



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

THAYNNÁ BATISTA DE ALMEIDA

**O ATIVISMO JUDICIAL DO STF E AS NOVAS FEIÇÕES DA DEMOCRACIA
BRASILEIRA: O PAPEL DOS JUÍZES E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO**

**CAMPINA GRANDE
2018**

THAYNNÁ BATISTA DE ALMEIDA

**O ATIVISMO JUDICIAL DO STF E AS NOVAS FEIÇÕES DA DEMOCRACIA
BRASILEIRA: O PAPEL DOS JUÍZES E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, campus I, Campina Grande da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Filosofia do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira.

**CAMPINA GRANDE
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

- A447a Almeida, Thayna Batista de.
O ativismo judicial do STF e as novas feições da democracia brasileira [manuscrito] : o papel dos juizes e os limites de sua atuação / Thayna Batista de Almeida. - 2018.
19 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2019.
"Orientação : Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira ,
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Ativismo Judicial. 2. Súmula Vinculante. 3. Autopoiese.
I. Título

21. ed. CDD 345

THAYNNÁ BATISTA DE ALMEIDA

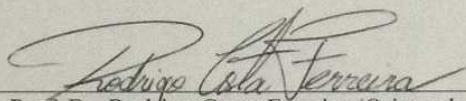
**O ATIVISMO JUDICIAL DO STF E AS NOVAS FEIÇÕES DA DEMOCRACIA
BRASILEIRA: O PAPEL DOS JUÍZES E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, campus I, Campina Grande da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

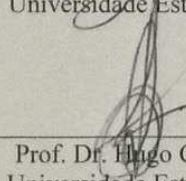
Área de concentração: Filosofia do Direito.

Aprovada em: 10/08/2018.

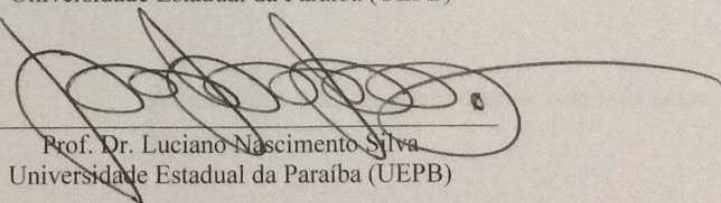
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Hugo César de Araújo Gusmão
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

A minha avó, Marlene Alves Pereira, com todo amor,
DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todos esses anos de cuidado e dedicação.

Ao meu amigo Lucas Brasileiro de Oliveira Gomes, por estar comigo desde o primeiro dia da minha graduação até o último, por todo companheirismo e amizade.

Ao meu amigo-professor de direito constitucional Hugo César Gusmão, com quem aprendi muito mais do que teorias e doutrinas.

Ao meu orientador Rodrigo Costa Ferreira, que foi imprescindível a consecução deste trabalho e cujas ideias foram de grande pertinência para que eu possa dar continuidade mais aprofundada a essa pesquisa.

Ao professor Eduardo Rabenhorst, por toda influência e por seu meu escritor, ou como ele prefere dizer, escrevente, preferido.

Aos meus colegas de trabalho da Justiça Federal – Subseção Judiciária de Campina Grande, por ao longo desses dois anos terem me ajudado a crescer não só profissionalmente, mas também como pessoa.

A todos os professores que passaram por minha vida escolar, que de uma forma ou de outra, foram indispensáveis para que eu chegasse até aqui.

“Wieviel Gerechtigkeit kann eine Gesellschaft
sich leisten?” Niklas Luhman

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS E O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	10
2.1	A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e o fenômeno da auto-poiese e alopoiese social.....	10
2.2	Ativismo judicial no Brasil como expressão do fenômeno da alopoiese social..	12
3	AS RECENTES DECISÕES DO STF COMO EXPRESSÃO DA INTERFERÊNCIA DA POLÍTICA NO SISTEMA DO DIREITO.....	14
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	16
	REFERÊNCIAS	18

O ATIVISMO JUDICIAL DO STF E AS NOVAS FEIÇÕES DA DEMOCRACIA BRASILEIRA: O PAPEL DOS JUÍZES E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO

Thaynná Batista de Almeida

RESUMO

Niklas Luhmann em sua teoria dos sistemas sociais definiu a sociedade como um conjunto de sistemas que devem se autorregular e se auto reproduzir através da linguagem, constituindo o que se chamou de *autopoiese* social. O Direito, como parte integrante desse sistema deve, portanto, criar seus próprios mecanismos para que não sofra interferências de sistemas externos, a exemplo da política, da moral ou da religião a ponto de causar a sua desestruturação normativa. A Constituição, nesse sentido, pode ser vista como uma das principais formas de tentativa de auto regulação do direito proposta por Luhmann, tendo em vista, além da sua importância como base normativa, sua relevância na delimitação dos poderes do Estado. No entanto, tal perspectiva ainda não encontrou sua completude no Brasil, tendo em vista toda a conjuntura político-social de feitura da Magna Carta, o que acarretou em um poder em demasia para a função judiciária, que regula e controla os poderes legislativo e executivo, mas que não é capaz de autoconter, fenômeno que teve por consequência o que ficou conhecido por ativismo judicial. A presente pesquisa será realizada de forma qualitativa descritiva, documental e bibliográfica e se será apresentada em duas partes: uma introdutória acerca da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e conceitos correlatos e uma segunda parte sobre as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal como expressão dos fenômenos relatados por Luhmann.

Palavras – chaves: Ativismo Judicial. Sistemas. Constituição. *Autopoiese*. Súmula Vinculante.

1 INTRODUÇÃO

Na teoria dos sistemas sociais Niklas Luhmann definiu a sociedade como um conjunto de sistemas que se autorregulam e se auto-reproduzem através da linguagem. O direito, a política e a moral são apenas alguns tipos de sistemas que compõem essa configuração. Segundo o autor, para que o Direito atenda aos parâmetros da autorregulação ele deve ser um sistema fechado estruturalmente, no que diz respeito ao procedimento, e aberto cognitivamente. Isso quer dizer que o Direito como sistema não deve permitir que a influência procedimental externa dos outros sistemas corrompa a sua configuração normativa, a ponto de desestruturá-lo, mas admite, por outro lado, que uma neutralidade completa no que diz respeito à aplicação do Direito seria impossível, tendo em vista que todas as pessoas são, mesmo que de forma indireta, influenciadas ideologicamente pelos outros sistemas, como por

exemplo, a moral, a ética e a política o que influencia, conseqüentemente, na construção cognitiva do Direito (LUHMANN, 1980).

Luhmann chamou a autorregulação dos sistemas sociais de *autopoiese*, termo que tomou emprestado dos estudos dos biólogos e filósofos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana, e designa um sistema organizacional autônomo, caracterizado por sua condição de clausura com relação ao ambiente que o cerca (LUHMANN, 1980). Nesse viés, o Direito sempre buscou formas de se autorregular e a Constituição tem sido a sua tentativa mais exitosa, sendo uma afirmação do sistema *autopoietico* proposto por Luhmann, principalmente por ser a Constituição uma das responsáveis pelo embasamento material e formal do ordenamento jurídico como também pela sua função de regulação e delimitação das funções do Estado (MANICA, 2007).

No entanto, a autorregulação e fechamento normativo do sistema do Direito ainda não encontrou a sua completude no Brasil. Um dos motivos para isso é que não existe uma delimitação fechada da separação dos três poderes em tempos modernos e a prova disso são as inúmeras funções atípicas que ao longo dos anos tanto as funções do Estado acumularam.

Somado a isto está o contexto histórico em que a Carta Magna de 1988 foi criada, advindo de um longo período de ditadura do poder executivo que culminou em um poder constituinte originário que moldou a Constituição de forma de dar mais poderes ao judiciário com o objetivo de regular e impedir possíveis arbitrariedades advindas do poder executivo. Outro fator que consistiu em uma tentativa de autorregulação do direito mais recente foi a reforma do judiciário implementada através da EC nº 45/2004 que, entre outras medidas, estabeleceu as súmulas vinculantes, que pode ser compreendida como uma tentativa de construção de um procedimento para o Direito Constitucional, mas que culminou numa espécie de positivismo exegético que deu ao STF uma função legislativa atípica e, conseqüentemente, conferiu mais poder decisório a este, além de ter provocado o engessamento da atividade criativa do Direito.

Nesse viés, com a EC nº 45/2004, fomentou ainda mais o que a doutrina constitucional denominou como ativismo judicial que pode ser entendido como o dizer mais do que a norma jurídica pretende através da utilização de procedimentos de outros sistemas externos ao Direito para solucionar casos jurídicos. Diante disso, muitos esforços têm sido empreendidos no sentido da promoção do controle do ativismo judicial, utilizando para isso a própria teoria de Luhmann, que aduz que o sistema do Direito se tornaria ideal na medida em que se afasta cada vez mais da moral e da política (entendidos como elementos do sistema social) e torna-se

complexo ao ponto de seu poder decisório não depender da vontade de uma única pessoa (no caso em questão, o juiz) (CAMPOS,2012).

Além disso, outra expressão do fenômeno do ativismo judicial do Brasil tem sido as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca de entendimentos no âmbito do direito penal e processual penal que foram motivados principalmente por questões políticas que o país atravessa. Um exemplo disso foi a atual mudança do entendimento acerca do início do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância, que foi reformado a partir do HC 126.292, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 17 de fevereiro de 2016.

A teoria da autocontenção judicial, complemento da teoria da autorregulação do direito proposta por Luhmann, propõe justamente a auto-contenção como forma de frear o problema do ativismo judicial através do controle do judiciário por ele próprio. Porém, tal medida é de difícil aplicação tendo em vista a realidade social e política do Brasil que não observa sequer os preceitos mais elementares da Constituição e do que propõe as doutrinas relacionadas ao controle de constitucionalidade (BOTELHO, 2009).

O objetivo deste trabalho é, portanto, uma análise acerca do ativismo judicial no Brasil com base na teoria dos sistemas sociais de Luhmann, tendo um enfoque sobre o fenômeno da autopoiese e da alopoiese social sob um viés da realidade política e social do Brasil. A proposta da autocontenção judicial através da edição de súmulas vinculantes pelos tribunais superiores no Brasil também será aqui explorada de forma explicativa e crítica, como uma forma tentada de solução para a questão da autorregulação do Direito proposta por Luhmann. Também serão analisados de forma genéricos os recentes casos em que o STF mudou o seu entendimento sobre alguns temas controversos tendo em vista um contexto político que o país atravessa.

A pesquisa aqui apresentada será realizada de maneira qualitativa descritiva e teve por base um estudo bibliográfico sobre o tema, através das obras clássicas do sociólogo Niklas Luhmann, bem como teses, artigos e outras publicações relacionadas ao tema. Também foram utilizadas de maneira subsidiária a Constituição Federal e algumas leis infraconstitucionais. A importância do presente trabalho está relacionada intrinsecamente ao entendimento do fenômeno do ativismo judicial no Brasil, algo identificado de maneira recorrente no sistema judiciário brasileiro, tendo por base as teorias clássicas do Direito, mas precisamente propostas por Niklas Luhmann. O entendimento dos fenômenos históricos relacionados ao ativismo judicial bem como os desdobramentos no âmbito jurídico que a EC nº 45/2004 acarretou no judiciário, que também será explorado neste estudo, são de suma

importância para o entendimento das novas dinâmicas do constitucionalismo brasileiro no século XXI.

2 A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS E O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.

2.1 A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN E O FENÔMENO DA AUTOPOIESE E ALOPOIESE SOCIAL.

Na teoria dos sistemas sociais, Luhmann definiu que a sociedade pode ser entendida como um sistema que possui vários sistemas estando, dentre eles, o Direito. Tais sistemas têm como característica principal a autorregulação e a auto-reprodução através da linguagem. A auto-reprodução do Direito, segundo Luhmann, pode se conceber como sendo o próprio sistema o responsável pela feitura e definição das normas, através de uma abertura cognitiva do meio exterior (ou seja, permitir influência dos outros sistemas sociais), que passaria por uma espécie de seletividade no entorno do sistema do Direito, para assim então tornar-se norma jurídica. Além disso, as normas que compõe o sistema do direito devem ter por base sempre um sistema binário que delimita e define a norma jurídica, a exemplo do direito penal, que tem que tem por base o preceito binário do lícito e do ilícito (VIANA, 2015)

Os sistemas sociais estão sempre próximos uns aos outros e Luhmann considerou como sendo um sistema ideal para o Direito como aquele que não sofra influência normativa dos sistemas externos a ponto de desestruturar a norma jurídica. Portanto o sistema do Direito, ao permitir a influência externa dever aberto cognitivamente, mas fechado procedimentalmente. Tal caracterização ideal do sistema do Direito foi denominado por Luhmann de *autopoiese*. A negação da autopoiese, ou seja, quando o sistema sofre constante influência e irritação dos sistemas exteriores foi denominada de *alopoiese* social e tem como principal consequência para o Direito a sua desestruturação normativa (NEVES, 2018).

Por isso, muitas têm sido as tentativas de construir mecanismos que possibilitem essa abertura cognitiva com o devido fechamento estrutural do Direito. A Constituição, nesse sentido, pode ser entendida como a principal forma de afirmação de um sistema autopoietico do Direito, na medida em que enseja base principiológica e normativa do ordenamento jurídico além de ser um importante documento que versa sobre o controle de constitucionalidade (MELO, 2007). O papel da Constituição se dá na medida em que ela possibilita o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do Direito, acoplamento

este que funciona como uma espécie de “ponte” cognitiva entre os dois sistemas (VIANA, 2015)

No entanto, no Brasil o fenômeno do sistema autopoietico ideal proposto por Luhmann está longe de ser uma realidade. A política (aqui entendido como um sistema formado por entes políticos, administração e opinião pública organizados de forma não hierarquizada), interfere no sistema do Direito de forma tão abruta que, apesar de todos os avanços principiológicos e normativos possibilitados pela feitura da Magna Carta de 1988, esta se transforma em um simples documento simbólico, já que o sistema político vai além do acoplamento estrutural entre a política e o Direito que a Constituição permite, tornando a Magna Carta incapaz de alcançar um dos seus princípios basilares que é a auto regulação do sistema jurídico (MARTINS, p. 29, 2011).

O fenômeno da *autopoiese* e *alopoiese* foi também observado pelo professor Marcelo Neves (que trabalhou em conjunto no desenvolvimento da teoria dos sistemas sociais de Luhmann) em vários outros países da América Latina, assim denominados por este como “países de modernidade periférica”. Segundo ele, a explicação para o fenômeno da alopoiese, nesses países, está concentrado primordialmente em uma questão histórica. O Brasil, por exemplo, é um país que teve uma experiência democrática bastante tardia, sendo consagrada como república apenas no final do século XIX e mesmo assim manteve-se sob a égide dos poderes dominantes herdados da monarquia, enquanto outros países, a exemplo dos Estados Unidos, já haviam tido a experiência republicana de forma efetiva ainda no século XVIII (NEVES, 2018)

Além disso, poucos anos após a proclamação da república o Brasil viveu sob o comando de regimes ditatoriais praticamente de maneira ininterrupta, períodos estes que somados perfazem mais de 35 anos. Esse viés social e político culminou na feitura de diversos documentos constitucionais (foram um total de sete) que tiveram por base o atendimento dos anseios sociais e políticos de cada período que o país viveu. Ademais, após anos de regime de ditadura militar que culminou ao final com um poder constituinte originário que elaborou a constituição de 1988, atualmente em vigor, o Brasil passou por mais um desafio político com o processo *Impeachment* que findou no afastamento do presidente Fernando Collor em 1992, apenas quatro anos após a entrada em vigor da Constituição (BARBOSA, 2015).

Tal desestabilidade política e jurídica, atrelada a um sistema de controle de constitucionalidade que ao mesmo tempo se vale de precedentes como meio de auxiliar nas decisões judiciais (*common law*, ou modelo americano), mas que por outro lado privilegia o atendimento rigoroso da lei escrita (*civil law* ou modelo germânico) acabaram por criar um

ambiente extremamente propício para que o sistema do Direito no Brasil fosse cada vez mais aberto normativamente, sofrendo interferência dos sistemas ao seu redor, o que caracteriza assim o fenômeno da *alopoiese* e a conseqüente desestruturação do direito (BOTELHO, 2009). Vale salientar também, que a feitura da constituição de 1988 teve por base o atendimento de um sistema que privilegiasse o poder judiciário como forma de não permitir possíveis arbitrariedades que pudessem ser cometidas pelo poder executivo, tendo em vista o contexto histórico das seguidas ditaduras do executivo que o país vivenciou (BARBOSA, 2015).

Ademais, tanto o *civil law* como o *common law* foram modelos de jurisdição criados para o atendimento do direito nos países em que foram criados, correspondendo, portanto, a suas respectivas realidades sociais e políticas. Nesse contexto, a utilização de tais modelos no Brasil, e ainda mais de maneira conjunta, faz com que surja um modelo jurisdicional híbrido em que tanto a lei como as jurisprudências são fontes do direito, mas sem que essa última torne-se vinculante (BOTELHO, p. 2.324, 2009). Isso acarreta em uma enorme insegurança jurídica entre os destinatários da jurisdição, uma vez que se estará diante de uma verdadeira loteria, pois o direito do jurisdicionado dependerá do juiz, ou câmara que irá apreciar a sua demanda, isso faz com que o judiciário tenha enorme discricionariedade na hora de proferir a decisão judicial, fenômeno este que reitera o que já definimos por ativismo judicial.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL COMO EXPRESSÃO DO FENÔMENO DA ALOPOIESE SOCIAL.

De forma simples, o ativismo judicial pode ser compreendido como o dizer mais do que a norma jurídica pretende através de procedimentos pertencentes a outros sistemas que não o Direito para resolver problemáticas eminentemente relacionadas as normas jurídicas. O surgimento do ativismo judicial pode ser explicado por dois vieses: o primeiro está relacionado à incompletude da teoria da separação dos três poderes formulada Montesquieu e o momento histórico da feitura da constituição de 1988.

Quanto ao primeiro, à teoria da separação dos três poderes, em tempos modernos, teve por base a divisão de poderes de forma a combater possíveis arbitrariedades que pudessem se cometidas, cabendo ao executivo controlar as atividades do legislativo e, por conseguinte, este ter suas atividades controladas pelo judiciário. Porém, não há um poder que controle as ações do poder judiciário, ao passo que, segundo a teoria de Montesquieu, cabe a ele próprio o seu controle. Isso advém do fato que na época em que o filósofo francês construiu a sua teoria, o

juiz era tido como “a boca da lei”, estando o campo da hermenêutica jurídica ainda em seus primórdios, atrelado à concepção da escola exegética que pregava a interpretação literal e gramatical da lei (MARTINS, 2011). Além disso, do século XVIII aos dias atuais o Direito tornou-se mais complexo, surgindo novas atribuições às funções do Estado, atribuições estas que não encontraram respaldo na separação dos três poderes proposta por Montesquieu, surgindo assim as funções atípicas dos três poderes.

Destarte, tais fatores somados ao fato de que as novas propostas hermenêuticas não comportam a atual complexidade do Direito, fazem com que o judiciário tenha enorme discricionariedade no proferimento das decisões judiciais, o famoso brocardo que diz que o juiz é “a boca da lei” evoluiu ao longo da história e se encaixa perfeitamente no âmbito do que aqui foi definido por ativismo judicial.

Quanto ao segundo viés, é sabido que o Brasil passou longos períodos de sua recente república nas mãos de poderes que instauraram ditaduras (a primeira como o Estado Novo que durou 15 anos, sucedida por 20 anos de turbulenta democracia e posteriormente uma ditadura militar que durou 21 anos, findando-se em 1985). Esses poderes comandaram a feitura de documentos constitucionais que correspondem às suas perspectivas de poder no país, atrelando a isso uma enorme discricionariedade para o poder executivo. Com a queda do regime militar através do movimento das “Diretas Já!” em 1985, um novo poder constituinte originário surgiu para dar início a construção da Magna Carta de 1988 (BARBOSA, 2015).

Tal poder constituinte foi baseado em uma ânsia nacional em maior liberdade democrática que estava relacionada a uma menor atuação do executivo, tendo em vista o contexto dos anos da ditadura. Nesse sentido, o poder legislativo construiu um documento constitucional que prezasse por uma maior atuação do poder judiciário, já que historicamente é incumbido a este o poder de controlar o executivo. Porém, como ainda não existe uma forma procedimental de regulação do poder judiciário este adquiriu enormes poderes discricionários de intervenção no executivo e no legislativo, intervenção esta que se dá principalmente através do proferimento de decisões pelos tribunais superiores (CAMPOS, p.60, 2012).

Essa discricionariedade encontrou maior respaldo após a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que instituiu as súmulas vinculantes, que posteriormente foi regulamentada pela Lei 11.417/06. A proposta da súmulas vinculantes têm por objetivo utilizar-se de um enunciado pacificado, baseado numa série de decisões que foram proferidas de forma semelhante do Superior Tribunal de Federal, com força de lei, adquirindo este uma função atípica legislativa. O grande embate acerca do tema diz respeito ao respaldo

constitucional para existência de tal instituto, tendo em vista que legislar é uma função atípica do poder judiciário e por isso fere o artigo 2º e o artigo 60, §4º, III, da Constituição que versa sobre a cláusula pétrea da tripartição dos poderes (MARTINS, p.29, 2011). Além disso, ainda há a discussão se a edição das súmulas vinculantes provoca um engessamento da interpretação do Direito, já que esta estaria restringida às decisões judiciais e entendimentos do STF, o que acarreta em uma diminuição da criatividade do Direito no momento do proferimento de decisões por tribunais inferiores.

Assim, pode-se perceber que a edição de súmulas vinculantes foi mais uma tentativa de auto regulação do judiciário pelo próprio judiciário, como forma de evitar proferimento de decisões excessivamente arbitrárias por parte dos tribunais inferiores. Porém tal tentativa torna-se contraditória tendo em vista que as súmulas vinculantes proferidas pelo STF não vinculam o poder legislativo e nem mesmo o próprio STF, tendo este ainda amplos poderes no momento da decisão judicial (LIMA, 2013).

Além disso, a EC nº45/2004 representa a volta do positivismo exegético, em que a decisão da Suprema Corte é equiparada à força de lei ou ato normativo em todo o Judiciário e Administração Pública, sendo denominada pelo ministro Luiz Roberto Barroso como uma “americanização do Direito Constitucional brasileiro” (BARROSO, 2013), ideia esta contrária a um Estado Constitucional de Direito, proposta pela Constituição de 1988, já que preza pela velocidade do julgamento das lides processuais em detrimento a inovação da decisão judicial. Destarte, a criação das súmulas vinculantes pela EC nº 45/2004 representa também uma maior aproximação do Direito na política tendo em vista que as decisões proferidas pelo STF são utilizadas para ter um maior poder de interferência nas decisões política proferidas pelo executivo, fato este que encaixa-se perfeitamente na teoria da *alopoiесе* social (BOTELHO, p.2326, 2009).

3 AS RECENTES DECISÕES DO STF COMO EXPRESSÃO DA INTERFERÊNCIA DA POLÍTICA NO SISTEMA DO DIREITO.

Uma das questões jurídicas mais atuais e que tem gerado inúmeras discussões doutrinárias é acerca da recente decisão do STF sobre a possibilidade do início do cumprimento de pena já com o trânsito em julgado dos recursos de segunda instância e esse debate não é recente. A possibilidade de cumprimento de pena com a condenação em segunda instância surgiu a partir de um caso ocorrido em 2009 no interior de Minas Gerais, quando um fazendeiro, motivado por ciúmes, atirou cinco vezes contra um rapaz que paquerou a sua

esposa, configurando o crime de tentativa de homicídio. Os advogados do réu, à época, interpuseram diversos recursos junto ao Superior Tribunal de Justiça para que o fazendeiro começasse a cumprir a pena somente quando esgotados todas as possibilidades de recurso. No entanto, tais pedidos foram negados e os causídicos, ainda não conformados, apresentaram recurso junto ao Supremo Tribunal Federal criando uma interpretação para o texto exposto no artigo 5º, LVII, da Constituição qual seja: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

O Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, deu provimento ao pedido dos advogados, permitindo que o réu só começasse a cumprir a pena após o trânsito em julgado de todos os recursos que estivessem a sua disposição, e fechando assim o entendimento dado ao artigo 5º, LVII, da CF. Importante frisar que antes do referido caso o início da condenação se dava a critério do juiz de primeira instância que proferia a decisão. Desde a feitura da Constituição de 1988 até o caso ocorrido do fazendeiro no ano de 2009 a interpretação do referido inciso tinha ficado aberta para decisão do magistrado. O último recurso do caso do fazendeiro tramitou em julgado no ano de 2014, porém, não houve possibilidade de cumprimento da pena, tendo em vista que a pena já tinha prescrito.

O debate sobre a possibilidade do início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado do último recurso possível foi reaberto no ano de 2016 e configurou um exemplo de ativismo judicial e de quando o sistema da política interferiu no Direito a ponto de desestruturá-lo normativamente. Tal decisão por parte do STF foi resultado de um entendimento de que muitas injustiças ocorreram por causa dos inúmeros recursos interpelados aos tribunais superiores que tinha por objetivo tão somente postergar o trânsito em julgado da sentença e, conseqüentemente, o início do cumprimento da pena.

Esses casos tornaram-se mais frequentes recentemente devido aos novos e volumosos processos advindos da “Operação Lava-Jato”, em que muitos políticos condenados em segunda instância entravam com recurso juntos aos tribunais superiores, atrasando o trânsito em julgado da sentença condenatória e, dessa maneira, impedindo a cassação dos direitos políticos que os enquadrarem na Lei da Ficha Limpa e os impedisse de concorrer às próximas eleições. Nesse caso, se pode perceber que a tentativa do Direito de regular a política e interferir em uma questão oriunda de um viés político.

Tal prerrogativa por parte do STF, além do claro revés no que diz respeito à segurança jurídica, causou diversos problemas no que diz respeito aos trâmites para o cumprimento da pena que são regulados pela legislação inferior. Exemplo disso está relacionado ao pagamento da multa processual no processo penal, que em geral faz parte da pena dos réus, e que deve ter

seus valores atualizados no momento em que se inicia o cumprimento da sentença condenatória, conforme preceitua o artigo 164 da Lei de Execuções Penais. Assim, se uma sentença foi proferida em 2014 e teve seu trânsito em julgado em 2017, deve o valor da pena de multa ser corrigido monetariamente de forma a proteger o seu valor.

No entanto, com o novo entendimento do STF acerca da condenação em segunda instância, ficou a critério do juiz decidir se o valor da pena de multa deve vir ou não atualizado já em segunda instância, momento em que deve ser iniciado o cumprimento da pena. É importante salientar que o problema não reside somente na questão monetária a ser pago pelo réu, já que existem meios se ressarcir-lo caso haja um pagamento maior, bem como o acusado compensar valores pagos a menos. O problema central diz respeito a uma decisão proferida por um tribunal superior, tendo em vista uma situação política, desestruturar um sistema legal infraconstitucional, colocando a situação sob a discricionariedade de uma única pessoa (nesse caso o juiz), o que exatamente ocorre no fenômeno da *alopoiесе* (NEVES, 2018)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno do ativismo judicial, aqui entendido como o dizer mais do que a norma jurídica pretende através de procedimentos pertencentes a outros sistemas que não o Direito para resolver problemáticas eminentemente jurídicas, tem se tornado recorrente no Brasil desde a feitura da Constituição de 1988 tendo sido observado de forma mais latente a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 que reformou o judiciário e instituiu as súmulas vinculantes, que deram o poder legislativo atípico à função de estado judicante e que pode ser compreendida como uma tentativa de criação de um procedimento para o Direito Constitucional. Tal fenômeno torna-se problemático na medida em que dá poderes ao judiciário de interferir na seara política, gerando o fenômeno da quebra da autonomia, ou *alopoiесе* do Direito, ao mesmo tempo que também possibilita a política intervir no judiciário, ferindo assim a separação dos três poderes, além gerar o fenômeno do engessamento da atividade criativa judicial para o proferimento de decisões e impedir uma evolução da hermenêutica jurídica.

Essa perspectiva, como foi descrita neste trabalho, pode ser compreendida através de um viés histórico, político e social no Brasil e tem se tornado tema de inúmeros debates doutrinários com o objetivo de chegar a uma conclusão acerca dos efeitos de um judiciário com mais poder sobre as decisões do executivo, assim como qual o melhor modelo jurídico para o Brasil tendo em vista suas perspectivas atuais, já que o atual, que coaduna com

os sistemas do *common law* e *civil law*, tem se mostrado ineficaz para corresponder às necessidades jurídicas do país.

Um dos exemplos da ocorrência de uma atuação ativista do STF, por meio de uma súmula vinculante e motivado por uma questão política, foi a edição da Súmula Vinculante n.º 11 que tem por objetivo regulamentar os casos excepcionais em que o uso das algemas deverá ser feito. Importante notar que era comum na prática forense o entendimento de que cabia autoridade policial ou judiciária deliberar acerca do uso das algemas. No entanto, tal previsão já era discutida a âmbito legislativo, tendo em vista que vários foram os casos de abusos cometidos por parte do poder policial que ocorriam principalmente entre os indivíduos em situação vulnerável.

Assim, podemos concluir que teve como principal aspecto a tentativa de assegurar o direito fundamental do indivíduo e a proteção do mesmo perante um possível abuso do poder público, através de uma interpretação extensiva e proativa de dispositivos da Constituição, em especial aqueles que dizem respeito a dignidade da pessoa humana, impondo ao poder público uma determinada conduta. No entanto, tal prerrogativa significou uma invasão do poder judiciário em uma competência que não é sua, tendo por base uma questão política da ampla exposição midiática, que pressionou o judiciário a agir de tal maneira, caracterizando assim uma atuação ativista do STF embasada em uma interferência estrutural e normativa do sistema da política no Direito.

Destarte, o entendimento dessas novas perspectivas que permeiam o constitucionalismo brasileiro no século XXI são de suma relevância para a criação de mecanismos que promovam uma atuação do judiciário de forma mais justa e eficiente e, principalmente, para impedir que arbitrariedades cerceiem os objetivos principais da função judicante no país.

ABSTRACT

Niklas Luhmann in his theory of social systems defined society as a set of systems that must self-regulate and self-reproduce through language, constituting what is called social autopoiesis. Law, as an integral part of this system, must therefore create its own mechanisms so that it does not suffer interference from external systems, such as politics, morality or religion to the point of causing its normative de-structuring. The Constitution, in this sense, can be seen as one of the main forms of Luhmann's attempt to self-regulate the law, considering, in addition to its importance as a normative basis, its relevance in delimiting the powers of the State. However, this perspective has not yet found its completeness in Brazil, considering all the political and social conjuncture of the making of the Magna Carta, which has led to an excess of power for the judicial function, which regulates and controls the legislative and executive powers, but that is not capable of autocontrol, a phenomenon that

had as consequence what was known by judicial activism. The present research will be carried out in a qualitative descriptive, documentary and bibliographical form and will be presented in two parts: an introductory one on the theory of social systems of Niklas Luhmann and related concepts and a second part on the recent decisions of the Federal Supreme Court as an expression of the phenomena reported by Luhmann.

Keywords: Judicial Activism. Systems. Constitution. Autopoiesis. Binding Summary.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aamericanizacaododireito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **O silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil.** Tese (doutorado) Universidade Federal de Pernambuco. Programa de pós graduação em Ciências Políticas. Recife, 2015. 167p.

BOTELHO, Ana Cristina de Melo Pontes. **A corrupção política e seu estudo à luz da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e de sua projeção nos sistemas jurídico e político.** In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais, São Paulo, Fundação Boiteux, 2009, p.2311-2340.

CAMPOS, Hélio Ourém; BANDEIRA, Luciana de Assunção Macieira. **Ulisses x Hércules: o perfil do judiciário brasileiro nas decisões de inconstitucionalidade.** In: 1º Congresso Internacional de Constitucionalismo e Democracia: o novo constitucionalismo latino-americano. Brasília, 2012. Revista CEJ, ano XVI, n. 58, set./dez. 2012, p. 58-64.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: Uma proposta de delimitação do debate.** Tese (doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. Programa de pós graduação em Direito. Recife, 2013. 300p.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. 210p. Coleção Pensamento político.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas.** Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007, p. 169-186.

MARTINS, Ives Grandra da Silva. **O ativismo judicial e a ordem constitucional.** Revista brasileira de direito constitucional. São Paulo, nº 18, jul./dez 2011, 16p.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade.** Palestra proferida na Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2007.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica - Uma Abordagem Teórica e uma Interpretação do Caso Brasileiro.** Wmf Martins Fontes. São Paulo, SP. 2018.

SOLIANO, Vitor. **Ativismo judicial no Brasil: uma definição.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN [1980-7791](http://www.univali.br/direitoepolitica).

VIANA, Ulisses Schwrtz Viana. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann: Complexidade e contingência no sistema jurídico.** Porto Alegre, 2015