

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS Uni-ANHANGUERA
CURSO DE DIREITO**

O ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TATIELY SOUZA ALVES BERTINATI

GOIÂNIA
Abril/2019

TATIELY SOUZA ALVES BERTINATI

O ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, sob orientação da Professora Ms. Évelyn Cintra Araújo como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

GOIÂNIA
Abril/2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

TATIELY SOUZA ALVES BERTINATI

O ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-Anhanguera, defendido e aprovado em _____ de _____ de _____ pela banca examinadora constituída por:

Professor(a) Mestre Évelyn Cintra Araújo

Professor(a) Especialista Pollyana do Nascimento Santos

Dedico este trabalho aos meus pais que me instruíram durante minha caminhada, me ensinando a cultivar os bons sentimentos, valorizar as oportunidades, a sonhar e batalhar por cada sonho. Ao meu irmão que tem iniciado sua caminhada pela Academia e o dedico para fortalecer suas esperanças, quando este trabalho é uma vitória na graduação. E ao meu esposo que tem sido inspiração de determinação e que tem me dado força e com muita paciência segurado minha mão nos momentos mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo folego de vida, pela força concedida na caminhada, na qual nos momentos em que pensei que não daria conta, vi Deus agindo e me ajudando.

Agradeço a minha família que tem vivido esta caminhada comigo, ao meu sogro, minha sogra que muito tem me ajudado no final deste percurso acadêmico, onde frutei de uma mudança de cidade precisei readaptar toda minha vida.

Ao meu esposo que tem sido um grande amigo e incentivador se desdobrando para que pudesse me fornecer os suportes necessários, aos amigos que a academia me deu, amigos que compartilhamos conhecimento, momentos de alegria e tristeza e aos quais nos impulsionam na caminhada.

E não poderia deixar de agradecer aos mestres que brilhantemente colaboraram com o meu aprendizado e minha bagagem de conhecimento em especial minha orientadora Ms. Evelyn Cintra Araújo, que de uma forma ímpar tem contribuindo para a conclusão deste trabalho, e ao qual cultivo grande admiração.

(...). Pois uma das coisas que parecem óbvias é que o direito é um fenômeno complexo. Afinal para o bem e para o mal, há sempre algo regrando a nossa vida. Poder, política, violência, guerra e paz: o espectro do Direito ronda a humanidade. Mas seria o direito apenas um instrumento à disposição do poder? É possível “simplificar” o direito a ponto de transformá-lo em um conjunto de *standards* aplicativos (...).

Lenio Luiz Streck

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo delinear o fenômeno do Ativismo Judicial em detrimento do Supremo Tribunal Federal. Demonstrando o momento em que a Suprema Corte deixa de proferir uma decisão coerente e consciente e se posiciona de uma forma política, em consonância do que se chama de Presidencialismo de coalizão. Pretende-se demonstrar com a pesquisa doutrinária, bibliográfica e normativa os riscos inerentes a uma corte discricionária, a qual insurge em insegurança jurídica e um abalo ao Estado democrático de Direito. Para desmitificar tais argumentos o presente trabalho faz breves considerações sobre características de alguns institutos jurídicos que estão se distanciando do ordenamento jurídico brasileiro em decorrência do Ativismo Judicial.

PALAVRAS-CHAVES: Ativismo Judicial, Supremo Tribunal Federal, discricionariedade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 BREVES CONCEPÇÕES ACERCA DO ORDENAMENTO JÚRIDICO	11
1.1 A Separação dos Poderes e o Estado Democrático de Direito	11
1.2. Os sistemas jurídicos civil law e common law	14
1.3 Positivismo e Pós Positivismo Jurídico	17
2 O ATIVISMO JUDICIAL E A HERMENÊUTICA	20
2.1 O Surgimento e caracterização do Ativismo Judicial	
2.2 A hermenêutica e a discricionariedade interpretativa judiciária.....	23
2.2.1 Direito e Política	26
3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL	30
3.1 O Supremo Tribunal Federal	
3.2 Controle de Constitucionalidade	33
3.3 O voto ativista que conquistou a Corte	38
CONCLUSÃO	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é de suma importância, quando traz em seu contexto análises do atual cenário jurídico político. Situação que necessita ser estudada com cautela, para que verdadeiramente se possa entender em que conjuntura se encontra o Direito e a Justiça.

O conhecimento sobre o fenômeno denominado Ativismo Judicial se torna indispensável quando o Direito está em “xeque-mate”, a Separação dos Poderes é atingida, os poderes autônomos e harmônicos entre si já não funcionam com tanta destreza, o Estado Democrático de direito é abalado e coloca a evolução diante o retrocesso da insegurança jurídica.

O Poder judiciário em especial a Suprema Corte ao interpretar por livre consciência, legisla e rompe com a representatividade do povo, pois não são as cortes e seus juízes representantes legítimos da sociedade, como não devem as cortes decidir conforme a própria consciência sem respeitar os limites da interpretação, de forma que com a arbitrariedade nasce o caos social, e mazela das injustiças.

Em virtude de tudo isso surgem as seguintes dúvidas a serem solucionadas no transcorrer da pesquisa: a) como se constitui o Ativismo Judicial e quais as modificações que tal fenômeno ocasiona em institutos jurídicos ao longo do tempo instituídos?; b) de que forma deveria ser a interpretação da Suprema Corte, e como tem se dado?; c) quais as funções designadas ao Supremo Tribunal Federal (STF), e como tem se pronunciado o Guardião Constitucional; d) como as decisões discricionárias do STF tem afetado a segurança jurídica e o estado democrático de Direito?

Após a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, em detrimento de um controle de constitucionalidade e os freios e contrapesos ao governo, surge no Estado um Judiciário mais evidente. Já evidenciado o Poder Judiciário se torna proativo em decorrência de uma crise dos Poderes, de forma que no não efetivo exercício do Executivo e Legislativo as demandas se remetem ao judiciário para que o aplicador da lei consolide Direitos não exercidos, nascendo

nestas decisões o Ativismo e provocando tais decisões um desequilíbrio em diversos institutos jurídicos.

Quando o Poder Judiciário se evidencia com destaque ao órgão que deveria zelar pela norma ou seja o Supremo Tribunal Federal, este que tem como função proferir decisões coerentes ao ordenamento Constitucional e não afrontar princípios e normas estabelecidas para um estado Democrático de Direito e uma constituição cidadã encontra-se no caos da insegurança jurídica, pois se nem o guardião constitucional respeita os limites do ordenamento, como os demais órgãos respeitarão, ou como se cobrar da sociedade a condução pela lei, se nem mesmo as decisões jurídicas estão conduzidas coerentemente.

O caos se estabelece, quando não se tem um fundamento para requerer direitos, pois o direito dependerá de como naquele dia os Ministros decidiram interpretar a constituição, se iram exercer o seu dever de zelar pelo verdadeiro direito e proferir manifestações coesa com o ordenamento jurídico ou se vão preferir continuar a estabelecer o caos da insegurança e acompanhar manifestações partidárias da maioria congressista instituída.

Decidir em contrariedade a norma constitucional ou divergindo dos limites rígidos do ordenamento jurídico, para simples limites provenientes da própria consciência, revogar ou reestruturar normas elaboradas pelo legítimo legislador tem sido as recentes decisões do STF, não se vivencia apenas um presidencialismo de coalizão, mas um Judiciário inteiramente movido pela coalizão política do governo.

Pretende-se assim desmistificar as questões apresentadas, munido de uma metodologia eclética e de complementaridade, mediante a observância da dogmática jurídica, materializada na pesquisa bibliográfica, em virtude da natureza predominante das normas jurídicas; do método dedutivo-bibliográfico, cotejando-se normas e institutos processuais pertinentes ao tema; do processo metodológico-histórico, utilizado sempre que as condições do trabalho exigirem uma incursão analítica dos textos legais; do processo metodológico-comparativo; e do estudo de casos.

Tendo o presente trabalho por objetivo principal perquirir o caminho do Ativismo Judicial em destaque as decisões Ativista da Suprema Corte Constitucional, desmitificando institutos jurídicos diretamente relacionados com o fenômeno Ativismo.

Assim como desdobramento do objetivo de estudo pretende-se expor o contexto histórico do Ativismo Judicial, como também o contexto histórico de alguns institutos que cominam na formação do Direito, como também estudar as ponderações ativistas da Suprema Corte averiguando o status do Estado Democrático de Direito e a Segurança Jurídica.

1 BREVES CONCEPÇÕES ACERCA DO ORDENAMENTO JÚRIDICO

1.1 A separação dos Poderes e o Estado Democrático de Direito

As concepções atuais engajam-se da história e das evoluções que o tempo provoca. O que provoca a impossibilidade de argumentar que as virtudes alcançadas não devem ser modificadas ou aprimoradas, no entanto devem ser evoluídas respeitando pontos importantes já adquiridos, principalmente no Direito, quando direitos adquiridos não devem ser restringidos, e sim ampliados.

Um Estado organizado não deve ser desordenado, mas evoluído para solução dos problemas que ainda o atinge. A separação dos poderes nasceu para uma descentralização de poder, cessando os abusos e abrindo horizontes ao equilíbrio do Estado, garantindo um direito mais social e democrático aos cidadãos (STRECK, 2015).

Ter o Estado sua função repartida não é característica recente, mas decorreu-se de um longo percurso histórico, tal repartição adveio em primeiro momento de teorias aristotélicas, Aristóteles não fez uma repartição de poderes, mas distinguiu no poder do governo três tarefas distintas. As atividades foram colocadas como aquela de administrar, legislar, e julgar as causas da sociedade. Logicamente a primeira se dá ao que se conhece hoje por executivo, a segunda propriamente o legislativo e a terceira o judiciário. Entretanto na concepção aristotélica tais funções ainda pertenciam a um único poder, o que implica aos cidadãos serem vítimas de injustiças e levandades dos monarcas (LENZA, 2015).

Ainda na concepção de Lenza (2015), os estudos do filósofo grego possibilitaram análises mais profundas da organização do estado, quando começaram a compreender que tais funções respectivamente concentradas na mão unicamente do monarca não proporcionaria o que se desejava, direitos inerentes ao cidadão, como equidade e imparcialidade nas decisões.

Através dos estudos aristotélicos suscitou desdobramentos sobre o tema. Advindos da obra do ilustre pesquisador britânico e entusiasta do liberalismo John Locke, o livro conhecido

como o Segundo Tratado do Governo Civil, publicado em 1690 trouxe em seu bojo as funções compreendidas por Aristóteles desconcentradas do monarca. Locke distribui os poderes engajando um Poder Legislativo, poder Executivo e o Poder Federativo, sendo este último algo que se aproximava do poder executivo, não tendo coincidência com o poder judiciário, que se adentrava a concepção do filósofo britânico não como uma força independente mais integrante das funções do legislativo (FERREIRA, 2014).

Ainda na concepção do autor em epígrafe Ferreira (2014) o judiciário inerente ao legislativo se afastou do propósito e estudos já apontado por Aristóteles além de se distinguir da divisão vivenciada no século XXI pelo Estado ao qual adota a tripartição das funções Estatais. A organização do Estado ao qual os filósofos se debruçaram no estudo é advinda da fuga ao absolutismo e logo os estudos em pauta foram influenciadores de grandes movimentos democratas da história, como as revoluções americanas e a francesa.

Diante essa busca por direitos benevolentes ao cidadão e um Governo mais justo e democrático tem-se uma presença denominadora para a repartição funcional estatal, Charles Louis de Secondat, mais conhecido como Montesquieu, Filósofo Iluminista e Juiz francês traz em 1748 a obra referência na tripartição das funções estatais, escritas que também contribuíram para as revoluções, quando descrevia mais evidentemente uma organização estatal democrática de freios e contrapesos a governança, o que enalteceu os direitos de igualdade, liberdade individual e principalmente o Estado democrático de Direito (WAMBIER, 2009)

Montesquieu (2000) em “O Espírito das Leis” trouxe ao cenário jurídico político uma nova organização Estatal, aprimorou-se os estudos já pautados, porém como supracitado com um cunho mais democrático, em que o Governo não poderia conceder mais de uma função a um único poder, mas sim poderes independentes, porém harmônicos entre si, desta forma surge o Legislativo, Executivo e Judiciário em tripartição como se visualiza no século atual.

Para o ilustre filósofo não seria correto tendo o Estado a função de um pai ao povo, que o pai governasse tudo em um só, desta forma o autor de Espírito das Leis adverte que a paternidade governamental é um conjunto de famílias, neste sentido aduz:

A força geral pode ser depositada entre as mãos de um só, ou nas mãos de vários. Alguns pensam que, sendo que a natureza havia estabelecido o poder paterno, o governo de um só era mais conforme à natureza. Mas o exemplo do direito paterno não prova nada. Pois, se o poder do pai tem relação com o governo de um só, após a morte do pai, o poder dos irmãos, ou, após a morte dos irmãos, o poder dos primos irmãos tem relação com o poder de várias famílias. Mas vale dizer que o governo mais conforme a natureza é aquele cuja disposição particular se relaciona melhor com a disposição do povo para o qual foi estabelecido (MONTESQUIEU, 2000).

Evidencia claramente o autor o quanto a divisão dos poderes proporciona com maior clareza o Estado Democrático de Direito, pois o poder emana do povo, aquele que institui o governo, e um governo mais justo não é aquele que advém de um só, mas o composto por uma família que para se constituir possui vários membros.

Se faz ainda necessário em relação a tripartição dos poderes contemplar que doutrinariamente a primeira divisão, mas próxima ao que se tem hoje foi a elucidada por Charles. No entanto antes mesmo do posicionamento jus filosófico do autor algumas normatizações se deram o privilégio de consternar no bojo de suas normas a separação dos poderes, como a Declaração de Direitos Ingleses mais conhecida como a *Bill of Rights* de 1689 que desmembrou o poder legislativo do monarca, adotando proximidades com o que seria proposto por Montesquieu (FERREIRA, 2014)

Ferreira (2014) ainda contempla que não foi apenas os Ingleses que se permitiram tamanha evolução normatizando, consternando a divisão funcional do poder estatal, mas os estadunidenses e os franceses também se ativeram a esta tripartição, quando em 1776 promulga-se a Declaração de Direitos de Virgínia, que buscando a independência dos Estados Unidos trouxe em seu contexto uma tripartição bem próxima da estabelecida pelo filósofo francês.

Logo não ficando em concepções atrasadas a França também em busca de liberdade estabelece a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, que do mesmo modo consolidou em seus artigos uma organização governamental bem próxima do que se tem no século XXI, que pondera a Tripartição das funções do Estado (WAMBIER, 2009).

Logo, após as obras e declarações em tela pautadas, e concorrentemente as revoluções, a figura do Estado passa a se representar de outra forma. O governo até então manifestado pela pessoa do monarca que colocava-se de formas abusivas, fomentadas em injustiças, e restrição de liberdade, no qual apenas se visualizava direitos ditados, julgados e executados por um absolutista, em diversas situações exercia as funções estatais da maneira como melhor lhe convinha, passou então a se um governo Democrático onde o povo exercia seu poder, e Estado precisava governar para o povo, caminhando melhor para o Estado Democrático de Direito (WAMBIER, 209).

E é neste diapasão que a Constituição Federal do Brasil de 1998, ordenamento vigente no Brasil, tipificou a tripartição para a organização do Estado. A estrutura tripartite tem status de princípio constitucional explícito esboçado no artigo 2º, que aduz: “São Poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, pág. 09, 2015).

Consolidando-se ao país as ideias de um Estado Democrático de Direito, e uma organização estatal balanceada em conter os excessos Estatais, pois ainda que contenha título de princípio foi intitulada cláusula pétrea de tal ordenamento, não podendo assim ser a tripartição abolida (LENZA, 2015).

1.2. Os sistemas jurídicos *Civil Law* e *Common Law*

Como já observado em linhas pretéritas o processo histórico é o maior aliado do aprendizado, possibilitando o estudo de fenômenos atuais através de análises evolutivas da história. E no âmbito do Direito a compreensão do sistema jurídico atual só é possível em decorrência das pesquisas e mudanças realizadas gradualmente ao longo do tempo.

Em consonância a Brito, Oliveira, (2008), o direito brasileiro tem intrínseca ligação ao direito romano, não seria inovador salientar que o sistema *Civil Law* adotado no Brasil tem suas raízes no direito romano-germânico, estes que inicialmente possuíam duas fontes de direito a *jus scriptum*, que detinha como bases de informação a *lex*, *plebiscita*, o *senatoconsulta*, os *pricipum placita*, as *responsa prudentium* e os *magistratum edicta* e a segunda fonte caracterizada como *jus no scriptum* que fundamentava-se através dos costumes.

Ao se observar a forma a qual fundamentavam as referidas fontes averigou-se que a *jus scriptum* tem relações com o que se entende por *civil law* este que observa o princípio da legalidade enquanto o *jus no scriptum* se aproxima do *common law* que se refere aos costumes geradores de precedentes, neste contexto toma-se conhecimento dos primórdios iniciais do sistema *civil law* (BRITO, OLIVEIRA, 2008).

Contudo é em meio a Revolução Francesa que surge mais evidentemente os preceitos do sistema jurídico *civil law*, quando com os movimentos revolucionários transferiu-se o poder do monarca para povo, enfatizando-se em tal mudança a teoria abordada por Montesquieu em detrimento da separação dos poderes e os ideais de Rousseau em que diziam que a lei escrita deveria ser a expressa vontade da nação. Neste contexto ao aproximar-se a separação dos poderes e o princípio da legalidade projeta-se um sistema mais próximo do estado democrático de direito, preceitos estes que se aproximam dos dias atuais (WAMBIER, 2009).

Como exposto anteriormente o *civil law* nasce mais evidentemente para cercar abuso de poderes do rei, passando a lei a ser o instituto ao qual se deve respeitar, *lex* (lei) que evidencia o poder do povo e provoca segurança jurídica consoante a isonomia nas decisões, materializada

na fundamentação base para se averiguar o errado e o certo, sem que o litígio em questão seja julgado pela razão de um só ser, o que acarretaria em inúmeras injustiças, pois a razão nunca se cala, nunca erra, e o direito não é razão é justiça (BRITO, OLIVEIRA, 2008).

Já em consideração ao sistema *commow law* sua verdadeira origem advém da cultura anglo-saxão, sistema este que tem aparições mais certas a partir das invasões normanda, desenvolvendo-se melhor com os Tribunais Reais de Westminster que carregava características ímpares, pois, o processo tinha seu curso marcado pela forma como seria conduzido pelo juiz. O sistema adveio da ideia de que o direito era dito pelos costumes da sociedade, assim decidia-se a partir de habitualidade vivida pelas pessoas (PORTO, 2005).

O autor supracitado Porto (2005) ainda aduz que tribunal em questão foi de grande contribuição para o sistema inglês, pois os julgamentos concedidos pelo referido tribunal causarão insatisfações entre as partes litigantes, afetando e abalando o sistema da *commow law* que não se viu garantidor da verdadeira justiça. Mas como resposta a essa defasagem surge a teoria considerada uma terceira modalidade de sistema, *equity*, que veio possibilitar que as decisões proferidas pelo Westminster fossem providas de recurso, este que seria analisado pelo Chanceler do rei.

Visualizou-se viabilidade na forma como estava colocado o sistema, aprimorou-se na referida linha de estudo até se aproximar do que se adotam atualmente no sistema *commow law*, de forma que a composição desta união entre os tribunais e o chanceler foi dissolvida e cada um se tornou independente em seus julgamentos, respeitando os precedentes, que são os costumes transformados em norma (MARINORI, 2009).

No bojo do sistema *commow law* existiram discussões acerca das manifestações do juiz, de forma que indaga ser as decisões proferidas pelos juízes declaratórias ou criadoras de direito. As divergências colocadas em pauta se manifestavam na ideia de que se as decisões eram declaratórias os precedentes judiciais não poderiam ser revogados, pois ao revoga-los estariam os juízes criando direito (BRITO, OLIVEIRA, 2008).

No entanto era importante o respeito aos precedentes, existindo ainda necessidade de se revogar um precedente violador de direito e democracia, desta forma conclui-se que sendo as decisões declaratórias ou positivistas ambas se adequam ao respeito aos precedentes para que os julgamentos pudessem ser democráticos e justos (DUXBURY, 2008, apud MARINONI, 2009).

O direito evolui no tempo logo o *commow law* nem sempre adotou os precedentes da forma como é hoje, o sistema jurídico sofreu aperfeiçoamentos chegando ao que se vivencia no

século XXI, houve tempos que os precedentes eram os próprios costumes, mas atualmente eles são a interpretação que os magistrados concedem aos costumes, que devem ser base para decisões sobre o determinado assunto do precedente, ou seja são vinculantes, essa vinculação se dá como forma de garantia do que se conhece no Brasil por princípio da isonomia e um Estado de Direito (WAMBIER, 2009)

Contudo é preciso arguir que ao especificar os precedentes formulados pelos próprios juízes, acarreta no exercício jurisdicional duas funções típicas do Estado, o legislar e o julgar. Ressalta-se que há no sistema *commow law* a presença do legislativo independente do judiciário, porém esta presença diante os precedentes se dá de forma minuta, pois são as cortes judicias quem interpreta os precedentes, e os normatiza para que se tornem vinculantes as próximas decisões (PORTO, 2005).

Diante a fundamentação de precedentes constata-se que o Direito Brasileiro tem se aproximado do sistema *commow law*, quando as cortes judiciárias tem decidido de forma a vincular sua decisão as próximas que viram, no entanto no Brasil há uma insegurança jurídica muita grande quanto a aplicação de precedentes, pois ainda que vinculantes estão sendo modificados constantemente por novas decisões, carregando assim enormes contradições, abalando com literalidade a previsibilidade do direito e o estado democrático (PORTO, 2005).

Quando o poder emana do povo e não está sendo exercido pelos seus representantes legítimos, por sua representatividade, coloca em cheque mate o direito adquirido da separação dos poderes, que previne levandades nos atos do Estado, de forma que dois poderes em uma única mão provoca inúmeras imparcialidades, gerando uma verdadeira onda de injustiças e desigualdades (MARINONI, 2009).

Corroborando ainda, Marinori, (2009), reitera que o Brasil está indo muito além do *commow law*, quando a liberalidade interpretativa seguida pelos juízes principalmente no ato de interpretar a constituição esta contrapondo o próprio direito, destruindo barreiras que jamais poderiam vir a serem lesionadas, pois entre o interpretar pela norma jurídica e o interpretar pela própria consciência há uma enorme discrepância.

E é diante a história, as conquistas que vieram com o tempo, as lutas e estudos, que se faz possível constatar o quanto o Brasil caminha por trilhos desconhecidos, se distanciando muito do *commow law* e muito mais ainda do *civil law*, colocando em riscos direitos inerentes a cláusulas pétreas, que vigoram em um sentindo rígido justamente para que não fossem suprimidos (STRECK, 2010).

O judiciário nasceu para julgar, foi assim que Montesquieu em anos de estudo o contemplou, dando equilíbrio aos poderes do estado e zelando para que o direito fosse exercido. No entanto para onde caminhará o direito se o próprio judiciário a quem reza ser guardador da justiça está lesando o bem judicio tutelado, contrapondo-se a todo momento em suas decisões e decidindo conforme sua própria consciência ou de forma política (TEIXEIRA, 2012).

1.3 Positivismo e o Pós Positivismo Jurídico

O positivismo nasce quando o Direito começa a ser identificado como normas postas, deixando a concepção do direito natural. Consolida-se nesta fase a dissolução da sociedade medieval, na qual o direito era criado pela sociedade civil. Logo com a transição para o direito positivo tem-se a presença mais evidente do Estado, este que fica incumbido de criar o direito seja através da lei ou do reconhecimento das normas consuetudinárias, neste momento o governo detinha também os demais poderes (BOBBIO, 1995).

A fase inicial do positivismo foi passível de diversas críticas, quando se tinha uma característica monista, o Estado detentor de criar e aprovar o direito, dissipando-se assim da pluralística jurídica da época, em que cada agrupamento de pessoas redigia seus próprios direitos. No entanto existiam algumas divergências de concepções do positivismo, quando a estrutura positivista ainda era objeto de estudo, nos quais buscava-se delimitar os reais conceitos e estrutura (DIMOULIS, 2017).

Entretanto o movimento legalista ainda que inicialmente passível de lacunas trouxe consigo o Estado moderno, que decorrente da colocação monista e positivista carregava três pontuações importante, em primeiro momento questionava-se o modo de abordar o direito, quando a regra para a ciência jurídica positiva adota o direito como um fato e não como um valor, em segundo momento se tinha o direito como uma teoria e em terceira tela tinha-se a obediência a lei em parâmetros de um positivismo ético (SOARES, 2017).

O direito como fato e não valor afastava a normatização da moral, quando para os estudiosos iluministas o direito deveria ser estudado como uma ciência, e as normas não mais formuladas em detrimento das concepções de moral daquela sociedade, assim constituíram-se a lei não apenas para punir, mas prevenir a conduta humana (DIMOULIS, 2017).

Quanto ao direito abordado como teoria, uma das pontuações trazidas pelo positivismo, faz necessário fomentar algumas linhas de pensamento que acoplavam tal estudo,

consolidadas na teoria coativa do direito, que enfatizava que as normas valiam por meio da força; em seguida a teoria legislativa do direito, sendo a lei a fonte primordial do direito (BARROSO, 2009).

Compunha-se ainda e linha das teorias também se tem a teoria imperativa do direito, em que a norma é considerada um comando; depois advém a teoria da coerência do ordenamento jurídico, impossibilitando coexistência simultânea de duas normas antinômicas; contemplando ainda a teoria da completitude do ordenamento jurídico, que excluía as lacunas do direito e pôr fim a teoria da interpretação mecanicista do direito, sendo o elemento declarativo predominante sobre o produtivo ou criativo (SOARES, 2017)

Diante as teorias apresentadas é preciso enfatizar alguns filósofos de suma importância a este período, que estabeleciam três teses básicas par ao positivismo, Kelsen, Ross e Hart, que constituíram o positivismo em um tripé, consolidado a) que direito é uma questão de fatos sociais; b) que o direito e a moral são dois sistemas normativos distintos e c) o direito com natureza semântica, o que se diferencia em alguns aspectos das teses anteriores apresentadas (STOLZ, 2007).

Nas visões dos jus filósofo supracitado o direito se aproxima mais da realidade através da semântica, o que revolucionou o positivismo, abrindo ainda Kelsen margens par ao positivismo de interpretações, tema abordado no capítulo 8 de seu livro “Teoria Pura do Direito”, interpretações esta que são restritas e que Kelsen admite ser a decisão discricionária uma vontade do juiz, por isso dever-se-ia ter cuidado ao proferir interpretações. O posicionamento Kelsiano mais tarde abriu vértices para condições desfavoráveis ao positivismo, engajando-se em um pós-positivismo que será abordado em linhas futuras (STRECK, 2010).

É notório que todas as colocações, teorias e abordagens dada ao positivismo, é em sentido de que a lei, a normatização era o melhor caminho para a vida em sociedade, principalmente quando o capitalismo se declarava mais evidente e o convívio social ia se constituindo de fatores mais complexos, tornando o homem em si próprio incapaz de conduzir e resolver de forma justa e pacífica seus próprios conflitos, nascendo aí a necessidade da figura do Estado mais evidente, e das leis positivadas em um único ordenamento jurídico (VERBICARO, 2017).

Verbicaro (2017) ainda expõe que o positivismo se insurgiu na busca de uma melhor colocação do direito, e organização da sociedade, porém como já demonstrado em linhas pretéritas diante divergências de teorias principalmente acerca da moral, alguns estudiosos

entendiam que o direito distinto da moral não cumpriria sua função, e tornaria as normas incapazes de solucionar os problemas sociais.

Alegava-se que sendo o nascimento das leis fruto de um estudo específico e passíveis de um processo de elaboração, não poderia tais normas acompanhar a evolução social, tão quanto poderia o direito positivado ser injusto ao se distanciar do que seria justo a sociedade, possibilitando ainda uma ação Estatal incoerente ao que entende-se de fato o direito, no entanto essa divergência se apresentava perante o positivismo ainda mais rústico, diferenciando já das vertentes trazidas por Kelsen, Ross e Hart, que aproximavam mais o direito da realidade (SOARES, 2017).

Porém em consonância a Bicalho e Fernandes (2011) a visão de alguns jus filósofos de que existiam lacunas quando afastado o direito da moral foi superada como também se identifica aprimorado o positivismo, adotando em novos tempos o que se denomina pós positivismo. Pois o direito é distinto da moral em sua aplicação pois assim afasta a possibilidade de diversos juízos de valores plurais. No entanto, em sua criação deve se observar juízos morais e políticos, este aplacado no sentido do condão social, ou seja, o verdadeiro sentido político, fazendo inteiramente necessário enfatizar que o termo política adotado não possui ligação com políticas partidárias.

Para entender a transição entre positivismo e pós-positivismo tem-se que desmitificar que o positivismo possui um cunho mais fechado, ou seja as normas postas não permitiam brechas a interpretações, porém o pós-positivismo se coloca de uma forma diferente, trazendo uma abertura valorativa do sistema jurídico e sobretudo da constituição, provocando assim um aumento da força política do judiciário que constitui em o interprete fazer norma (STRECK, 2010).

Enfatizava evidente a interpretação é necessária, no entanto o que pode acarretar déficits é a discricionariedade, quando os interpretes passam a caminhar distantes e em inobservância da norma posta (BICALHO, FERNANDES, 2011).

No entanto esse superávit do positivismo, trago no pós-positivismo pode não ser algo favorável, quando inerte a nova teoria tem se a discricionariedade dos juízes, algo que não surgiu tão recentemente, como já demonstrado em parágrafos anteriores, Hans Kelsen, trabalhou tal possibilidade em a “Teoria pura do direito”, no entanto de uma forma mais centrada. Já a discricionariedade interpretativa atual coloca o mundo jurídico novamente diante um impasse, o do pluralismo jurídico. (STRECK, 2010).

2. O ATIVISMO JUDICIAL E A HERMENÊUTICA

2.1 O surgimento e caracterização do Ativismo Judicial

O primeiro capítulo abordado nesta pesquisa constituiu-se de alguns institutos jurídicos, como também do processo histórico vivido para se aproximar de um modelo Organizacional de Estado em que se tem atualmente. A Compreensão do Civil Law e Common Law, do Positivismo e o Pós-Positivismo como também fundamentalmente da Separação do Poderes foram desmitificadas em detrimento de facilitar a compreensão do que é o Ativismo e como se constitui, pois para tal entendimento se faz jus elucidar os institutos que se modifica através das decisões ativistas.

O positivismo jurídico se consolida nas normas postas das quais ditam uma aplicação interpretativa mais fechada, com menor índices interpretativos ou interpretações bem restritas, além de uma presença mais evidente do Estado, que nem sempre foi de uma forma democrática, necessitando assim de modificações na Organização do Estado que dispusessem de mecanismos coibidores aos pontos negativos, como por exemplo freios e contrapesos para o governo (BICALHO, FERNANDES, 20011).

Em entendimento de Ferreira (2014), é no sentido de aprimoramento que o positivismo em sua essência sofreu alterações, advindas com o constitucionalismo moderno e algumas revoluções, tal qual o advento revolucionário denominado Revolução Francesa.

No Brasil as mudanças mais evidentes nascem após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que não só enfatizou a necessidade de constituições escritas, como também a necessidade de evitar arbitrariedades do Estado, juntamente a uma constituição mais social, como se é dada a de 1988, as normas de tal ordenamento se constituíram com um cunho de norma aberta, o que abriu margens a interpretações para que assim o direito cumprisse a função democrática de aproximação e acompanhamento das realidades vivida pelos cidadãos (STRECK, 2010)

Assim com normas abertas e de ampla interpretação surge uma maior evidência do judiciário, quando caberia a este interpretá-las, no entanto, deveria ser esta interpretação consoante as regras e não conforme a própria consciência, o que caracteriza o Ativismo (BARROSO, 2009)

A quem diga que este ativismo praticado pelas cortes advém de omissões do Poder Legislativo e Executivo, uma crise à Separação dos Poderes, no entanto é preciso ressaltar que não se é desta situação que se trata o ativismo, pois quando em ato de omissão a causa é levada ao judiciário consolida-se a Judicialização que se distingue do Ativismo por não ser decidida pelas cortes a título de livre vontade (VERBICARO, 2017).

Ainda em detrimento de Verbicaro (2017) a Judicialização é gerada com escusa dos demais poderes em atuar como deveriam. Já o Ativismo é efetivado em pronúncias do judiciário de uma forma proativa em interpretar a norma. A forma Ativista do judiciário o afasta até mesmo das concepções dadas ao sistema *Common Law*, que respeita os precedentes, o que não acontece com as decisões ativista, pois se modificam a cada nova decisão. O autor menciona ainda a distância do ativismo e o *Civil Law*, que presa pelo respeito às normas escritas, e indubitavelmente as cortes não tem o feito, interpretando extensivamente de forma discricionária.

Aprimorando e ampliando as possibilidades de compreensão do conceito de Ativismo, e distinção entre ativismo judicial e judicialização política, corrobora Lênio Luiz Streck que distingue Judicialização de Ativismo da seguinte maneira:

(...) um juiz ou tribunal pratica ativismo 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 pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional ...) (STRECK, 2010 *apud* TASSINARI, 2013).

Sendo tais institutos distintos, faz necessário ponderar que grande parte dos doutrinadores argumentam que o nascimento do Ativismo teve influência da Judicialização da Política, quando foi necessário que um maior número de demandas chegassem ao Judiciário para que assim o poder aplicador da lei e fiscalizador das normas constitucionais exercessem as decisões discricionárias, no entanto não deveria esta ter sido o posicionamento correto da Corte, quando o garantismo buscado na judicialização não permite que ao judiciário se posicione arbitrariamente ou que tome frente do legislador (SOUSA, 2015).

De acordo com Barroso (2009) as decisões ativistas tem seus primeiros vestígios nos Estados Unidos da América (EUA), mas especificadamente na decisão conhecida como *Lochner* (era em que a suprema corte invade a regulação econômica em detrimento de relações trabalhistas) em *New York*, quando a suprema corte declarou inconstitucional a lei do Estado que estabelecia um padrão de 60 (sessenta) horas para limitar a duração do trabalho semanal dos padeiros.

A referida decisão foi baseada em detrimento de acreditar a corte que a limitação não era necessária, quando atingia o princípio da liberdade contratual estabelecido na Constituição do EUA. A referida decisão ainda abriu margens para uma onda de intervenções da Corte em atos do Estado perante o domínio Econômico (BARROSO, 2009).

Apesar de ter sido a decisão supracitada a primeira aludida de Ativismo, foi posteriormente a esta decisão que o termo *judicial activists* (ativismo judicial) se expandiu não apenas no conceito jurídico mais também político e popular. A referida expansão se deu através de um historiador e jornalista chamado Arthur Schlesinger Junior (SOUSA, 2015).

O jornalista em uma matéria intitulada *The Supreme Court* (O Tribunal Supremo) da revista *Fortune* (revista norte americana) em 1947, estudava o perfil de 9 (nove) juízes da corte americana. Arthur então em análises as decisões dos magistrados os identificou em aqueles que proferiam decisões ativistas, e aqueles que defendia a interpretação nos limites que lhes cabia (TEIXEIRA, 2012).

De acordo com Barroso (2009), o ativismo judicial se manifesta por meios de diferentes condutas como, a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em tal ordenamento, sem nem mesmo determinada situação ter passado pelo legislativo, como também declarando inconstitucionalidades de atos normativos advindos do legislador, se manuseando para tais decisões de critérios menos rígidos que os presente na Constituição, como ainda impondo condutas ou abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas.

Diante as ponderações já engajadas é preciso enfatizar que o Constitucionalismo adveio com o intuito e a busca de promover mais segurança jurídica, principalmente através dos freios e contrapesos, no entanto o ser humano corrupto o desvia de sua finalidade, se posicionando até mesmo contra o próprio ordenamento (BARROSO, 2009).

A norma surge a ser interpretada de uma forma coesa ao direito e a justiça, entretanto as cortes e seus juízos envaidecidos do poder que lhes cabe e movidos pela política institucional que os cerca, proferem decisões que se distanciam cada vez mais do Direito e da Justiça, isto é,

decisões inteiramente Ativistas. O órgão ao qual deveria apenas julgar se encontra criando leis e destituindo funções de forma discricionária e conforme nada mais que a própria consciência, independente da coerência ao Ordenamento (STRECK, 2013).

E no cenário ativista primordialmente gerador de uma crise na Separação dos Poderes, constata-se uma intervenção muito mais complexa e invasiva, que não apenas distancia a tripartição, mas afasta o Brasil de concepções históricas, conquistadas com anos de estudos e vivências como o Civil Law e Common Law, dos quais as decisões ativistas distanciam, criando talvez um novo sistema, já que o Ativismo Judicial não manuseia em suas formulações os limites e conceitos em vigor (HANONES, 2012).

De acordo com Tassinari (2013) ao decidir conforme a própria consciência e constantemente modificar seus próprios posicionamentos ainda que em detrimento da política institucional que cerca o órgão jurídico, as cortes em evidência a Suprema Corte têm deturpado com todos os preceitos já construídos, seja a separação dos poderes, seja o positivismo ou o pós positivismo.

O Estado vive uma construção sem regras, sem limites, sem respeito, sem coerência com o ordenamento jurídico construído, o que nitidamente cria ou retoma uma crise de insegurança jurídica, da qual desta vez não seria o monarca o detentor das imparcialidades, mas o próprio fiscal da lei, e os aplicadores da norma que abandonaram o barco da justiça e se engajaram do barco da corrupção política (TASSINARI, 2013).

2.2 A hermenêutica e a discricionariedade interpretativa do judiciário

Antes mesmo de se desmitificar o referido instituto se faz jus ponderar o que este tem relação com o Ativismo, primordialmente há de se dizer que a Hermenêutica seja o cerne do Ativismo Judicial, quando o instituto neste tópico abordado se consolida na interpretação dada as coisas, no caso específico dada a norma. E é estes um dos limites mais importantes que as decisões ativistas tem se desvinculado.

A hermenêutica advinda do termo grego *hermeneuein*, termo que surge através de Hermes, um mensageiro divino que transmitia, esclarecia as mensagens dos deuses aos mortais. Assim estabelece que a hermenêutica tem o condão de desmistificar, esclarecer o que não se compreende. Porém a referida metáfora a qual se atribui a origem da hermenêutica já carregava consigo uma crítica, quando as pessoas nunca souberam o que os deuses realmente tinham dito,

pois só conheciam e entendiam o que Hermes dizia ter sido falado pelas divindades (STRECK, 2007).

Sendo a hermenêutica uma forma interpelativa a qual caberia ao interprete a discriminação do objeto, como demonstrando ao se exemplificar que não se soube realmente o que as figuras divinas diziam, mas sim o que Hermes traduzia, é evidentemente demonstrado o quanto necessário seria limites a esta interpretação, escusando-se que a mesma possa ser discricionária gerando injustiças e arbitrariedades (BARROSO, 2010).

Na linha de investigação adotada por Soares (2019), para melhor compreender a Hermenêutica se faz jus ressaltar as fases que este “método” tem passado para chegar a modernidade. Se tem na Alexandria e Antioquia na idade moderna, posteriormente as interpretações Agostiniana e Tomistas das sagradas escrituras, desembarcando então o método interpretativo em uma hermenêutica filológica, tendo nesta fase um caráter mais restaurativo de verdades perdidas no tempo.

Logo após a fase filológica a Hermenêutica estudada por Friedrich Schleiermacher, adentra no século XIX a perspectiva dos saberes humanos. O filósofo protestante desmitifica a hermenêutica como arte de compreensão em que ter-se-ia uma regra geral elucidada das especialidades herméticas para melhor compreensão de cada área a ser abordada. Friedrich foi considerado o pai da hermenêutica moderna, quando via a interpretação como a relação e compreensão de palavras, sentenças, parágrafos e a do texto como um todo. Caracterizando o geral elucidado de específicos (SOARES, 2019).

Após Schleiermacher evidencia-se Wilhelm Dilthey que embasado no que Friedrich já havia abordada formula sua concepção, Dilthey via a hermenêutica como compreensão interior, quando separa a compreensão científica do entendimento humanístico, estabelecendo em sua visão filosófica a hermenêutica como uma arte (GILBUS, 2016).

Logo após os filósofos supracitados surgem dois nomes importantes a hermética pois a tomam como ontologia linguística, que supera a filosofia da consciência. Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer, estes aludem que o interprete deve estar inserido em um contexto histórico e cultural, assim o leitor emerge no texto, busca seu significado e depois profere suas compreensões (STRECK, 2007).

O referido este processo supracitado de círculo hermenêutico, que faz critica ainda a interpretação em partes. Esta linha de raciocínio se consolida até os dias atuais, visando que na hermenêutica jurídica a indisponibilidade do método ou de um procedimento para alcançar a vontade da norma é indispensável, pois preserva a coerência da normativa (STRECK, 2007).

Com as concepções levantadas por Gadamer e Heidegger, se tem a hermenêutica mais voltada a compreensão linguística, focado os estudos na existência do homem porque fala, considerando o pensamento que é linguagem. Neste contexto o direito é linguagem, se estabelecendo na dialogo que produz na sua aplicação o que acarreta a interpretação do Direito nos parâmetros do giro linguístico em que não se compreende de forma separada, mas como um todo inter-relacionado pelo interprete (ALVES, VASCONCELLOS, 2009).

Em detrimento da hermenêutica jurídica faz necessário argumentar sobre as ponderações esboçadas por Hans Kelsen. O jus filósofo em à “ A Teoria Pura do Direito”, utiliza um capítulo inteiro a se tratar da interpretação do Direito. O autor trabalha o direito como positivo e em face das normas positivadas como se deveria dar a interpretação do Direito (KELSEN, 1999).

Para o autor em epigrafe Kelsen (1999), o Direito é interpretado de duas formas, uma na concepção de um órgão específico, e outra na concepção de uma pessoa particular. No entanto quanto a órgão caberia uma responsabilidade maior, pois seria o interprete legitimo da norma. Kelsen até menciona a possibilidade de uma criação de lei pelo interprete, no entanto é neste ponto que se tem a problemática.

A possibilidade de criação da lei pelo interprete é especificadamente em detrimento de uma situação legitima e não de arbitrariedades. Tal possibilidade se elucida unicamente em detrimento da lei, pois em todo o contexto de interpretação elaborado por Hans ponte criada pelo interprete é coerente aos limites do direito positivo. Quando a norma posta carrega dentro de seu contexto possibilidades desta interpretação, abertura a esse ato interpretativo, deixando opções (STRECK, 2015).

Muitos doutrinadores ao estudarem Kelsen proferem uma interpretação equivocada do real contexto, pois quando o filósofo se remente a interpretação da norma, ele especificadamente, refere-se à interpretação deixada pela própria norma, quando em suas escritas o autor deixa claro que a norma ao ser criada precisa deixar a margem, para que assim seja estudada de acordo com o contexto e aplicada nas margens que lhe são permitidas (SOARES, 2019).

A necessidade da margem estabelecida por Hans fica evidente quando o autor exemplifica, que a norma traria duas condições de sanções, a sanção multa e sanção privação de liberdade, diante a pluralidade de escolha fornecida pela norma o interprete iria dentre o contexto da causa averiguar qual seria melhor e mais prudente, e fundamentado nos limites interpostos fomentar os limites da aplicação da sanção escolhida. Ao se referir a este ponto

trabalho em “ A Teoria Pura do Direito” fica claro a compreensão de que a hermenêutica não poderia se dar pela livre concepção, mas formulada na concepção do jurista em consonância com o direito positivo (KELSEN, 1999).

Deste modo é visível e claro que a hermenêutica em detrimento de situações em que a lei é clara, ou se já existem determinações bem delimitadas do tema não é coerente, não é coesa, pois em cunho jurídico hermenêutica não é arte é método para aproximar o direito da sociedade, mas de forma a não desequilibrar o sistema a engrenagem do Direito, para que o mesmo funcione, até porque não se tem apenas o instituto da hermenêutica, mas diversos institutos interligados que devem ser ponderados de forma harmônica para que o Estado Democrático de Direito subsista, não se deixando levar pelas injustiças e arbitrariedades (ALVES, VASCONCELLOS, 2009).

E vinculada a hermenêutica é sabido que está se dá no ordenamento jurídico de diversas formas, como a doutrinária, sentencial entre outras. Entretanto o trabalho em epigrafe permeia as virtudes interpretativas dadas por um órgão específico denominado guardião da Constituição e que tem sobre si uma das mais importantes funções interpretativas, a interpretação constitucional que é base de todo o ordenamento jurídico. O Supremo Tribunal federal por meio do controle de constitucionalidade deveria exercer uma hermenêutica bem delineada e coerente (STRECK, 2013).

Streck (2013) ainda pontua a notória crise institucional que vive os poderes, levando o Judiciário a uma ênfase institucional ao qual se depara com maior número de casos a serem hermenêuticamente analisados e julgados de forma justa e coesa, o que não tem se manifestado nas decisões da Corte Constitucional, esta que se entende corrompida pela política de colisão que circunda o Brasil.

Corroborando com as ponderações já pautadas Tassinari (2013) argumenta dentro de tudo que já foi neste trabalho abordado, principalmente e evidencia ao tema deste tópico, que o Supremo Tribunal Federal nada tem feito de hermenêutica, pois como já conceituado e analisado, a interpretação não são decisões políticas governamentais, mas sim a consciência da norma, o respeito a seus limites e a promoção do verdadeiro Direito a Sociedade.

2.2.1 Direito e Política

Não se há como falar de Ativismo e não ponderar sobre estes termos tão intrínsecos ao cenário jurídico vivenciado. Há duas ponderações importantes a se mensurar sobre o tema, a primeira seria que o aumento de demandas ao judiciário é proveniente da crise política dos demais poderes, da qual o Executivo e Legislativo não exercendo efetivamente suas funções, geram uma série de direitos não cumpridos que decaem ao judiciário para efetivar tais direitos, sendo então um fato político institucional o que leva o aumento de demandas ao poder Judiciário (BARROSO, 2010).

O interprete jurídico deve se manifestar sobre uma parcela política, determinada no sentindo da política social, que advém da sociedade, para que assim o Direito esteja em consonância com a realidade caso que enquadra na situação exposta no parágrafo anterior. Entretanto o judiciário ao aplicar tais intepretações é limitado pelo próprio ordenamento jurídico, pois para a aplicação “pura” (livre de manifestações tendenciosas a um certo grupo) o direito precisa ser aplicado de forma coesa a sua norma (VERBICARO, 2017).

No entanto é justamente por uma maior aproximação política do Judiciário que surgem decisões Ativistas que se consolida na segunda ponderação importante acerca da Política, o Direito não mais tem sido decidido conforme o condão social, que seria a influência política mais desejável, mas tem o STF manifestado em detrimento de política institucional, baseada na forma como é constituído o órgão jurídico em questão, dando origem assim a um legislador negativo (FERNANDES, NELSON, 2014).

A política manifesta pelo Supremo Tribunal Federal advém de um Presidencialismo de coalizão, as decisões políticas não têm se manifestado em detrimento dos quesitos sociais, aproximando o Estado democrático de Direito, mas obedecendo acordos políticos da maioria parlamentarista (STRECK, 2013).

Streck (2013) ainda enfatiza que diante as ponderações da aplicação que seria de Direito tomando cunhos políticos, faz jus enfatizar como se distingue o Direito da Política. Parece mais fácil a referida distinção quando se pontua os limites do Direito.

O Direito não se dá estritamente a lei, esta que é um produto do Direito, este se desmitifica em conjunto de normas e princípios que prezam pela cidadania e organização do Estado e Sociedade, tendo como conteúdo matérias de cunho fundamental a dignidade da vida humana, como as limitações a ação humana para que a vida em sociedade seja manifesta de forma pacífica, como também uma organização Estatal lhe aferindo ainda limites de exercício para não cair o Governo em arbitrariedade (TEIXEIRA, 2012).

Já a política se relaciona com diversos setores da sociedade, que possuem bens próprios a serem discutidos que se conflitam constantemente com bens de outros setores concorrentes, como por exemplo conflita-se o Direito e a Política, esta última que decide seus confrontos com outro cunho político para que seus interesses sejam defendidos. O incoerente na política é justamente que nesta forma de decidir, não se analisa o cunho geral, o coletivo em detrimento do individual, mas se fundamenta em um grupo específico que influencia decisão pensando nos bens próprios serem tutelados (TEIXEIRA, 2012).

Já manifesta as distinções fica claro enfatizar a importância da aplicação da norma observando os cunhos de direito e não político, quando a aplicação pura e certa do direito necessita estar alienada a uma teoria dos direitos fundamentais e uma teoria Constitucional, para que assim não incida as decisões em caos e decisionismos interpretativos arbitrários (VERBICARO, 2017).

Há diversas contradições quanto a aplicação do direito cominado a política, tem quem diga que o direito puramente não preenche a necessidade da sociedade, carecendo assim da política como preenchimento do cunho social. No entanto em se tratando o interprete constitucional não há espaços para a política adentrar a interpretação, quando ainda nas palavras de Kelsen o Direito é um quadro, em que a exegese deve ser feita nos parâmetros da moldura (HANONES, 2012).

Hanones (2012) ainda corrobora, argumentando que a Constituição Federal é uma transformação da política em Direito, sendo este um produto da Política, mas que necessita estar limitado nos ditames normativos coerentes para produzir segurança jurídica a todo o Ordenamento, sendo importante salientar ainda que seria então o processo de transformação legítimo, pois decorre do poder constituinte originário, legitimado a produção da norma.

Constando-se tal legitimidade pela ênfase de que funções políticas são atribuídas a dois dos poderes, o Executivo e o Legislativo, tendo então como já explanado no parágrafo anterior que não caberia ao judiciário ponderações políticas, uma porque não é estabelecido em suas funções tal concepção e outra por já ter legislativo aderindo o cunho político a norma. Quando ao judiciário cabendo-lhe a função de julgar, seria incoerente que tivesse limitações advindas da política, quando para executar seu poder deve ser autônomo e independente justamente para que suas decisões não sejam ponderadas sobre pressão ou influencia (BARROSO, 2010).

O autor em comento no parágrafo anterior Barroso (2010), argumenta que seria integralmente incoerente um judiciário ponderado pela política, pois o Poder Judiciário em

certas ocasiões precisará se posicionar contra questões políticas, contras outros órgãos do Estado e por isso não poderia ser vinculado a decisões munidas de cunho político.

E em detrimento de tal situação a cultura jurídica utiliza-se de dois grandes instrumentos para evitar a relação política do judiciário, dando a ele independência em relação aos órgãos propriamente políticos de governo e o vinculando ao Direito, tendo juízes e tribunais suas funções determinadas pela Constituição e pelas leis.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO

3.1 O Supremo Tribunal Federal

Pós segunda Guerra Mundial, surge na Europa um estado Constitucional de Direito, que vem para tipificar direitos e deveres, limitando e fiscalizando as ações Estatais para que o direito social seja alcançado. A nova forma adotada pelo Constitucionalismo traz em seu bojo um controle de constitucionalidade. E é neste contexto de controles que o Poder Judiciário se torna mais evidente, quando a Constituição designa como sua função o exercício fiscalizador das normas (BARROSO, 2010).

Em se tratando do Judiciário, o ponto chave deste trabalho é a atuação de um órgão específico a corte do Supremo Tribunal Federal que especialmente pós Constituição Federal de 1998 se denominou o guardião da Constituição e o responsável pelos controles de constitucionalidade, é premissa ressaltar que o controle de constitucionalidade se fez presente desde da primeira constituição republicana brasileira, entretanto é no dogma Constitucional de 1988 que este controle de intensifica em detrimento do extenso rol de direitos fundamentais, como também as atividades Estatais (LENZA, 2015).

Ainda em consonância a Lenza (2015) o controle de constitucionalidade demonstra a rigidez do ordenamento jurídico em questão, e assim a função a ser exercida pela Suprema Corte é de suma importância pois remete a uma análise específica das normas em detrimento do Direito Constitucional, este que aborda em seu contexto toda a estrutura organizacional do Estado e seus órgãos, como direitos fundamentais ao ser humano.

O órgão jurisdicional em questão tem como função típica determinada pela Constituição a de fiscalizar as normas em detrimento do Ordenamento jurídico ápice, porém é permitido de forma atípica que o mesmo legisle quando na elaboração dos regulamentos internos e função executiva proveniente da administração de seus servidores (SOUSA, 2015).

A Corte Constitucional nem sempre foi estabelecida da forma como se encontra, muito menos ainda exercitando o controle jurisdicional de constitucionalidade. A priori na Constituição do Império de 1824, o denominado controle era exercício pelo legislativo, que decorrente de posturas passivas do tribunal gerou grande crítica a referida atuação de controle, passando assim a função de averiguação da norma constitucional a um poder denominado Moderador, que se dava na pessoa do Imperador, não se vendo muita viabilidade no referido controle, pois o poder do império não poderia de nenhuma forma ser atingido (CAMPOS, 2014).

Instituída a Corte se aproximou dos moldes atuais com o advento da Constituição Provisória de 22 de junho de 1891 que foi verdadeiramente instaurado com a Constituição Efetiva, sendo composta por 15 ministros, todos nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, tendo neste momento finalidade de revisar definitivamente em grau de recurso as decisões dos Tribunais Federais e estaduais em detrimento da Constituição. O Supremo aqui possuía poderes delimitados de constitucionalidade quando os proferia em sede de recurso (CAMPOS, 2014).

A Constituição de 1891, dada sob inspiração de Rui Barbosa, foi de grande importância, quando consolidou constitucionalmente o *habeas corpus* que foi criado no Código de Processo Penal de 1832. Ao instituir cunho constitucional *habeas corpus* se definiu em primeiro momento competência ao Supremo para julgar tal remédio apenas em sede de recurso (DIREITO, 2012).

Porém algum tempo depois vagando-se em tese a dúvida se não caberia a Suprema Corte a legitimidade para competência originária ao se impetrar *habeas corpus*, foi entendido que sim, que seria o Supremo competente em procedência inicial do pedido. Tal conquista foi de suma importância quando se iniciou uma ampliação da função jurisdicional da Supremo Tribunal Federal (RAMOS, 2015).

Ramos (2015) ainda corrobora que na instituição do STF como legitimado a julgar originalmente o *habeas corpus*, pode ter se manifestado a primeira manifestação Ativista do órgão em questão. Inicialmente o remédio constitucional como é conhecido se voltava a seguridade da liberdade de ir e vir tendo a Corte ampliado tal cabimento para diversas outras situações, como a garantia de reunião pacífica, a reintegração de funcionários, a liberdade de imprensa em estado de sítio dentre outros, período este que já possuía o poder legislativo estabelecido. Os cabimentos extensivos do *habeas corpus* perduraram até 1926, com a reforma constitucional que restabeleceu os parâmetros ao referido remédio.

Pós as manifestações da Suprema Corte, e em decorrência de Governo provisório de Vargas (1930 a 1945) o Supremo Tribunal Federal passou por uma crise, em que se restringiu a quantidade de membros, além de Vargas aposentar seis ministros, mesmo com a previsão de vitaliciedade que fora instituído os membros do STF. O governo também suspendeu garantias constitucionais e excluiu da apreciação judicial os atos praticados pelo Governo Federal (SLAIBI FILHO, 2002).

Slaibi Filho (2002) ainda manifesta que após o Governo Vargas o Supremo se restabeleceu, no entanto com o Golpe Militar de 1964 a situação tornaria a enfraquecer o poder institucional do Supremo Tribunal Federal, restringido sua atuação e delimitando ao extremo os princípios democráticos.

Mas neste período a Corte se manifestou de uma forma nobre, a qual elucida a importância de tal órgão, desde que na proporção correta de atuação. Como se instaurou na era militar diversas prisões, o habeas corpus ainda em vigor, foi utilizado para defender o direito a liberdade restringida de inúmeros manifestantes que se opunham à ditadura. E o Supremo mesmo consciente de que poderia sofrer coerções pelo Governo, proferiu o habeas corpus, e enfatizando independência do Poder judiciário, para garantir real Direito constitucional (DIREITO, 2012).

Direito (2002) ainda corrobora que em todo o processo em linhas pretéritas expostas, o Controle de Constitucionalidade era exercido em modalidade difusa, ou seja, possibilitava a qualquer juiz a verificação da norma em conformidade com os quesitos constitucionais, cabendo especificadamente ao STF a decisão definitiva em matéria de recurso.

Sendo ainda restrito as manifestações da Corte tinham-se o *habeas corpus*, como o meio para manifestar-se com favor da constituição e contra decisões inconstitucionais dos demais poderes. Essa realidade não sofreu tanta alteração com o advento da EC 16/1965, que constituía o Controle Concentrado e incidental, não surtindo maiores efeitos pela forma executória restrita como foram acoplados ao ordenamento (CAMPOS, 2014).

Neste diapasão a ampliação e maior efetividade do Supremo Tribunal Federal vem a ser consolidada com a constituição de 1988, esta que alargou os atos da Corte, estendendo sua atuação para um controle Constitucional mais efetivo, primando-se pela Constituição democrática que se caracterizou a de 88 em que trouxe em seu bojo, direitos fundamentais regidos e um esquema de freios e contrapesos incisivo (RAMOS, 2015).

A Constituição Democrática institui então a Suprema Corte uma amplitude de legitimidades, e diversos controles. Tem-se no rol de competências julgamentos de ação direta

de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, ação de descumprimento de preceito fundamental. Como também julgamento da ação direta de constitucionalidade que adveio com a EC (Emenda Constitucional nº 3/1993 (VERISSIMO, 2008).

Elucidando as competências institucionais do Supremo Tribunal Federal, pondera os conceitos descritos no artigo 101 da CF/1988, em que determina o STF como guardião constitucional, definindo a sua composição a quantidade de 11 ministros, que devendo ser indicados pelo Presidente da República que deve ser aprovada pelo Senado Federal com quórum de maioria dos membros (BRASIL, 2014).

Sendo Guardião constitucional o rol que elencou as competências da Corte, abrange desde dos direitos fundamentais a serem resguardados a organização estatal a ser mantida. Neste contexto orchestra a suma importância da Corte, constatando-se a necessidade de independência do órgão diante estrutura do Estado, mas também sua responsabilidade em aferir as decisões fundamentadas no real direito e não na livre consciência.

3.2 Controle de Constitucionalidade

A construção de um ordenamento jurídico constitucional implicou na organização Estatal controles a serem exercidos sobre as funções estatais. Desta forma pertinente ao poder judiciário se admitiu uma medida de freios e contrapesos denominada Controle de Constitucionalidade, o referido controle decorre da Supremacia Constitucional que adota cunhos rígidos nas alterações normativas do referido ordenamento (LENZA, 2015).

A instituição de um controle promove a segurança jurídica assegurando a efetivação de direitos e garantias previstos na Constituição, quando se tem o respeito a norma maior. Tal concepção remete o ordenamento jurídico a uma linha vertical, de forma que a Constituição Federal (CF) é o ordenamento máximo, e os demais devem respeitar as normas constitucionais. Desta forma averigua-se que o legislador também está submerso ao Controle, pois a legislação elaborada pelo Congresso deve ser em consonância com a CF (MORAES, 2017).

O Controle de Constitucionalidade surgiu no Brasil com o advento da República, em que o Brasil deixa de adotar parâmetros de um modelo político europeu, e passa a acompanhar o modelo estadunidense das cortes. No modelo europeu o guardião constitucional era o Poder Legislativo, e só então com inspiração intelectual provinda de Rui Barbosa estabelece-se um

controle judicial de constitucionalidade das leis federais e estaduais em estilo estadunidense, que se referia a estruturas de um controle difuso e incidental (RAMOS, 2015).

Enfatiza-se ainda que mesmo o controle em sua maior abrangência sendo efetivado pelo Judiciário, o Executivo e Legislativo de forma excepcionária também podem promover controles denominados preventivo, posterior ou repressivo (LENZA, 2015).

Sendo a regra que as normas estejam em acordo com a Constituição a não coerência com o ordenamento tem denominação de inconstitucionalidades. Estas que podem se dar de duas formas, de forma positiva, materializada na ação, ou seja ato praticado e inconstitucionalidade por omissão, cuja característica se remete ao silêncio legislativo (MOTTA, 2016).

Diante as ponderações já apresentadas, há uma necessidade de apresentar os momentos em que a constitucionalidade pode ser exercida. Como já mensurado em parágrafos anteriores, além do judiciário os outros dois poderes também podem exercer em situação de exceção o controle e isso é possível devido a como é a organização de criação e estrutura do ordenamento normativo (RAMOS, 2015).

Explica-se que o primeiro momento há se exercer o controle denomina-se Controle prévio ou preventivo este que pode ser exercido pelo Legislativo, que através das comissões de constituição e justiça averiguam se os projetos de lei estão em conformidade com a norma constitucional, sejam em sentido formal, os requisitos para composição da lei, sejam em sentido material, a matéria que a lei abrange é compatível com a Constituição (LENZA, 2015).

Ainda em consonância com Lenza (2015) no controle preventivo o Executivo pode manifestar-se vetando o projeto de lei. A execução do controle de constitucionalidade pelo Judiciário identifica-se na garantia de respeito ao devido processo legislativo, ou seja, que este esteja dentro dos parâmetros constitucionais, sendo que este controle é exercido pelas vias de execução ou de defesa, se dando então de modo incidental, e tendo como legítimo para impetrar Mandado Segurança, meio ao qual se leva a inconstitucionalidade ao Judiciário neste controle o Parlamentar devido a sua representatividade.

Há ainda o momento de controle denominado posterior ou repressivo, este se dá de uma forma mais específica e pode ser exercido por um controle político que seria uma Corte ou Tribunais Constitucionais adverso dos três poderes, estrutura esta que não adequa tanto ao Brasil, sendo considerados por alguns doutrinadores que o veto presidencial poderia se equiparar, no entanto, em sua maioria a doutrina diz não ter correspondência com esta organização o Brasil (MORAES, 2017).

O Poder Judiciário também exerce neste momento a controle constitucional através do controle difuso e concentrado, e em exceção o Executivo e Legislativo também o podem exercer neste momento juntamente ao TCU (Tribunal de Contas da União). O Legislativo exercerá neste momento o referido controle em face do Poder Executivo, pois este se extrapolar ao expedir decretos, regulamentos ou medidas provisórias será cerceado pelo Legislativo (MOTTA, 2016).

Consonantemente a Motta (2016) em fase posterior o Executivo exerce o controle de Constitucionalidade por meio de um descumprimento a uma lei inconstitucional, pois se a norma não condiz, com as normas constitucionais remete-se que o Executivo pode não cumprir a lei e remeter que os demais órgãos também não a cumpra devido a sua inconstitucionalidade.

Compreendeu-se assim os momentos em que se pode exercer o controle, ponderar-se a então sobre os sistemas de controle repressivo que poderá ser exercido, para que assim entende-se como é o exercício do STF no controle de constitucionalize, facilitando no tópico a seguir a compreensão de decisões proferidas pela referida corte (SLAIBI FILHO, 2002).

Tem-se então os denominados controle difuso e controle concentrado. O último manifesta-se em obter declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, sem que esteja fundamentado em um caso concreto, já o controle difuso, em observância ao caso concreto, permite que qualquer órgão do Poder Judiciário promova o controle sobre a compatibilidade da norma com a constituição, sendo este meio incidentalmente aplacado em um processo, cujo objeto principal não seria o controle (PADILHA, 2018).

Em detrimento de Moraes (2017), o controle difuso que está inserido no ordenamento Jurídico desde da constituição Republicana de 1891 surgiu com o caso *Marbury versus Madison*. Aquele teria sido nomeado a Juiz Federal por um presidente próximo a entregar seu mandado a um novo representante do Governo. Assim quando o novo representante assumiu seu posto, entendeu que William Marbury não teria sido nomeado da forma correta, desta forma determinou a seu Secretário de Estado que não mais efetivasse a nomeação de Marbury.

Marbury não compreendeu o que ocorreu, que não foi nomeado, procurou o Secretário de Estado, não tendo obtido resposta impetrou um *writ of mandamus* (mandado de segurança) buscando efetivar sua nomeação. O conflito em torno do caso decorria de quem seria competente a julgar, quando a Constituição EUA (Estados Unidos da América) togava competência ao Supremo Tribunal, por uma das partes ser o Estado, e uma determinada lei de designava a Suprema Corte. Assim John Marshall, Chefe de Justiça decidiu que a lei era nula

por confrontar o texto constitucional e que seria Supremo Tribunal o competente (MORAES, 2017).

Assim é evidente a necessidade do caso concreto para a incidência de do controle de constitucionalidade difuso. Disseminando a ideia de que os juízes em análise a um caso concreto exercessem o referido controle, que é posto em julgamento para que uma das partes que compõe o caso concreto caso seja alcançada a inconstitucionalidade da norma, não cumpra a lei. E se assim alcançada a inconstitucionalidade, esta será aplicada entre as partes, não sendo a lei declarada inconstitucional banida invalidade em termos gerais (LENZA, 2015).

Aborda-se em seguida o controle denominado controle de constitucionalidade concentrado. Este que em detrimento do tema abordado no presente Trabalho é o de suma relevância, quando é exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O controle concentrado também tem por objetivo averiguar a compatibilidade da norma com a constituição, no entanto esta análise não se dá embasada a um caso concreto, mas tem como objeto próprio a compatibilização da norma, de forma a promover segurança Jurídica (PADILHA, 2018).

O controle exercido pela Suprema Corte é realizado por meio de espécies de ação, que se caracterizam na: a) ação direta de inconstitucionalidade genérica; b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva; c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão; d) ação declaratória de constitucionalidade e e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (MORAES, 2017).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é competência do Supremo Tribunal Federal em detrimento de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital com força de Estado. Os objetos do referido controle devem ser decididos pela Suprema Corte por maioria absoluta. É preciso enfatizar que as cláusulas pétreas como as matérias de cunho originário, não podem ser objeto de inconstitucionalidade, O exercício do controle deve observar primordialmente a Constituição e posteriormente o regimento interno do STF. Pondera-se ainda que leis ou atos normativos municipais tem sem controle exercido pelo Tribunal de Justiça (MOTTA, 2016).

A supracitada ação tem como legitimados a propor a ação para análise da Suprema Corte: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (MOTTA, 2016).

Quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADIF) está ligada a dois objetivos intrínsecos, o primeiro e obter declaração de inconstitucionalidade formal ou material de lei ou ato normativo estadual, caracterizando doutrinariamente esse primeiro objetivo como finalidade jurídica, e em segunda a decretação de intervenção federal no Estado membro ou Distrito Federal, caracterizando-se como finalidade política (MORAES, 2017).

A lei ou ato normativo para ser objeto do controle de ação direta de inconstitucionalidade está diretamente relacionado ao desrespeito a princípios sensíveis. É necessário enfatizar que não cabe ao Supremo sua decretação, mas apenas o provimento que deve ser proposto pelo Procurador Geral da República, e decretada pelo Chefe do Executivo através de requisição da Suprema Corte (LENZA, 2015).

Neste sentido o STF não vai promover nulidade do ato, mas uma análise para averiguar se se fizeram presentes os pressupostos para que assim o Presidente possa decretar a intervenção federal. Sendo de suma importância a atuação do Supremo Tribunal Federal pois como guardião constitucional, é previsto ao órgão jurisdicional em questão a análise de compatibilidade ou incompatibilidade (LENZA, 2015).

Referentemente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), o termo se faz bem esclarecedor, quando elucida que nesta ação se tem por objetivo cercear o que a doutrina chama de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, o que se remete às normas constitucionais de eficácia limitada, sendo estas passivas de um completo para efetivar sua atuação, e não se provendo tal complemento cabe ADO para efetivar a norma constitucional. Os legitimados a propor a referida ação são os mesmos da ADI genérica (PADILHA, 2018).

Em consonância a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esta tem um cunho de declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, apesar de parecer que toda lei é constitucional por si só, a doutrina entende que essa constitucionalidade visualizada nas leis, é apenas relativa, sendo assim passível de alteração, ou de ser declarada inconstitucional ou de ser declarada constitucional como é o caso da referida ação (PADILHA, 2018).

Assim com a ADC tem-se a intenção de transformar a presunção relativa, em uma presunção absoluta, fazendo-se necessário observar que ainda que declarada absoluta, não quer dizer que não se poderá mais rever o entendimento, tendo na interpretação doutrinária que o STF poderá rever o entendimento em decisão futura. Tal possibilidade se adequa à questão

sociedade evolutiva, mas pode ser vista como um olhar de impasse, em que tudo se torna apesar de absoluto relativo, pois é passível de mudança (MORAES, 2017).

Em detrimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a referida ação provem de uma norma de eficácia limitada, da qual se fez necessário uma lei para sua complementação, lei nº 9.882/99, antes da referida legislação não se fazia possível a aplicação que só veio a ser possível com o complemento normativo (MOTTA, 2016).

Há uma discussão acerca da ADPF, em razão do que seria considerado descumprimento de preceito fundamental, ponderando-se então alguns doutrinadores que seria preceitos imprescindíveis a defesa dos pilares constitucionais. Tendo também como legitimados a propor a referida ação os mesmo da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica. Tem-se ainda que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é de cunho subsidiário, ou seja, não havendo nenhum outro meio de corrigir a lesão, será a ADPF o meio para tal (LENZA, 2015).

No contexto apresentado nos parágrafos anteriores fica nítido e evidente os poderes que o Supremo Tribunal Federal possui nas mãos, quando averiguar as normas legislativas em conformidade com a Constituição é de unho essencial ao a seguridade da democracia e da segurança jurídica. A Suprema Corte é verdadeiramente um guardião Constitucional, o que a impossibilita de decidir de forma incompatível com a legislação constitucional, infringindo seus limites e parâmetros como veremos no próximo tópico em decisões proferidas pelo STF (STRECK, 2015).

3.3. O Voto ativista que conquistou a corte

Até o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004, os Tratados Internacionais eram passíveis de divergência doutrinária. As contradições se manifestavam em decorrência do status legal em que os tratados ingressavam no ordenamento brasileiro. Uma parte entendia que os Tratados em respeito ao princípio da Supremacia da Constituição deveriam adentrar ao ordenamento jurídico com cunho de lei ordinária. Já a outra corrente entendia que os tratados que versassem sobre direitos humanos, devido a seu conteúdo de direito fundamental deveria adentrar o ordenamento com status de norma constitucional (FERNANDES, 2010).

Após a emenda 45 de 2004, o artigo 5º da Constituição passou a ser integrado pelo § 3º, que determinou que os Tratados Internacionais que se referissem a direitos humanos e então aprovados no mesmo quórum que de uma EC, ou seja, passar pelas duas casas do Congresso, com três quintos dos votos dos membros de cada casa, sendo provida votação em cada casa por dois turnos, seria este Tratado possuidor de status constitucional (BRASIL, 2014).

No entanto a referida emenda trouxe uma certa indagação, pois se referiu apenas aos Tratados de Direitos Humanos que cumprisse o quórum de Emenda Constitucional, não ponderando nada sobre os que não cumprisse o referido tramite de votação, pois possuem matéria de direitos fundamentais, só não teriam a formalidade de Emenda Constitucional, tendo então que serem equiparados a lei Ordinária (GOMES, MAZZUOLI, 2009).

Já instaurada as indagações referente a que situação se enquadraria os tratados não aprovados com quórum de Emenda Constitucional surge em face de um caso concreto a oportunidade que os Ministros encontraram para ponderar sobre a referida questão em um controle de constitucionalidade difuso, pois diante a provocação de um caso concreto buscava-se a predominância Constitucional (FERNANDES, 2010).

O caso em questão é proveniente de um Recurso Extraordinário 466.343 – São Paulo, neste recurso o Banco Bradesco S/A recorreu em desfavor de Vera Lúcia B. de Albuquerque e outros. O recorrente não conformado com a decisão em primeira instância, que denegou o pedido que se fundamentava no artigo 5º, inciso LXVII, que permitia a prisão por inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, contudo a decisão que contrariava a pessoa jurídico Bradesco fundamentava-se na ponderação promovida pela emenda 45, que equiparava os tratados de direitos humanos a norma constitucional (STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343 – São Paulo, 2008).

A fundamentação deriva-se do quesito que sendo então a norma proibitiva da prisão proveniente de um tratado de Direitos Humanos, ainda que não aprovado pelo quórum qualificado de Emenda Constitucional, em sede de recurso os a Suprema Corte acompanhou a decisão de 1º instância, indo ainda mais além e desmitificando o status que os tratados de direitos humanos, não adota aprovado em status constitucional, proveriam um status de supralegal, abaixo da Constituição mais acima da legislação ordinária (FERNANDES, 2010.)

E diante o voto do Ministro Gilmar Mendes, que elucidou toda a tese do cunho supralegal do tratado, argumentando que provém de uma norma internacional, e que contabiliza com o texto constitucional, e por versar sobre direitos fundamentais em se dizer, seria passível os ratados de uma colocação no ordenamento diferente da norma infra legal, denominando

assim os Tratados de Direitos Humanos que não passasse pelo crivo da Emenda que denomina-se um status supralegal, sendo então o voto do ministro acompanhado pelos demais. Elucidando o aludido de tem o voto do Ministro Gilmar Mendes, que liderou os demais:

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot), em sua tríple configuração: adequação (Geeignetheit), necessidade (Erforderlichkeit) e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando 61 o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes). Lembro, mais uma vez, que o Decreto-Lei nº 911/69 foi editado sob a égide do regime ditatorial instituído pelo Ato Institucional nº 5, de 1968. Assinam o decreto as três autoridades militares que estavam no comando do país na época. Certamente – e nesse ponto não tenho qualquer dúvida –, tal ato normativo não passaria sob o crivo do Congresso Nacional no contexto atual do Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos. Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo. A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial. Com essas considerações, Senhora Presidente, nego provimento ao recurso. (STF. RE. 466.343 – SÃO PAULO, RELATOR, MIN. CEZAR PELUSO, 2009).

A decisão em comento, que acompanha voto citado, é uma clara e evidente decisão Ativista, que quebra com todos os parâmetros de organização do ordenamento, quando a Suprema Corte que apenas teria a tarefa de averiguar a proporção de constitucionalidade e

defende-la, contraria a norma escrita e legisla, pois, a decisão proferida gerou súmula vinculante e vinculou todos os demais órgãos (GOMES, MAZZUOLI, 2009).

Não se houve respeito a constituição, pois esta não prevaleceu, sendo discricionariamente interpretado pelo seu Guardião. Instaurando-se o caos da insegurança jurídica e o arrombo ao Estado Democrático, pois ainda que o Legislativo esteja falho, o ideal seria corrigir os erros de um poder não permitindo que outro poder decida conforme sua consciência e entendimento, ainda que o homem não esteja livre de sua consciência se faz necessário ponderar as decisões em conformidade com os limites, para que assim não se retroaja um Estado desta vez não regido pelo Monarca, mas ditado pela Suprema Corte (STRECK, 2015).

CONCLUSÃO

O trabalho realizado, por meio de pesquisas bibliográficas, doutrinárias e normativas, culminou em uma desmitificação do Ativismo Judicial em detrimento do Supremo Tribunal Federal de forma a demonstrar os riscos abrangidos por essa junção de ativismo e supremo, que desencadeia o caos da insegurança jurídica, como cerceia o estado democrático de Direito, pois se tem uma corte não eleita, mas indicada por um presidencialismo de coalizão.

A ideia base para um estado sem arbitrariedades e levandades do Governo não se idealiza uma supremacia do poder, mas um equilíbrio entre os mesmos, de forma que cada qual foi atribuído conforme a parte que lhe cabia.

Não se discute nas decisões Ativista se seria de Direito ou não, mas pondera-se até que ponto deve-se adentrar a corte sobre o Direito, e se realmente a extensão de decisões se refere ao direito ou a política de coalizão a qual institui o órgão constitucionalista.

É sabido que o legislativo nem sempre consegue cumprir com suas responsabilidades, mas se tratando de Direito, e Democracia e Segurança jurídica, não se pode trocar limites e possibilidades por arbitrariedade, causando uma verdadeira instabilidade do ordenamento, ao qual tem rompido com diversos sistemas e ultrapassados os limites desses sistemas, como tem sido com os três poderes, o civil law, e indubitavelmente o common law, quando não se a preponderância nem mesmo sobre os precedentes.

Assim é passível uma reflexão se realmente o caminho percorrido pelo Ativismo são passos largos a uma nova organização, ou grave retrocesso ao caos do Monarquismo de uma Suprema Corte. Os limites surgiram justamente para aluir os poderes excelsos, e quando os referidos limites são inobservados tem-se um passo de risco.

Portanto pondera este trabalho pelo respeito a norma, as instituições e primordialmente ao limite do real direito, para que assim o povo ainda que indiretamente possa verdadeiramente ser representado e promove-se a democracia, como o direito de defender seus direitos e ter seguridade em sua defesa seja levado em consideração, pois ainda que as mudanças sejam necessárias, diante uma sociedade se deve correr os mínimos riscos de mudar.

REFERÊNCIAS

ALVES, P. G.; VASCONCELLOS, M. M. **HERMENÊUTICA JURÍDICA: UM OLHAR LIBERTÁRIO SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**. Programa de Extensão Universitária “Universidade sem Fronteiras”, UENP, Jacarezinho – PR, 2009.

BARROSO, L. R. . **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN- 1138-4824, ed. 13, Madrid, 2009.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, vol. 12, Brasília, 2010.

BICALHO, G. P. D; FERNANDES, R. V. C. **Revista de Informação Legislativa: Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jus filosófico constitucional**. Senado Federal, Brasília, 2011.

BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. Ed. Ícone, São Paulo, 1995.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Edição Administrativa do Senado Federal. Brasília, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 25**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acessado em 03 de abril de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 13**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acessado em 03 de abril de 2019.

BRITO, J. D; OLIVEIRA, F. L. **A CONVERGÊNCIA DO SISTEMA CIVIL LAW AO DA COMMON LAW E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS**. 2008.

CAMPOS, C. A. A. **DIMENSÕES do ATIVISMO JUDICIAL do STF**. Ed. Forense LTDA, Rio de Janeiro, 2014.

DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico: significado e correntes**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, ed. 1, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes#anchor-titulo-index-1>>, acesso em 24 de março de 2019.

DIREITO, G. **O Supremo Tribunal Federal – uma breve análise da sua criação**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2012.

FERNANDES, B. G. **CONSIDERAÇÕES SOBRE RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PERMEADAS PELO SELF RESTRAINT OU PELO ATIVISMO. REFLEXÕES CRÍTICAS À LUZ DA “TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE” DE RONALD DWORKIN**. Revista Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, 2010.

FERNANDES, R. L; NELSON, R. A. R. R. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL: (RE) ANALISANDO O DOGMA DO “LEGISLADOR NEGATIVO”**. Revista Eletrônica de Direito e Política, 2014.

FERREIRA, E. M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014.150 f. Dissertação (Mestrado Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014.

GILBUS, I. S. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Mendia. Ed. Rever, 2016.

GOMES, L. F; MAZZUOLI, V. O. **TRATADOS INTERNACIONAIS: VALOR LEGAL, SUPRALEGAL, CONSTITUCIONAL OU SUPRACONSTITUCIONAL**. Revista de Direito, vol. 12, São Paulo, 2009.

HANONES, R. F. **ATIVISMO JUDICIAL**. Universidade de Brasília Faculdade de Direito, Brasília, 2012.

KELSEN, H. **TEORIA PURA DO DIREITO**. Tradução de João Baptista Machado. ed. 3. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999.

LENZA, P. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO**. 19. ed. São Paulo: Ed Saraiva, 2015.

MARINONI, L. G. **APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE CIVIL LAW E DE COMMON LAW E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL**. Ed. 49. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná-UFPR, Curitiba, 2009.

MONTESQUIEU. **O ESPÍRITO DAS LEIS**. Tradução de Cristina Murachco. Ed. Martins Fontes, São Paulo. 2000.

MORAES, A. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. ed. 33. Ed. Forense, São Paulo, 2017.

MOTTA, S. **Direito Constitucional**. ed. 26. Ed. Forense, São Paulo, 2016.

PADILHA, R. **DEIREITO CONSITUCIONAL**. ed. 5. Ed. Forense, São Paulo, 2018.

PORTO, S. G. **SOBREA COMMON LAW, CIVIL LAW E O PRECEDENTE JUDICIAL**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil – Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão.

RAMOS, E. S. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. ed. 2º. Ed. Saraiva, São Paulo, 2015.

SLAIBI FILHO, N. **Breve História Do Controle De Constitucionalidade**. Revista da EMERJ, vol. 5, Rio de Janeiro, 2002

SOARES, R. M. F. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. ed. 4. Ed. Saraiva Jur, São Paulo, 2017.

SOARES, R. M. F. **HERMENÊUTICA E INTERPETAÇÃO JÚRDICA**. ed. 4. São Paulo, Ed. Saraiva Jur, 2019. Disponível em : <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=31uGDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=hermen%C3%AAutica+jur%C3%ADica+&ots=Z1txD17Zzm&sig=0oJ0XmS5fj9xD2PcL29_pMp97sc#v=onepage&q=hermen%C3%AAutica%20jur%C3%ADica&f=false>. Acessado em 02 de abril de 2019.

STOLZ, S. **UM MODELO D EPOSITIVISMO JÚRIDICO: O PENSAMENTO DE HERBERT HART**. Revista Direito GV, 2007.

SOUSA, L. F. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL**. Ed. Conteúdo Jurídico, Londrina, 2015.

STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** ed. 5. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.

_____. **O (PÓS-) POSITIVISMO E OS PROPALADOS MODELOS DE JUIZ (HÉRCULES, JÚPITER E HERMES) – DOIS DECÁLOGOS NECESSÁRIOS**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, 2010.

_____. **Bases para compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto**. Revista Sequencia, nº 54, 2007.

_____. **Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão.** Observatório da Jurisdição Constitucional, vol. 1, Brasília, 2013.

TASSINARI, C. **JURISDIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: Limites da atuação do Judiciário.** Ed. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=4EhWDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=surgimento+do+ativismo+&ots=jVYmySc9Xv&sig=dmhrSiqaO1u04ZzlmYvRhCaamNk#v=onepage&q=surgimento%20do%20ativismo&f=false>>. Acessado em 02 de abril de 2013.

TEIXEIRA, A. V. **ATIVISMO JUDICIAL: NOS LIMITES ENTRE RACIONALIDADE JURÍDICA E DECISÃO POLÍTICA.** Revista Direito GV, São Paulo, 2012.

VERBICARO, L. P. **Judicialização da Política, Ativismo e Discrecionalidade Judicial.** Ed. Lumen Juris Ltda, Rio de Janeiro, 2017.

VERISSIMO, M. P. **A CONSTITUIÇÃO DE 1988, VINTE ANOS DEPOIS: SUPREMA CORTE E ATIVISMO JUDICIAL “À BRASILEIRA”.** Revista de Direito GV, São Paulo, 2008.

WAMBIER, T. A. A. **ESTABILIDADE E ADAPTABILIDADE COMO OBJETIVOS DO DIREITO: CIVIL LAW E COMMON LAW.** Vol. 172. Revista de Processo. ed. Thomson Reuters, 2009.