempo da notícia/informação” e os juízos paralelos são muito mais acelerados. Como consequência, a atividade probatória, antes dirigida a formar convicção racional, também tem que derrubar uma esfera emotiva (pré-constituída) e também o pré-julgamento (forjado pela imprensa e seus juízos paralelos). É um imenso prejuízo pelo pré-juízo gerado pela intermediação midiática, com patente comprometimento da imparcialidade e da independência do julgador.⁴⁹

A influência da mídia na tomada das decisões dos ministros foi alvo de crítica por parte doutrina. Fato curioso é a costumeira citação de reportagens jornalísticas como fundamentação dos votos de alguns ministros, tomando-se por verdades declarações que não passaram nem perto do contraditório e ampla defesa, tomando por verdade inabalável a participação, veja-se:

Aliás, no que tange à suposta responsabilidade do Banco Rural pela concepção deste mecanismo de lavagem narrado pelo Procurador Geral da República, é interessante ler a entrevista concedida por Carlos Godinho, ex-superintendente de *Compliance* do Banco Rural (fls. 3368/3373, volume 15), à Revista Época (Edição 391 – Nov. 05), em reportagem intitulada “A caixa preta do Rural”.⁵⁰

A decisão de recebimento da denúncia é uma das mais importantes no processo penal, embora ser da praxe forense o uso de modelos reducionistas e genéricos, que comentem apenas requisitos formais, sem sequer entrar no caso específico. A mera condição de réu já é, para muitos, uma pena antecipada, pois a mera projeção de uma pena de prisão no imaginário de alguém já é mais que suficiente para tirar a paz.

Nessa esteira, é de se considerar que a função do Ministério Público zelar por

49 JÚNIOR, Aury Lopes *apud* MORAES, Maurício Zanoide. ***Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 514.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470 Minas Gerais*. Plenário. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. v. 55. p. 11.887.

direitos e garantias fundamentais e não simplesmente buscar justiça, seja lá o que isso for.

Nesse ponto, novamente se faz imperativa as palavras do professor Aury Lopes Júnior (2008, p. 343):

A acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.⁵¹

Por óbvio, o juiz sofre diversos tipos de influência durante o curso do processo, sejam internas ou externas, mas decisões judiciais não podem ser pautadas pelos aplausos proporcionados por transmissões midiáticas sem compromisso com o fenômeno jurídico.

Outro momento intrigante no processo do mensalão, que serve como indicativo de que se tratou de um julgamento de exceção, com um grau elevadíssimo de ativismo judicial por parte dos ministros, foi a questão da escolha pelo não desdobramento do processo.

Até o julgamento da Ação, era entendimento comum no Supremo Tribunal Federal o desdobramento dos processos em relação aos réus, ou seja, o STF cindia o processo para que apenas os parlamentares com prerrogativa de função fossem julgados por aquela Corte Constitucional. Porém, este foi mais um “ponto fora da curva”. O Próprio Procurador Geral da República, Roberto Gurgel, em parecer ministerial, deixando a entender que conhecia a consolidada jurisprudência do Tribunal, estava conformado com o fato de que o processo seria provavelmente desdobrado, e fez a seguinte colocação:

Entretanto, conheço o entendimento dessa Corte Suprema em casos assemelhados, que é no sentido de determinar o desmembramento do feito, para que permaneçam submetidos ao seu juízo apenas os denunciados que têm foro por prerrogativa de função.⁵²

Logo, é possível perceber que era uníssono o entendimento de que deveria se aplicar o disposto no art. 80 do Código de Processo Penal, nos casos em que

51 JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.343.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470 Minas Gerais*. Plenário. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. v. 54, p. 11.605.

houvessem concurso de agentes, e apenas alguns possuísem foro privilegiado, justamente o previsto no art. 102, I, b, da Constituição Federal de 1988.

Nas palavras do processualista Penal Vicente Greco (2000, p. 46), o foro privilegiado existe, pois:

Certas autoridades são julgadas diretamente pelos tribunais superiores e de segundo grau, suprimindo o primeiro grau. Essa supressão justifica-se em virtude da proteção especial que devem merecer certas funções públicas, cuja hierarquia corresponde, também, à hierarquia dos tribunais, daí a competência originária.⁵³

Através da análise do Princípio do Juiz Natural, é possível analisar que o julgamento da Ação Penal 470 foi realmente um ponto fora da curva, como ressaltava o hoje ministro Barroso. O princípio do Juiz Natural, com previsão implícita na Constituição Federal de 1988, garante a toda pessoa, o direito de conhecer previamente aquele que a julgará no processo em que seja parte, revestindo tal juiz em jurisdição competente para a matéria específica do caso.

O Princípio do Juiz Natural é uma conquista histórica das garantias fundamentais. Cumpre indicar que, as bases foram se solidificando em uma evolução histórica de Justiça Criminal internacional, relativa ao princípio do Juiz Natural, com total relação aos Tribunais de exceção, tal como observado por Luiz Flávio Gomes (2006).⁵⁴

Como se nota, a questão é de relevância prática no sentido de observância dos Direitos e Garantias Fundamentais (cláusulas pétreas), essenciais à função jurisdicional e imparcialidade no julgamento, destacando-se ainda, conforme aduziu Ada Pellegrini Grinover, apud Renato de Lima Brasileiro (2013, p. 36):

a imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princípio do juiz natural erigido em núcleo essencial do exercício da função. Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.⁵⁵

53 GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 1º vol. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

54 GOMES, Luiz Flávio. **Julgamento de Saddam Hussein: exemplo de justiça primitiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1267, 20 dez. 2006. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/9294/julgamento-de-saddam-hussein>>. Acesso em 07/05/2014.

55 LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Volume único. Niterói, RJ: Ímpetus, 2013. P. 36.

Também esse sentido, para que o devido processo legal não incorra de erros e revestidos de tais observâncias legais, é o entendimento de Marcelo Novelino (2008, p. 36):

O devido processo legal substantivo se dirige, em primeiro momento ao legislador, que constituindo-se em um limite à sua atuação, que deverá pautar-se pelos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade. Como decorrência deste princípio surgem o postulado da proporcionalidade e algumas garantias constitucionais processuais, como o acesso a justiça, o juiz natural a ampla defesa o contraditório, a igualdade entre as partes e a exigência de imparcialidade do magistrado⁵⁶

É de se observar a argumentação da Ministra Carmen Lúcia, que abriu a divergência, para fugir ao precedente histórico do Supremo:

O rigor que se impõe a este caso, o qual me parece específico, muito peculiar da história brasileira e que, pela sua só notícia, independentemente de comprovação, agravou a sociedade brasileira da forma como aconteceu, não pode prescindir do conhecimento, da apreciação e do julgamento deste todo como um conjunto que tem uma essência substancial, portanto, entre os fatos inextrincáveis.⁵⁷

Ainda, o Ministro Eros Grau, que votou pela unidade de julgamento de todos os réus mesmo os que não tinham foro privilegiado, sendo digno de nota que apenas , asseverou que “este caso é historicamente relevante e a Corte tem o dever de dele se ocupar.”⁵⁸

No mesmo sentido, foi o voto do ministro Gilmar Mendes:

Ainda, que em todos os casos em que este Tribunal deferiu o desmembramento do processo, o fez em atenção a pedido expresso e devidamente fundamentado do Procurador-Geral da República. No presente caso, o próprio Procurador-Geral da República entende que não existem, neste caso, elementos que justifiquem o desmembramento do processo.⁵⁹

Apenas três dos 38 acusados poderiam ser julgados pelo STF, em razão da prerrogativa de foro prevista na Constituição Federal. São eles os deputados federais João Paulo Cunha (PT-SP), Pedro Henry (PP-MT) e Valdemar Costa Neto

56 NOVELINO. Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008. P. 332.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470 Minas Gerais. Plenário. Relator: Ministério Joaquim Barbosa. V. 54, p. 11616.

58 BRASIL. Op. Cit. p. 11.628.

59 BRASIL. Op. Cit. p. 11.643

(PR-SP). Já o processo contra os demais deveria ser encaminhado para a primeira instância, juiz natural da causa.

É dever constitucional de todos que atuam na persecução penal preservar os imputados para que não sejam expostos à mídia na condição de culpados, cabe a esta evitar a divulgação de informações que lancem os imputados ao patamar de acusado, antes que esse status seja definido legitimamente pelo Judiciário.

Ao menos em tese, deveria ser assim a norma de tratamento da presunção de inocência. No entanto, ao arrepio da regra, além da exposição por parte de autoridades responsáveis pela investigação, os conhecidos “vazamentos”, vê-se a imprensa condenando previamente os réus sem critério ou norma de conduta ética, apoiando seu discurso, muitas vezes tendencioso e antecipatório da culpa, na retórica trazida por “especialistas”.

3.3 Trânsito julgado parcial e a inovação solipsista.

O Supremo Tribunal Federal, em mais uma amostra de ativismo, decisionismo, invencionismo, ou seja lá o que for, deu mais uma mostra do que não deve fazer uma Corte Constitucional. Foram amplamente televisionadas discussões que em nada engrandeceram aquele seleto grupo de juristas, com suposta reputação ilibada e notório saber jurídico. Para além disso, assistiu-se ao que não se faz em qualquer situação somenos civilizada. Discussões com insultos e graves acusações entre colegas ministros⁶⁰⁶¹. Fossem verdadeiras e necessárias as imputações, dever-se-ia adotar atitude institucional um tanto mais drástica do que falatórios e caretas.

Não fosse suficiente, a Suprema Corte continua a inovar na legislação penal e processual penal. Durante(!) a Ação Penal 470, instituiu-se o “trânsito em julgado

60 Entre tantas: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/08/barbosa-acusa-lewandowski-de-fazer-chicana-e-ministro-cobra-retratacao.html>>. Momento em que o Ministro Relator da Ação Penal, Joaquim Barbosa faz acusações ao revisor, Ricardo Lewandowski, após divergência de posicionamento quando ao cabimento de reanálise de alguns pontos da decisão, durante julgamento de embargos infringentes. Acesso em 19/07/2014

61 Ainda, <http://acritica.uol.com.br/noticias/Ministros-STF-discutem-julgamento-mensalao-Brasil-Mensalao-STF-Supremo-Trbinal-Federal-Ministro-Joaquim-Barbosa_3_748155191.html>. Ministro Joaquim Barbosa interrompe diversas vezes a fala do Ministro Lewandowski, enquanto este manifesta intenção em proceder o desdobraimento do processo. Acesso em 19/07/2014

parcial”. Mas o pior não é apenas o estabelecimento pelo STF de instituto não previsto em lei, mas sim o trato de um caso concreto como se fosse algo disponível para um julgador, demonstrando puro decisionismo e invencionismo jurídico por parte dos ministros, em especial o ministro relator, Joaquim Barbosa.

Considerar que parte de um acórdão, sentença, decisão interlocutória ou, principalmente, que parte de uma condenação criminal transitou em julgado (passível, portanto, de execução da pena) era algo que até então inexistia na doutrina, jurisprudência, ou qualquer fonte do direito.

Regra básica do processo penal: não existe coisa julgada na pendência de um recurso, seja lá qual recurso for. Portanto, não se fatia decisão penal para dar eficácia parcial da coisa julgada (por simples ato de vontade do julgador) na pendência de recurso! E ainda há quem defenda o invencionismo da Suprema Corte. Se a comunidade jurídica como um todo não se coloca na posição de vanguarda contra as arbitrariedades solipsistas do STF, inexistem limites para a nova fonte do direito: a vontade individual de um ministro da Suprema Corte que, aparentemente, está acima de lei, doutrina, regras, além da própria jurisprudência.

3.4 A livre apreciação da prova ao arrepio de garantias constitucionais.

As garantias constitucionais do Processo Penal são instrumentos para a concretização das prerrogativas afetas ao *jus libertatis*. Visam a efetivar os direitos que se lhes encontram conexos.

A realização concreta dos benefícios legislados em normas definidoras de direitos fundamentais dependem da instrumentalização dessas garantias. De nada adiantar a existência ou declaração de um direito caso esse não possa ser garantido.

É de se esperar que a magistratura guarde a sociedade contra o arbítrio estatal, garantindo o respeito às liberdades públicas e preservando a dignidade da pessoa humana (vide primeiro capítulo).

Tomando por verdadeira a assertiva de que o ordenamento jurídico consagra o princípio da livre convicção judicial, embora sob fortes críticas⁶², mais correto ainda

⁶² Vide STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 4ª Edição. 2013.

é que a intuição do magistrado está longe de ser suficiente para o exercício da jurisdição.

Os órgãos do Poder Público, quando investigam (polícias, Ministério Público, entre outros), processam ou julgam, não estão excluídos do dever de respeitar os estritos limites da lei e da Constituição, por mais graves ou odiosos que sejam os fatos cuja prática motivou a instauração de processo criminal. Quer dizer: a apreciação das provas sujeita-se a critérios e garantias constitucionais.

Nesse ínterim, pode-se dizer que o livre convencimento motivado no processo penal pátrio está sujeito a critérios científicos e a fiel observância dos direitos fundamentais da pessoa humana, amplamente projetados na Constituição de 88.⁶³

Desse modo, a livre convicção dos magistrados não é um princípio posto ao dispor daqueles que estão distantes da cultura, da doutrina, dos profundos conhecimentos de diversas áreas ditas auxiliares do direito.

A atuação do Supremo no julgamento do mensalão é algo que muito nos faz lembrar dos ideais da Escola Criminal Positiva, que propugnava maior liberdade para o juiz ao punir os réus, conclamando a necessidade de os legisladores enfeixarem nos códigos preceitos pouco casuísticos, mas com margens largas, sobretudo quanto às dirimentes, agravantes e atenuantes. Então o magistrado teria um campo aberto para fazer a verdadeira justiça e graduar o afastamento do convívio social conforme o grau de temeridade do delinquente. Uma clara demonstração do direito penal do inimigo.

Em um processo penal constitucional, não é admissível, a sustentação, como a que ocorrera por parte do Ministro César Peluso, na oportunidade do recebimento da denúncia em relação ao denunciado José Dirceu, que houve todo um conjunto de indícios que se somam no sentido de permitir o recebimento da denúncia.

Para o ministro, Dirceu era talvez a principal figura do Partido dos Trabalhadores, e, portanto, “isso tem consequências em termos de possibilidade de conhecimento, sobretudo daquilo que sucedia na área parlamentar, com a qual se relacionava diretamente”.⁶⁴

Outro apontamento feito pelo ministro em seu voto, é que houve uma

63 TOVO, Paulo Cláudio. **Democratização do inquérito policial**, in: Estudos de Direito Processual Penal, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999, v. 2, p. 204.

64 Inq 2245/MG, plenário, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/11/2007, p.1061, voto do min. Cezar Peluso sobre o recebimento da denúncia pelo crime de formação de quadrilha do réu José Dirceu.

acusação textual, pública e notória, formulada por Roberto Jefferson, que imputou a Dirceu a criação de todo o esquema.

Em seguida, o ministro apontou que por ocupar o cargo que ocupava, é difícil de se admitir que José Dirceu “não soubesse, por exemplo, da desenvoltura com que agia outro co-denunciado, o tesoureiro do partido, com quantias vultosas e intervenção direta na base parlamentar”⁶⁵

Ora, é inadmissível que em um sistema acusatório, a alguém seja imputada a prática de determinado delito sob o argumento de que “é difícil de se admitir que José Dirceu não soubesse”, como o fez o Ministro Cezar Peluso. Desta forma, rasgam-se anos de construções e conquistas de garantias fundamentais, da garantia da prova, do contraditório entre outros. Por não haver defesa técnica a se fazer quando a acusação é baseada em suposições, senão a negação.

A Carta Magna de 88, quando expressamente imuniza os membros da magistratura com as garantias do art. 95, incisos I a III (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio), o faz com a intenção de proporcionar a imparcialidade que a sociedade democrática requer do julgador competente. Para Aury Lopes Júnior (2008), esta imparcialidade é “a principal garantia da jurisdição”⁶⁶. Nesta linha, o juiz deve se manter como “um juiz espectador, e não um juiz ator”. Isto se dá pelo fato de que o modelo de processo penal constitucional se fundamenta na valorização do homem e do valor de sua dignidade, e não na busca desenfreada pela punição ou pela ilusória busca da justiça a qualquer custo.

Conforme leciona o nobre doutrinador Jacinto Coutinho, Apud Aury Lopes (2008), “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.”⁶⁷

3.5 Duplo Grau de Jurisdição

65 Inq 2245/MG, plenário, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/11/2007, p.1062, voto do min. Cezar Peluso sobre o recebimento da denúncia pelo crime de formação de quadrilha do réu José Dirceu.

66 JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177.

67 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *apud* JÚNIOR, Aury Lopes. Op. Cit. p. 75.

Considerando a competência originária do Supremo Tribunal Federal em julgar ações de tal tipo, conseqüentemente, foi retirado dos réus outro direito fundamental, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

O princípio do duplo grau de jurisdição inicialmente decorre da própria estrutura do Poder Judiciário traçada pela Constituição Federal, consistente na divisão do mesmo em instâncias diversas, começando pelos juízes singulares, passando pelos respectivos tribunais a que eles estão vinculados, pelo STJ e finalmente chegando ao órgão máximo, o STF.

É oriundo também da natural irresignação da parte com uma decisão desfavorável que considera injusta e, principalmente, da necessidade de controle de todo e qualquer ato estatal, característica intrínseca do Estado Democrático de Direito, e do fato de que, ao menos em tese, o juiz de primeiro grau ficaria psicologicamente mais pressionado a acertar na decisão, para evitar revisão por parte do Tribunal, enquanto que este, por sua vez, é constituído por magistrados mais experientes.

Decorre ainda do princípio constitucional expresso da ampla defesa. Ademais, é princípio que vem consagrado expressamente no Pacto de São José da Costa Rica no seu art. 8º, item 2, alínea "h". Em razão de tudo isso, portanto, é que se estabelece o princípio em apreciação, que garante à parte o direito de reexame da causa por instância superior.

Em visita ao Brasil, o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁸, considerado por muitos o maior constitucionalista de todos os tempos, deu algumas declarações sobre o Supremo Tribunal Federal e sobre o julgamento do mensalão.

Para Canotilho (2013), O STF é um dos tribunais mais poderosos do mundo. Inicialmente, afirma que o STF é mais poderoso que o Tribunal respectivo dos Estados Unidos, pois possui um conjunto de fiscalizações, não apenas a fiscalização concreta, que não existe nos EUA. Ainda, pelo fato do STF ter a dimensão de tribunal de revisão, de última palavra.

Canotilho (2013) denuncia ainda que o Brasil tem uma outra Constituição,

68 Entrevista concedida ao Jornal Folha, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em 01/07/2014.

aquela feita pela jurisprudência, sobretudo do STF. Informa que os tribunais constitucionais de outros países não têm essas funções, de tribunais penais.

Ainda, Canotilho (2013) diz que os réus do mensalão tem alguma razão ao reclamarem sobre o fato de terem sido julgados originariamente no STF, não havendo um tribunal superior, suprimindo o princípio do duplo grau de jurisdição.

Sendo assim, é possível demonstrar que o julgamento da Ação Penal foi, de fato, um ponto fora da curva, como mencionado por alguns ministros, tendo sido os famosos “mensaleiros” julgados fora dos padrões de atuação da Corte, de cultura manifestamente garantista.

Ao que parece, o Supremo Tribunal Federal optou por dar a população uma resposta firme em relação ao caso, colocando garantias fundamentais e processuais de lado, em nome de se fazer justiça, seja lá qual for. Na tentativa de combater a corrupção, como se não tivesse sido hoje constatado a falha da prevenção geral negativa, vide altos índices de criminalidades, acabou por rasgar séculos de conquistas de direitos para dar aos holofotes e ao senso comum uma resposta supostamente firme e que não dialogasse com a corrupção.

Por óbvio, punir os criminosos envolvidos, desde que hajam provas (que são muito mais que indícios), embora necessário, é absolutamente secundário como forma de prevenção e repressão de futuros atos de corrupção, afinal problemas estruturais demandam soluções também estruturais. Em verdade, punir criminosos, intervindo sobre indivíduos, e não sobre estruturas de poder, constitui uma ilusão conservadora que apenas serve para manter as coisas como estão a pretexto de mudá-las.

Considerando que a corrupção no Brasil é absolutamente estrutural e institucionalizada, apenas uma reforma política seria capaz de reduzir a níveis aceitáveis o grau de corrupção hoje existente, pois erradicar a mesma é mera ilusão. Reforma esta que precisa passar pela extinção do voto secreto nas votações dos parlamentares, fim do voto obrigatório, fim do financiamento privado de campanhas, entre outros.

Acreditar que punições baseadas em decisões solipsistas que passam ao arrepio de garantias fundamentais sejam a solução para acabar com a corrupção é, mais uma vez, tapar o sol com a peneira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

Conforme demonstrado, há ainda grande confusão na doutrina pátria, quando se fala em judicialização da política e ativismo judicial. Entendendo ambos como fruto de um crescimento da atuação do judiciário na contemporaneidade, é necessário diferenciar ambos, até mesmo para que possa chegar a uma melhor compreensão entre a ligação de direito e política.

A judicialização da política, como exposto, é fruto de um determinado contexto social, passando por diversos fatores como, por exemplo: O constitucionalismo pós guerra, crise da democracia, crise da representação, inércia legislativa, etc. É necessário compreender que a judicialização da política é um fenômeno contingencial e inexorável, onde a sociedade busca no judiciário, graças também ao princípio da liberdade de acesso à justiça, a concretização de diversos direitos fundamentais (saúde, educação, habitação, entre outros).

O ativismo judicial, por sua vez, é oriundo de decisões proferidas dentro da esfera jurídica que muito mais se revelam como atos de vontade do que como fruto de uma produção jurídica comprometida com critérios constitucionais. Ocorre o ativismo sempre que um julgador aplicar em suas decisões critérios de política, moral, ou seja, quando decide determinada questão substituindo argumentos jurídicos pela sua opinião pessoal sobre o caso, utilizando subterfúgios como o livre convencimento motivado e a discricionariedade para cometer verdadeiras arbitrariedades. É necessário muito cuidado com o livre convencimento motivado e a

discricionariedade jurídica, pois pode-se abrir ao juiz a possibilidade de primeiro decidir e, somente após, empreender buscas a material probatório suficiente para confirmar a sua ideia sobre o caso, ou seja, o próprio sistema jurídico legitima a possibilidade da crença no imaginário e da decisão como mero ato de vontade.

Sendo assim, o ativismo judicial é um problema que tem sua origem no seio do sistema judiciário e, ao contrário de judicialização, não é fruto de acontecimentos externos ao direito.

De outro giro, uma breve análise do julgamento da Ação Penal 470, longe de ser exaustiva sobre o tema, demonstra que, como mencionado por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, aquele julgamento foi de fato um ponto fora da curva, ou da reta, na história da suprema corte. Ponto esse ditado pela mídia e sua maliciosa influência, em total desrespeito ao processo penal constitucional e de garantias fundamentais como a igualdade e presunção de inocência. Esta atração absurdamente prejudicial, que mudou os rumos precedentes da Suprema Corte foi exercida, como caminha a argumentação, pela associação entre mídia e a pretensa opinião pública majoritária.

Em um Processo Penal em conformidade com os ditames constitucionais, o magistrado deve se manter como um juiz espectador, e não um juiz ator, muito menos protagonista. Isto porque o modelo de processo penal constitucional quer se fundamentar na valorização do homem e do valor de sua dignidade. Quando a Constituição confere aos magistrados diversas imunidades como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, o faz visando a imparcialidade democrática que se requer do juiz competente. Afinal, a presunção de inocência deve impedir que “os influxos provocados pelos meios de comunicação ingressem na ação como fatores incriminadores”⁶⁹

Ainda, protagonista de todo o processo do “mensalão”, assistimos a grande mídia nacional ignorar séculos de conquistas de direitos fundamentais e influenciar, de forma significativa, a parcialidade da maioria do plenário do STF, subjugado pela opinião pública e desencorajado de sua função contramajoritária. Tal imparcialidade revelou-se quando precedentes históricos foram quebrados, para manutenção do

69MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 510.

rigor aclamado pela imprensa.

Finalmente, preocupa a ideia de que muitos brasileiros acreditem que processos como o do “mensalão” sejam respostas fortes e necessárias ao combate ao crime, mais especificamente, a corrupção. Assistir os ministros da mais alta Corte aplicarem um Processo Penal de exceção e serem aclamados pelo senso comum, tanto da população como o teórico, é prova de que realmente vivemos uma imensa crise no cenário jurídico pátrio, que o ativismo judicial é uma realidade a ser combatida, e que garantias fundamentais em tempos de um Estado que se diz democrático e de direito, talvez, sejam meras palavras.

Referência bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em 02/08/2014

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.158.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**, "Noticiário". <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.html>>. 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, P. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Penal 470 Minas Gerais. Plenário. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=470&classe=AP&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>>>

CARNELUTTI, FRANCESCO. **As misérias do Processo Penal**, Tradução de JOSÉ ANTONIO CARDINALLI, 1995, Editora CONAN

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Glosas ao "Verdade, Dúvida e Certeza" de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito**, in Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos. Rio de Janeiro. Editora Contraponto, 2011

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000

Folha Online. 'Os réus do mensalão tem alguma razão' diz jurista guru do STF. 24/11/2013. <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>> Acesso em 01/07/2014.

Globo.com. G1. 05/08/2013 <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/08/barbosa-acusa-lewandowski-de-fazer-chicana-e-ministro-cobra-retratacao.html>> Acesso em 19/07/2014

Globo.com. <<http://oglobo.globo.com/brasil/barroso-diz-que-julgamento-do-mensalao-foi-ponto-fora-da-curva-8596481>> Acesso em 20/07/2014.

- GOMES, Luiz Flávio. **Julgamento de Saddam Hussein: exemplo de justiça primitiva.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1267, 20 dez. 2006. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/9294/julgamento-de-saddam-hussein>>. Acesso em 07/05/2014.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro. 1º vol. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.**
- LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altez?:** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** Volume único. Niterói, RJ: Ímpetus, 2013.
- LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal. - 9. ed. rev. e atual. Pag. 563 - São Paulo: Saraiva 2012.**
- LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.**
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Método, 2008.
- PEREIRA LEAL, Rosemiro. **Teoria processual da decisão jurídica,** São Paulo, Landy, 2002.
- PINTO, Felipe Martins. **O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade, in Execução Penal – Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias,** coordenadores Antônio de Padova Marchi Júnior e Felipe Martins Pinto. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- Revista Veja. O homem-chave do PTB – Edição 1905. Reportagem de Otávio Cabral e Alexandre Ultramari.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista?** Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 15, n. 1, p. 169/170, jan./abr. 2010. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em 18/07/2014.
- STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** - 4 ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- Uol. A Crítica. <http://acritica.uol.com.br/noticias/Ministros-STF-discutem-julgamento-mensalao-Brasil-Mensalao-STF-Supremo_Trbinal_Federal-Ministro-Joaquim_Barbosa_3_748155191.html>.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, P. 528. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOVO, Paulo Cláudio. **Democratização do inquérito policial**, in: Estudos de Direito Processual Penal, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009

VERÍSSIMO Marcus Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV. São Paulo. 2008

ZANÓIDE, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010