

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DEDIR

Renato José Dias Pereira

**CRISE INSTITUCIONAL BRASILEIRA: ATIVISMO JUDICIAL E O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ATOR POLÍTICO**

Ouro Preto

2020

Renato José Dias Pereira

**CRISE INSTITUCIONAL BRASILEIRA: ATIVISMO JUDICIAL E O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ATOR POLÍTICO**

Monografia Jurídica apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, na disciplina "Monografia Jurídica (DIR 685)", ministrada pela Prof.^a. Dra. Iara Antunes de Souza, no Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes

Área de Concentração: Direito Constitucional

Ouro Preto/MG

2020



FOLHA DE APROVAÇÃO

Renato José Dias Pereira

CRISE INSTITUCIONAL BRASILEIRA: ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ATOR POLÍTICO

Membros da banca

Bruno Camilloto Arantes (UFOP)
Luiz Henrique Manoel da Costa (UFOP)
Pedro Nobuyuki Carvalho (UFOP)

Versão final
Aprovado em 19 de novembro de 2020.

De acordo

Professor Orientador Dr. Bruno Camilloto Arantes



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Camilloto Arantes, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 24/11/2020, às 18:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0106361** e o código CRC **8D9746CA**.

Agradecimentos

No ano de 2013 ingressei no curso de Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) através do Sisu pela política de cotas como aluno de escola pública. Apesar de já possuir uma graduação (Pedagogia), foi meu primeiro contato com uma universidade pública e o tripé ensino, pesquisa e extensão, que caracteriza de fato o que é ser uma universidade.

Mergulhei no universo da pesquisa, participando de projetos de Iniciação Científica, buscando compreender as bases teóricas do ordenamento jurídico, o universo de leis e códigos que legislam nossa sociedade, bem como seus princípios filosóficos e sociológicos.

Em 2017, ingressei no curso de Filosofia (Licenciatura) da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) como Portador de Diploma de Graduação (PDG). Durante um ano pude mergulhar nos clássicos da Filosofia na busca da compreensão dos princípios filosóficos que sustentam a sociedade moderna.

Estar nesta ocasião apresentando este trabalho como requisito parcial para obtenção do diploma de Bacharel em Direito é um momento de muita alegria e também de muitos agradecimentos, uma vez que, nos dizeres de Paulo Freire, “o homem não se forma sozinho”.

Começo agradecendo meus pais Anísio e Maria que mesmo não tendo tido a oportunidade de estudo, sempre me incentivaram aos estudos.

À minha companheira Natália, por estar sempre junto comigo em todos os momentos!

Agradeço ao GEFID, por me proporcionar momentos de reflexão sobre o que é o Direito e para que/quem serve o Direito!

A todos os professores e professoras da UFMS com quem tive o prazer de iniciar-me no estudo do Direito em especial meu primeiro orientador, Luiz Renato Telles Otaviano.

Ao professor Paulo Giareta (UFMS) pelas conversas, orientações e “dicas para a vida”, e em especial por termos nos tornado grandes amigos.

A todos os professores e professoras da UFOP, universidade que escolhi para finalizar o curso de Direito, em especial aos professores: Bruno Camilloto, orientador atento que, com paciência, me instruiu ao realizar esta tarefa e muito contribuiu na minha formação com diálogos e leituras pertinentes; Roberto Porto, pelos valiosos ensinamentos em Direito Comercial e pelas dicas preciosas quando da elaboração desse projeto monográfico; Olímpio José Pimenta Neto (DEFIL), pelo incentivo ao estudo da Filosofia e pelas indicações quanto aos estudos sobre Filosofia das Ciências.

Aos meus irmãos – os consanguíneos e os que me foram dados pela vida.

“[...] os homens humanizam-se, trabalhando juntos para fazer do mundo, sempre mais, a mediação de consciências que se coexistam em liberdade. Aos que constroem juntos o mundo humano, compete assumirem a responsabilidade de dar-lhe direção.”

Paulo Freire

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por escopo abordar o crescente ativismo praticado pelo Supremo Tribunal Federal e seu papel no agravamento da crise político-institucional brasileira. Para isso, optou-se por delimitar a análise a partir de dois casos: a ADPF 402/DF de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello (caso Renan Calheiros) e o Mandado de Segurança nº 37097/DF de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes (caso Ramagem). Os dois casos apresentam uma atuação para além dos limites do princípio da Separação de Poderes, no primeiro caso, uma medida liminar afastando um presidente de outro Poder, (Presidência do Senado Federal) e no segundo caso, suspendendo um ato administrativo discricionário do Presidente da República, a nomeação do Chefe da Polícia Federal. Compreende-se que o papel do Supremo Tribunal Federal seja o de zelar pela Constituição Federal e, mesmo ciente de que em algum grau, o órgão máximo exerça um papel político, faz-se necessário delimitar tal atuação, de modo que, seu papel institucional não seja o de colaborar ou até mesmo agravar ainda mais uma crise institucional. O trabalho está estruturado da seguinte forma: no primeiro momento uma apresentação teórica sobre o Princípio da Separação de Poderes bem como o conceito de Estado de Direito (Liberal, Social e Democrático); no segundo momento uma discussão a partir da Constituição Federal de 1988 sobre Direitos Fundamentais e as técnicas de interpretação constitucional (ponderação alexyana de princípios e ativismo norte-americano) e o fenômeno do ativismo judicial no Brasil; por fim uma análise dos dois casos supracitados e alguns apontamentos sobre os caminhos a seguir para que o STF cumpra seu papel de guardião da Constituição. Trata-se, portanto, de uma pesquisa documental de abordagem qualitativa. Conclui-se que o protagonismo/ativismo do STF produz interferência nos rumos da crise política e institucional brasileira e mais, de 2016 a 2020 o Brasil sofreu uma escalada no aprofundamento da crise institucional e um protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário. Isso evidencia um fenômeno ativista no Brasil que acirra disputas entre os poderes. Nesse sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito se apresenta como uma das formas para o enfrentamento dos problemas causados pelo ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: STF. Crise Institucional. Ativismo Judicial. Separação de Poderes.

ABSTRACT

This monographic work aims to address the growing activism practiced by the Supreme Court and its role in aggravating the Brazilian political-institutional crisis. For this, we chose to delimit the analysis based on two cases, namely: ADPF 402 / DF reported by Minister Marco Aurélio de Mello (Renan Calheiros case) and Mandando de Segurança nº 37097 / DF reported by Minister Alexandre de Moraes (Ramage case). The two cases present an action beyond the limits of the principle of the Separation of Powers, in the first case, a preliminary injunction removing a president from another Power, (Presidency of the Federal Senate) and in the second case, suspending a discretionary administrative act by the President of the Republic the appointment of the Chief of the Federal Police. We understand that the role of the Supreme Federal Court is to watch over the Federal Constitution and, even though aware that in some degree, the highest body has a political role, it is necessary to delimit such action so that its institutional role does not whether to collaborate or even further aggravate an institutional crisis. The work is structured as follows: in the first moment, a theoretical presentation on the Principle of Separation of Powers as well as the concept of the Rule of Law (Liberal, Social and Democratic); in the second moment, a discussion based on the 1988 Federal Constitution on Fundamental Rights and the techniques of constitutional interpretation (alexiana weighting of principles and North American activism) and the phenomenon of judicial activism in Brazil; finally, an analysis of the two cases mentioned above and some notes on the ways forward for the STF to fulfill its role as guardian of the Constitution. It is, therefore, documentary research with a qualitative approach. We conclude that the protagonism/activism of the STF produces interference in the direction of the Brazilian political and institutional crisis and more, from 2016 to 2020 Brazil suffered an escalation in the deepening of the institutional crisis and an increasing role of the Judiciary. This shows an activist phenomenon in Brazil that intensifies disputes between the powers. In this sense, the Hermeneutic Criticism of Law presents itself as one of the ways to face the problems caused by judicial activism.

KEYWORDS: STF. Institutional Crisis. Judicial Activism. Separation of Powers.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Ação Cautelar

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF - Constituição Federal

CHD - Crítica Hermenêutica do Direito

DF – Distrito Federal

DEFIL -Departamento de Filosofia

GEFID – Grupo de Estudos de Filosofia do Direito

MS - Mandado de Segurança

PDG – Portador de Diploma de Graduação

PDT - Partido Democrático Trabalhista

PF – Polícia Federal

STF - Supremo Tribunal Federal

UFMS – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. TEORIA CLÁSSICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	10
2.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO: OS PARADIGMAS DO ESTADO DE DIREITO (LIBERAL, SOCIAL E DEMOCRÁTICO)	13
2.2 O ESTADO LIBERAL DE DIREITO	14
2.3 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO	17
2.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	18
3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	20
3.1 PONDERAÇÃO ALEXYANA E ATIVISMO NORTE-AMERICANO	28
3.2 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	30
4. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	32
4.1 AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF 402/DF	35
4.2 MANDADO DE SEGURANÇA MS 37097/DF	40
4.3 ALGUNS APONTAMENTOS CRÍTICOS: EM BUSCA DA LEGALIDADE PERDIDA	45
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
6. REFERÊNCIAS	52

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo brasileiro é caracterizado pelo importante papel que o Judiciário desempenha na definição de controvérsias sociais e políticas. Nessa perspectiva, a atuação dos juízes e dos tribunais passa a ser compreendida ora como judicialização da política ora como ativismo judicial. Este trabalho monográfico tem sua importância uma vez que, debruça-se na investigação do ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Tal fenômeno demonstra-se complexo, uma vez que, o STF ao exercer tal prática, usurpa poderes ocasionando uma ruptura institucional e ferindo o princípio da separação de poderes.

Nos últimos anos, a atuação do STF tem ganhado cada vez mais destaque. Não apenas porque o número de demandas judiciais aumentou significativamente, caracterizando um cenário de intensa judicialização, mas também porque os temas levados a Plenário envolvem diretamente a atuação da cúpula dos demais Poderes.

Ao demonstrar os elementos que caracterizam um ativismo judicial protagonizado pelo STF, pretende-se compreender se existem limites à atuação jurisdicional por este órgão, bem como, se o STF ao decidir de forma ativista, assume um protagonismo eminentemente político, contribuindo para um aprofundamento da crise institucional brasileira. Em que pese a relação entre Direito e Política ser notadamente uma linha tênue, este trabalho propõe uma discussão a partir da premissa de que, no interior de uma cultura democrática, os atos judiciais estão sujeitos a uma observância dos princípios constitucionais previstos em nossa Constituição Federal.

Portanto, a partir da pergunta-problema: é possível afirmar que a atuação do STF, caracterizada como ativismo judicial, produz uma ruptura no processo de respeito às Leis fazendo da prática judicial uma prática eminentemente política? - têm-se como objetivo geral: investigar se o Supremo Tribunal Federal decide de forma ativista, contribuindo para o aprofundamento da crise institucional.

Os objetivos específicos que este trabalho pretende realizar são: i) Identificar e contextualizar o conteúdo do conceito de ativismo judicial; ii) Identificar e contextualizar o conteúdo do conceito de Estado de Direito; iii) Descrever e contextualizar o princípio da separação de poderes; iv) Identificar e analisar duas decisões judiciais (ADPF 402/DF e MS 37097/DF) que tiveram impacto político e averiguar se podem ser consideradas decisões ativistas.

O cenário atual aponta para a necessidade de se examinar a relação de forças entre os poderes para verificar se, neste momento histórico, enfrenta-se no Brasil uma situação de

desarmonia ou se o cenário atual retrata apenas a dinâmica normal do sistema de freios e contrapesos e a simples evolução democrática de uma sociedade especialmente plural.

Tendo como premissa os elementos internos do ordenamento jurídico brasileiro, este trabalho se apresenta como uma pesquisa jurídico-dogmática, uma vez que, pretende-se investigar a compreensão das relações normativas dentro do campo do próprio direito. Para os autores Gustin e Dias (2013) “não necessariamente a vertente jurídico-dogmática deve ser considerada metodologicamente autossuficiente”, visto que, deve-se trabalhar não somente voltada para o interior do ordenamento ou ali enclausurada, mas tais relações devem ser compreendidas externamente, na relação com o mundo, com os valores de uma sociedade, numa dialógica com a eficácia normativa. O método de pesquisa empregado nesse trabalho será o dedutivo, dado que partirá de uma análise do conteúdo dos conceitos centrais das decisões até, por conseguinte, alcançar o tema principal do trabalho, qual seja, o ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que é aquela desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de doutrinas, teses, dissertações e artigos científicos. Tratando-se de uma pesquisa jurídica com foco em decisões do STF, faz-se necessário um estudo de documentos como jurisprudências e sentenças, constituindo uma vertente específica da pesquisa bibliográfica assim chamada de documental, logo, o procedimento adotado para a validação desta hipótese é a análise do conteúdo científico, normativo e jurisprudencial colhido junto ao STF.

O material bibliográfico pesquisado, submetido à técnica de análise documental, permitirá a extração de conteúdo de seus contextos originais, submetendo-os e correlacionando-os com outros contextos, especialmente o construído pela presente pesquisa, sendo, ao final, submetido à crítica. Adotar-se-á como referencial teórico a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito de Lênio Luiz Streck (2002) no sentido de que, torna-se imperativo discutir a crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica, e seus reflexos na sociedade, a partir do papel de uma justiça constitucional.

O trabalho está estruturado a partir de uma introdução, dois capítulos teóricos, um capítulo de análise e as considerações finais. Nos capítulos teóricos têm-se a discussão a partir da Teoria Clássica da Separação de Poderes e os paradigmas do Estado de Direito e, no segundo, uma discussão sobre técnicas de interpretação constitucional a partir da Constituição Federal de 1988. Por fim, uma análise da atuação do STF e das duas decisões judiciais (ADPF 402/DF e MS 37097/DF) e alguns apontamentos críticos sobre a legalidade perdida.

2. TEORIA CLÁSSICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

É importante conceituar o princípio da Separação de Poderes com base em fundamentos teóricos, como forma de explicar o porquê se faz necessário separar os poderes do Estado. De acordo com Streck e Morais (2004), desde Aristóteles a preocupação se devia a concentração de poderes nas mãos de um soberano e, já no pensamento aristotélico, a estratégia de desconcentração do poder político se apresentava como forma de diminuição deste poder. Portanto, como forma de minimizar os poderes do Estado - já em sua concepção moderna – tem-se a estratégia de distinguir as funções do Estado, atribuindo-as a órgãos diversos e que pode ser entendida como instrumentos de dispersão do poder no sentido de evitar uma concentração que, por conseguinte, acarretaria uma absolutização dele.

É nesse sentido que precisa ser visto desde sua origem, colocando-se como estratégia de desconcentração do poder político. Por óbvio que outros aspectos precisam ser considerados, mas é este, talvez, o de maior repercussão, muito embora, para compreendermos os seus contornos, é preciso que tenhamos presente, ainda, a pretensão de aumentar a eficiência do Estado pela divisão das tarefas e especialização dos organismos (MORAIS; STRECK, 2004, p.163).

Ainda, para os autores Streck e Morais (2004), a construção sistemática desta teoria coaduna com o processo histórico da concretização do Estado Moderno. De acordo com os autores, as obras de Marsílio de Pádua (Defensor Pacis), Maquiavel (O Príncipe) e John Locke (Segundo Tratado sobre o Governo Civil) contribuíram significativamente para tal construção.

Porém, foi com Montesquieu e sua obra *De L'Esprit des Lois* (Do Espírito das Leis, 1748) que emergiu a percepção de uma real tripartição de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) na ideia de poderes independentes entre si.

Foi, contudo, com Montesquieu que emergiu a percepção de uma tripartição (Executivo, Legislativo e Judiciário) de funções como “poderes” independentes entre si. Entretanto, permanecem obscuras as atribuições de cada um deles. No Estado Moderno, a separação de poderes ou especializações de funções atua conjuntamente com o constitucionalismo no sentido de delimitação do poder do mesmo (MORAIS; STRECK, 2004, p.164).

A teoria da Separação de Poderes de Montesquieu recolocou a questão sobre o poder, de forma que este passasse a ser limitado. Para ele, o poder do Estado deveria dividir-se em funções específicas, (especialização funcional), atribuídas a órgãos independentes (independência orgânica), possibilitando a limitação do poder em razão da sua incompletude. Em outras palavras, o poder era limitado pelo próprio poder, de forma que não seria mais

absoluto. Assim, a partir daquela teoria foi desenvolvido o sistema de freios e contrapesos, o assim chamado *checks and balances*, que se caracteriza como um mecanismo de controle recíproco entre os chamados três poderes, o que para Costa,

A aplicação dessas faculdades daria ao Executivo o poder de frear as iniciativas do Legislativo, evitando a sua transformação em um poder despótico. O Legislativo, por sua vez, poderia examinar o modo como foram executadas as leis que elaborou. Logo, o objetivo destes mecanismos era o de evitar a concentração de poder (COSTA, 2018, p.65).

Nota-se, então, que a separação de poderes foi um dos princípios basilares da concepção de Estado de Direito. Segundo Camilloto (2019),

Com base no pensamento de Montesquieu, a separação dos Poderes tornou-se um dos princípios fundantes do conceito de Estado de Direito, encontrando abrigo no texto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e influenciando diretamente o pensamento iluminista do século XVIII e o constitucionalismo do século XIX (CAMILLOTO, 2019, p.10).

Todavia, a crescente importância dada aos textos constitucionais, desde o projeto de modernidade até a contemporaneidade, trouxe o Judiciário para o centro desse debate. É sabido que no Estado Democrático de Direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica, cristalizando-se no princípio da supremacia da Constituição. Neste contexto, a supremacia da Constituição permite o desenvolvimento do controle de constitucionalidade e eleva o Poder Judiciário à condição de tribunal constitucional, ou suprema corte, com competência funcional de interpretação das normas jurídicas no tocante à conformidade com a constituição.

É característica do Estado Constitucional de Direito a supremacia da Constituição, com a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. De acordo com Costa (2018), em meados do século XX surge na Europa uma teoria que traz em seu escopo o conceito de força normativa da Constituição. A teoria desenvolvida por Konrad Hesse preconiza que o texto constitucional não é apenas como uma carta de intenções, mas sim, um documento com força normativa e eficácia imediata, o que dá sustentação a todo o ordenamento jurídico.

Ora, é preciso lembrar com Konrad Hesse, que o texto constitucional traz uma necessária vinculação constitucional. Ou seja, no texto escrito da Constituição, nascem fixações que aumentam o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade constitucional, que se perdem quando a constituição escrita não é mais considerada taxativamente vinculativa (STRECK, 2012, p.52).

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe a orientação que esta seria a fonte orientadora de todo o ordenamento jurídico. Todavia, cresceu no Brasil um movimento de cunho ativista cujo pretexto era (e ainda é) a superação do positivismo jurídico através de uma hermenêutica capaz de favorecer a concretização de direitos fundamentais e o projeto democrático previsto no texto constitucional (COSTA, 2018, p.66).

Entretanto, de acordo com Costa (2018), é necessário lembrar que a própria existência da constituição é um fator de limitação do poder. A harmonia e a autonomia dos poderes são imprescindíveis no sistema de freios e contrapesos. Nesse aspecto, cada poder não deve se envolver nos casos e controvérsias internas de outro, além de respeitar as prerrogativas e os limites de cada poder. Afinal, no Estado de Direito não existe poderes ilimitados, na medida em que os marcos da competência são firmemente delimitados pelo constituinte originário e não podem ser transpostos, sob pena de se tensionar antidemocraticamente as relações institucionais.

2.1 Princípio da Separação de Poderes e o conceito de Estado de Direito: os paradigmas do Estado de Direito (Liberal, Social e Democrático)

Pode-se afirmar que Estado de Direito é uma situação jurídica, ou ainda, um sistema institucional, no qual todos estão submetidos ao Direito. Todavia, Estado e Direito são complementares e interdependentes. Segundo Morais e Streck (2004), o Estado de Direito emerge como uma construção própria à segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha – como *Rechtstaat* – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa. Todo esse esforço teórico se aportava em um debate apropriado pelos juristas e diretamente ligado à ideia de uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito. Morais e Streck (2004) apontam três visões próprias a este fenômeno:

A – Visão formal, onde se vincula a ação do Estado ao direito, ou seja, a atuação estatal é jurídica, produzindo-se através de regras de direito; B – Visão hierárquica, na qual a estruturação escalonada da ordem jurídica impõe ao Estado sua sujeição ao Direito; C – Visão material, que implica a imposição de atributos intrínsecos ao Direito, ou seja, aqui, a ordem jurídica estatal produz-se tendo certa substancialidade como própria. Há uma qualificação do Estado pelo Direito e deste por seu conteúdo (MORAIS; STRECK, 2004, p.86).

Importante fazer uma diferenciação no sentido de que o Estado de Direito não é Estado de Polícia – no qual o Direito é apenas um instrumento sob plena disponibilidade do Estado – nem se trata de um Estado Legal – no qual, mesmo sendo a lei o limite e condição da atividade administrativa, não há exclusividade hierárquica da ordem jurídica. Para Moraes e Streck (2004), o Estado que se juridiciza ou legaliza é (ou deve ser) mais exigente que a configuração conceitual do Estado jurídico/legal. Para além da legalidade estatal, o Estado de Direito representa e referenda um algo mais que irá se explicitar em seu conteúdo:

[...] o Estado de Direito não é mais considerado somente um dispositivo técnico de limitação de poder, resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas, é também uma concepção que funda liberdades públicas e de democracia. O Estado de Direito é, também, uma concepção de fundo acerca das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica (MORAIS; STRECK, 2004, p.88).

Portanto, em uma perspectiva de paradigmas, o Estado de Direito ora se apresenta como liberal em sentido estrito, ora como social e, em última perspectiva, como um estado democrático. Porquanto, em cada um desses paradigmas, o Direito é moldado com seu conteúdo de acordo com as compreensões jurídicas de uma época, refletidas por ordens jurídicas concretas. Importante apresentar ainda a perspectiva da ideia de paradigmas adotada no presente trabalho. Segundo Oliveira (2002), na própria história do direito moderno, os paradigmas de Direito de maior sucesso, e que, ainda hoje competem entre si, são os do direito formal burguês e do direito materializado do Estado Social.

Ainda segundo Oliveira (2002), o termo paradigma foi apresentado na discussão epistemológica contemporânea como consenso científico, enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo, a partir do conceito concebido por Thomas Kuhn. Isso significa que, as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas por ordens jurídicas concretas, portanto leis e códigos, referem-se a imagens implícitas que se tem da própria sociedade. Ou seja, nada começa do zero, de uma ruptura, há sempre um estrutura de práticas e também de como aplicar o direito, de modo que uma perspectiva orienta o próximo projeto de realização de uma comunidade jurídica.

2.2 O Estado Liberal de Direito

O Estado de Direito Liberal institucionalizou-se após as revoluções constitucionais (inglesa, americana e francesa) no fim do século XVIII, constituindo o primeiro regime

jurídico-político da sociedade que materializava as novas relações econômicas e sociais, colocando de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e do outro a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência).

A Revolução Inglesa foi a primeira das revoluções burguesas e compreende a Revolução Puritana, o *Commonwealth* e a Revolução Gloriosa. Segundo Lima (2016), iniciou-se em 1640 e terminou em 1688 dando origem ao primeiro país capitalista do mundo, concebido em uma monarquia constitucional de matriz liberal. As causas da revolução permeiam aspectos sociais, econômico, culturais e políticos da sociedade inglesa do século XVII.

A Revolução Inglesa proporcionou profundas mudanças nas relações de poder entre a sociedade inglesa e o Estado. Notadamente, houve uma transferência do poder político para uma nova classe social, a burguesia, que se destacava como uma classe interessada no crescimento econômico através do capitalismo. De acordo com Lima (2016) a Revolução Inglesa foi a primeira revolução burguesa a por fim ao regime absolutista, sendo finalizada com a promulgação do *Bill of Rights* inglês em 1689.

Apesar de a Revolução Americana anteceder a Francesa, sua fonte de inspiração, foi também a Filosofia das Luzes que envolveu a Europa e chegou à América do Norte nos séculos 17 e 18 (LIMA, 2016). Todavia, as causas específicas ligadas à realidade das colônias norte-americanas que ensejaram sua independência em 1776. Logo, as colônias reuniram-se em uma confederação e posteriormente em Estado federado com a promulgação da Constituição norte-americana em 1787. Segundo Lima (2016),

Diferentemente da Revolução Francesa, a Americana não revolucionou a sociedade americana colonial em relação a sua estrutura social e econômica, uma vez que o absolutismo nunca havia chegado à América. O que ela fez foi romper definitivamente com a subordinação das colônias à metrópole, proclamando a independência de todas elas e a formação inicial de uma confederação. Com a Constituição de 1787, formou-se um novo Estado, os Estados Unidos da América, por meio da união de todas as ex-colônias em um Estado federado (LIMA, 2016, p.102).

A Revolução Francesa de 1789 foi uma revolta social da burguesia, inserida no Terceiro Estado francês, que se elevou do patamar de classe dominada e discriminada para dominante e discriminadora, destruindo os alicerces que sustentavam o absolutismo (antigo regime), pondo fim ao Estado Monárquico autoritário. Segundo Oliveira,

Em linhas gerais, a imagem de sociedade implícita ao paradigma liberal de Direito e de Estado é caracterizada pela divisão em sociedade civil e em sociedade política, representados, respectivamente, pela esfera privada, ou seja, vida individual, família e mercado (trabalho e empresa capitalista), e esfera pública, cidadania política, representação política e negócios do Estado (OLIVEIRA, 2002, p.55).

Com o paradigma liberal, o Estado através do direito positivo garante a certeza das relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos. No que diz respeito à esfera pública, a Constituição é concebida segundo Canotilho *apud* Oliveira:

[...] a ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político (CANOTILHO *apud* OLIVEIRA, 2002, p.55).

Para o autor, tendo a Constituição como estatuto jurídico-político e, sendo o Estado organizado por ela, bem como, estabelecida a limitação do poder político, pode-se dizer que legitimado pelo direito e pelo regime representativo, passa a ser concebido como Estado de Direito, como Estado Constitucional. Logo, um dos principais princípios deste Estado, é da separação de poderes, no qual se atribui a órgãos distintos diferentes poderes dentro de um sistema de controles recíprocos. Nesse sentido, dentro do paradigma do Estado Liberal, cabe ao Legislativo a função de elaborar as leis, fontes supremas do direito.

Ao Judiciário, caberia dirimir conflitos e quanto ao Executivo, caberia a tarefa de implementar o Direito, garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais. Dessa forma, como caracterizaria tal Estado? Qual a compreensão liberal do direito? Marcelo Cattoni de Oliveira assim define:

O Direito é uma ordem, um sistema fechado de regras, de programas condicionais, que tem por função estabilizar expectativas de comportamento temporal, social e materialmente generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo (OLIVEIRA, 2002, p.57).

Assim, o Estado Liberal é responsável pela criação dos assim chamados direitos de primeira geração (ou dimensão)¹. De acordo com Fernandes (2015),

¹ Segundo Fernandes (2015), Paulo Bonavides foi um dos principais juristas a tornar celebre a leitura (separação), operada dentro do constitucionalismo, que trabalha os direitos fundamentais classificando-os a partir de um perfil histórico e, por isso mesmo, os agrupa a partir de **gerações de direitos**. [...] Para alguns doutrinadores, a tese das **gerações (dimensões)** de direitos fundamentais não se mostra adequada ao momento contemporâneo, pois não lograria explicar por si mesma a complexidade de formação histórica e social dos direitos. Uma primeira crítica seria a da ideia de que uma geração nova eliminaria a antiga. Ou seja, a velha

[...] os direitos de primeira geração (ou dimensão para alguns) seriam chamados também de direitos de liberdade: direitos civis e políticos, que inaugurariam o constitucionalismo no Ocidente, no final do século XVIII e início do século XIX. Seu titular é, então, o indivíduo, ao passo que encontra no Estado o dever de abstenção (FERNANDES, 2015, p.315).

Tais direitos são próprios da condição do indivíduo e o modelo estatal apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa. No entendimento de Morais e Streck (2004), trata-se de uma garantia dos indivíduos cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana. Nesse sentido, há um isolamento jurídico entre sociedade e Estado e uma supervalorização do homem singular.

2.3 O Estado Social de Direito

A igualdade formal e a inércia do Estado Liberal em face das questões sociais, serviram para expandir a concentração de renda no capitalismo, agravando a situação da classe trabalhadora, que passava a viver sob condições miseráveis. O descompromisso com o aspecto social, agravado pela eclosão da Revolução Industrial no Ocidente, submetia o trabalhador a condições desumanas e degradantes, a ponto de algumas empresas exigirem o trabalho diário dos operários por doze horas ininterruptas.

No outro extremo, com o fim da Primeira Guerra Mundial e a ascensão do proletariado russo que, desde 1905 produzia diversas greves, culminou na Revolução Russa de 1917, conduzindo os trabalhadores a se organizarem com o objetivo de resistir à exploração, em que “a Rússia ultrapassou de um salto a democracia puramente formal” para o comunismo (TROTSKY, 2017, p.41).

Esse movimento configurava a possibilidade de uma ruptura violenta do Estado Liberal, devido a grande adesão de operários do ocidente europeu. A burguesia, hesitando a expansão dos ideais pregados pela Revolução Russa, adotou mecanismos que afastassem os trabalhadores da opção revolucionária, surgindo, então, o Estado Social, com as seguintes

geração seria sucumbida (ou substituída) pela nova (como se o surgimento de direitos sociais eliminasse os direitos individuais). De acordo com Fernandes (2015) em um segundo momento chegou-se à conclusão de que a geração (ou **dimensão**) nova **não** eliminaria a antiga, mas teríamos sim um acréscimo no rol de direitos fundamentais. Nesse sentido o autor propõe uma leitura paradigmática da questão uma vez que, a cada “geração” não só assistimos à **inserção** de novos direitos, mas também a uma **redefinição** do sentido e do conteúdo dos direitos anteriormente fixados. Logo, ao falar em uma segunda geração de direitos, é inevitável que voltemos os olhares para os direitos de primeira geração e busquemos desenvolver uma leitura compatibilizada e harmonizada desses dois níveis (FERNANDES, 2015, p.315-320).

características: intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social.

Verifica-se, assim, que o Estado Social (ou do Bem-Estar), apesar de possuir uma finalidade diversa da estabelecida no Estado de Direito, possuem afinidades, uma vez que, utiliza deste, o respeito aos direitos individuais, notadamente o da liberdade, para construir os pilares que fundamentam a criação dos direitos sociais.

A sociedade do pós-Primeira Guerra, a “sociedade de massas”, para usar uma expressão consagrada pela sociologia do século XX, compreende-se dividida em sociedade civil e Estado. Não mais uma sociedade de indivíduos-proprietários privados, mas sim uma sociedade conflituosa, dividida em vários grupos, coletividade, classes, partidos e facções em disputa, cada qual buscando seus interesses. Não mais um Estado Liberal “neutro”, distante dos conflitos sociais, mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas “públicas” de “vida boa” (OLIVEIRA, 2002, p.59).

Isso modifica sobremaneira a concepção paradigmática até então vigente, a do Estado Liberal. Ocorre uma redefinição dos clássicos direitos de vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. Segundo Oliveira (2002), o cidadão-proprietário do Estado Liberal passa a ser encarado como o cliente de uma administração pública garantidora de bens e serviços.

No paradigma do Estado Social, os direitos fundamentais são reinterpretados assim como o princípio da separação de poderes. Segundo Oliveira (2002), caberia falar de funções do Estado e não em separação de poderes. Quanto ao Legislativo, caberia a função de fiscalizar e apreciar as atividades da Administração Pública, bem como, a atuação econômica do Estado. Nos dizeres de Oliveira (2002, p.61), “ao Judiciário caberia o exercício da função jurisdicional, a aplicação do direito material vigente aos casos concretos submetidos à sua apreciação”. O autor finaliza afirmando que, cabe ao juiz, enfim, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do direito, a fim de se garantir a justiça no caso concreto.

2.4 O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito se apresenta como uma tentativa de superação do Estado de Bem Estar Social. Segundo Morais e Streck (2004), esse novo conceito nasce de uma tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição

de conceitos, mas sob um conteúdo próprio, em que estejam presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social.

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica (MORAIS; STRECK, 2004, p.93).

Ainda, segundo os autores, alguns princípios regem o Estado Democrático de Direito dentre eles: o da constitucionalidade, o da organização democrática da sociedade, o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, o da justiça social, o da igualdade, o da divisão de poderes, da legalidade e da segurança e certeza jurídica. Nesse sentido, buscava-se ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito.

Para Fernandes (2015), a própria noção de cidadania deve ser enfocada sob outra perspectiva, não mais atrelada à ideia de vantagem ou benefício, mas sim como um processo que envolve aprendizado, fluxos e refluxos e sempre numa luta contínua de reconhecimento. O autor citado adota para suas análises a linha da “teoria discursiva da democracia habermasiana” e, nesse sentido, traz à baila uma caracterização reflexivo-procedimental da Constituição de um Estado Democrático de Direito:

Temos que a Constituição deve ser compreendida como a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais que representam as condições procedimentais para a institucionalização da democracia, nos âmbitos e nas perspectivas específicas do processo legislativo, jurisdicional e administrativo, e que garante, ainda, espaços públicos informais de geração da vontade e das opiniões políticas (FERNANDES, 2015, p.70-71).

Ao assumir uma postura democrática, o Estado de Direito advoga como um dos seus objetivos a igualdade. A lei serve como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada somente à sanção ou à promoção. Todavia, a novidade desse Estado não está em uma revolução das estruturas sociais, segundo Morais e Streck (2004) deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Portanto, o Estado de Direito adequado aos princípios democráticos se desvela em um modelo no qual a democracia vincula Estado e Direito.

3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como marco inicial dos direitos fundamentais, a doutrina comumente indica a Magna Carta Inglesa de 1215 como contribuição significativa para a formação das Constituições de grande parte dos Estados modernos ocidentais. Destaca-se que, foi a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia em 1776 a Constituição a trazer a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, no qual se nota que os direitos fundamentais foram positivados e organizados de forma mais coerente e oportuna, como exemplifica Tavares (2014):

[...] logo após a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, e da conclamação do Congresso reunido em Filadélfia para que os Estados-membros adotassem constituições próprias, o Estado da Virgínia foi o primeiro a adotar uma nova Constituição, por obra da Convenção de Williamsburgh, documento que apresentava uma declaração solene de Direitos (*Bill of Rights*), adotada pela mesma Convenção em 12 de junho de 1776 (TAVARES, 2014, p.337-338).

De modo a compreender melhor o escopo dos direitos fundamentais, não se deve perder de perspectiva que a universalidade dos direitos fundamentais se deu a partir de 1789 com a Revolução Francesa, oportunidade em que foi, de forma precisa, consignada no texto constitucional a proclamação da liberdade, da igualdade, das garantias individuais e à dignidade humana, interligados a valores históricos e filosóficos. A Revolução Francesa inegavelmente universalizou e difundiu, de forma marcante, os direitos fundamentais. Segundo Bonavides (2013):

Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano (BONAVIDES, 2013, p.580).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a queda do nazismo, os juristas europeus, especificamente os alemães, entraram em uma profunda crise, visto que o nazismo representou um fracasso total no que diz respeito ao uso do direito como forma de legitimação das atrocidades cometidas. O direito positivo, no dizer de Marmelstein (2013), possui uma

validade, uma força obrigatória e suas normas devem ser obedecidas incondicionalmente pelas autoridades e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo.

Desta feita, a teoria dos direitos fundamentais se consolidou perante a comunidade jurídica internacional a partir do fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) em virtude do argumento de que a dignidade da pessoa humana é um valor que deve legitimar, fundamentar e orientar todo e qualquer exercício de poder.

No Brasil, o ápice da teoria dos direitos fundamentais se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inaugurou um novo ciclo no cenário jurídico nacional, além do que, pretendeu-se sepultar o autoritarismo advindo de anos de Ditadura Militar (1964-1985), no qual não havia respeito às garantias individuais, não existia liberdade de expressão e nem liberdade política, pois os direitos constitucionais dos cidadãos brasileiros foram suprimidos. As práticas de tortura, perseguições ideológicas e a repressão eram institucionalizadas sob uma forte liderança do Poder Executivo que governava por meio de Atos Institucionais e Complementares.

Notadamente, a Constituição Federal de 1988 é de um simbolismo singular, uma vez que, mesmo correndo o risco de não ser efetivada por ausência de vontade política, assumiu uma postura vanguardista em favor da redução das desigualdades sociais, dos direitos fundamentais, da democracia e de todos os valores ligados à dignidade da pessoa humana, que na definição de Piovesan (2014):

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na Constituição de 88 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional (PIOVESAN, 2014, p.498-499).

Corroborando do mesmo entendimento, Marmelstein (2013) distingue que a dignidade da pessoa humana é um elemento intrínseco ao conceito de direitos fundamentais, o que significa dizer que nenhuma pessoa pode invocar direitos fundamentais para justificar a violação da dignidade de outros seres humanos.

Com a referida Constituição, houve uma considerável ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais todos explicitados no artigo 5º. Outro aspecto que merece ser abordado é o de que a declaração dos direitos fundamentais foi destacada no início do texto

constitucional, Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), rompendo assim com a técnica das Constituições anteriores que situavam os direitos fundamentais na parte final do texto, após a organização do Estado. Isso torna clarividente que todas as instituições estatais estão condicionadas aos direitos fundamentais e que os mesmos deverão ser observados, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário e todas as questões pertinentes a estes órgãos como orçamento e ordem econômica, por exemplo, são orientados e delimitados por tais direitos.

Sobre a classificação dos direitos fundamentais, pode-se dizer que o texto constitucional os distinguiu basicamente em cinco grupos, a saber: os direitos individuais; direitos coletivos; direitos sociais; direitos à nacionalidade, e direitos políticos. Os direitos individuais estão intimamente relacionados com o conceito de pessoa humana e de personalidade, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade e à liberdade. Nos direitos coletivos, tem-se a ideia exata de direitos pertencentes a uma coletividade, ou seja, pertinentes a um grupo de pessoas.

Os direitos sociais relacionam-se com as liberdades e prestações positivas do Estado, e visam à melhoria das condições de vida dos hipossuficientes econômicos e dos setores mais vulneráveis da sociedade, estando disciplinados, não só no artigo 6º da Magna Carta, mas também no artigo 201 do mesmo diploma legal. São os direitos de conteúdo econômico e social que almejam a melhoria significativa das condições de vida e de trabalho dos cidadãos.

Os direitos à nacionalidade tratam dos vínculos jurídicos e políticos que se estabelecem entre o indivíduo e o Estado, capacitando o primeiro a exigir proteção do segundo e sujeitando-o, outrossim, a deveres, cuja disciplina se encontra na norma do artigo 12 da Lei Maior. Já os direitos políticos, que se encontram enumerados no artigo 14 da Constituição da República, versam sobre regras organizadoras das formas de atuação da soberania popular, franqueando ao indivíduo o exercício da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado. São, na verdade, os direitos de participação da vida política nacional, o que inclui o direito de votar e de ser votado. A nacionalidade é um vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado. A cidadania é um vínculo político que confere ao nacional o direito de participar da formação da vontade política do Estado, enquanto a naturalidade é um mero vínculo territorial, que indica tão somente o local de nascimento de alguém.

Há de se considerar que, embora ainda exista descompasso entre o texto constitucional e a realidade socioeconômica brasileira, observa-se uma nitidez em matéria de direitos

fundamentais desde que a Constituição passou a vigorar, demonstrando que, a Constituição de 1988 é um marco, um divisor de águas.

Com o advento do que se convencionou denominar pós-positivismo² e da teoria dos direitos fundamentais, as premissas básicas da hermenêutica tradicional sofreu profundas transformações, uma vez que, a partir do momento em que se admite a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, o aplicador-interprete se vê obrigado a sempre buscar argumentos na própria Constituição, o que torna a norma constitucional o principal parâmetro da argumentação jurídica, que nada mais é, segundo Alexy (2008), uma atividade linguística e que trata da correção dos enunciados normativos.

Tendo como pressuposto de análise a Constituição Federal de 1988, há que se considerar que interpretar normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais não se trata de uma tarefa fácil, pois demandam uma maior atenção por parte do intérprete, tendo em vista que elas consubstanciam um núcleo de direitos que ocupam um lugar privilegiado dentro de nossa ordenação jurídica. Observa-se ainda, por conta da grande diversidade de ideias dentro do processo constituinte em virtude dos diferentes segmentos da sociedade ali representados, certa vagueza de definições e, muitas das vezes, valores até contraditórios. Em profícua observação, Marmelstein (2013) exemplifica:

[...] observa-se grupos com ideologias e interesses diferentes e que para, por conseguinte terem normas de seus respectivos interesses aprovadas, optaram por utilizar termos vagos e imprecisos, deixando para o Judiciário e para o legislador ordinário a tarefa de solucionar os conflitos resultantes das ambiguidades constitucionais. Perceba que não é tão simples definir o que é, por exemplo, igualdade, dignidade da pessoa humana, devido processo, função social da propriedade, etc (MARMELSTEIN, 2013, p.351).

Partindo deste pressuposto, pode-se denominar que a interpretação da Constituição é um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência (perspectiva do positivismo), com base em critérios ou premissas filosóficas, metodológicas ou

² Importante caracterizar o “pós-positivismo” que mesmo tendo pontos de convergência com o neoconstitucionalismo, essas concepções não podem ser tratadas como sinônimas ou idênticas. Segundo Fernandes (2015) assemelham-se, não apenas por terem surgido e desenvolvido no período do segundo pós guerra, mas também por adotarem uma metodologia idêntica, por compartilharem de uma mesma plataforma teórica e por terem uma ideologia muito próxima. Diferem-se, no entanto, por atuarem em planos distintos e por não advogarem, ao menos necessariamente, a mesma tese acerca da relação do direito e a moral. O pós-positivismo pretende ser uma teoria geral do direito aplicável a todos os ordenamentos jurídicos, cujo aspecto distintivo consiste na defesa de uma conexão necessária entre o direito e a moral. O neoconstitucionalismo propõe-se a ser uma teoria desenvolvida para um modelo específico de organização jurídico-política (constitucionalismo contemporâneo) característico de determinados tipos de Estado (Estado constitucional democrático), no qual, a incorporação de um extensivo rol de valores morais pelo direito, sobretudo por meio dos princípios constitucionais, inviabiliza qualquer tentativa de separação entre os valores éticos e o conteúdo jurídico (FERNANDES, 2015, p.63).

epistemológicas mesmo que diferentes, mas em geral, complementares. Cabe ressaltar alguns desses métodos que, segundo Carvalho (2009), são denominados:

1 - **Método jurídico:** Parte da consideração de ser a Constituição uma lei, que pode e deve ser interpretada utilizando-se os cânones ou regras tradicionais da hermenêutica, destaca-se elemento filológico, elemento lógico, elemento histórico, elemento teleológico e elemento genético;

2 - **Método tópico-problemático:** Parte das premissas, caráter prático da interpretação constitucional, caráter aberto, fragmentário ou indeterminado, preferência pela discussão do problema em virtude da abertura daquela norma;

3 - **Método hermenêutico concretizador:** Teorizado por Konrad Hesse, pelo qual a leitura de um texto constitucional inicia-se pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete, a quem cabe concretizar a norma para e a partir de uma situação histórica concreta;

4 - **Método científico-espiritual:** Método pelo qual a interpretação da Constituição deve levar em conta a ordem ou o sistema de valores subjacentes ao texto constitucional, bem como o sentido da realidade que ela possui, como elemento do processo de integração;

5 - **Método normativo-estruturante:** Através do qual o intérprete-aplicador deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização, um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma e outro resultante da investigação do referente normativo (CARVALHO, 2009, p.326).

Para conseguir extrair todo o significado das normas constitucionais, o intérprete muitas das vezes precisa buscar elementos fora do texto constitucional, ou seja, para uma maior lucidez na compreensão dos princípios fundamentais, que Piovesan (2014) preceitua ser imprescindível o estudo das concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy, pioneiros na tratativa dos princípios. Piovesan (2014), numa leitura sobre a obra de Dworkin aponta que,

A norma (*norm*) em sentido lato, alberga como espécies tanto as regras (*rules*) quanto os princípios (*principles*). Isso porque, em sua concepção, com a qual se concorda, dentro do esquema das normas, a regra segue o sistema do “tudo ou nada” (*all or nothing fashion*), sendo que sua incidência ou não a cada caso concreto liga-se puramente a uma questão de vigência. Com isso, a incidência de uma dada regra ao caso concreto, por si, exclui a de outras, que não se amoldam perfeitamente àquela situação. Com os princípios por outro lado, normas que também eles são, a dimensão é já de valor, de peso, donde a incidência de um deles não necessariamente afasta a incidência de outro (PIOVESAN, 2014, p.531).

Para Dworkin (2002) a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. Logo,

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Já os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância (DWORKIN, 2002, p.39/44).

Com fulcro nesta diversidade, pode-se extrair que enquanto a convivência entre normas é antinômica, a de princípios é necessariamente conflituosa e, uma vez coexistindo, há uma configuração de balanceamento, uma harmonização entre ambos, um juízo de ponderação.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa, no entendimento de Alexy (2008). O referido autor traz à baila a seguinte definição numa colisão entre princípios:

[...] se dois princípios se colidem, o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro é permitido, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta (ALEXY, 2008, p.93).

Pode-se aferir que a solução dos conflitos entre direitos fundamentais é complexa, carecendo muitas das vezes de um balizamento das normas constitucionais a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como regra geral que valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (CARVALHO, 2009). Vale ressaltar que, o que se deve buscar é a máxima efetividade, o agente concretizador deve atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos.

Com base nessas premissas, tem-se como consequência racional a introdução de formas e regras especiais de argumentação jurídica, sua institucionalização como ciência jurídica e sua inclusão no contexto dos precedentes. Na jurisdição constitucional brasileira são persistentes as discussões que giram em torno das fundamentações utilizadas nas decisões judiciais e suas respectivas bases teóricas que possibilitem certa dose de coerência e confiabilidade na atividade dos magistrados. Deste modo, filia-se a um estudo da racionalidade, mesmo sabendo-se das variadas formas de aplicação e de conceitos empregados nas diversas áreas do conhecimento, atrelado ao formulado por Alexy. Uma racionalidade garantida pelo cumprimento de regras e formas do discurso prático racional geral, visando à correção de argumentos, ou seja, é correto o que é discursivamente racional.

A expressão "neoconstitucionalismo"³, muito utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo, se mostra, à *contrário sensu*, o

³ A palavra "neoconstitucionalismo" não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo (s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel

mesmo constitucionalismo⁴. O emprego do prefixo *neo* remete à ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. Todavia, há que se considerar que, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional.

A partir do ponto de vista metodológico-formal, depreende-se que o constitucionalismo contemporâneo opera, sobre algumas premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos (FERNANDES, 2015). São elas a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade, com a irradiação das normas constitucionais e valores constitucionais, sobretudo relacionados aos direitos fundamentais (busca pela efetividade dos direitos fundamentais, tendo em vista sua eficácia irradiante), para todos os ramos do ordenamento; reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; rejeição do formalismo e a busca mais frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico como: a ponderação, tópica, teorias da argumentação, metódica estruturante, entre outros; reaproximação entre o direito e a moral (para alguns doutrinadores: um “moralismo jurídico” ou uma “leitura moral da Constituição”); judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (FERNANDES, 2015 p.61).

Carbonell, e publicada na Espanha em 200. Segundo o autor, Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dorkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. (SARMENTO, 2009, p.95-96).

⁴ Manuel Atienza em entrevista a André Rufino do Vale no Portal Os Constitucionalistas, afirma que a discussão em torno do chamado “neoconstitucionalismo” é um acúmulo de confusões. Para começar, o próprio termo é confuso (equivoco e equivocado): não tem sentido chamar assim uma teoria do Direito que nunca foi precedida por uma teoria “constitucionalista”. É também equivocada sustentar que as teses que comumente se apreendem dos autores “neoconstitucionalistas” estão respaldadas pelas obras de autores como Dworkin, Alexy, Nino ou Ferrajoli, que, certamente, nunca se autodenominaram “neoconstitucionalistas”. Enfim, se por “neoconstitucionalismo” se compreende uma teoria que nega que o raciocínio jurídico seja distinto do raciocínio moral, que identifica o Direito com os princípios e se desentende das regras, que promove a ponderação frente à subsunção e que apoia o ativismo judicial, então essa é, sem mais, uma concepção equivocada, insustentável, do Direito. Pode-se entender, não justificar, como uma reação frente ao formalismo jurídico, que provavelmente continue sendo o traço mais característico da cultura jurídica nos países latinos. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/manuel-atienza-discussao-sobre-neoconstitucionalismo-e-um-acumulo-de-confusoes>. Acesso em: outubro de 2020.

Segundo Fernandes (2015), em consequência, têm-se uma releitura da teoria das normas (conforme já citado: reconhecimento da normatividade dos princípios, a exigência de procedimentos complexos como o da ponderação para a solução de colisões entre eles), da teoria das fontes (uma vez que há o desenvolvimento e fortalecimento do papel do judiciário levando a uma ampliação da judicialização das questões político-sociais assumindo o judiciário um papel central) e da teoria da interpretação (conforme já citado: a necessidade de novas posturas interpretativas à luz do papel assumido pela Constituição no que tange à sua centralidade e força normativa).

Com base nessa inferência, o Neoconstitucionalismo seria na verdade, segundo Streck (2013), um Constitucionalismo Contemporâneo, no qual, o direito deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais, circunstância que pode ser facilmente constatada a partir do exame dos textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra.

Dentro de escolhas que visam garantir a pacificidade entre os sujeitos participantes de uma relação social, é necessária a construção de um sistema jurídico que tenha por escopo, dentre outras características, a promoção de uma finalidade garantística, a centralidade dos direitos e garantias fundamentais, corolário de um Estado Democrático de Direito, bem como um órgão que dê praticidade a esse sistema, que na sociedade atual, por existir uma crença, por vezes míope, de que o grande controlador do poder no processo de tomada de decisões de problemas que envolvem a garantia de um direito, é o Judiciário.

Considerando que o advogado, o juiz e o promotor dedicam a maior parte do seu tempo tentando encontrar uma solução jurídica, pautada sobretudo nas normas jurídicas para os diversos conflitos de interesses que lhes são apresentados, pode-se inferir que o direito é interpretação e tudo se baseia em uma questão de hermenêutica. Segundo Marmelstein (2013), a interpretação jurídica possui dois momentos distintos: em primeiro lugar, ela envolve uma fase introspectiva, na qual o jurista, intuitivamente, descobre a solução, que no seu sentir, é a mais justa para aquele caso. Não há nesse momento uma preocupação em ser racional. Já o segundo momento, trata-se da exteriorização racional do seu ponto de vista, baseada em argumentos fundamentados em normas positivadas no ordenamento jurídico, o que se dá por meio da argumentação e do discurso jurídico.

Portanto, deve-se enfatizar que ao se falar de uma nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação dos valores e teoria da argumentação, não está se renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a validade das soluções

subsuntivas, mas sim, demonstrar que a nova interpretação é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega ideias que anunciam novas perspectivas e abertas a novas demandas.

O exame sobre direitos fundamentais, bem como toda a estrutura das normas de direitos fundamentais em todas as suas dimensões, demonstrou a necessidade da construção de uma democracia material, onde as normas constitucionais que outorgam no mundo dos fatos sejam realmente efetivadas.

A concretização dos direitos fundamentais só é obtida quando o cidadão concretamente alcança o gozo daquilo que a Constituição prescreve. A mera sentença judicial - muita das vezes sem a devida fundamentação - ou decreto executivo, apenas indiretamente contribuem para o gozo do direito; daí raciocinar que tais atos correspondem à “concretização” dos direitos fundamentais. A concretização da Constituição representa o estreitamento entre o ser e o dever ser, a obediência leal do preceito normativo.

3.1 Ponderação alexyana e ativismo norte-americano

Com a promulgação da Constituição de 1988 novos modos de análise foram exigidos, e fez-se necessário nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e uma nova teoria hermenêutica. Segundo Streck (2012), com a nova Constituição de 1988, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais a pergunta que se colocava era: de que modo podemos olhar o novo com os olhos do novo? De acordo com o próprio autor, nossa tradição jurídica estava assentada em um modelo liberal-individualista, pautada em conceitos da formação do direito privado germânico e francês, em que não havia espaços para os direitos de segunda e terceira dimensão.

Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, na maioria das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das teorias. Com efeito, houve um efetivo incentivo doutrinário a partir de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy (STRECK, 2012, p.47).

Destaca-se que mesmo a importação ou transplantação de conceitos, não é em si, algo necessariamente negativo. Segundo Streck (2012), a crítica deve ser feita aos equívocos no modo de como essas teses são recepcionadas. Ainda segundo o autor, o modo mais específico

de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy, que no entender do autor, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais.

Não é difícil encontrar decisões onde a Constituição entendida como ordem de valores – segundo a jurisprudência dos valores, a Constituição é ordem concreta de valores, sendo o papel dos interpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores – é subsumida à teoria alexyana da colisão de princípios, sem se atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria do autor de acordo com Streck (2012).

Ora, os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada *prima facie*, tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente – ou seja – posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para racionalizar a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração (STRECK, 2012, p. 49)

Segundo Streck (2012), o direito constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação de Robert Alexy. Outro ponto abordado pelo autor, diz respeito ao uso descriterioso da teoria alexyana por parte dos tribunais o que ocasionou a transformação da regra da ponderação em princípio.

De consignar, por fim, que esse uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando de panprincipiologismo. Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional (STRECK, 2012, p.50).

Por outro lado, Teixeira (2012), argumenta que o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos. Segundo o autor, têm-se quatro espécies de condutas ativistas que mais lesam o equilíbrio da ordem constitucional e da estabilidade interinstitucional: a atuação como legislador positivo, a ofensa ao princípio da separação dos poderes, desconsideração por precedentes jurisprudenciais e as decisões viciadas por decisionismo político.

1. Atuação como legislador positivo: é a forma mais flagrante de ativismo judicial nocivo, pois decorre de comportamento do Judiciário que tem por fim extrapolar sua condição de imparcialidade e produzir construções normativas incompatíveis até mesmo com o que as modernas técnicas hermenêuticas oferecem em termos de preenchimento de lacunas jurídicas e de resolução de conflitos entre normas; 2. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes: ocorre quando o Judiciário vai além das suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes a outros Poderes; 3. Desconsideração por precedentes jurisprudenciais: ocorre quando, sobretudo em se tratando de precedentes do mesmo Tribunal, a decisão desconsidera ou colide com entendimentos consolidados em jurisprudência firmada sobre matéria análoga ou idêntica, sem que, para tanto, tenha ocorrido alguma circunstância nova a ensejar mudança de orientação jurisprudencial; 4. Decisões judiciais viciadas por decisionismo político: já expomos que essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial, pois, antes mesmo de se conhecer os pormenores do caso concreto, parte-se de predeterminações e predefinições que fogem dos limites da causa e buscam a satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas que o julgador possui (TEIXEIRA, 2012, p.51).

Segundo Streck (2012) uma atuação ativista sequer respeita os limites semânticos do texto constitucional. Para o autor, os limites semânticos funcionam como bloqueio ao protagonismo judicial, mas, mesmo esses limites sequer dão conta do ativismo que vem sendo praticado em todas as esferas do Poder Judiciário brasileiro. Não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade foram sendo transformadas em enunciados performativos.

Um ponto a ser destacado com relação ao tema do ativismo no Brasil é que durante as discussões do anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil, o ativismo judicial apareceu como princípio. A simples menção ao ativismo como um “princípio norteador” do processo brasileiro dimensiona o estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina (STRECK, 2012, p.51).

3.2 O fenômeno do ativismo judicial no Brasil

Importante apresentar um conceito de ativismo judicial e, também, a forma como o termo é empregado no Brasil. Ativismo não é um conceito homogêneo e a expressão ativismo judicial invocada isoladamente significa pouco ou nada, uma vez que o termo adquiriu muitos significados diferentes. De acordo com Costa (2018), a origem do termo ativismo judicial é encontrada nos Estados Unidos, mais precisamente, um referência à decisão do caso *Lochner v. New York*, quando a Suprema Corte decidiu que o princípio da liberdade contratual estava implícito na noção do devido processo legal, declarando inconstitucional a lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada semanal dos padeiros. Ainda segundo Costa (2018),

O termo “ativismo judicial”, entretanto, não surgiu em uma decisão de um juiz ou tribunal, como muitos poderiam pensar. Ele foi introduzido por um historiador, Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria dirigida ao grande público na revista *Fortune*, intitulada *The Supreme Court: 1947*. Nessa, Schlesinger traçou o perfil de todos os nove ministros da Suprema Corte americana daquele período, dividindo-os em três diferentes linhas: os “ativistas judiciais” (*judicial activists*), os “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*) e, por fim, uma posição intermediária, incluindo nessa última aqueles magistrados que não se incluíam em nenhuma das linhas anteriores (COSTA, 2018, p.67).

Pode-se afirmar que ativismo judicial não é um avanço. Na melhor das hipóteses, trata-se de um atalho que exorbita a divisão de Poderes estabelecida pela Constituição Federal de 1988, logo inconstitucional, porque do julgamento ativista resulta uma solução pela qual o órgão julgador afasta-se e substitui a legislação vigente, alcançando uma resposta diferente da que se poderia esperar de um juiz. Importante apresentar uma conceituação do fenômeno denominado “ativismo judicial”, necessariamente amplo por não se atrelar a um específico sistema jurídico, se revela mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação dos Poderes. Logo,

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2015, p.131).

Por outro lado, segundo Streck *et al* (2015), em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, pode-se em contrapartida, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem:

[...] a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de posicionamentos puros (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p.56).

Uma vez traduzido o ativismo judicial como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, observa-se que ele é construído no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas tarefas e

atribuições, portanto, é um problema exclusivamente jurídico, mas com consequências em todas as demais esferas.

Ao discutir ativismo judicial, tem-se como ponto fulcral desta análise, a transposição das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Ora, não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Nesse sentido, o ativismo judicial pode configurar um problema sistêmico, eivado de um voluntarismo que torna a interferência judicial, perigosa, porque se vincula a um ato de vontade do julgador. Não é razoável em sistema jurídico sob a égide democrática, que a concretude da vontade constitucional passe pela subjetividade de um juiz que sob pretexto da máxima efetividade do texto constitucional, usa da discricionariedade para anunciar decisões solipsistas.

4. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de uma análise sobre a atuação do órgão máximo do Judiciário brasileiro, faz-se necessário demonstrar como se constituiu o Supremo Tribunal Federal (STF)⁵ e como, ao longo dos anos ele se tornou um dos atores mais importantes dentro do cenário brasileiro. De acordo com Branco e Mendes (2019), criado em 1828, como Supremo Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal é o órgão judicial brasileiro mais antigo. Mesmo com muitas constituições, o histórico constitucional brasileiro pode ser considerado estável⁶.

⁵ A denominação “Supremo Tribunal Federal” foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal. Fonte: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: agosto de 2020.

⁶ A história constitucional brasileira no período republicano (1889 aos dias atuais) é marcada por intensa estabilidade, o que é perceptível pelo número de constituições que o país possui ao longo de mais de um século de República. Contudo, independentemente das rupturas institucionais, o Supremo Tribunal Federal, criado com a Constituição da República de 1891 - embora, suas origens estejam no Supremo Tribunal de Justiça, corte criada pela Constituição do Império de 1824 - em nenhum momento deixou de existir (FARIAS, 2019, p.26).

O STF atualmente é composto por 11 (onze) Ministros, escolhidos dentre os cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade⁷, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (FERNANDES, 2015, p.972).

Os onze Ministros são divididos em duas Turmas (cada uma com cinco membros), que estão no mesmo patamar de hierarquia. Nesses pequenos colegiados são julgados alguns processos que chegam à Suprema Corte e que não demandam a declaração de inconstitucionalidade de leis (que pelo menos “em regra” compete ao Plenário). Cabe às Turmas decidir por exemplo, sobre Recurso Extraordinário (RE), Agravo de Instrumento (AI), Habeas Corpus (HC), Recurso em Habeas Corpus (RHC), Petição (PET) e Reclamação (RCL), ressalvados os casos que competem ao plenário ou devem ser afetos ao plenário (FERNANDES, 2015, p.974).

Feita essa pequena introdução histórica acerca do STF adentramos neste tópico que tem por objetivo analisar dois casos nos quais, a partir dos pressupostos já apresentados, observa-se na atuação do STF um movimento ativista que usurpa competências, interfere e, em contraposição ao modelo da separação de poderes, não se resguarda apenas em contrabalancear os demais poderes assumindo um demasiado protagonismo e causando uma verdadeira crise institucional. Segundo Camilloto (2019)

A baixa legitimidade do sistema político brasileiro (sistema representativo, partidos políticos, filiações, ideologias partidárias, etc.) e a corrupção sistêmica produzem o fenômeno do esquecimento da política ou do discurso do “não político” (CAMILLOTO, 2019, p.23).

É nesse contexto que se abre espaço para o fortalecimento de instituições estatais técnicas que são as responsáveis pelo uso da força, ou sejam, operam o mecanismo coercitivo do Estado, como o Ministério Público e Polícia Federal (CAMILLOTO, 2019, p.23).

Conforme Monteiro (2018), há uma desconsideração do papel desempenhado pelos outros poderes. Assim, o Judiciário é instado a manifestar-se sobre inúmeras e mais diversas

⁷ Importante destacar que a Emenda Constitucional nº 88 de 7 de maio de 2015 alterou o artigo 40 da Constituição de 1988, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescentou o artigo 100 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para determinar que “até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do §1º do artigo 40 da Constituição Federal, os **Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 anos (setenta e cinco anos) de idade**, nas condições do artigo 52 da Constituição Federal” (FERNANDES, 2015, p.973).

questões, defrontando-se com temas muitas vezes impregnados de conteúdo moral e adotando condutas ativistas.

Conforme demonstrado, este novo fenômeno jurídico é impulsionado no cenário brasileiro, pela descrença geral da população em relação ao Poder Legislativo e aos partidos políticos, o que faz gerar a expectativa de que a solução para os problemas pode ser dada pelo Judiciário que, a seu turno, adota decisões em consonância com a opinião pública (MONTEIRO, 2018, p.68).

E qual a relação entre o Judiciário e o Poder Executivo brasileiro? Pode-se afirmar que, nos últimos anos no Brasil têm se multiplicado os conflitos entre as decisões executivas tomados pelo Presidente e as decisões judiciais, questionando ou até mesmo anulando atos administrativos. Estes incidentes têm ganhado repercussão, uma vez que, os efeitos de decisões proferidas pelo Poder Judiciário no âmbito político trazem consequências em relação aos atos do Executivo. Como forma de ilustrar essa relação/consequências, este trabalho apresenta duas decisões que demonstram razões sobre um ativismo do STF.

A primeira trata-se de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)⁸ sob número 402/DF ajuizada pelo partido político Rede Sustentabilidade, que pleiteava a aplicação por analogia “*in malam partem*” do §1º do artigo 86 da Constituição Federal que preconiza a suspensão do exercício das funções do Presidente da República - caso se torne réu - a todos os integrantes da linha sucessória.

A segunda trata-se do Mandado de Segurança MS 37097/DF que confrontava um poder discricionário do chefe do Executivo de nomear membros do seu escalão no caso em tela, a chefia da Polícia Federal⁹ e uma decisão liminar em sede de mandado de segurança coletivo. Tal pedido foi impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), no qual se aponta como autoridade coatora o Presidente da República, o qual, segundo afirma-se, teria incorrido em ilegalidade ao editar, em 27/4/2020, o Decreto de nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal.

⁸ Espécie de controle concentrado no STF, que visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição em virtude de ato do Poder Público ou de controvérsia constitucional em relação à lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (FERNANDES, 2015, p.1257).

⁹ A Polícia Federal, órgão permanente de Estado, organizado e mantido pela União, fundado na hierarquia e disciplina, com execução orçamentária e gestões administrativa e financeira descentralizadas, integrante da estrutura básica do Ministério da Segurança Pública, tem por finalidade exercer as competências previstas no § 1º do art. 144 da Constituição Federal, e demais dispositivos legais e regulamentares pertinentes (Regimento Interno, Art. 1º). Disponível em: <<https://www.gov.br/pf/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/regimento-interno-da-policia-federal-2018>>. Acesso em: setembro de 2020.

4.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 402/DF

Por decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, estava o então presidente do Senado Federal e do Congresso Nacional brasileiro, senador Renan Calheiros, afastado das funções de presidente da Casa Legislativa. O ano era 2016 e a crise institucional só aumentava conforme explicitado por Camilloto (2019):

A atual crise entre os poderes da República brasileira pode ser empiricamente percebida, entre outros exemplos, pelo descumprimento da ordem judicial proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, na ADPF 402, que afastou Renan Calheiros da Presidência do Senado brasileiro. No momento de cumprimento da ordem judicial pelos servidores do STF, Renan Calheiros simplesmente não recebeu a ordem nem cumpriu sua determinação de se afastar aguardando julgamento da ação pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (CAMILLOTO, 2019, p.1).

De acordo com Filho (2020), outras decisões do próprio STF já havia afastado o parlamentar do exercício da presidência da Câmara do Deputados – e até mesmo do próprio exercício do mandato, todavia, diferentemente das vezes anteriores, agora a decisão não fora tomada pelo Pleno do STF, mas pelo ministro relato, isoladamente, no conforto de sua residência. Isso evidencia ainda mais o desconforto e a desestabilização que uma medida em sede de decisão liminar pode ocasionar.

O escopo da discussão em torno da ADPF 402/DF ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade pleiteava a aplicação por analogia “*in malam partem*” do §1º do artigo 86 da Constituição Federal – regra que prevê a suspensão do exercício das funções do Presidente da República, caso se torne réu – a todos os integrantes da “linha sucessória” (*rectius*, linha de substituição) do Presidente da República – a saber, o Vice-Presidente, o presidente da Câmara do Deputados (que à época do ocorrido, deputado Eduardo Cunha já se encontrava afastado por força da AC 4070/DF), o presidente do Senado Federal e o presidente do STF (FILHO, 2020, p.131).

A própria fundamentação jurídica do raciocínio apresentada no escopo da ADPF é questionável. Com efeito, a interpretação ampliativa de uma regra restritiva de direitos/prerrogativas não configura uma aplicação da hermenêutica ortodoxa, ainda mais, quando se trata de uma regra a ser aplicada analogicamente e em prejuízo do réu. Tudo isso poderia ser “superado” pelo STF, com base nas conhecidas armas/armadilhas de ponderação de princípios, tão utilizados pela Corte quando quer dar aparência de embasamento jurídico a decisões mais árduas de sustentar (FILHO, 2020, p.132). Ainda segundo o autor,

O pior aspecto do raciocínio que visava a afastar da presidência da Casa de origem quem se torna réu reside no gravíssimo erro de confundir o acessório (quem exerce a presidência de uma das Casas Legislativas também ocupa lugar na linha de substituição do Presidente da República) com o principal (a função de presidir um dos órgãos legislativos federais). Nesse sentido, ainda que se admitisse (...) a possibilidade de aplicação analógica do §1º do artigo 86 aos ocupantes da linha de substituição do Presidente da República, tal aplicação deveria ser apenas impedi-los de exercer a Chefia de Estado, nunca, em hipótese alguma, de presidir a Casa Legislativa para a qual foram eleitos (FILHO, 2020, p.132).

Pois bem, dado esse questionamento sobre o raciocínio da argumentação jurídica que embasou a ADPF, seis ministros do STF votaram a favor dessa interpretação (Marco Aurélio (relator), Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello). Formada então a maioria a favor do entendimento do autor da ADPF, o ministro Dias Toffoli pediu vistas no dia 03 de novembro de 2016.

No dia 1º de dezembro de 2016, o Pleno do STF recebeu parcialmente denúncia contra o então presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros, pela prática de crime de peculato (Inquérito 2.593). Segundo Filho (2020), os fatos sucederam-se em rapidez realmente impressionante, ainda mais levando em consideração a tradição de parcimônia processual do Judiciário brasileiro: às 11h16 do dia 5 de dezembro de 2016, a Rede sustentabilidade protocolou petição para que, em virtude dos fatos supervenientes (recebimento da denúncia contra o presidente do Senado Federal), e tendo em vista a maioria formada em favor da tese defendida na ADPF 402/DF, fosse determinado monocraticamente o afastamento cautelar das funções de presidente do Senado Federal exercidas pelo citado réu. Menos de quatro horas depois, às 15h do mesmo dia 5 de dezembro de 2016, o Ministro Marco Aurélio proferiu a decisão (FILHO, 2020, p.133):

[...] Observem os dados alusivos à tramitação deste processo e precedente de minha lavra. Recebi-o, por distribuição, em 3 de maio de 2016. À época, presidia a Câmara dos Deputados o parlamentar Eduard Cunha. Ante a delicadeza extrema da matéria e a urgência notada, conferi preferência para imediata apreciação, pelo Plenário, como convém, do pedido de concessão de medida acauteladora, a implicar o entendimento segundo o qual réu – e o Deputado já o era – não pode ocupar cargo compreendido na linha de substituição do Presidente da República. Na sessão do dia 4 seguinte, informei ao Presidente do Tribunal, ministro Ricardo Lewandowski, encontrar-me habilitado a votar. Perguntou-me sobre a divulgação de que o processo estaria na bancada, para exame, na sessão imediata, de quinta-feira, 5 de maio. Disse que sim, considerada a publicidade dos atos judiciais.

Surgiu situação de maior emergência. O ministro Teori Zavascki, na ação cautelar nº 4.070/DF, acolhera pedido do Procurador-Geral da República e implementara, de quarta para quinta-feira, liminar não só afastando o citado parlamentar da Presidência da Câmara como também do exercício do mandato. Entendeu-se que o Colegiado deveria pronunciar-se sobre o referendo, ou não, da medida. Ante o referendo e indagado sobre a urgência da análise da pretensão da Rede, veiculada nesta arguição, informei não persistir. A razão foi simples: já não havia réu ocupando cargo na linha de substituição do Presidente da República.

O processo teve sequência para aparelhado, haver o julgamento de fundo. Foi inserido na pauta de 3 de novembro de 2016, tendo sido apregoado no mesmo dia. Proferi voto acolhendo o pleito formulado, prejudicado aquele alusivo ao afastamento do Presidente da Câmara. Acompanharam-me os ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, seguindo-se, presente o escorço de cinco votos a zero, o pedido de vista do ministro Dias Toffoli. O decano, ministro Celso de Mello, direcionou à Presidência o desejo de antecipar o voto. Fê-lo, prolatando o sexto voto no sentido dos outros cinco, sendo alcançada a maioria absoluta de seis votos – seis a zero. Os seis ministros concluíram pelo acolhimento do pleito formalizado na inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para assentar não poder réu ocupar cargo integrado à linha de substituição do Presidente da República.

O tempo passou, sem a retomada do julgamento. Mais do que isso, o que não havia antes veio a surgir: o hoje Presidente do Senado da República, senador Renan Calheiros, por oito votos a três, tornou-se réu, considerado o inquérito nº 2.593. Mesmo diante da maioria absoluta já formada na arguição de descumprimento de preceito fundamental e réu, o Senador continua na cadeira de Presidente do Senado, ensejando manifestações de toda ordem, a comprometerem a segurança jurídica. O quadro é mais favorável do que o notado, no segundo semestre do Ano Judiciário de 2015, na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.326. Após o voto que proferi, deferindo a liminar, e o voto do ministro Luiz Edson Fachin, acompanhando-me, pediu vista a ministra Rosa Weber. Acolhi o pleito de urgência, em decisão individual, e, até hoje, não houve a continuidade do exame, embora a Colega tenha devolvido o processo para reinclusão em pauta. Urge providência, não para concluir o julgamento de fundo, atribuição do Plenário, mas para implementar medida acauteladora, forte nas premissas do voto que prolatei, nos cinco votos no mesmo sentido, ou seja, na maioria absoluta já formada, bem como no risco de continuar, na linha de substituição do Presidente da República, réu, assim qualificado por decisão do Supremo.

3. Defiro a liminar pleiteada. Faço-o para afastar não do exercício do mandato de Senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de Presidente do Senado o senador Renan Calheiros. Com a urgência que o caso requer, deem cumprimento, por mandado, sob as penas da Lei, a esta decisão.

4. Publiquem. Brasília – residência –, 5 de dezembro de 2016, às 15h. Ministro Marco Aurélio-Relator (original sem grifos)

O Ministro Marco Aurélio, monocraticamente defere a liminar alegando “urgência que o caso requer”, todavia, no momento do deferimento da liminar não existia a possibilidade de que Renan Calheiros assumiria o cargo de Presidente da República nas próximas horas ou dias e mais, o artigo 86, parágrafo 1º, I, da Constituição Federal só impede que o presidente do Senado venha a assumir a Presidência da República eventualmente, quando isso venha a acontecer. Tal dispositivo não impediria que o Senador Renan Calheiros ficasse na Presidência do Senado. Para Streck (2016), a decisão demonstra, mais uma vez, o ativismo do Supremo Tribunal Federal¹⁰.

¹⁰ A decisão do ministro Marco Aurélio, afastando da Presidência do Senado o senador Renan Calheiros, mostrou-se um perigoso equívoco. Não há previsão constitucional para esse afastamento. Estamos indo longe demais. O Supremo Tribunal Federal não é o superego da nação, para usar uma frase da jurista Ingeborg Maus, ao criticar o ativismo praticado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha. [...] Ora, a Suprema Corte não é porta voz do povo. Ao contrário: nela temos que ver a garantia contra maiorias exaltadas. A Constituição é o remédio contra maiorias. E o STF deve ser o guardião da Constituição (STRECK, 2016). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/streck-nao-previsao-constitucional-afastamento-renan>>. Acesso em: outubro de 2020.

De acordo com Filho (2020), dois pontos chamam a atenção na análise da fundamentação da liminar: primeiro o fato de a maioria (6 votos) ter se manifestado a favor da tese esposada na ADPF nada significa, em termos jurídicos, já que até a prolação do resultado, qualquer ministro pode reformular o seu voto e em segundo lugar, as decisões que mais causaram instabilidade institucional nas últimas décadas se basearam justamente na “segurança jurídica”.

Quanto à notificação do presidente do Senado Federal da decisão liminar, o oficial de justiça enviado pelo STF sequer conseguiu fazê-lo. De acordo com relatos do servidor, o então presidente do Senado Federal teria se ocultado para não ser citado. No dia 6 de dezembro a Mesa do Senado Federal reuniu-se e decidiu ignorar a decisão monocrática do relator. Em 11 pontos, alguns em forma de *consideranda*, o Colegiado resolveu “aguardar” a decisão do Pleno do STF sobre o referendo ou não à liminar (FILHO, 2020, p.137).

A Mesa do Senado Federal, no exercício das atribuições dadas pelo artigo 58 da Constituição da República e definidas pelo Regimento Interno do Senado Federal, considerando:

- [...] 2. Que os efeitos da referida decisão impactam gravemente no funcionamento das atividades legislativas, em seu esforço para deliberação de propostas urgentes, para contornar a grave crise econômica sem precedentes que o país enfrenta;
 - 3. que a última sessão deliberativa está agendada para 14/12/2016, conforme acordo entre as lideranças partidárias, portanto, dentro de 8 dias;
 - 4. Que o acordão de recebimento parcial da denúncia em face do Presidente do Senado no Inquérito n 2.593 não foi publicado;
 - 5. Que a referida decisão ainda aguarda confirmação do Plenário do STF nos termos do artigo 5º, caput e §1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999;
 - 6. Que a Constituição Federal assegura o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da constituição da República) e que o Presidente do Senado nem a Mesa Diretora foram notificados a participar da referida ADPF;
 - 7. Que a Constituição Federal estabelece a observância do princípio da independência e harmonia entre os poderes constituídos (artigo 2º da Constituição Federal) e o direito privativo dos parlamentares de escolherem os seus dirigentes (artigo 57, §4º, da Constituição Federal);
 - [...] 11. Que não há previsão de sucessão presidencial pelo Presidente do Senado, decide:
 - Art. 1º Aguardar a deliberação final do Pleno do Supremo Tribunal Federal.
 - Art. 2º Conceder prazo regimental ao Presidente do Senado Federal para apresentação de defesa, a fim de viabilizar a deliberação da Mesa sobre as providências necessárias ao cumprimento da decisão monocrática em referência.
- Sala de Reuniões da Mesa do Senado Federal, 6 de dezembro de 2016 (Grifo nosso).

Como forma de dar uma solução definitiva a toda crise provocada pelo deferimento da liminar, o Pleno do STF reuniu-se no dia 7 de dezembro de 2016 para referendar ou não a liminar do Ministro Marco Aurélio. A maioria aderiu ao voto divergente do Ministro Celso de

Mello que havia reformulado seu voto que proferira na decisão sobre o mérito da ADPF. Depois de todo imbróglio, o senador Renan Calheiros retomou efetivamente a presidência da Casa Legislativa no dia 8 de dezembro de 2016 – Dia da Justiça (FILHO, 2020, p.140). Ainda segundo Filho (2020),

Nos três dias anteriores, o Senado Federal tivera o presidente afastado por uma liminar monocrática de um ministro do STF; a decisão fora ignorada, na prática, tanto pelo presidente do Senado quanto pela Mesa; e, ao final, o Pleno do STF encontrou – pela mudança de posição de um dos Ministros, ressalta-se – o que pareceu àquele momento, ser uma decisão “salomônica”, mas que também pode ser considerada, de certa maneira, uma desautorização do ministro relator da ADPF 402/DF (FILHO, 2020, p.140)

Obviamente que o saldo de toda essa crise não pode ser considerado positivo para o STF. E mais, a partir desse caso concreto pode-se inferir ao menos duas questões: a) a decisão judicial produziu um efeito no âmbito da política o que fragilizou ainda mais o já conturbado cenário político e b) o não reconhecimento de uma ordem judicial por parte de um dos poderes constituídos explicita a difícil relação entre os poderes (CAMILLOTO, 2019, p.1).

De acordo com Filho (2020), nem os poderes podem ser tão independentes a ponto de comprometer a atividade estatal, nem os mecanismos de harmonia podem ser tão intensos que mitiguem a independência, provocando uma desarmonia. Por todo o exposto, é inevitável classificar – com base em parâmetros de dogmática constitucional – que a liminar proferida na ADPF 402/DF foi uma manifestação de ativismo judicial. Percebe-se uma situação em que a Justiça toma a iniciativa de expansão, adentrando e forma excessiva e até imprudente, em espaços de outros poderes, utilizando-se de estratégias de protagonismo e mais, no caso em tela, soa até provocativo que um ministro do STF, por mais poder e legitimidade que possua, decida monocraticamente remover o presidente de uma das Casas Legislativas (FILHO, 2020, p.142).

No escopo de toda discussão em torno da ADPF 402/DF, menciona-se que, as regras restritivas devem ser observadas restritivamente, sobretudo quando se envolve a separação dos poderes, assim como a denúncia ou queixa aptas a afastar o presidente de suas funções deveriam ser recebidas enquanto o presidente estivesse ocupando o cargo, e não antes de vir assumi-lo alguns dos seus substitutos pertencentes aos demais poderes, muito menos se autoriza, desde um ponto de vista constitucional, o afastamento de presidente de casa

legislativa por não poder assumir, hipotética e futuramente, o cargo de presidente da República *pro tempore*¹¹.

No que diz respeito ao resultado da ADPF 402/DF, conclui-se que o saldo político e jurídico das consequências advindas da ADPF 402/DF foi- desfavorável ao STF e à toda conjuntura política dos idos de 2016 até aos dias atuais, conforme será demonstrado no próximo caso. Em tempos de instabilidades e crises, a ADPF 402/DF foi apenas o prenúncio de outras crises e outros atritos entre o Judiciário e os demais poderes.

4.2 Mandado de Segurança MS 37097/DF

Trata-se de Mandado de Segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), no qual se aponta como autoridade coatora o Presidente da República, o qual, segundo afirma-se, teria incorrido em ilegalidade ao editar, em 27/4/2020, o Decreto de nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. No dia 29 de abril de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu uma liminar suspendendo a nomeação de Alexandre Ramagem para a chefia da Polícia Federal atendendo pedido feito no mandado de segurança supracitado.

Importante demonstrar que o mandado de segurança é uma ação constitucional com previsão legal no artigo 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal. Segundo Camilloto (2019) a lei infraconstitucional que regulamenta tal ação constitucional é a Lei nº 12.016/09. Tanto na Constituição quanto na lei infraconstitucional encontra-se a previsão de impetração de mandado de segurança coletivo como ação constitucional capaz de proteger direito líquido e certo (CAMILLOTO, 2019, p.26). Na Constituição de 1988:

Art. 5º [...]

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;¹²

¹¹ PÁDUA, T. A. A ADPF 402 sob o prisma do provocante texto de Bruce Ackerman. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-31/thiago-padua-adpf-402-prisma-texto-bruce-ackerman>>. Acesso em: setembro de 2020.

¹² Brasil. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: setembro de 2020.

Lei 12.016/09

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - Coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - Individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante¹³.

Sem entrar no mérito da questão de legitimidade de impetração da mencionada ação constitucional, uma vez que, tal discussão já foi muito bem explanada por Camilloto (2019) em sua obra “Direito e Política – a República, o Judiciário e a Politização” passa-se à análise da decisão liminar proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Segundo a tese sustentada pelo PDT “a nomeação, por meio do ato coator, do Litisconsorte para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal revela flagrante abuso de poder, na forma de desvio de finalidade. Trata-se, na dicção legal, da prática de ‘ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência’ (Lei Federal nº 4.717/1965¹⁴, art. 2º, parágrafo único, ‘e’)” (doc. 1, fl. 5)¹⁵.

Argumenta que “a vontade pessoal contida no ato coator é de, através da pessoa do Litisconsorte, imiscuir-se na atuação da Polícia Federal, sobremodo, a do exercício exclusivo de função de polícia judiciária da União (CF, art. 144, § 1º, IV), perante esta Corte, inclusive. Pretende-se, ao fim, o aparelhamento particular – mais do que político, portanto, – de órgão qualificado pela lei como de Estado (Lei Federal nº 9.266/1996, art. 2º)” (doc. 1, fl. 6) (Grifo nosso).

O partido ainda ressalta e entende “que compete, privativamente, ao Presidente da República prover os cargos públicos federais (CF, art. 84, XXV), no que se insere nomear o

¹³ BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 07 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: setembro de 2020.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acesso em: outubro de 2020.

¹⁵ O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código D9CA-202C-280E-E812 e senha F4CF-8662-E739-F7C0.

Diretor-Geral da Polícia Federal (Lei Federal 9.266/1996¹⁶, art. 2º-C). Contudo, o exercício dessas competências não pode se operar segundo finalidade diversa do interesse público e, muito menos, em prejuízo da moralidade administrativa. E nesse sentido requer,

[...] “a concessão de medida liminar, inaudita altera parte, para suspender a eficácia do Decreto de 28/04/2020 (DOU de 28/4/2020, Seção 2, p. 1) e, por conseguinte, a nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, interditando-se a respectiva posse até decisão definitiva neste ‘writ’”. No mérito, pede “a confirmação da liminar, concedendo-se a segurança para cassar o Decreto de 28/4/2020 (DOU de 28/4/2020, Seção 2, p. 1)” (doc. 1, fl. 17) (Grifo nosso).

Em sua análise da medida liminar pleiteada, o Ministro Alexandre de Moraes faz uma caracterização do presidencialismo e esboça o papel do Presidente na perspectiva da separação de poderes, dizendo das funções de chefe de Estado e de chefe de Governo que compete ao Presidente da República. No que o Ministro descreve como um equilíbrio no desempenho das funções, o qual descreve:

[...] se por um lado, no exercício de suas atribuições, ao Presidente da República está assegurado o juízo de conveniência e oportunidade para escolher aqueles que entender como as melhores opções para o interesse público no âmbito dos Ministérios e, como na presente hipótese, na definição da chefia da Polícia Federal, por outro lado, o chefe do Poder Executivo deve respeito às hipóteses legais e moralmente admissíveis, pois, por óbvio, em um sistema republicano não existe poder absoluto ou ilimitado, porque seria a negativa do próprio ESTADO DE DIREITO, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – à exigência de observância às normas constitucionais (Grifo nosso).

Para Luiza Calegari e Fernanda Valente¹⁷, Alexandre de Moraes dedicou especial atenção à separação dos poderes em sua decisão. Afirmou que o presidente da República tem amplas atribuições e concentração de poder pessoal e lembrou que a base do sistema presidencialista "garantiu sua imparcial e livre atuação, balizada necessariamente, pelos princípios constitucionais e pela legalidade dos atos do Chefe do Poder Executivo". Para Alexandre de Moraes,

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.266 de 15 de março de 1996. Reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19266.htm. Acesso em: outubro de 2020.

¹⁷ CALEGARI, L.; VALENTE, F. Alexandre de Moraes suspende nomeação de Ramagem para chefia da Polícia Federal. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/alexandre-suspende-nomeacao-ramagem-chefia-pf>>. Acesso em: outubro de 2020.

A escolha e nomeação do Diretor da Polícia Federal pelo Presidente da República (CF, art. 84, XXV e Lei Federal 9.266/1996, art. 2º-C), mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por JACQUES CHEVALLIER, “*o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito*” (*L’Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12) (Grifo nosso).

E mais, segundo o Ministro,

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito, e, portanto, as escolhas e nomeações realizadas pelo Presidente da República devem respeito aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, podendo, excepcionalmente nesse aspecto, o Poder Judiciário analisar a veracidade dos pressupostos fáticos para a sua celebração (motivo). O controle jurisdicional do ato administrativo, em face do desvio de poder no exercício das competências administrativas, deve ser realizado, imprescindivelmente, em confronto com os princípios constitucionais da administração pública, obrigatórios ao chefe do Poder Executivo (Grifo nosso).

A partir de todo contexto apresentado, o Ministro Alexandre de Moraes afirma que mesmo em sede de cognição inicial, apresenta-se viável a ocorrência de desvio de finalidade do ato presidencial, em inobservância aos princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público. Todavia, nesse ponto, o Ministro afirma que:

São fatos notórios, além de documentados na inicial, que, em entrevista coletiva na última sexta-feira, dia 24/4/2020, o ainda Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, afirmou expressa e textualmente que o Presidente da República informou-lhe da futura nomeação do delegado federal Alexandre Ramagem para a Diretoria da Polícia Federal, para que pudesse ter “*interferência política*” na Instituição, no sentido de “*ter uma pessoa do contato pessoal dele*”, “*que pudesse ligar, colher informações, colher relatórios de inteligência*” (Grifo nosso).

Observa-se um apego às notícias, redes sociais e pior, o Ministro Alexandre busca respaldo em uma denúncia feita por um ex-ministro sem que tais denúncias fossem de fato comprovadas¹⁸. A comprovar têm-se a seguinte afirmação:

¹⁸ O efeito político da decisão é preocupante: admitir que as declarações de Moro, as cópias dos diálogos e outros conteúdos veiculados pela mídia refletem fatos incontroversos. Diga-se, inclusive, que estabelecer a mídia como fórum de julgamentos é um dos mais nocivos equívocos cometidos pela operação Lava Jato, da qual Moro é baluarte. [...] É preciso que a mídia se mantenha em seu papel imprescindível de investigação e difusão de informações, mas o papel de produzir provas e julgar deve caber ao Judiciário. STRECK, L. L.; SERRANO, P. Constitucionalistas “espalha-rodas”: o “caso Ramagem”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/streck-serrano-constitucionalistas-espalha-rodas-ramagem>. Acesso em: setembro de 2020.

Posteriormente, no mesmo dia, em matéria do telejornal conhecido como “Jornal Nacional”, da Rede Globo de Televisão, foi divulgada conversa entre o ex-Ministro Sérgio Moro e o Presidente da República, ocorrida no dia 23/4/2020, pelo aplicativo *Whatsapp*, que, em tese, indicaria a insatisfação presidencial com a existência de um inquérito no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como uma das razões para a troca da direção da Polícia Federal.

Portanto, a partir de todo o exposto e de toda a argumentação apresentada pelo Ministro Alexandre de Moraes, têm-se:

[...] Diante de todo o exposto, nos termos do artigo 7º, inciso III da Lei 12.016/2016, DEFIRO A MEDIDA LIMINAR para suspender a eficácia do Decreto de 27/4/2020 (DOU de 28/4/2020, Seção 2, p. 1) no que se refere à nomeação e posse de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. Determino, ainda, que, IMEDIATAMENTE, notifique-se a autoridade impetrada, nos termos dos artigos 7º, I da Lei 12.016/2016 e 206 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Dê-se ciência imediata, inclusive por whatsapp em face da urgência, ao Advogado-Geral da União. Após, encaminhem-se os autos à Procuradoria Geral da República para apresentação de parecer. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2020. Ministro **ALEXANDRE DE MORAES** - Relator (Grifo nosso).

Pode-se observar que o ativismo judicial ora praticado em nome da preservação dos princípios da impessoalidade, moralidade e do interesse público colocam um verniz de legalidade às atitudes e decisões proferidas e produz o efeito de turvar os limites constitucionais aos quais a Suprema Corte deveria observar. Segundo Lênio Streck e Pedro Serrano (2020), a decisão fere a Constituição produzindo um afrouxamento das instituições, enfraquecendo-as. Nesse sentido, os autores concordam que o STF errou, uma vez que, sob o argumento de que a nomeação seria instrumento para intervenção em investigação era mera suspeita levantada pela fala do ex-ministro Sérgio Moro, que tem tanta importância quanto a de qualquer outra pessoa e necessitaria de provas¹⁹.

Mesmo estando em lados opostos do espectro político, os democratas defendem e lutam pelas ações que preservam a constitucionalidade. O Presidente da República não pode usar o cargo máximo do país para um tipo de atuação política que traga benefícios para si ou para os seus e no caso em tela, não pode utilizar-se de uma instituição, tal como a Polícia Federal, para obter informações privilegiadas. Todavia, a Constituição possui instrumentos para lidar com essas e outras situações, não necessitando que um Ministro do STF, monocraticamente afronte um ato administrativo do Presidente.

Não restam dúvidas de que todo e qualquer ato do Executivo está sujeito ao controle judicial. Para Streck e Serrano (2020) o problema é saber a medida e forma desse controle judicial para que o juiz não substitua a figura do governante, configurando dessa forma

19 STRECK, L. L. Judiciário decide quem pode ser ministro ou diretor-geral da PF? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/streck-judiciario-decide-quem-ministro-ou-diretor-pf>. Acesso em: outubro de 2020.

ativismo judicial. Essa configuração necessariamente implica a substituição da vontade do governante eleito, da soberania popular, pela vontade do juiz togado. Nesse sentido, o controle judicial de se dar exclusivamente à esfera jurídica, não sobre a esfera de manifestação da soberania popular.

4.3 Alguns apontamentos críticos: em busca da legalidade perdida

A partir das análises apresentadas observa-se que a crise institucional no cenário brasileiro não é um fenômeno por si só, vários são os pontos que se convergem e atritam-se para um aprofundamento dessa crise. Camilloto (2019), na conclusão de sua obra, assevera que há uma tensão entre Direito e Política, especialmente após o processo *impeachment* de 2016. Nesse sentido, o autor afirma que:

[...] o Poder Judiciário é um importante ator político no desenho institucional previsto pela Constituição da República. O resultado também demonstrou que quando o Supremo Tribunal Federal ultrapassa as competências estabelecidas pela Constituição da República ele viola o princípio da Separação dos Poderes. Nesse caso, a atuação do Poder Judiciário no âmbito da política, quer seja perante o Poder Executivo, quer seja perante o Poder Legislativo, contribui para o agravamento da crise política brasileira (CAMILLOTO, 2019, p.59).

Ressalta-se que a garantia da democracia no Estado constitucional deve ser pautada no exercício legal das competências constitucionais e na observância ao limite para não interferir na competência de outro órgão. Assim, todos os poderes, sejam os discricionários ou os políticos, têm sua competência determinada pela Constituição, devendo atuar sempre de acordo com a autorização (competência) e limites que ela conceder (MONTEIRO, 2018, p.73).

O atual Presidente do STF, Ministro Luiz Fux em reunião com presidentes de Tribunais e gestores de diversos órgãos do Judiciário no dia 29 de setembro de 2020, reconheceu que há um “protagonismo deletério do Supremo Tribunal Federal absorvendo matérias que pertencem às esferas de outros poderes”. Depois, classificou como objetivo que o Judiciário “retorne àquela figura respeitável de cortes locais e uma Corte Suprema que goze da respeitabilidade do público pelos seus exemplos”. E, ao comentar de forma mais exemplificativa os planos de gestão para o próximo biênio, deixou uma mensagem aos magistrados: “não temos um governo de juízes. Não temos que assumir essa pecha da judicialização, do ativismo judicial, quando na verdade sabemos que a jurisdição só se

movimenta quando provocada". E continua: "Não existe a judicialização da política. Existe a política que judicializa seus efeitos quando não consegue resolver na arena própria suas questões intramuros"²⁰.

Percebe-se que, o Presidente do órgão máximo do Poder Judiciário não aceita a tese de que há sim uma atuação ativista por parte do judiciário brasileiro. Como recuperar a legalidade perdida? Como estabelecer que a Constituição continue a ser parâmetro para as decisões judiciais?

A "Crítica Hermenêutica do Direito" seria uma teoria composta pelas seguintes bases: a exigência de "respostas constitucionalmente adequadas", a partir da verificação das "seis hipóteses de fazer jurisdição constitucional", da propositura das "três perguntas fundamentais" e da observação dos "cinco princípios", que, Streck (2014) assim descreve:

06 Hipóteses de fazer jurisdição constitucional:

- 1) lei (ato normativo) inconstitucional (controle de constitucionalidade);
- 2) aplicação dos critérios de resolução de antinomias;
- 3) interpretação conforme a Constituição;
- 4) nulidade parcial sem redução de texto;
- 5) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto;
- 6) princípio que afasta regra;

03 Perguntas fundamentais:

- i) trata-se de um direito fundamental?
- ii) essa decisão pode ser concedida à outras pessoas em mesmas condições?
- iii) é possível transferir recursos do restante dos cidadãos para satisfazer a felicidade de quem está em juízo reivindicando aquele direito?

05 Princípios:

- i) Princípio um: a preservação da autonomia do direito
- ii) Princípio dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade
- iii) Princípio três: o respeito à integridade e à coerência do direito
- iv) Princípio quatro: o dever fundamental de justificar as decisões
- v) Princípio cinco: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada²¹

A proposta promove uma análise hermenêutica de determinada decisão de modo a demonstrar se essa decisão tomada pelo Poder Judiciário está adequada ou não. Nesse sentido, têm-se um duplo enfrentamento à supremacia judicial como um discurso naturalizado: primeiro mediante a crítica que é feita aos excessos do STF e segundo, pela via da percepção

20 VITAL, D. "Não temos que assumir essa pecha do ativismo judicial", avisa Fux a gestores. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-29/nao-temos-assumir-pecha-ativismo-judicial-avisa-fux>>. Acesso em; setembro de 2020.

²¹ STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.322.

que, ao construir alicerces teóricos que delimitam o modo de exercer o controle de constitucionalidade, na verdade, está-se também apontando para a desconstrução da ideia de que apenas a última instância jurisdicional tem o condão de criar cultura constitucional (TASSINARI, 2016, p.210).

Logo, o STF como guardião da constituição é uma narrativa que deve ser recuperada e para isso, Tassinari (2016) aponta que, os personagens devem ser articulados harmoniosamente em níveis distintos: da teoria do direito (hermenêutica jurídica), mas também da teoria constitucional reconciliada com a teoria política.

Com o intuito de auxiliar no repensar sobre a atuação do Judiciário, esse trabalho se filia à Crítica Hermenêutica do Direito do professor Lênio Streck, que apresenta respostas para tal intento, a partir do que o jurista passou a chamar de características do Constitucionalismo Contemporâneo. Trata-se de um movimento que surge como superação ao positivismo jurídico, numa perspectiva de “descontinuidade”, implicando um novo olhar sobre o fenômeno jurídico, através do estabelecimento de novas teorias: das fontes, da norma e da interpretação. Para Tassinari (2012),

É a partir deste contexto que o Constitucionalismo Contemporâneo surge caracterizado por um constitucionalismo forte, decorrente da existência de textos constitucionais concebidos numa perspectiva de materialidade, isto é, não apenas compreendidos como elementos organizacionais de determinado sistema jurídico, mas, na medida em que passam a incorporar garantias aos cidadãos, entendidos como dotados de um caráter finalístico, como documentos voltados para a concretização de direitos à sociedade. Como se pode perceber, portanto, não há dúvidas de que o constitucionalismo moderno avança de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito (TASSINARI, 2012 p.118).

Para a autora, uma exigência de uma nova teoria das fontes também está fundada na superação das ideias de independência do direito ordinário e de blindagem contra a aplicação da Constituição, que passa a ser onipresente, subordinando tanto Legislativo quanto o Judiciário e o Executivo.

Com relação à uma nova teoria da norma, busca-se a preservação da autonomia do Direito em face da existência de seus “predadores externos” (dentre os quais a Moral está incluída). Nesse sentido, a resposta da Crítica Hermenêutica do Direito é demonstrar que a reconciliação entre Direito e Moral ocorre no interior do fenômeno jurídico, numa revisão crítica do papel dos princípios²² (TASSINARI, 2012, p.120).

²² De acordo com Oliveira (2008) é possível identificar três significados distintos: a) “princípios gerais do direito”, concebidos no âmbito do jusnaturalismo como “figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistemática

O posicionamento de Streck concebe os princípios em descontinuidade com os conceitos produzidos pela tradição: a eles é atribuído o status de norma jurídica, passando a compor o texto constitucional. Através disso, há uma abertura à racionalidade prática que decorre da normatividade extraída de uma convivência intersubjetiva emanada da moralidade política. Logo, os princípios passam a ser vistos como limites à discricionariedade de quaisquer dos Poderes, reforçando a noção de integridade do Direito preconizada por Dworkin. Segundo Tassinari (2012) a ideia de integridade do Direito perpassa uma noção de resgate principiológico da história institucional do Direito. Para a autora,

Tudo isso contribui sobremaneira ao enfrentamento do ativismo judicial, que, por estar embasado em um ato não condicionado por pressupostos jurídicos (mas pela vontade do julgador), apresenta-se como um problema, especialmente na atual conjuntura, em que há uma forte tendência de delegar à jurisdição a concretização de direitos. Neste ponto, a devida compreensão do papel dos princípios, como limitadores da decisão judicial, revela-se um importante avanço na defesa do Estado Democrático de Direito, que, por ser qualificado pela democracia, exige um comprometimento da atuação de todos os seus Poderes e, por consequência, também uma resistência ao perfil ativista do Judiciário (TASSINARI, 2012, p.123).

Logo, tendo a noção de princípio desvinculada do elemento discricionário, passando a ser concebida à luz do Direito como integridade, têm-se um dos caminhos possíveis para se colocar em xeque o protagonismo judicial ora presente no contexto judicial brasileiro. Tendo ainda as recepções acríticas da ponderação de princípios de Robert Alexy e o ativismo norte-americano, a solução é o fortalecimento de uma proposta que considere as peculiaridades da realidade jurídica brasileira, o que sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito assume-se como pressuposto a defesa intransigente da Constituição Federal.

A proposta da CHD de Lênio Streck não se trata apenas de uma nova tônica da interpretação do Direito, mas em perceber que esta superação da discricionariedade somente é possível pela via de uma decisão judicial que esteja alicerçada sob pressupostos democráticos. Baseada em quatro elementos centrais, a saber: um novo modo conceber o ato interpretativo; a responsabilidade política dos juízes; o dever de fundamentação e respostas constitucionalmente adequadas.

conquistada racionalmente”; b) “princípios jurídicos-epistemológicos”, gestados com o fortalecimento do Estado liberal como “[...] elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada” ou de um projeto maior, como no caso da teoria de Kelsen; e c) “princípios pragmáticos ou problemáticos”, que, engendrados a partir da metade do século XX, surgem no contexto de uma mudança radical na intencionalidade do Direito, cujas propostas se voltam a pensar “[...] o sentido do direito e seus vínculos com o comportamento humano” (OLIVEIRA, 2008, pp. 45-64).

Como resposta constitucionalmente adequada compreende-se como o dever de cumprimento da Constituição e onde a discricionariedade judicial é radicalmente superada, representando uma ruptura com posturas solipsistas, que fragilizam e corroem a força normativa do texto constitucional. Segundo Tassinari (2012) ganham espaço os princípios como fechamento interpretativo e o respeito à história institucional do direito. Logo, os quatro elementos permitem afirmar que o Constitucionalismo Contemporâneo, a partir de uma nova teoria da interpretação, possibilita uma resposta que enfrente o ativismo judicial²³ e o seu intrínseco problema da discricionariedade judicial. Compreendendo que o STF não pode se desonerar da responsabilidade decorrente do papel que assume perante a sociedade e, nesse sentido, posturas ativistas e evidente protagonismo judicial representam demasiados riscos democráticos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho pretendeu realizar uma análise do crescente ativismo praticado pelo Supremo Tribunal Federal. O recorte foi feito com a delimitação da atuação e suas implicações no cenário político-institucional a partir de dois casos que ganharam repercussão no cenário político nacional, a saber: (i) caso Renan Calheiros, afastamento do presidente do Senado Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 402/DF – Relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello; ii) caso Alexandre Ramagem (Mandado de Segurança Coletivo MS nº 37097/DF – Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes).

Uma pesquisa jurisprudencial sobre casos de ativismo judicial não consegue esgotar todos os casos, uma vez que, nem toda decisão judicial prolatada se autodenomina ativista. Tassinari (2012) demonstra que a expressão ainda está vinculada a uma ideia de aumento dos poderes do Judiciário. Nesse sentido, a escolha pelas duas decisões analisadas se deu primeiro em virtude do lapso temporal entre uma decisão e outra (ADPF 402/DF de dezembro de 2016 e o MS nº 37097/DF de abril de 2020) e também no sentido de demonstrar que não se trata

²³ Embora essa questão do ativismo seja central no trabalho é importante reforçar a diferença entre ativismo e judicialização ou judicialismo nos dizeres de Streck (2011). 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 polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional, em face das peculiaridades já mencionadas. Todavia, é uma questão complexa definir os limites entre ativismo e judicialização (STRECK, 2011, p. 589).

apenas de uma ideia de aumento de poderes e sim de um exacerbado protagonismo judicial por parte do STF.

Farias (2019) conclui em seu trabalho que o protagonismo do STF produz interferência nos rumos da crise política e institucional brasileira. Tal conclusão também se aplica à decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio de Mello quando da decisão de afastamento do então Presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros em dezembro de 2016 bem como na decisão proferida em abril de 2020 pelo Ministro Alexandre de Moraes que em decisão monocrática suspendeu ato administrativo do Presidente da República quando da nomeação de Alexandre Ramagem para a Chefia da Polícia Federal.

Observa-se que de 2016 a 2020 o Brasil sofreu uma escalada no aprofundamento da crise institucional e um protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário. Não se trata de apenas garantir direitos fundamentais previstos na Constituição, o Judiciário brasileiro legisla, susta atos administrativos, afasta presidentes de outros poderes de seus cargos, impõe decisões orçamentárias aos demais entes apoiados por um crescente movimento de fortalecimento do Judiciário. Segundo Tassinari (2012) no contexto atual, os esforços não se voltam mais para chamar o Judiciário a atuar, mas para segurá-lo. É preciso repensar a atuação do Judiciário.

O trabalho, após algumas informações de caráter metodológico e justificativa do tema, apresentou um breve panorama da constituição dos modelos de Estado, o advento da Constituição Federal de 1988 com forte apreço pelos direitos fundamentais e as técnicas de interpretação constitucional. Observa-se uma importação e aplicação acrítica da ponderação alexyana de aplicação de princípios coadunada com elementos do ativismo norte-americano. Isso evidencia um fenômeno ativista no Brasil que acirra disputas entre os poderes produzindo uma grave crise institucional entre os poderes.

Encerrando o trabalho, concluiu-se pela confirmação da hipótese levantada inicialmente: quanto à hipótese de um ativismo por parte do STF no agravamento da crise política/institucional, esta foi confirmada, na medida em que a decisão do Ministro Marco Aurélio de Mello na ADPF 402/DF teve o condão de retirar da Presidência do Senado Federal, o Senador Renan Calheiros que descumpriu tal ordem judicial e mais, no dia 6 de dezembro a Mesa do Senado Federal reuniu-se e decidiu ignorar a decisão monocrática do relator optando por aguardar a decisão do Plenário do STF.

Com relação a decisão do Ministro Alexandre de Moraes no MS nº 37097/DF, conclui-se que a mesma agravou uma situação de tensão entre o STF e o Poder Executivo

uma vez que, a nomeação para a Chefia da Polícia Federal é ato administrativo discricionário do Presidente da República.

Evidencia-se um desrespeito para com os limites impostos pelo princípio da Separação de Poderes produzindo uma interferência indevida nos demais poderes constituídos e mais, constata-se o que Camilloto (2019) conclui em sua obra, o STF se apresenta como o “superego da sociedade”. Ao invés de se ocupar do seu papel contramajoritário, o STF sob pretexto de “ouvir” a sociedade tem produzido respostas que agravam o quadro de crise institucional instalado no Brasil nos últimos anos e contradizendo sua atuação proposta pela Constituição Federal de 1988.

Como resposta ao problema analisado, a Crítica Hermenêutica do Direito apresenta uma compreensão sobre Constitucionalismo Contemporâneo que enfrenta os problemas causados pelo ativismo judicial. Nesse sentido, a CHD apresenta três frentes: uma nova teoria das fontes, a aplicação e defesa intransigente da Constituição Federal e a redefinição do papel dos princípios, que, concebidos como normas, passam a limitar a decisão judicial na defesa da integridade do Direito.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES. P. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal Da República Federativa Do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: outubro de 2020.

BRANCO, P. G.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610945/>. Acesso em: 08 setembro de 2020.

CAMILLOTO, B. **Direito e política: a República, o Judiciário e a politização**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e distribuidora, 2019.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional**. 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COSTA, O. P. **O autoritarismo e a incoerência dos fenômenos jurídicos no contexto judicial brasileiro: o garantismo penal e o ativismo judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-graduação em Direito, São Leopoldo/RS, 2018.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2002.

FARIAS, S. P. **Qual justiça? Uma breve reflexão sobre a atuação do STF na conjuntura política recente (2015-2017)**. 2019. 99 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

FILHO, J. T. C. Caso 8 – ADPF 402/DF - O dia em que um Ministro do Supremo Tribunal Federal afastou um Presidente de Poder. TORON, A. Z. **Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos**. Alberto Zacharias Toron et al. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GUSTIN, M. B. S.; DIAS, M. T. F. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2013.

LIMA, C. A. S. Revoluções burguesas: contribuições para a conquista da cidadania e dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica Unisul de Fato e de Direito**. Ano VII, nº 12, jan/jun 2016.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MONTEIRO, M. R. G. **Ativismo Judicial e Democracia Brasileira**. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Direito), 89f. – Centro Universitário de João Pessoa, 2018.

MORAIS, J. L. B.; STRECK, L. L. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

OLIVEIRA, M. A. C. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, E. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ Uma Leitura Hermenêutica Das Características Do Neoconstitucionalismo. **Revista da AJURIS**. V 40. n° 132. Dezembro de 2013. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/254/189>>. Acesso em: outubro de 2020.

STRECK, L. L.; TASSINARI, C.; LEPPER, A. O. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Uniceub. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: setembro de 2019.

STRECK, L. L.; SERRANO, P. **Constitucionalistas "espalha-rodas": o "caso Ramagem"**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/streck-serrano-constitucionalistas-espalha-rodas-ramagem>. Acesso em: setembro de 2020.

TASSINARI, C. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-graduação em Direito, São Leopoldo/RS, 2012.

_____ **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-graduação em Direito, São Leopoldo/RS, 2016.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política **Revista Direito GV**, SÃO PAULO, p.037-058, Jan-Jun 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: dezembro de 2019.

TROTSKY, L. **A história da Revolução Russa**. tradução de E. Huggins. 3º v. Ed. Do centenário: Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2017.