

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
ISADORA GRAÇA DA COSTA**

**ANÁLISE DO FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL ENQUANTO
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Juiz de Fora
2021**

Isadora Graça da Costa

Análise do fenômeno do ativismo judicial enquanto judicialização da política e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual e Ética sob orientação da Profa. Dra. Mônica Barbosa dos Santos.

Juiz de Fora

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO**ISADORA GRAÇA DA COSTA****Análise do fenômeno do ativismo judicial enquanto judicialização da política e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro**

Artigo apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual e Ética, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Mônica Barbosa dos Santos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Rodrigo Yehia Castro
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profª. Dra. Loren Dutra Franco
Vianna Jr.

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 03 de setembro de 2021

Análise do fenômeno do ativismo judicial enquanto judicialização da política e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro

Isadora Graça da Costa

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o fenômeno do ativismo judicial nas cortes brasileiras, em especial o Supremo Tribunal Federal, buscando estabelecer diferenças entre a legítima função judiciária de preenchimento de lacunas presentes no ordenamento jurídico e o ativismo judicial de fato, que representa uma judicialização da política atualmente. É possível perceber, hoje, um abarrotamento das instâncias judiciais não só para resolução de problemas derivados das leis já existentes, mas também para a criação de novas normas conforme as tendências da sociedade. Para atingir seu objetivo, este artigo científico possui como marco teórico o sistema de freios e contrapesos de Montesquieu e fará uma análise da expansão do alcance do poder judiciário, a descrição de um breve histórico do ativismo judicial no mundo e, especialmente, no Brasil, a diferenciação entre as espécies de lacunas legais e a análise de dois casos flagrantes de normatização jurisprudencial por parte do Supremo Tribunal Federal. Ao final, pretende-se verificar algumas consequências que esse fenômeno causa no ordenamento pátrio e uma possível solução para amenizar sua prática.

Palavras-chave: ativismo judicial, Supremo Tribunal Federal, judicialização da política, normatização jurisprudencial, ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the phenomenon of judicial activism in Brazilian courts, especially the Supreme Court, seeking to establish differences between the legitimate judicial function of filling gaps present in the legal system and actual judicial activism, which represents a judicialization of politics currently. It is possible to see, today, an overcrowding of judicial instances not only for solving problems arising from existing laws, but also for the creation of new norms according to society's trends. To achieve its objective, this scientific article has as its theoretical framework the Montesquieu system of checks and balances and will analyze the expansion of the reach of the judiciary, describe a brief history of judicial activism in the world and, especially, in Brazil, the differentiation between the types of legal gaps and the analysis of two flagrant cases of jurisprudential regulation by the Federal Supreme Court. At the end, it is intended to verify some consequences that this phenomenon causes in the national ordering and a possible solution to alleviate its practice.

Keywords: judicial activism, Federal Supreme Court, judicialization of politics, jurisprudential regulation, Brazilian legal system.

1 INTRODUÇÃO

Aristóteles foi o primeiro grande pensador a defender a tripartição de poderes no exercício do governo político. Segundo sua principal obra sobre o assunto, “A Política”, as três funções estatais seriam a deliberativa, a executiva e a jurisdicional, que devem estar bem equilibradas para o bom funcionamento do governo. A deliberativa seria responsável pela produção das normas do Estado, a executiva compreende os poderes constituídos para a ação do Estado e a jurisdicional abrange os cargos de jurisdição (ARISTÓTELES, 2017).

Um pouco mais a frente na história, John Locke, tido como o pai do liberalismo, também foi grande expoente da existência de três poderes no governo, já nomeados de Legislativo, Executivo e Federativo. Entretanto, em sua concepção, o Legislativo deveria ter proeminência no cenário político (LOCKE, 2003):

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.

O principal teórico da separação dos poderes a ser adotado como marco teórico do presente trabalho, contudo, será Montesquieu. A sua teoria de divisão dos poderes, chamada de sistema de freios e contrapesos, será apreciada em tópico próprio.

A partir da análise da principal teoria a respeito do sistema de tripartição de poderes será possível entender sua importância e a necessidade de sua proteção sobretudo na atualidade, que enfrenta o crescente fenômeno do ativismo judicial e da preponderância do poder Judiciário em relação aos demais.

Faz-se necessário também compreender o histórico de alargamento do rol de direitos e garantias fundamentais com o advento das constituições ditas programáticas e garantistas. Destarte, além de mais direitos, com a evolução dos ordenamentos jurídicos também observou-se a criação de direitos cada vez mais abstratos e dependentes de definição no caso concreto. Com esses dois fenômenos, o poder judiciário sofreu uma expansão de seu alcance, devendo analisar cada vez mais demandas judiciais e com uma margem de discricionariedade cada vez maior.

Será, então, realizado breve exame do histórico do movimento do ativismo judicial no mundo e especialmente no Brasil, o que nos permitirá compreender a aproximação do ordenamento pátrio, que adota o sistema do Civil Law, com o Common Law desenvolvido nos Estados Unidos da América.

Assim, será possível definir as espécies de lacunas legais, dividindo aquelas que realmente ensejam preenchimento pela atuação judiciária daquelas chamadas de não-autênticas, que surgem pelo mero desejo de inobservância do preceito legal existente para determinado caso concreto. Tal inobservância, como será discutido, pode ter origem em diversas razões não-jurídicas, podendo ser sociais, políticas, entre outras.

A partir de tal estudo haverá a diferenciação da legítima função judiciária de preenchimento de lacunas do ativismo judicial de fato, com a devida revisão de dois julgados do Supremo Tribunal Federal que exemplificam o segundo cenário.

Como conclusão busca-se analisar as consequências do fenômeno do ativismo judicial para o ordenamento jurídico brasileiro já que, como será demonstrado, o poder Judiciário vem se tornando cada vez mais predominante na produção normativa e, dessa forma, paulatinamente desloca as funções originalmente designadas aos poderes Executivo e, sobretudo, Legislativo.

Pretende-se, também, apontar uma possível solução para que seja possível frear o avanço de poder do Judiciário, em especial do Superior Tribunal Federal, de modo a evitar o desenvolvimento de uma instituição autoritária e que dribla os mecanismos de controle.

2 MARCO TEÓRICO

A principal obra de Charles-Louis de Secondat, conhecido como Montesquieu, é “O Espírito das Leis”, na qual apresenta suas teorias políticas muito influenciadas, como dito anteriormente, por Aristóteles em “A Política” e John Locke em “Segundo Tratado do Governo Civil”. Em sua principal criação, Montesquieu apresenta sua teoria para a separação dos poderes, mais conhecida como sistema de freios e contra pesos.

Montesquieu viveu na Inglaterra parlamentarista, após a Revolução Gloriosa, por dois anos, e esse contexto histórico influenciou muito seus ideais. Por vivenciar um cenário de enfraquecimento dos regimes monárquicos absolutistas, o filósofo apoiava teorias com um viés mais democrático, de descentralização do poder antes concentrado no monarca.

Seu sistema de freios e contrapesos apoia a existência de três poderes separados e independentes entre si, mas limitados em suas funções. Os poderes Legislativo e Executivo possuiriam duas faculdades, a de estatuir e a de impedir. A primeira seria a possibilidade de

ordenar ou corrigir ato do outro poder, enquanto a segunda seria a possibilidade de tornar nulo ato alheio. Dessa forma, ao aplicarem as duas faculdades mutuamente, o poder Executivo pode impedir o Legislativo de criar leis que o dê poderes ilimitados e o Legislativo pode fiscalizar a execução das leis criadas por parte do Executivo (MONTESQUIEU, 1973).

Percebe-se que o poder Judiciário, apesar de fazer parte do sistema e ser um poder independente e com funções próprias, possui um papel secundário em relação aos dois outros. A função jurisdicional, então, não possuiria as faculdades de estatuir ou impedir, suas funções perante os outros poderes seriam apenas aquelas decorrentes da separação de poderes em si.

Importante observar que, no atual cenário de forte influência do ativismo judicial, a teoria de Montesquieu, apesar de aplicada no ordenamento jurídico brasileiro através da separação de poderes positivada como cláusula pétrea no art. 60, parágrafo 4º, III da Constituição Federal, sofreu uma distorção ao comportar papel de grande destaque do poder Judiciário brasileiro.

Apesar disso, pela grande complexidade e dinamismo da teoria criada por Montesquieu, seu sistema de pesos e contrapesos elucidado na obra “O Espírito das Leis” foi escolhido como base teórica para a presente investigação. Isso porque a discussão aqui elaborada não teria razão de ser se não fosse considerada uma ameaça ao sistema de tripartição de poderes defendido pelo filósofo.

3 EXPANSÃO DO ALCANCE DO PODER JUDICIÁRIO

Com o passar do tempo, após a adoção do sistema de tripartição dos poderes defendido por Montesquieu em diversos países, o cenário dos direitos fundamentais sofreu grandes mudanças. Antes as garantias oferecidas pelos Estados eram meramente negativas, como o direito à liberdade e à propriedade, características de um clássico Estado Liberal. Porém, com a necessária influência dos movimentos sociais que sempre buscaram melhores condições de vida aos trabalhadores, tais prestações sofreram algumas ampliações.

Se antes o governo se comprometia apenas com o não-fazer, aos poucos foram aprovadas leis com direitos sociais que exigiam prestações positivas principalmente do poder Executivo. Paulatinamente, assim, o Estado que antes era Liberal, foi se tornando cada vez mais um Estado Social.

Nesse ciclo de criação de direitos e deveres, que aumentam a complexidade do ordenamento, é natural que a função do julgador também se torne mais complexa, abarcando progressivamente mais demandas derivadas de novas leis. Dessa forma, na evolução histórica,

o campo de atuação do poder Judiciário se estende, tendo tal expansão atingido seu ápice na proliferação das chamadas constituições programáticas, que ampliaram de forma significativa o rol dos direitos da população - como é o caso da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Para além do maior número de direitos, também observou-se um movimento de criação de direitos mais abstratos e de conceitos jurídicos indeterminados, dependentes, para sua efetivação, da ponderação entre princípios muitas vezes conflitantes entre si. Dessa forma, a expansão dos objetos de demanda judicial foi acompanhada por uma maior discricionariedade do juiz, que deve sopesar todos esses fatores para solucionar o caso concreto a ele apresentado. Nesse sentido (FRANCO e COSTA FILHO, 2015):

Com o advento da crise da modernidade e da inefetividade dos direitos sociais, surgiram novas teorias da construção legislativa, as quais se distanciam do modelo defendido por Kelsen, para aproximar de novos métodos de interpretação das normas, adotando-se uma hermenêutica teleológica e finalística. Observa-se, assim, maior aplicação dos Princípios Gerais de Direito, distanciando-se do mero subsumir-se dos fatos às normas para atribuir maior caráter prático e valorativo à norma face à demanda apresentada.

É nesse panorama de expansão do alcance do poder judiciário que a discussão sobre ativismo judicial e judicialização da política, centro do presente trabalho e foco do próximo tópico a ser debatido, ganha destaque e importância.

4 O ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com Elival Ramos, o conceito de ativismo judicial apresenta-se como (RAMOS, 2015):

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

Nota-se, então, que ao praticar o ativismo judicial, o poder Judiciário assume funções constitucionalmente atribuídas ao poder Legislativo, ultrapassando então seu papel de resolver litígios de natureza subjetiva e objetiva. Porém, antes de discutir quais situações enquadram-se

na prática de ativismo judicial, é preciso estudar sua origem no mundo e, em especial, no ordenamento brasileiro.

É possível afirmar que o ativismo judicial teve seu início nos Estados Unidos, no caso “Lochner vs New York”. Uma lei editada pelo Estado de Nova York, que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Na oportunidade, a Corte entendeu que o princípio de liberdade contratual era abarcado pela noção de devido processo legal (due process of law), consagrada na primeira seção da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. Desse modo, a lei foi considerada uma limitação arbitrária e desarrazoada à liberdade de contratação. Assim teve início a chamada “Era Lochner”, na qual a Suprema Corte Americana invalidou diversas intervenções estatais nos assuntos econômicos e de Mercado (TEIXEIRA, 2012).

O mencionado caso, ao constituir precedente para diversos casos futuros muito semelhantes, pode ser considerado o responsável pela consolidação do sistema de Common Law nos Estados Unidos. Como se sabe, o sistema americano cria direitos com base em precedentes gerados por decisões de tribunais, ao contrário do Civil Law adotado no sistema brasileiro, que requer um processo legislativo de criação de direitos e deveres. O movimento do ativismo judicial, no entanto, representa uma aproximação do Civil Law ao Common Law, justamente por aplicar a normatização jurisprudencial no ordenamento brasileiro.

Entretanto, é importante ponderar que nem toda criação judicial do Direito configura-se como ativismo judicial. A criação de normas pelo poder Judiciário é necessária em diversos casos nos quais exista uma lacuna legal que, sem ser preenchida, impede a concretização do direito do cidadão. O ativismo judicial, em sua concepção, exige o preenchimento de suposta lacuna legal quando, na verdade, a decisão visa alterar disposições normativas vigentes que, por motivos sociais ou políticos, não são mais consideradas adequadas ao interesse coletivo. Desse modo, o poder Judiciário encontra meios para, de acordo com sua concepção, transformar normas positivadas, que tiveram sua origem no devido processo legislativo previsto constitucionalmente.

O tópico de número 5 enseja diferenciar as espécies de lacunas legais entre as que exigem produção normativa dos tribunais para serem satisfeitas e as que não possuem tal requisito.

4.1 Ativismo Judicial no Brasil

Como mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988, apesar de configurar grande conquista da nação brasileira em diversos aspectos, como a garantia de diversos direitos, também possui um papel no alargamento do fenômeno do ativismo judicial. O novo texto constitucional, além de ampliar as funções do poder Executivo permitindo-o ditar pautas legislativas, presenteou o poder Judiciário com uma atuação muito preponderante. Aos tribunais foi concedida uma competência de controle e o Supremo Tribunal Federal, em especial, foi consagrado como o “Guardião da Constituição”.

Nesse sentido, merecem destaque as palavras de um ministro de dito tribunal, Luís Roberto Barroso, a respeito do ativismo judicial (BARROSO, 2010):

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

A competência de controle então concedida ao Judiciário manifesta-se em duas vias principais: o controle concentrado de constitucionalidade, que permite a interferência direta nas funções parlamentares de criação de leis; e o controle difuso de constitucionalidade, que atua principalmente sobre as ações sociais tomadas pelos representantes do Executivo. Esse movimento, evidentemente, causou uma transformação no cenário jurídico e político do Brasil, como bem retratado a seguir (VERISSIMO, 2008):

O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais. E assim é que, um ano antes de ser promulgada a atual Carta Constitucional, em 1987, computavam-se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 casos resolvidos em doze meses. Vinte anos depois, ou seja, em 2007, essas mesmas estatísticas registravam 159.522 casos para o mesmo período de tempo.

Como bem colocado, o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, tornou-se nos últimos anos centro de muitas atenções na política brasileira e isso trouxe as mais variadas consequências. Ao mesmo tempo em que é considerado o guardião da Constituição e o protetor de diversos direitos em razão da aplicação do controle de constitucionalidade, também sofre um abarrotamento de processos e recebe diversas críticas da sociedade.

A Suprema Corte, assim, une cada vez mais dois papéis em sua atuação: o papel jurídico propriamente dito, de instância máxima de julgamento dos processos, que é seu por direito; e o papel político de transformação paulatina do ordenamento, papel esse que muitas vezes toma para si, abarcando funções originalmente destinadas a outras instituições de poder brasileiras.

Para ser possível compreender, então, quando o poder Judiciário atua conforme suas atribuições constitucionais e quando supostamente ultrapassa esses limites, passa-se agora ao estudo das espécies de lacunas legais existentes no ordenamento pátrio.

5 ESPÉCIES DE LACUNAS LEGAIS

Como bem elucidado pela ilustre Maria Helena Diniz, “o direito é sempre lacunoso, mas é também, ao mesmo tempo, sem lacunas” (DINIZ, 2002). Isso porque, ao mesmo tempo em que o direito não admite a existência de lacunas, elas sempre vão existir e assim que surgem já possuem, dentro do ordenamento, alguma solução para preenchê-las.

Nesse sentido, torna-se evidente que a lei nunca conseguirá regular tudo o que é juridicamente relevante, mas deve sempre prever um meio de solução dos atos juridicamente relevantes não disciplinados. Por isso o princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra-se positivado na Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Na mesma seara estão as disposições presentes no art. 4º do Decreto Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, mais conhecido como Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e no art. 140 do Código de Processo Civil, que afirmam que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Dessa forma, tudo o que representa uma ameaça ou lesão a qualquer direito presente no ordenamento pode e deve ser apreciado pelo poder Judiciário e, quando o julgador não dispor de lei que regule expressamente o direito - ou seja, quando estiver presente alguma lacuna de fato -, pode usar de meios de interpretação jurídica para que haja a satisfação da pretensão, quando devida.

Para entender as lacunas que merecem preenchimento, será abordada a classificação de Zitelmann, que, segundo Maria Helena Diniz, é considerada a mais antiga das classificações existentes. De acordo com a autora, Zitelmann divide as lacunas em autênticas e não autênticas, sendo as primeiras verificadas quando de fato não há lei que regule o caso concreto e as segundas quando existe a lei, mas percebe-se uma indesejabilidade da aplicação dela no caso concreto. Por isso, segundo Diniz, as lacunas não autênticas sequer podem ser consideradas lacunas jurídicas de fato, mas sim lacunas sociais ou políticas.

Assim sendo, é possível afirmar que o ativismo judicial se dá sobre as lacunas não autênticas, ou lacunas sociais e políticas. Passa-se, então, à exposição dos casos concretos que foram objeto de ativismo judicial nas cortes superiores brasileiras.

6 ANÁLISE DE CASOS

Mediante a investigação da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, encontram-se diversos casos de ativismo judicial, principalmente nos julgados que envolvem polêmicas de grande repercussão nacional. Importante ressaltar que não se discute, no presente trabalho, o mérito de importância ou validade das normas criadas pelo Tribunal, mas tão somente se esse seria o meio adequado para discuti-las e aprová-las.

Um clássico exemplo de normatização jurisprudencial é o da ADPF 54, no qual o STF legalizou o aborto de fetos anencéfalos ao considerar que tais casos não se enquadrariam nos tipos penais previstos nos art. 125 e 126 do Código Penal. O art. 128 do mesmo diploma legal prevê apenas dois casos permissivos de aborto: quando há risco para a vida da gestante ou quando a gravidez é fruto de estupro e há consentimento da gestante ou de seu representante legal. Nada se fala, no entanto, a respeito de fetos anencéfalos.

A partir do exame do acórdão que abarca a decisão, percebe-se que a discussão travada possui um cunho muito mais político do que jurídico. Uma forte demanda social pela existência de uma norma, como é comum nos casos de ativismo judicial, levou o STF a trazer a discussão para si e criar uma norma abstrata que exclui a ilicitude de uma conduta. Os argumentos utilizados pelos ministros, bem como o resultado do julgado tornam claro que esse debate deveria ser travado no poder Legislativo, seguindo os trâmites constitucionais para a produção de uma norma. Dessa forma defendeu o Min. Ricardo Lewandowski, que votou contrariamente à procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental:

Cumpra sublinhar que essa propositura, a qual busca estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos seja isento de punição – tarefa, seja-me permitido insistir, totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional -, continua sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional.

Grande parte dos argumentos levantados por Ministros que votaram a favor da descriminalização da conduta mencionada foram de teor sociológico, filosófico, humanitário - como é o caso do voto do Min. Marco Aurélio Mello, que abarcou conceitos como a laicidade do Estado e princípios jurídicos abstratos como a liberdade, a autonomia e a dignidade.

Ademais, outro fator levantado pelo Min. Lewandowski que demonstra a natureza legislativa e política da demanda é a existência prévia ao julgamento do STF de dois projetos de lei, o 4403/1994 e o nº 50, de autoria dos deputados Jandira Feghali e Mozarildo Cavalcanti, respectivamente, que buscavam a exclusão da ilicitude da prática do aborto nos casos de anencefalia do feto.

A postura de dois membros eleitos do parlamento brasileiro em criar projetos de lei buscando descriminalizar uma conduta demonstram o correto processo que todas as intenções de norma devem obedecer para serem consideradas válidas no ordenamento jurídico pátrio - o que coloca ainda mais em evidência a invasão de funções cometida pelo Superior Tribunal nesse caso.

Para além desse emblemático caso, outros julgados que merecem atenção são os do HC n.º 126.292 e das ADCs 43 e 44, que permitiram a execução da pena após a condenação em segunda instância. Esse foi o entendimento do tribunal em 2016 que, no entanto, foi derrubado em 2019 por decisão diametralmente oposta na revisão das ADCs 43, 44 e 54 - que passaram a considerar inconstitucional o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da condenação.

Esse é um exemplo valioso justamente por sua dualidade. Em 2016 o Supremo Tribunal Federal relativizou o princípio da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal e reforçado pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que foi o centro das discussões. Autorizou, então, que o início do cumprimento da pena pudesse se dar apenas com a condenação em segunda instância, não sendo necessário o esgotamento de instâncias para o Réu ser considerado culpado e ser punido por isso.

As discussões acerca do tema não cessaram - muito pelo contrário - e, em 2019, o STF revisitou o tema, dessa vez decidindo o exato oposto que havia votado antes. Nesta oportunidade consideraram que o esgotamento de instâncias era sim necessário e o cumprimento de pena anterior a ele significaria uma ofensa à presunção da inocência.

Ambas as decisões geraram grande repercussão social, com debates inflamados por defensores das duas posições divergentes. Ou seja, um tema de grande relevância política e social foi relegado às mãos de poucos Ministros, que verdadeiramente não possuem - ou não deveriam possuir na prática - o poder de produção normativa.

Ademais, a ausência de constância nas decisões colegiadas do mencionado órgão também é fator que merece grande atenção. É evidente que o STF possui normas próprias e possuiu motivos para revisitar o assunto, mas um veredito de tal calibre causa profundas mudanças na realidade de diversos presos, réus que aguardam julgamento, profissionais do Direito dos mais variados cargos, famílias, entre tantos outros. Que o Supremo Tribunal tenha a possibilidade de praticar o ativismo judicial já configura um fato a ser repensado, mas que suas decisões que produzem ou alteram profundamente normas mudem tão rapidamente, em um espaço de tempo de apenas 3 anos, é um alerta a ser observado.

Diante da necessidade de uma norma mais clara a respeito do tema da prisão em segunda instância, é ideal que seja obedecido, como explicitado diversas vezes ao longo do presente trabalho, o devido processo legal de produção de leis.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como salientado ao longo do trabalho, a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, nomeada de sistema de freios e contra pesos, e figurante como marco teórico da exposição, vem sofrendo diversas modificações interpretativas em países nos quais é aplicada, inclusive no Brasil.

Após a Constituição Federal de 1988, havida como programática e garantista, o ordenamento jurídico brasileiro passou por considerável alargamento, vendo positivados um número cada vez maior de direitos, principalmente direitos abstratos, que dependem de interpretação para sua aplicação no caso concreto. Isso ofereceu ao poder judiciário um maior campo de alcance e de liberdade para decisões, mormente se fulcradas em princípios gerais. O cenário jurídico pátrio tornou-se fértil para o fenômeno do ativismo judicial, que se bem dosado, é de total benesse.

A tendência crescente nos Estados Unidos da América durante a Era Lochner, país berço do sistema de Common Law, encontrou espaço para se desenvolver no Brasil, cujo ordenamento positivado, entretanto, deve, em tese, obedecer ao processo parlamentarista de aprovação de leis nas duas casas do Legislativo, para evitar-se a inevitável relativização dos limites entre os poderes governamentais.

A partir da análise de Maria Helena Diniz sobre a classificação de lacunas legais criada por Zitelmann, concluiu-se que o Poder Judiciário faz uso das lacunas legais não-autênticas, sociais ou políticas para contrariar diplomas legais positivados e praticar, assim, o ativismo judicial.

Entre os diversos casos de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, foram selecionados dois: o que descriminalizou o aborto de fetos anencéfalos e as decisões que permitiram, para depois proibir, a prisão de réus seguida à condenação em segunda instância pelas cortes criminais.

Como pontuado, os temas base da atuação dos Tribunais Superiores do Brasil são sempre de grande repercussão política e social. Dessa forma, cria-se um papel cada vez mais político por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o qual deveria ser exclusivo dos representantes eleitos pelo voto popular, integrantes dos poderes Executivo e Legislativo. O preocupante viés político das decisões é de fácil evidência quando analisados votos com normatização de matéria por jurisprudência.

O devido processo de produção normativa possui sólidas razões de ser, dentre elas o teor democrático que advém do grande número de representantes eleitos (da Câmara dos Deputados e do Senado Federal) necessário para a aprovação de uma lei, cujos mandados são renovados em períodos eleitorais. Some-se que os ministros de nossa mais alta Corte não são, necessariamente, juízes de carreira acostumados às implicações práticas de uma decisão.

A probabilidade do desequilíbrio entre poderes com reflexos sociais negativos é real, se em confronto ao sistema legislativo, continuarmos aquiescendo, sem questionamentos ou limites, com a normatização jurídica de condutas nas mais diversas áreas do direito pelo seletivo grupo de ministros, os quais não são escolhidos pela vontade popular, mas nomeadamente indicados, e com tempo de alternância no cargo correspondente ao do afastamento compulsório pela aposentadoria, afetador da lógica da renovação de mandados pela confiança dos eleitores antes aludida.

Não foi objetivo do trabalho analisar o mérito das normas produzidas pelas decisões do Judiciário, mas tão somente discutir a legitimidade constitucional do procedimento para inseri-las no ordenamento pátrio, não obstante os argumentos sociais, políticos e humanitários invocados nas decisões, os quais são próprios do legislador, no exercício desta função, que deve ser desenvolvida paralelamente à fiscalizatória do administrador.

O trabalho tem por escopo questionar e concluir que as demandas sociais normativas devem ser atendidas pelos representantes populares. Portanto, no caso antes citado, se o ordenamento jurídico carecia de regra específica para definir a descriminalização do aborto de

anencéfalos para que os direitos da mulher gestante estivessem melhor resguardados, ideal seria o movimento social neste sentido, até que a matéria fosse alvo de projeto de lei seguindo fielmente os trâmites do procedimento legislativo.

Não se olvida que há situações em que o Judiciário de fato deve atuar preenchendo as lacunas legais, mas no responsável uso da teia normativa e de sua legítima atividade interpretativa ao caso em julgamento, em concreto, mantendo o *Civil Law*.

Fato é que, independentemente da solução apontada para a discussão, faz-se urgente pensar em medidas que sejam capazes de frear o avanço de poder do Judiciário brasileiro, sem que caiamos no desvalor das Cortes Superiores e no papel daqueles que conduzem a Justiça de modo comprometido.

8 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Texto disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf> p. 87. Acesso em 16.07.21.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituçãodemocracia-e-supremacia-judicialdireito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em 20.07.21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF-54 /DF**. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Julgamento em 12.04.2012. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/wpcontent/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf>>. Acesso em 25.07.21.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 2002, p. 115.

FRANCO, Aline Fonseca. COSTA FILHO, José de Oliveira. Pode O Judiciário Agir Concretamente Além Dos Limites De Sua Competência – Ativismo Judicial E Judicialismo Da Política. **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, v. 12, n. 1, p.155-162, jan/mar 2015. p. 157.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003. P. 76.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973. P. 91.

PACHECO, Renan do Rêgo Silva. **Implicações do ativismo judicial no Brasil: análise prática da criação do direito pelo poder Judiciário**. 2017. Monografia, Bacharelado em Direito - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 27.

TEIXEIRA, Anderson. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 8, jan./jun. 2012.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.