



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ICJ
FACULDADE DE DIREITO – FAD
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

LUÍS EDUARDO CORRÊA ASSUNÇÃO

ATIVISMO JUDICIAL E CONFLITO INSTITUCIONAL: análise do caso da prisão
após condenação em segunda instância.

Belém
2024

LUÍS EDUARDO CORRÊA ASSUNÇÃO

ATIVISMO JUDICIAL E CONFLITO INSTITUCIONAL: análise do caso da prisão após condenação em segunda instância.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito, ofertado pela Faculdade de Direito, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Patrícia Kristiana Blagitz Cichovski

Belém

2024

LUÍS EDUARDO CORRÊA ASSUNÇÃO

ATIVISMO JUDICIAL E CONFLITO INSTITUCIONAL: análise do caso da prisão
após segunda instância.

Trabalho de Conclusão de Curso orientado pela Prof.^a
Dr.^a Patrícia Kristiana Blagitz Cichovski, apresentado
ao Curso de Bacharelado em Direito, do Instituto de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará,
como requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Data de aprovação: ____/____/____.

Conceito:_____.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Patrícia Kristiana Blagitz Cichovski
Orientadora – UFPA

Prof.^a Dr.^a Eliana Maria de Souza Franco Teixeira
Examinadora – UFPA

Ao meu bom Deus, que me guiou por caminhos nunca imaginados por mim, e a minha amada esposa e amiga, sendo sempre o meu porto seguro.

“Portanto, ponham em primeiro lugar na sua vida o Reino de Deus e aquilo que Deus quer, e ele lhes dará todas essas coisas”.

(Mateus 6:33 NTLH)

RESUMO

O presente estudo objetiva tratar de hodiernas respostas que os Poderes políticos da União se propõem a fazer, frente a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal entendidas por parte da doutrina como sendo fruto de ativismo judicial, com foco especial para o caso da prisão após condenação em segunda instância. O referido caso desenvolveu ao longo do tempo certa particularidade, qual seja, a sucessiva capacidade, pelo STF, de modificar o seu entendimento. Está claro, atualmente, que certas atuações da Suprema Corte, principalmente quando correlatas a pautas sensíveis à sociedade – e esse é o caso por estar no rol de assuntos mais caros para a sociedade brasileira, qual seja a segurança pública –, geram inquietações e consequentes respostas por parte do Poder Legislativo, do Executivo ou mesmo da sociedade, as quais são denominadas “efeito backlash”, o que por sua vez pode provocar ao fim e ao cabo grande retrocesso no campo dos direitos individuais, como demonstram casos semelhantes, implicando em postura do Poder Judiciário no sentido de uma autocontenção. O presente trabalho é desenvolvido sobre o enfoque crítico-dialético, por meio de estudo de caso, pelo método hipotético dedutivo. Realizar-se-á uma pesquisa bibliográfica com coleta de dados obtidos na legislação, na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Palavras-Chave: ativismo judicial; efeito backlash; prisão em segunda instância.

ABSTRACT

The present study aims to deal with current responses that the political powers of the Union propose to make, in the face of decisions made by the Federal Supreme Court understood by part of the doctrine as being the result of judicial activism, with a special focus on the case of prison after conviction in second instance. The referred case developed over time a certain particularity, namely, the successive capacity, by the STF, to modify its understanding. It is clear, currently, that certain actions of the Supreme Court, especially when related to issues sensitive to society – and this is the case because it is on the list of most important issues for Brazilian society, namely public security –, generate concerns and consequent responses by the Legislative Branch, the Executive or even society, which are called the “backlash effect”, which in turn can ultimately cause a major setback in the field of individual rights, as similar cases demonstrate. This work will be developed using a critical-dialectical approach, through a case study, using the hypothetical deductive method. A bibliographical research will be carried out collecting data obtained from Brazilian legislation, doctrine and jurisprudence.

Keywords: judicial activism; backlash effect; second instance arrest.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. ORIGEM DO ATIVISMO E CONSTRUÇÃO HISTÓRICA	12
2.1. Surgimento do ativismo judicial na Suprema Corte do Brasil	15
2.2. Críticas sobre o ativismo nos direitos sociais	23
3. PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	32
3.1. Fundamentos que envolvem o caso	34
4. EFEITO BACKLASH	37
4.1. Ocorrências do backlash na jurisprudência brasileira	40
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	50

1. INTRODUÇÃO

O Brasil passou por diversas transformações sociais, institucionais e políticas após a abertura democrática marcada pela promulgação da Constituição Federal de 1988. É notório o contraste existente entre o período que antecedeu a atual Carta Maior e o que o sucedeu, uma vez que aquele foi marcado, em grande período, por condutas institucionais instáveis, com grande preponderância dos outros poderes em detrimento do Poder Judiciário, em especial o Poder Executivo. Não há dúvidas quando se afirma que a atual Constituição Federal proporcionou um aumento da cidadania no Brasil – no contexto da saída do Regime Militar –, ocasionando um crescimento das outras instituições garantidoras do novo regime democrático, que por sua vez proporcionou maior confiabilidade em todo o sistema de justiça, ocasionando, em síntese, a melhor concretização de direitos fundamentais que outrora estavam sob total dependência dos outros Poderes.

Não há como falar de tais períodos obscuros sem mencionar o regime militar iniciado em 1964, o qual reverteu grande construção democrática criada pela Constituição de 1946 (Sadeck, 2022). O referido período, dentre outras subversões antidemocráticas, marcou-se pela implementação dos famosos Atos Institucionais (AI), dentre eles o AI-5, promovendo a inutilização das capacidades e prerrogativas do Poder Judiciário e Legislativo, em especial aquele, quando se extinguiu a possibilidade de sua apreciação por parte de atos emanados pelo Poder Executivo, ou mesmo quando se impediu as garantias de inamovibilidade e vitaliciedade, ou ainda nas aposentadorias compulsórias dos ministros, praticadas pelo então Presidente Costa e Silva (Sadeck, 2022).

Todavia, nota-se que a ascensão do Poder Judiciário se deu há muito tempo, não em terras brasileiras, mas no famoso caso *Marbury x Madison* em solo norte-americano, no ano de 1803 (Sadeck, 2022), demonstrando a superioridade da Constituição por meio da atuação judicial sobre legislação federal, invalidando-a. A prerrogativa do controle de constitucionalidade, sem dúvidas, é o maior responsável pelo desenvolvimento das Cortes Supremas do mundo, acarretando a inserção de tais órgãos na arena política, principalmente no que tange a concretização de políticas públicas, seja corroborando, recusando ou impondo-as.

O fenômeno do ativismo judicial surgiu nesse mesmo contexto de ascensão de atribuições do Poder Judiciário, se desenvolvendo, no Brasil, de diversas maneiras, seja pelo contexto institucional descrito - tanto pelas novas possibilidades criadas pela Constituição Federal de 1988, como pelo contexto que se impôs pela democracia implementada, no qual os demais Poderes passaram a respeitar suas próprias competências e alcances institucionais -, como também por um fortalecimento realizado pelo Poder Legislativo na criação, p. ex., das Leis 9.868 e 9.882 de 1999, bem como as de Emendas à Constituição de nº 03/1993 e nº 45/2004, que promoveram verdadeira ascensão do Poder Judiciário, em especial da Suprema Corte.

Esse fenômeno é entendido pela doutrina sob várias vertentes no que tange suas consequências para a sociedade, uma vez que alguns deles entendem ser um avanço sobre competências as quais não são do Poder Judiciário, outros que é necessário em razão da defesa dos direitos fundamentais, e há também quem diga ser apenas um efeito natural do sistema político atual. As mudanças apresentadas no teor das decisões, especialmente quando se fala de modificações na “interpretação jurisdicional de conceitos e dispositivos presentes na Constituição” (Teraoka, 2015, p. 115), fundamentalmente a partir do início deste século, revelam a existência do ativismo por parte do Supremo Tribunal Federal.

A Suprema Corte do Brasil, diante da possibilidade de exercer tais funções, não se absteve, fazendo com que fosse colocada no epicentro de assuntos de extrema importância – e outros nem tanto – e de grande repercussão no país. Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2013) coloca como o ponto mais alto desse fenômeno o que foi o julgamento do conhecido caso “mensalão”:

(...) ação penal decorrente de denúncia da Procuradoria-Geral da República em face de 40 pessoas, entre políticos e empresários, envolvidos em um grande esquema de corrupção instaurado na própria base do Governo Lula, por meio do qual o partido do Governo, o PT, obteve altos recursos, inclusive públicos, e repassou essas verbas para parlamentares em troca de apoio aos seus projetos de lei e para conquistar sua permanência no poder (CAMPOS, 2013, p. 351).

Nesse sentido, cumpre salientar que o objetivo deste trabalho é tratar acerca do ativismo judicial no caso da prisão após condenação em segunda instância enquanto representante da nova natureza político-normativa do STF. O que se observa nesse caso são mudanças sucessivas no entendimento do art. 5º, LVII, posto que o entendimento

literal do referido artigo é: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O ativismo aqui se constata em razão da mudança abrupta de entendimento da leitura da Carta Maior sem grandes justificações para tanto, quando se entendia em momento anterior que após a decisão condenatória de segunda instância de Tribunal Estadual, os recursos os quais fazem alcançar o STJ e STF (recurso especial e recurso extraordinário, respectivamente) seriam desprovidos de efeito suspensivo, viabilizando a antecipação da prisão do indivíduo; atualmente, o Supremo optou pela literalidade do texto constitucional, não sendo possível a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É sabido que a aplicação direta do Texto Constitucional promove maior amparo aos direitos fundamentais, todavia, entende-se que esse não é o melhor caminho a ser seguido – em comparação à leitura anterior – por conta das mazelas presentes em nosso país, com grande foco para a criminalidade e corrupção (Teraoka, 2015), e por outras motivações as quais serão melhores descritas posteriormente.

Além disso, é possível observar que, por esse assunto – prisão após condenação em segunda instância – estar no rol daqueles mais caros à sociedade brasileira, qual seja, a segurança pública, existe grande possibilidade de tal discussão estar à espera de uma ação por parte da opinião pública por intermédio dos poderes essencialmente políticos (Poder Executivo e Legislativo).

Fato é que o Poder Judiciário vem angariando muito poder e protagonismo nas democracias de todo o mundo, e no Brasil não é diferente. O controle de constitucionalidade proporcionou o fortalecimento do STF, e tal desenvoltura gera questionamentos, principalmente no que diz respeito à competência e legitimidade do Judiciário agir sobre assunto não deliberado pelo Poder Legislativo ou sobre o que não exista norma no que tange a matéria, tudo em nome da obrigação de manifestar resposta à provocação feita no caso concreto, havendo a transferência de funções típicas do Legislativo para o Judiciário.

Essa discussão, atrelada ao descontentamento da decisão proferida pelo Judiciário, cria força política latente, capaz de reverter a decisão, e a esse efeito se deu o nome de backlash. É evidente que, assim como na esfera privada na qual uma decisão judicial sempre gera um lado descontente, em situações de cunho social e político não

seria diferente, e esse descontentamento de decisão judicial é que produz o efeito backlash.

As maneiras como esse efeito ocorre são diversas, indo desde uma revisão legislativa da decisão tomada, até mecanismos como impeachment ou substituição de magistrados em tribunais por outros mais alinhados à vertente política de quem esteja no poder (Marmelstein, 2016). O cerne da questão geralmente está entorno da vertente política existente no tema quando da decisão, não sobre o meio ou processo até a decisão judicial tomada, ou seja, quando a decisão é de viés progressista, a resposta política será conservadora, e vice-versa. Todavia, como já dito anteriormente, em razão das mazelas presentes a tanto tempo em nosso país, creio que nesse caso em especial, a solução esteja pairando acima do que as ideologias tanto pregam; determinadas pautas devem estar minimamente bem executadas, como a execução da justiça e a segurança pública, para que haja a devida construção do debate de ideias.

O tema aqui tratado é de grande relevância para os tempos atuais, levando em conta a grande discussão que se vê a respeito de liberdade, respeito aos direitos individuais, abuso de poder, deferência à legalidade, valor institucional, respeito à Constituição Federal, conservação da democracia, dentre outros. Portanto, o presente trabalho é desenvolvido sobre o enfoque crítico-dialético, por meio de estudo de caso, pelo método hipotético dedutivo, realizando-se pesquisa bibliográfica com coleta de dados obtidos na legislação, na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Para se discutir isso, o trabalho se divide em três partes, a primeira se propõe a analisar a origem do ativismo judicial e sua construção histórica, abordando seu desenvolvimento em território brasileiro e críticas sobre a atuação ativista nos direitos sociais; a segunda parte se destaca com a apresentação do caso da prisão após condenação em segunda instância, além dos fundamentos que envolvem o caso; por último, desenvolve-se o efeito backlash e suas ocorrências na jurisprudência brasileira.

2. ORIGEM DO ATIVISMO E CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

O primeiro registro histórico a apresentar o termo “ativismo judicial” decorre dos Estados Unidos da América, em artigo cujo título é “*The Supreme Court: 1947*” (Campos, 2015, p. 3), escrito pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., sendo, todavia, constatado o

fenômeno há mais de um século desse período, no famoso caso *Marbury v. Madison*, no qual se chegou à conclusão da revisão de legislação federal pelo Poder Judiciário sem que isso decorresse expressamente da Constituição estadunidense.

Muito embora há aqueles doutrinadores os quais defendem a atuação criativa da Corte Suprema, é sabido que o termo “ativismo judicial” ganhou notoriedade negativa, como um sinônimo para extrapolação de competências/poderes, para atribuir valor moral negativo do julgador como alguém que não agiu de forma imparcial, ou mesmo por pura discordância da decisão proferida. Tais formas distorcidas de se empregar o termo, cria grande dificuldade em sua devida conceituação, podendo-se reduzir a importância do fenômeno em estudo em mera ofensa ou desacreditização, nas palavras de Campos (2015):

O ativismo judicial tem reais e importantes implicações políticas e sociais, de modo que precisa ser conhecido abstratamente e identificado concretamente. O fim da indeterminação conceitual representa então uma necessidade teórica e prática (Campos, 2015, p. 6).

Historicamente, é entendido pelo STF que a função a qual cabe a ele seria tão somente aquela de legislador negativo, sendo considerado uma apropriação da função típica do Poder Legislativo agir como legislador positivo. O agir como legislador negativo implica especificar duas hipóteses distintas exercidas pela Corte Suprema: a primeira é a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em tese e a segunda se trata da declaração de uma lei como constitucional com base em uma interpretação condizente com a Constituição, pois, nessa situação, “há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (...), implicando dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição” (Brandão, 2014, p. 189).

Há iniciativas por parte de alguns ministros no sentido de fazer lembrar que a atuação do Poder Judiciário – no caso o STF – deve sempre se manter desvinculada da atuação do legislador positivo, como p. ex., o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 737185, com decisão proferida em 27 de novembro 2012 pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal como relator o Ministro Dias Toffoli, quando esse diz que o STF deve agir “resguardada a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade” (Brandão, 2014, p. 190).

Pensando em aprimorar a perspectiva – a qual para alguns é meramente ofensiva – dada ao ativismo judicial, Carlos Campos (2015) elenca pontos os quais entende ser cruciais para se poder compreender tal conjuntura controversa, partindo do que chamou de “o núcleo comportamental do ativismo judicial” (Campos, 2015, pg. 7); seria o núcleo duro e imutável intrínseco a todas as Cortes ativistas, tratando-se de uma força constante a qual impulsiona e fortalece a “autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles” (Campos, 2015, pg. 7). O palco para essa atuação geralmente envolve questões de difícil consenso, tratando-se de grandes questões políticas ou morais, quando se deparam com direitos fundamentais, fronteiras de atuação de outros Poderes ou indeterminação de alguns termos presentes na Constituição, o que garante alto grau de complexidade dos julgados.

É evidente que o avanço sobre o tema dos princípios constitucionais – dentro da seara de decisões judiciais de casos concretos – configura um avanço do Judiciário em um terreno de panorama impreciso, por precisamente se tratar das normas mais vagas presentes na Constituição (Brandão, 2014).

Thiago Teraoka (2015) destaca a diferença existente entre a mera fiscalização de leis com base na Constituição e o ativismo judicial, afinal, enquanto aquela atua sobre lei infraconstitucional a qual contraria expressamente a Lei Maior, por esse se interpreta uma priorização da decisão judicial em detrimento de uma resposta legislativa factual e razoável, e para além disso, Luis Roberto Barroso (2009) elenca três pontos os quais se vinculam à ideia do ativismo, quais sejam:

- (i) aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e em atividade independente do legislador; (ii) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e (iii) imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2009, p. 14).

Diante do exposto, nota-se a crescente atuação das Cortes nas democracias atuais frente a assuntos de grande repercussão social e relevância política, dado o fato que suas ações repercutem diretamente sobre os planos dos Poderes os quais são

essencialmente políticos, fazendo com que tal atuação se torne impreterivelmente política, nas palavras de Campos (2015):

A perspectiva das cortes como atores políticos remete ao tema contemporâneo da *judicialização da política* e de como o ativismo judicial se desenvolve em meio a esse fenômeno. Nas democracias contemporâneas, verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais – o *espaço nobre do ativismo judicial* – para a arena judicial em vez de essas decisões serem tomadas nas arenas políticas tradicionais – Executivo e Legislativo. Essa transferência de poder decisório corresponde a uma das facetas da judicialização da política; a outra refere-se à extensão dos argumentos e métodos de decisão judicial aos outros centros políticos de decisão (Campos, 2015, p. 8).

2.1. Surgimento do ativismo judicial na Suprema Corte do Brasil

Não há dúvidas que o fator “judicialização” foi um grande promotor do desenvolvimento do ativismo atual, destacando-se dois grandes fomentadores para a formação da judicialização no nosso Estado: a grande abrangência de assuntos abordados por parte da CF, bem como a efetivação do controle de constitucionalidade (Barroso, 2009). A judicialização ocorre na primeira situação quando há a iniciativa de acionar à justiça por se entender que determinado ponto da Constituição não está sendo cumprido, como por exemplo, no art. 206, inciso VII (princípio da garantia de padrão de qualidade da educação prestada pelo Estado); o que leva o Judiciário a inevitável “debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas” (Barroso, 2009, p. 12). Enquanto que no segundo ocorre em razão de herança proveniente tanto do direito europeu como do americano; daquele foi trazido o controle de ação direta de constitucionalidade, o qual “permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal” (Barroso, 2009, p. 13), ao passo que desse se absorveu o controle difuso e incidental, o qual traduz a noção de aplicação da justiça – pelo Poder a que lhe é natural – a casos concretos e específicos, desconsiderando aplicar a lei por considerá-la inconstitucional. De fato, é observado como uma tendência não muito recente essa manifestação ou mesmo a iniciativa da Corte Suprema, listados alguns exemplos por Barroso (2009):

(i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e

do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público (Barroso, 2009, p. 13).

Partindo do exame realizado pela doutrina e jurisprudência atual, ficou constatado que o STF vem tomando decisões atípicas a partir de um desenvolvimento de uma visão dicotômica e rígida, sendo hodiernamente fixadas em pontos intermediários (Brandão, 2014). Essa posição mais ao meio, justifica-se pelo uso de métodos interpretativos do texto constitucional, tais como a “(..) interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e as sentenças aditivas e modificativas” (Brandão, 2014, p. 196). A conclusão a que se objetiva é que há um desvio da tese do legislador negativa por essa Suprema Corte, chegando a entendimentos destoantes daqueles estabelecidos pelo legislador.

Ademais, as mudanças hoje tão bem observadas no Poder Judiciário – mais especificamente se tratando do Supremo Tribunal Federal – são resultado de modificações graduais ao longo, principalmente, do início deste século em torno do que pode ser resumido sobre dois aspectos, quais sejam “o da dinâmica dos processos políticos-eleitorais e o das grandes questões morais e sociais contemporâneas” (Campos, 2013, p. 353). Em se tratando do primeiro caso, a questão a qual obteve maior relevância e holofotes foi o debate sobre a “Lei da Ficha-Limpa” (LC 135/2010), a qual instaurou duras possibilidades de inelegibilidade pelo tempo de 8 anos; o teor da discussão tinha como epicentro a análise do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da CF). Ficando num primeiro momento o Tribunal Superior Eleitoral empatado em virtude da falta de um de seus membros; vindo a desempatar quase um ano depois com a chegada do ministro Luiz Fux, não sendo aplicada a lei para o ano de 2010, definindo-se a constitucionalidade total da lei no início do ano de 2012. Além de tudo, houve outras ocasiões dentro desse campo no qual o STF também interveio, Campos (2013) assim dispõe:

O Supremo já decidiu sobre os critérios adequados para a fixação do número possível de vereadores, excluindo a autonomia dos Municípios para tanto; impôs a verticalização das coligações partidárias eleitorais para as eleições do ano de 2006, embora emenda constitucional daquele ano (EC nº 56/2006) tenha assegurado a plena e imediata autonomia dos partidos políticos de formarem sem

vínculos entre as “candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal;” julgou inconstitucionais as chamadas “cláusulas de barreira” – índices de desempenho eleitoral, estabelecidos na Lei nº 9.096/95, como condições e critérios impostos aos partidos para o regular funcionamento parlamentar; instituiu a “infinidade partidária”, garantindo o direito de o partido político preservar a vaga legislativa ocupada por candidato eleito sob sua legenda na hipótese de sua desfiliação e transferência para outro partido (Campos, 2013, p. 353-354).

Em se tratando de questões morais, Campos (2013) menciona como mais preponderantes as decisões referentes à questão do aborto de fetos anencéfalos e da união homoafetiva, nos anos de 2012 e 2011 respectivamente. É dito pelo autor que há uma “permissão” por parte do Supremo para que haja o avanço dos valores constitucionais – por meio de suas decisões – com base no que chamou de “vácuo de consenso parlamentar” (Campos, 2013, p. 355), usando Aharon Barak para defender essa construção fundada na concepção de o direito de uma sociedade ser uma estrutura viva, devendo o juiz fazer uma interpretação do texto constitucional com fulcro nos seus princípios e à luz do desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Como prova material da inclinação do STF de uma atuação judicial autorrestritiva para um agir criativo, Rodrigo Brandão (2014) expõe o caso Raposa Serra do Sol como um dos precursores de tal modificação:

O voto proferido pelo Ministro Carlos Direito no caso Raposa Serra do Sol – acolhido pela maioria do Tribunal – revela significativo avanço do Supremo Tribunal Federal em prol de uma postura criativa no exercício dessas técnicas de decisão. Com base em diversos princípios e regras constitucionais, o Ministro Carlos Direito introduziu diversas cláusulas restritivas à demarcação contínua da mencionada reserva indígena que não constavam do ato que a instituiu (Brandão, 2014, p. 199).

Tais decisões e tantas outras com grande repercussão nacional, tanto midiática – como o caso “Raposa Serra do Sol” – quanto macroeconomicamente – como na decisão da inconstitucionalidade dos critérios estabelecidos pela LC 62/1989 para a distribuição do Fundo de Participação dos Estados – demonstram a real atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, a qual se justifica não por um motivo específico, mas por questões multifatoriais, conforme Campos (2013):

Diferentes condições e variáveis, contextuais e dinâmicas necessárias e suficientes, exógenas e endógenas, de natureza institucional, política, social e jurídico-cultural favorecem, restringem, enfim, moldam, o ativismo judicial em diferentes realidades históricas e devem, dessa forma, compor sua equação explicativa ao lado de variáveis normativas como “democracia” e “constitucionalismo” (Campos, 2013, p. 359).

Dentre tais questões multifacetadas as quais originam o ativismo supramencionado, há os fatores institucionais com grande preponderância, haja vista que surgiram todos da Constituição Federal de 1988 por aspectos que a caracterizam, como por exemplo, a sua grande abrangência de temas, além da nova configuração dos “poderes decisórios do Supremo Tribunal Federal que ela estabeleceu” (Campos, 2013, p. 362).

A atual Constituição Federal do Brasil é notoriamente conhecida pelas amplas modificações as quais trouxe no campo dos direitos sociais, direitos fundamentais, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, sendo doutrinariamente descrita como analítica e longa; analítica porque ela esmiúça inúmeros assuntos, o que é incomum para essa categoria de norma, e longa por ter vasto conteúdo. A essa pormenorização, Campos (2013) atribui à diversidade de setores ideológicos presentes na Assembleia Constituinte, marcando o texto com profundidade de princípios como uma resposta aos abusos vividos durante o período antecedente a sua criação. Dado esse quadro, fica evidente o potencial panorama de desenvolvimento para resolução de conflitos constitucional, sendo, fundamentalmente, políticos ou sociais, pela Suprema Corte, mas que outrora era local de atuação exclusiva dos outros Poderes; havendo grande destaque para ADIs e ADPFs por se tratar dos principais meios pelos quais o Supremo conseguiu exercer poder decisório de maneira categórica. Tais características, todavia, não retiram a principal propriedade a qual uma Constituição deve ter, pelo contrário, continua a tratar sobre o que há de mais fundamental para a nação. Ademais, há efeitos inevitáveis decorrentes de tais particularidades, a exemplo do uso da interpretação do texto constitucional, o qual proporciona uma inevitável reorganização da ordem institucional histórica, deslocando o Poder Judiciário de um papel coadjuvante – ser somente o “boca da lei” – para uma atuação direta e decisiva de grande “relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história” (Campos, 2013, p. 350).

Vale ressaltar a proeminência não apenas do Supremo, mas de todas as instâncias, instituições e instrumentos os quais estão vinculados à aplicação da justiça no Brasil, tais como a Defensoria Pública, os Juizados Especiais, a ação civil pública, o Ministério Público, dentre outros, desde a publicação desta Constituição, até à criação de algumas emendas constitucionais e leis ordinárias posteriores – destacando-se a EC

45/2004 e as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99 (Campos, 2013) – tornando o Judiciário capaz de exercer controle político para a devida resolução de conflitos de interesses.

Pode-se afirmar que o primeiro grande passo dado pela Constituição em direção ao engrandecimento do Supremo, ocorreu na mudança da Constituição do Império (1824-1889) para a Constituição Republicana (1891-1930), havendo uma mudança de orientação, saindo do sistema político-doutrinário europeu e se direcionando ao constitucionalismo estadunidense, devendo-se muito essa mudança ao jurista Rui Barbosa (Campos, 2013). Apesar disso, uma comparação entre o Supremo desse período e o atual é completamente incabível, haja vista que capacidades hoje tão usuais ainda não eram possíveis naquele período, tais como as decisões com oponibilidade *erga omnes* ou mesmo por exercer somente de maneira recursal o controle de constitucionalidade. A Constituição Republicana trouxe como maior trunfo ao Supremo o instrumento do habeas corpus, exercendo competência originária a qual fazia o Poder Executivo se sujeitar a ele; a chegada do Governo Vargas trouxe um retrocesso nesse sentido, ganhando superpoderes o Poder Executivo, não havendo nenhuma espécie de apreciação de suas decisões por parte do Judiciário. Vigorou por pouco tempo – até o ano de 1937 –, todavia, trouxe grandes inovações, dentre elas o surgimento da capacidade vinculante das decisões do STF, o prenúncio do que viria a ser a ação direta de inconstitucionalidade, além do direito para todo cidadão de impetrar mandado de segurança (Campos, 2013).

Pode-se afirmar com certa segurança que o período que sucedeu a esse mencionado, foi o que transmitiu maior obscuridade no tocante a separação de Poderes e contrapesos recíprocos. A Constituição outorgada no período chamado “Estado Novo” (1937-1945) autorizava o então Presidente a manter uma posição de última análise para as decisões advindas do Supremo, no que concerne a inconstitucionalidade de leis e “ainda retirou o status constitucional do mandado de segurança, não repetiu representação interventiva nem competência do Senado para suspender a eficácia das leis declaradas inconstitucionais” (Campos, 2013, p. 369), apesar de que, em tese, as atribuições do Supremo foram mantidas.

A Constituição de 1946 foi marco importante para a restauração da democracia outrora usurpada, recompondo muitas das atribuições anteriormente estabelecidas, tanto

do Judiciário como dos outros Poderes, mas que, todavia, não foram suficientes para fazer compor ao Supremo o conjunto de fatores necessários para fazer valer sua posição (Campos, 2013). Publicada no decorrer do Governo Militar, a Lei Básica de 1967 manteve muitos regramentos, tais como o controle direto e abstrato pelo STF – mesmo sem efeito vinculante –, bem como o controle difuso, a competência originária para julgar mandados de segurança e *habeas corpus*.

Seguindo essa cronologia, chega-se, enfim, à Constituição atual, a qual não à toa é considerada um divisor de águas em diversos aspectos, incluindo quando se fala do STF, suas prerrogativas, competências, ações pertinentes, tal como aqueles com a capacidade de acioná-lo. As ferramentas descritas no texto constitucional que afirmam a conduta da Suprema Corte como guardiã da Constituição, subscrevem-se ao longo da leitura do art. 102, indo desde a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), até a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º). Vale ressaltar a ampliação do rol de legitimados para propor a ADI – e atualmente também a ADC –, uma vez que, em momento anterior, era extremamente restrita a sua propositura a quem ocupasse um cargo específico, qual seja, o de Procurador-Geral da República; hodiernamente, o rol taxativo do art. 103 estabelece, além desse, outros oito com a mesma capacidade processual. Ainda com relação ao Procurador-Geral, é clara a evolução constatada quando se observa o art. 128, §2º¹ da Lei Maior por colocar uma condicionante de sua destituição do cargo, agora não ocorrendo apenas por mera vontade do Presidente da República, mas dependendo também da autorização da maioria absoluta do Senado, ficando como maior prova de tamanha eficiência o “caso Mensalão”, no qual o Procurador-Geral acusou “assertivamente membros do Partido do Governo” (Campos, 2013, pg. 373).

Além disso, houve atuações do Poder Legislativo ulteriores as quais culminaram na abertura de possibilidades de atuação pelo Judiciário, como algumas legislações ordinárias e Emendas à Constituição. Em primeira observação, como grandes exemplos, é possível citar as Leis nº 9.868 e 9.882 ambas de 1999, as quais agregaram grande poder decisório à Corte Constitucional, uma vez que apresentaram “um dimensionamento

¹ Art. 128, § 2º - A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

de poderes de decisão além do estabelecido na própria Constituição de 1988 e até de poderes que a Corte havia recusado anteriormente para si” (Campos, 2013, p. 374); tais como a previsão da eficácia vinculante e *erga omnes* nas decisões de mérito, sejam elas ADC ou ADI, e as decisões de mérito nessas mesmas ações terem a possibilidade de modulação temporal, na primeira Lei; e na segunda, desenvolve o poder do STF a partir da criação da possibilidade de exercer sobre legislação anterior, o controle concentrado de constitucionalidade, à luz da nova Constituição. Em segunda análise, as emendas de mais destaque são as de nº 03/1993 e nº 45/2004; enquanto aquela criou a ação declaratória de constitucionalidade, maximizando o poder decisório e interpretativo da Suprema Corte muito em face da expressa eficácia vinculante; a outra emenda instituiu uma verdadeira transformação no controle de constitucionalidade e no próprio Judiciário, Campos (2013) assim ensina, *in verbis*:

A emenda constitucional ampliou o rol de legitimados para a propositura da ADC (art. 103, *caput*), estendendo-a a todos os atores sociais e políticos legitimados para propositura de ADI; ela constitucionalizou a eficácia vinculante das decisões em ADI (102, §2º), espalhando quaisquer dúvidas porventura existentes sobre o tema. Todavia, os pontos mais importantes foram a criação da “súmula vinculante” (art. 103-A) e a previsão do instituto da “repercussão geral” como requisito autônomo de admissibilidade de recurso extraordinário (102, §3º) (Campos, 2013, p. 375-376).

Importante ressaltar a substancial função desempenhada pela consciência política em, voluntariamente, outorgar parte do poder político que culminou no ativismo judicial o qual conhecemos; o que fica evidente são os contornos dessa atuação judicial, visto que sofrem variações ao longo do tempo por depender de fatores políticos os quais também são flutuantes. Para além de aspectos político-legislativos, a ambientação proporcionada no período pós Constituição de 1988, promoveu maior confiança – devendo-se muito à postura dos Poderes Executivo e Legislativo – para que o Supremo viesse a exercer suas atividades com maior liberdade, contrapondo-se a períodos anteriores (Campos, 2013). Ademais, fatores sociológicos também foram imprescindíveis para o surgimento do ativismo judicial como o conhecemos atualmente, pois, como se observa nas decisões trazidas, elas se adequaram em muitos dos anseios mais profundos da sociedade, os quais sempre encontraram entraves por via parlamentar.

Ao longo dos primeiros anos de existência da nova Constituição Federal, supunha-se que a Corte manteria a conduta esperada de momentos anteriores, um tanto passiva,

muito por conta de sua postura diante das decisões tomadas nesse ínterim, *verbi gratia* quando “tratou de restringir alguns de seus poderes decisórios bem como o acesso à sua jurisdição” (Campos, 2013, p. 385), restringindo o acesso ao Supremo por ADI através de um requisito objetivo criado por ele: a pertinência temática, resguardando o seu acesso dos legitimados somente nos casos em que se tratar de normas as quais os afetem política e institucionalmente; ou quando decidiu que não atuaria nas lacunas legislativas – via mandado de injunção – com a justificativa de que deveria se ater somente a morosidade do legislador.

Fato interessante o qual se observa ao longo desse período, é que diante desses aspectos de abstenção e passividade nas decisões da Corte Suprema, foram sendo notadas crescentes dinâmicas de teor negativo para a democracia nacional, tal como o demasiado número de medidas provisórias emitidas pelo Presidente da República (Campos, 2013), que vieram a, inevitavelmente, desbalancear o equilíbrio pretendido entre os Poderes. Todavia, essa conduta do Supremo nada mais era que um reflexo da mudança política, na qual ainda estava em seus primeiros anos de existência.

Para além do exposto, processou-se outro fator importante que preparou o terreno para o surgimento do ativismo, qual seja, a fragmentação do poder político, propiciando a elevação da instituição, nas palavras de Campos (2013), em dois aspectos:

(i) eleva as oportunidades de conflitos e, conseqüentemente, de judicialização de questões políticas relevantes; (ii) aumenta a independência das cortes para decidir sobre essas questões, haja vista a *inexistência de uma instância hegemônica* de poder (Campos, 2013, p. 397).

Outrossim, vale destacar que a atuação ativista da Suprema Corte acompanha o nível de abrangência da Carta Maior, alcançando diversos ramos do direito, e Thiago Teraoka (2015) enumera alguns exemplos, tais como: em âmbito penal, o novo entendimento o qual surgiu no ano de 2006 cuja premissa permitiu a progressão de regime nos crimes hediondos, dado que o entendimento anterior se baseava nos incisos XLVI e XLIII do art. 5º da Constituição Federal, entregando à lei o papel da individualização da pena e também uma punição mais gravosa para tais espécies de crimes, ou ainda sobre o tema do tráfico de drogas, no qual a Constituição² trata o crime

² Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

com grau superior de periculosidade, por isso é descrito como hediondo; mas a atuação da Corte foi no sentido contrário dessa disposição, assim como da Lei Federal 11.343/2006³ (restringia benefícios penais para os praticantes desse crime), não apenas atuando pela não “restrição de direitos (no caso o direito à progressão) de criminosos que praticaram crimes hediondos” (Teraoka, 2015, p. 123), mas também conferindo a esses, benefícios que não lhes foram atribuídos em disposições legais, como a possibilidade de conversão da pena em restritiva de direitos e o regime inicial aberto. No direito da seguridade social, o STF adotou novo entendimento após quase vinte anos de manutenção da jurisprudência a qual se baseava na redação do inciso V, art. 203 da Carta Maior⁴, ampliando os meios de se identificar o critério de uma pessoa miserável. Em âmbito do direito processual administrativo, houve a alteração da jurisprudência – após quase vinte anos do surgimento da atual Constituição –, trazendo o entendimento da inconstitucionalidade da “exigência do depósito prévio para conhecimento de recurso administrativo” (Teraoka, 2015, p. 126). No direito civil/empresarial/internacional, houve a questão da modificação do que o STF entendia sobre a prisão civil do depositário infiel; na qual a Corte manteve a posição por mais de vinte anos, entendendo a partir do ano de 2006 a inconstitucionalidade de trecho do dispositivo constitucional (art. 5º, LXVII) o qual autorizava a prisão contra quem era depositário infiel.

2.2. Críticas sobre o ativismo nos direitos sociais

A maneira como o Poder Judiciário atua em âmbitos sociais se justifica não apenas pela hermenêutica constitucional, mas também por questões contextuais – a bem dizer, contextos políticos (Neto, 2008). A maneira como a Constituição Federal de 1988 foi construída, leva ao entendimento de uma atuação positiva ou negativa do Poder

³ Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

⁴ Art. 203, V - a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Judiciário nessa análise, uma vez que, p. ex., o direito à saúde, descrito no art. 196⁵ da Carta Maior, será executado por políticas públicas, sendo essas exercidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, ao passo que o mesmo diploma trata os direitos sociais – incluso nesse rol o direito à saúde – como sendo direitos fundamentais, que por sua vez podem ter a sua aplicação imediata e direta, nas palavras de Neto (2008):

A Constituição Federal prevê o controle da constitucionalidade das omissões estatais através do mandado de injunção e da ADIN por omissão. Se a Constituição criou esses instrumentos processuais, concebeu a atuação judiciária no domínio social, em que as omissões são especialmente pertinentes (Neto, 2008, p. 508).

É fato que as disposições normativas apresentam uma incapacidade intrínseca: a impossibilidade de prever todas as situações possíveis de se existir em uma sociedade cuja relevância se materializa pela necessidade de se normatizá-la. Muito em razão disso, avistam-se mudanças na maneira de agir do STF ao aplicar extensão ou redução teleológica, ou seja, ao se deparar com uma descrição estrita se faz a ampliação de seu teor literal ou o seu oposto, se reduz o seu alcance, respectivamente (Brandão, 2014). Há diversas interpretações passíveis de serem aplicáveis, mas o fator que se apresenta como determinante é a decisão política que irá nortear tal interpretação.

As críticas desenvolvidas a respeito da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais dividem-se em dois grupos. A primeira é descrita como “principiológica” e tem como fonte matriz uma perspectiva tanto democrática quanto liberal, e a segunda é a crítica institucional, voltada para as consequências práticas das decisões (Neto, 2008). Da ótica democrática, caracteriza-se o seu conceito pelo governo do próprio povo através da representatividade por aqueles que foram votados, havendo uma “identidade entre governantes e governados” (Neto, 2008, p. 512). No entanto, nota-se uma progressão na justificação pela tomada de decisões por órgãos os quais não passaram pela aprovação popular, com o pretexto de estarem mais preparados “para tomar decisões racionais e informadas” (Neto, 2008, p. 512).

Esse fenômeno, inscrito num grau de elitismo do qual resultou da complexa forma como a administração se organiza, é o que justifica a judicialização das políticas públicas

⁵ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(Neto, 2008). Porém, o conceito de democracia vai de contra ao do elitismo, e não apenas isso, aquele possui uma funcionalidade prática muito mais efetiva, porque permite o diálogo aberto de ideias para que haja a escolha daquela que seja mais adequada, promovendo um certo nível de vulnerabilidade dos governantes nas suas tomadas de decisões, posto que precisam fazer a sua devida justificação; chegando-se à conclusão de que o Judiciário poderia exercer a importante função de assegurar que as melhores escolhas de decisões em âmbito democrático ocorram nas melhores condições possíveis, conforme Neto (2008):

Contudo, a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática desconsidera que o Judiciário pode exercer importante papel na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente. Tais condições envolvem as liberdades básicas, mas também os direitos sociais fundamentais. Como veremos adiante, ao garanti-los, o Judiciário capacita o cidadão para uma participação pública efetiva e, com isso, qualifica o debate público (Neto, 2008, p. 513).

Outra crítica trazida considerada parcialmente válida pelo autor supramencionado, é a de que essa tratativa do Judiciário no que tange os direitos sociais pode proporcionar uma construção de projeto de poder particularizado, o que traduziria uma clara intromissão no que cabe aos Poderes com representantes eleitos, fazendo com que “o Judiciário transpusesse indevidamente a esfera da imparcialidade política” (Neto, 2008, p. 513). Essa descrição não comportaria uma adesão máxima, conforme o autor, por conta de tais direitos estarem incorporados no campo da imparcialidade política, visto que fazem parte do que há de mais basilar para um Estado democrático; o que ocorreria na prática, portanto, é o impulsionamento do potencial de influência política do cidadão, dado que sem a garantia da efetivação de direitos como saúde, educação ou segurança, essa capacidade seria muito apequenada.

Ainda com enfoque na apreciação democrática, outra posição crítica – essa desenvolvida por setores à esquerda – afirma que o potencial de luta da população por seus direitos sociais de uma maneira mais coletiva, seria drasticamente reduzido ou até substituído por demandas individuais pelo uso das vias judiciais, ou seja, a atuação do Poder Judiciário na prestação de demandas dos direitos sociais “faria com que os cidadãos se desmobilizassem para a luta política, optando pela busca individual de seus interesses. O resultado da judicialização seria a apatia política dos cidadãos” (Neto, 2008, p. 514). Para tanto, Neto (2008) explicita que, em contexto brasileiro, a atuação do

Judiciário propicia muito mais o melhoramento da atuação do cidadão na aquisição dos seus direitos mais abrangentes, uma vez que, p. ex.:

(...) as decisões que determinavam a distribuição de medicamentos para portadores do vírus HIV se inseriam em movimentos mais abrangentes de luta pelo direito à saúde, e provocaram a alteração da política pública formulada para o setor: levaram à aprovação de Leis determinando a distribuição gratuita dos medicamentos e a produção de medicamentos genéricos; catalisaram as reivindicações sociais e provocaram a ação do Governo, que passou a atuar, inclusive no plano internacional, com o intuito de rescindir patentes (Neto, 2008, p. 515).

A crítica liberal baseia-se na teoria de Montesquieu, na qual deve haver uma separação dos poderes para reinar a harmonia, evitando-se o desbalanceamento pelo uso do poder por um único órgão (Neto, 2008), atrelando-se a isso a necessidade de se seguir de maneira estrita a legalidade no que tange as decisões as quais afetam a vida das pessoas em sociedade.

Depreende-se da doutrina de Montesquieu que a atuação contumaz do Judiciário em âmbito de políticas públicas configuraria uma verdadeira traição à legalidade, um confisco de competências dos outros dois poderes, devendo apenas se ater ao “modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado” (Neto, 2008, p. 510). Todavia, a tripartição dos Poderes no Estado brasileiro se apresenta de uma maneira peculiar, na qual se expõem diversas maneiras de um determinado poder operar sobre uma competência a qual originalmente não lhe seria cabível. Portanto, a deslegitimação pura e simples da efetivação de políticas sociais pelo Judiciário não seria possível no contexto brasileiro; o que seria diferente do debate quanto ao nível de intervenção exercido (Neto, 2008).

Outra questão levantada pela corrente liberal, mas que é também refutada por ela, é a de que haveria uma depreciação da concepção de direitos fundamentais, acarretando numa fragilidade da proteção do mesmo por conta do alargamento desse conceito, visto que deveria ter como enfoque somente os direitos políticos e civis. O que se compreende da própria doutrina, entretanto, é que na verdade, conforme Neto (2008):

Os direitos sociais são condições da liberdade. A mera proclamação do texto constitucional, p. ex., do direito à escolha da profissão converte-se em letra morta se não atribuem aos cidadãos condições efetivas para que essa escolha seja feita, em especial boas oportunidades educacionais. Por essa razão, ao concretizar direitos sociais, o Judiciário está promovendo a liberdade individual, garantido as condições materiais para sua manifestação concreta. A atuação judiciária no campo social não é, portanto, incompatível com o liberalismo. Ao

contrário, encontra no pensamento liberal alguns de seus principais argumentos de justificação (Neto, 2008, p. 511-512).

Importa ser salientado, sob a ótica institucional, que nenhuma crítica desenvolvida é capaz de afastar a relevante atuação judicial na aquisição desses direitos, todavia, é importante estar a par das possibilidades de atuação desse Poder em tal âmbito. As críticas institucionais as quais têm como foco não incidir sobre a legitimidade, e sim sobre as consequências práticas das decisões do Judiciário brasileiro, dividem-se em cinco frentes conforme Neto (2008), quais sejam: financeira, administrativa, técnica, econômica e a crítica da desigualdade quanto ao acesso à justiça.

A crítica institucional voltada para a área financeira tem como marco inicial o entendimento do princípio do direito da reserva do possível. É razoável compreender que o cobertor, cujo Estado possui para cobrir toda a sua população não é tão cumprido quanto deveria ser para que houvesse a efetivação de todos os direitos – ao menos os que são fundamentais –, portanto, de nada valeria a decisão judicial perfeitamente legítima para obrigar o Estado a custear uma política pública para a qual não há possibilidade material de se desprender recursos para a sua execução (Neto, 2008). Torna-se presente a legitimação do Judiciário quando se tem em foco um direito fundamental, porquanto não se tratar de um, sua concretização se disciplinará conforme ditames do administrativo ou legislativo, apesar de o Estado possuir meios adequados para oportunizar a prestação.

Vale ressaltar o uso do parâmetro da universalização na tomada de uma decisão judicial, afinal, a administração Estatal “(...) não tem recursos para construir casas para todos os cidadãos brasileiros que não possuem moradia adequada, apesar de o custo de uma casa ser insignificante se comparado ao orçamento público” (Neto, 2008, p. 517), implicando dizer que esse parâmetro atua na imparcialidade e coerência do Estado em questão, não favorecendo pessoas que se utilizam da justiça para adquirir tais direitos, mas que para outras não foi possível, seja por falta de conhecimento, acessibilidade, recurso financeiro ou outros motivos.

No que toca a crítica administrativa, nota-se uma certa decorrência da precedentemente exposta na medida em que os administradores públicos não apenas deixariam de se concentrar em suas políticas públicas previamente planejadas para atender às ordens judiciais, mas também – como citado por Neto (2008), no discurso do

então secretário da saúde do Estado de São Paulo, no plenário do Conselho Regional de Medicina, em abril de 2005 –, secretários estaduais e municipais se viram obrigados a fugir do oficial de justiça para não serem presos pela não entrega da insulina glargina (Neto, 2008). Ou seja, o que tais decisões têm promovido na prática é justamente o oposto do que se almejava por elas – acesso ao direito que a pessoa possui –, além disso, fazendo impor em algumas situações o cumprimento de tal decisão como prioridade máxima, acima do planejamento do administrador, à frente de outras pessoas em condições de prioridade, conforme Neto (2008):

Quando é proferida decisão judicial, num litígio individual, o administrador, muitas vezes, retira o medicamento do programa, desatendendo o cidadão cadastrado. Não é incomum que decisões que determinam a internação de paciente em UTI de hospital público levem o administrador hospitalar a retirar pacientes que estejam em estado mais grave (Neto, 2008, p. 518).

Inserido na ideia da falta de informação do magistrado na seara do Administrador, está a crítica técnica, na qual dispõe a carência de conhecimento específico na área de políticas públicas, no que tange, principalmente, a adequação da medida para o que seja de fato necessário e possível. Objetivando superá-la, Neto (2008) expõe que, para áreas de atuação diferentes, o Judiciário encontra níveis de dificuldade desiguais, como saúde, educação, trabalho, mas que em todos os casos as soluções já estariam sendo aplicadas para a devida justificação da decisão a qual trata das políticas públicas, tais como a participação de *amicus curiae*, de especialistas nas audiências públicas, o uso de peritos, entre outros.

As consequências dos atos judiciais na ponta: esse é o cerne da crítica econômica. Pelo fato de o Direito não se tratar de uma ciência que ao fim, volta-se para si, ele deve ter como principal objetivo a solução dos problemas sociais. Desse modo, de uma perspectiva prática, essa crítica assume que a fixação das políticas públicas com base na dogmática dos direitos fundamentais trará uma “redução do impacto da atuação pública” (Neto, 2008, p. 522), caso não leve em consideração a base de cálculo da análise econômica a qual se ampara no custo-benefício da medida a ser tomada. Entretanto, com base em síntese apresentada do problema, Neto (2008) desconsidera parte da crítica, posto que se baseia em contradições não necessárias, uma vez que é possível viabilizá-las simultaneamente, sendo exequível a compatibilidade de apreciações

consequencialistas com o ordenamento constitucional somente, conforme o referido autor:

(...) quando servem para orientar o Judiciário na escolha de uma das possibilidades interpretativas a que se abre o texto constitucional, dentre as que se organizam com a dignidade humana. Se determinado texto normativo comporta várias interpretações compatíveis com o princípio, o magistrado deve optar pela que produza melhores consequências práticas. A análise econômica pode oferecer contribuição relevante para o aperfeiçoamento da concretização dos direitos sociais, mas sempre subsidiária à interpretação do texto constitucional e à argumentação moral-prática (Neto, 2008, p. 523).

A desigualdade quanto ao acesso à justiça enquanto crítica, é muito objetiva. O que se observa pelas estatísticas apresentadas por Neto (2008), desde o final do século passado, até meados da primeira década deste século na cidade de São Paulo, é a contradição existente entre a noção por trás da judicialização dos direitos sociais trazer certa garantia dos mesmos, e a concretização desses direitos para a parcela mais pobre da população, o que traz como consequência um fator de concentração de renda, fundamentalmente para a classe média, pois é quem está saindo à frente na utilização de tal recurso resolutório (Neto, 2008).

Essa crítica se torna pertinente a partir do momento que se analisa dois pontos específicos: o critério de hipossuficiência e as ações coletivas (Neto, 2008). No primeiro caso há a garantia de uma celeridade especial na entrega de serviços e bens para as pessoas com possibilidade de recursos limitados, enquanto o outro reforça a concepção da primazia das ações judiciais coletivas por imporem efeito a todos os casos com condições iguais; ficando demonstrado pela crítica a sua importância ao justificar os preceitos da hipossuficiência, bem como da ação coletiva.

Pelo fato de tais críticas apresentadas não fazerem frente à atuação judiciária no campo dos direitos sociais, elas não devem ser tomadas de maneira ampla e irrestrita, todavia não devem ser totalmente descartadas por possuírem coerência em certos níveis dessa atuação, tornando-se imprescindível “verificar até que ponto o Judiciário deve estar autorizado a avançar” (Neto, 2008, p. 525). Posto isso, Neto (2008) expõe dois parâmetros para que essa conduta judiciária – um tanto controversa – possa desfrutar de maior racionalidade, quais sejam: parâmetros materiais e processuais.

Em tais parâmetros materiais, apresenta-se o contraponto da teoria do “mínimo existencial” – a qual tem como base a defesa do minimalismo judicial – e das “condições

necessárias”. Resumidamente, o parâmetro material central ora mencionado se traduz pela atuação mínima do Judiciário na consecução dos direitos sociais, agindo, portanto, conforme preceitos das condições necessárias, para que um indivíduo possua tanto autonomia pública – tratando-se da participação na construção do propósito coletivo – e autonomia privada – referindo-se às condições necessárias que alguém deva ter para concretizar um projeto de vida o qual seja razoável – (Neto, 2008).

Outrossim, a noção do “mínimo existencial” não carrega a possibilidade da exclusão da participação do Judiciário na promoção dos direitos sociais, pelo contrário, parte-se de uma ideia fundamentada na liberdade, e que sofreu modificações advindas da jurisprudência alemã, havendo um entrelaçamento das condições sociais mínimas e do mínimo existencial “para que o indivíduo buscasse a sua própria dignidade, como sintetizado na expressão ‘ajuda para a auto-ajuda’” (Neto, 2008, p. 526); dentro da mesma terminologia há também o fundamento de uma vida digna para a pessoa, para que ela consiga ao menos minimamente subsistir com dignidade.

Independentemente da perspectiva adotada, o que se entende por “mínimo” nessa teoria seria a área de atuação do Judiciário em determinado campo, e não que a sua atuação não tenha a capacidade de realizar grandes mudanças sociais, ou seja, no que lhe couber, poderá aprimorar ao máximo, independente de planejamentos dos Poderes Executivo e Legislativo, buscando-se não critérios formais, e sim materiais para a justificação dessa atividade judicial (Neto, 2008). Em razão do exposto, por não haver coerência entre a conceituação do mínimo existencial e a conduta do Judiciário na proteção dos direitos sociais os quais se traduzem em direitos fundamentais, segundo Neto (2008), seria mais correto atribuir a conduta do Judiciário à execução das “condições necessárias” em razão da autonomia pública e privada já descritas.

Condição pertinente levantada pelo autor para a judicialização de direitos sociais é o conhecimento do poder econômico do jurisdicionado. Em razão da falta de recursos para a sua efetivação, a hipossuficiência se torna imprescindível para que haja a abertura dessa possibilidade de uma maneira duradoura e sustentável ao menos para aqueles que mais precisam, e não apenas isso, também para as pessoas as quais não são necessariamente pobres, mas que ainda assim não poderiam arcar com determinado custo sem se colocar em risco por ter que deixar de atender outras necessidades básicas,

como ocorre “com procedimentos médicos complexos, que envolvem gastos que mesmo a classe média não é, muitas vezes, capaz de suportar” (Neto, 2008, p. 529).

Ademais, é importante frisar que o Judiciário deve ter sobre os direitos sociais uma visão global e não pontual, ou seja, deve ser constatada a “relação que o direito mantém com o restante dos direitos sociais também garantidos pela ordem constitucional brasileira” (Neto, 2008, p. 531). Portanto, haverá sim direitos sociais expressos pela constituição os quais não serão concretizados por via judicial, mas será resguardada sempre a garantia de uma vida digna, como quando não se observa a aplicação universal do direito ao trabalho, mas que por sua vez, direitos assistenciais podem ser requeridos para a manutenção da dignidade humana. Salienta-se ainda que nas disputas judiciais por direitos sociais, a Administração possui prioridade na sua seleção técnica, haja vista que, p. ex., a preferência do médico privado não pode prevalecer sobre os meios que a Administração optou para solucionar – via medicamento ou cirurgia – aquela determinada doença, desde que “apresentada previamente ao ajuizamento da ação, na forma de política pública já institucionalizada” (Neto, 2008, p. 532).

Inserido na perspectiva de inófia de recursos públicos, diferente dos padrões estabelecidos pelo administrador público o qual pode fixar critérios mais específicos e estritos de qualidade, e não necessariamente se restringindo aos meios que sejam menos onerosos, o Judiciário deve ter como prioridade o critério econômico em suas tomadas de decisões, posto que a carência de recursos do Estado “cria essa obrigação para o Poder Judiciário, até para que a medida possa ser universalizada” (Neto, 2008, p. 532).

Avaliando os parâmetros processuais desenvolvidos por Neto (2008), excepcionalmente se tornam adequadas as decisões judiciais no tocante a ações individuais, especificamente quando se tratar de “(a) dano Irreversível e de (b) Inobservância de Direitos Conferidos pelo Legislador e pelo Administrador, em Lei ou Programa já Instituído” (Neto, 2008, p. 534), é o que ocorre – no primeiro caso – quando a integridade da saúde do indivíduo ou até mesmo a sua vida se encontram em risco pela não entrega de determinado medicamento, e no segundo, quando a Administração coloca como parte de seu programa de saúde um conjunto de medicamentos, mas que na prática acaba por não disponibiliza-los, cabendo em ambos os casos a concessão

individual de tais demandas; muito embora possa existir legitimidade para a decisão judicial, pode ocorrer de ela não ser passível de ser executada, devendo a Administração provar a falta de recursos. A regra para a priorização da atividade judicial em tais demandas são para as chamadas ações coletivas, havendo diversos motivos para que exista essa prioridade, tais quais os elencados por Neto (2008):

(a) As decisões proferidas no âmbito de ações coletivas garantem a universalização da prestação. (...) (b) As decisões proferidas em ações coletivas desorganizam menos a Administração Pública. (...) (c) Nas ações coletivas, é possível discutir com o cuidado necessário os aspectos técnicos envolvidos. (...) (d) (...) estimula que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil. (e) (...) evita que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais. (f) (...) é possível analisar, de modo mais preciso, o impacto da política no orçamento (Neto, 2008, p. 533-534).

Por fim, vale salientar também como questão pertinente a ser considerada pelo magistrado para arrazoar sua conduta perante casos que envolvam direitos sociais, a melhoria no diálogo institucional para evitar lacunas de conhecimentos não abordados em decisões judiciais por meio também de “ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá” (Neto, 2008, p. 536), assim como da atribuição do ônus da prova à Administração Pública pela falta de recursos.

3. PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

O referido caso é de grande relevância para os tempos hodiernos, levando em conta grande discussão a respeito de liberdade, dos direitos individuais, deferência à legalidade, separação de poderes, respeito à Constituição Federal, eficácia do sistema Judiciário, dentre outros. A própria ministra Rosa Weber expõe tamanha relevância do tema em seu voto na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43⁶:

Aliás, não lembro de outro, na hermenêutica constitucional, que tenha merecido, e polarizado, a atenção da sociedade brasileira como este, cada cidadão a defender o que reputa a melhor interpretação do texto constitucional, a ponto de muitos evocarem, com maior ou menor propriedade, a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Haberle (Brasil, 2019, p. 134).

O ano de 2009 foi o marco de mudança do entendimento pacificado o qual o STF tinha sobre a prisão após condenação em segunda instância. Até momento anterior, a

⁶ ADC 43, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07-11-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020

referida instituição prezava pela constitucionalidade da execução da prisão após condenação em instância de segundo grau; o que modificou esse padrão em fevereiro do referido ano foi o julgamento do HC 84.078, de relatoria do então ministro Eros Grau (Capez, 2023).

Decorridos alguns anos, o assunto tornou a ser pauta na Suprema Corte – examinado pelo relator Teori Zavascki – pelo exame do HC 126.292, fazendo retornar, no ano de 2016, o entendimento anterior, ou seja, compatibilizando a prisão após condenação em segunda instância à Constituição Federal. Quase três anos após o ocorrido, em novembro de 2019, a Corte volta atrás mais uma vez sobre o que se entendia estar pacificado ao realizar o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, prevalecendo a inconstitucionalidade da prisão antes de esgotados todos os recursos processuais até o tempo atual.

Vale ressaltar a particularidade ocorrida no íterim de fevereiro de 2016 e novembro de 2019, haja vista a então constitucionalidade da execução provisória da pena frente ao exaurimento dos recursos cabíveis em segunda instância, sejam eles o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Portanto, qualquer pessoa que estivesse cumprindo provisoriamente a pena mediante acórdão proferido pelas instituições mencionadas, deveria ser posto de imediato em liberdade, excetuadas as hipóteses nas quais couber prisão preventiva (Capez, 2023). A esse respeito, é importante frisar: não é toda e qualquer modalidade de prisão que se tornou inconstitucional. A prisão a qual se discute nessa questão é a que se traduz como cumprimento da pena imposta em acórdão de instância de segundo grau somente, e não aquelas de caráter cautelar (prisão preventiva) que têm como garantia, consoante o Código de Processo Penal:

Art. 312- A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

As supramencionadas ações declaratórias de constitucionalidade – movidas pelos partidos Patriota (antigo Partido Ecológico Nacional) e PCdoB, além da OAB, as duas primeiras no ano de 2016 e a segunda em 2018 – foram as responsáveis por acionar o STF em julgamento conjunto no ano de 2019; como consequência, promoveram decisão da Corte com eficácia erga omnes e efeito vinculante, uma vez que desde 2016 a prisão

após condenação em segunda instância foi permitida pela instituição, mas juízes de todo o Brasil estavam sentenciando de forma diversa, em razão de a análise de mérito pelo STF continuar em aberto (Jusbrasil, 2019).

Fator que se mostra preponderante frente a essas modificações são as mudanças ocorridas na composição da Suprema Corte, especialmente no intervalo de 2009 a 2016, concretizando alterações significativas em posicionamentos até então pacificados. Como asseveram Juliana Fraga e Cynthia Juruena (2022), mais da metade da Corte foi substituída (seis membros), e no ano de 2016 “somaram-se a esses ministros: Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin” (Fraga; Juruena, 2022, p. 153). A última modificação dessa jurisprudência rendeu placar apertado na decisão da Corte, com 5 votos a favor da constitucionalidade da execução da prisão em segunda instância e 6 votos contra, comprovando o elevado grau de dificuldade e complexidade do caso.

3.1. Fundamentos que envolvem o caso

Ademais, é possível reduzir as justificativas as quais motivaram a última mudança em dois principais núcleos de defesa em seus respectivos campos: a execução da pena por àqueles já condenados no mérito e o princípio da presunção de inocência. As motivações dos ministros para a compatibilidade da prisão após condenação nas instâncias ordinárias envolvem a eficácia do sistema promotor da justiça, dado que – com base no que foi discorrido em alguns votos da ação declaratória de constitucionalidade 43 – a prescrição do crime sempre está à espreita, havendo o que a ministra Cármen Lúcia chamou em seu voto de “(...) certeza ou crença na impunidade” (Brasil, 2019, p. 275); e indo além, a ministra afirma que aqueles que menos confiam em tal crença não são as pessoas mais humildes, afinal, os que possuem maior capacidade para usufruir de mecanismos processuais protelatórios não são esses indivíduos.

Outro forte argumento para a execução da prisão após condenação em segunda instância é aquele que trata da divisão de funções das instâncias ordinárias e das instâncias superiores, porquanto aquelas estudam os fatos e provas apresentados, a essas há a incumbência da verificação de ilegalidades processuais, portanto, não há mais

o que ser provado ou defendido quanto à autoria e materialidade do crime cometido após a condenação nas instâncias ordinárias.

O ministro Luiz Fux salientou ponto importante, seguindo a mesma perspectiva da referida ministra, quando mencionou que a motivação para mudança de jurisprudência deve ser de alta relevância, afirmando não ver razões significativas para aquela ocorrência (Brasil, 2019). As referidas demandas levadas ao STF tiveram como principal enfoque a compatibilização do art. 283 do CPP ao inciso LVII, Art. 5º da CF, enquadrando aquele artigo ao princípio da presunção de inocência, entretanto, questão relevante desenvolvida pelo ministro Luiz Fux é a não proibição pela Constituição Federal, no mencionado inciso, da “prisão para fins de execução da condenação, antes do trânsito em julgado” (Brasil, 2019, p. 202), além disso, o referido artigo do CPP haveria não apenas expandido o seu significado, mas também contrariado outro dispositivo constitucional, qual seja, o LXI⁷, art. 5º da CF, não sendo um impeditivo, portanto, consoante Fux:

(...) a decretação da prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tampouco condiciona a prisão antes do trânsito em julgado da condenação às hipóteses do art. 302 (flagrante delito) ou 312 (prisão preventiva) do Código de Processo Penal.

Outrossim, cenário também relevante para o debate é a compreensão da Lei Maior como uma unidade, na qual há a necessidade de se excluir incongruências ou contradições que possa conter (Brasil, 2019). O que isso significa para o caso em questão é a observância de padrões, mais especificamente, a maneira expressa como o constituinte resolveu categorizar situações e pessoas as quais estariam recebendo o benefício da não execução da prisão, sendo exemplificados por Fux a figura do Presidente da República (art. 83, §3º da CF) e os membros do Congresso Nacional (art. 53, §2º da CF).

Por fim, como última observação no contexto dos defensores da execução da pena após condenação em segunda instância, destaco trecho do voto do ministro Fux ao mencionar o voto vencedor do ministro Teori Zavaski na decisão sobre o caso no ano de 2016, quando é dilucidado que, em suma, não há em nenhum outro lugar do mundo a

⁷ Art. 5º, LXI da CF: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

utilização da Suprema Corte como pré-requisito da execução da prisão, após o condenado já ter passado pelo duplo grau de jurisdição (Brasil, 2019).

A alteração do entendimento foi progressiva, sendo observada a partir do ano de 2007 com decisões referentes a habeas corpus, os quais trouxeram uma interpretação garantidora de maior ampliação ao princípio da presunção de inocência (Brasil, 2019), passando-se à compreensão da legitimidade da prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente quando assentado em requisitos cautelares.

Ainda na análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, agora sob a perspectiva dos ministros os quais fizeram maioria, é possível salientar, inserido nos principais argumentos, a própria semântica do texto constitucional. O ministro relator Marco Aurélio explana sobre a “(...) literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas” (Brasil, 2019, p. 32), referindo-se ao art. 5º, LVII da CF, colocando a culpa como fato necessariamente anterior à sanção, e a sua certeza somente é concretizada quando findados os recursos possíveis, fixando o marco temporal do “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, restando a possibilidade de prisão antes de sentença irrecorrível somente nas hipóteses do art. 312 do CPP. Nessa esteira, cumpre salientar a adequação realizada pelo Poder Legislativo ao julgado do STF sobre esse tema no ano de 2009, quando propôs edição da Lei nº 12.403/2011, atualizando o art. 312 do CPP⁸ aos moldes da decisão proferida no julgamento do HC nº 84.078. No mesmo sentido, a ministra Rosa Weber salienta a importância da separação de competências entre os Poderes, haja vista que a execução de prisão antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória suscitaria a criação de nova espécie de prisão, acarretando intromissão em seara do Poder Legislativo (Brasil, 2019).

Revela-se pelo ministro Marco Aurélio a severa importância a qual deve ser dada ao uso da justiça na atribuição de afastar qualquer incerteza existente perante a autoria delitiva e materialidade, e que, portanto, o uso das instâncias superiores na mitigação de eventuais dúvidas – recaindo diretamente no aumento ou diminuição da pena – se impõe (Brasil, 2019). Nessa senda, salienta-se o uso da prisão cautelar com propensões definitivas – antecipação da pena – em razão da “(...) malversação do instituto da custódia cautelar e, conseqüentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade” (Brasil,

⁸ Atualmente possui redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019.

2019, p. 36), tendendo a agravar a situação das superlotações nos presídios brasileiros, como destaca o ministro Marco Aurélio em apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, tomando conhecimento da elevada quantidade de indivíduos em cárcere preventivo.

Com a finalidade de expor a vontade do legislador originário no tocante à leitura do art. 5º, LVII da CF, a ministra Rosa Weber relembra período que antecedeu a promulgação da atual Constituição Federal, quando da organização para a sua criação; criou-se comissões e subcomissões para a sua formulação, com destaque para aquelas as quais serviram de base positiva para o seu atual conceito – como o Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais que impôs expressamente o fim da presunção de inocência atrelada ao trânsito em julgado, bem como o Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher ao aprovar a Emenda 627, a qual modificou a terminologia “cidadão” para “indivíduo” (Brasil, 2019) –, da mesma forma, para aquelas nas quais se tinham a pretensão de seguir caminho diverso, como a Emenda Substitutiva 670 que foi rejeitada pela Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, a qual “propunha delimitar a presunção de inocência da seguinte forma: ‘Presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa’” (Brasil, 2019, p. 141), como também a Emenda 28.797 de autoria do constituinte Jorge Leite a qual fixava a presunção de inocência até a condenação, possibilitando a abertura da literalidade textual e consequente exposição de vontade do legislador originário para a prisão após condenação em instância ordinária.

4. EFEITO BACKLASH

Estando a sua origem na jurisprudência norte-americana, a partir do caso *Roe versus Wade*, o qual tratava da legalização do aborto em se tratando de violência contra a mulher (Zagurski, 2017), o backlash é entendido pela doutrina como uma resposta majoritária – da sociedade e/ou daqueles os quais a representam – a uma ação contramajoritária do Judiciário, posto que é ele o irrogado do dever de amparar as minorias, tal efeito já é visto como uma realidade no Brasil, “consignando ser dever da Suprema Corte levá-lo em consideração como uma forma de aumentar a legitimidade democrática de suas decisões” (Belo, 2019, p. 54). Consonante a isso, Cynthia Juruena

e Juliana Fraga (2022) destacam⁹ que essa consideração se pauta em duas motivações, uma epistemológica e outra consequencialista; a primeira diz respeito ao fato de os juízes não poderem ter a convicção de que nunca erram, relacionando-se à humildade, e a segunda ocorre em casos nos quais o juiz identifique sérias consequências da decisão, devendo levar isso em conta.

Essa dinâmica tende a ficar mais tensa quando se observa que tais ações se concentram em assuntos sensíveis à sociedade, gerando discussões sobre a linha a qual separa a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, dado que pautas as quais discutem conflitos sociais “tem migrado do poder legislativo para o poder judicial, criando um foco de tensões constantes entre o sistema jurídico e o sistema político” (Marmelstein, 2016, p. 2). Fato é que uma separação objetiva entre esses dois campos está cada vez mais difícil, sendo dificultoso obter uma distinção do que compete a quem, atrelada à circunstância na qual é o próprio poder judicial quem costuma estabelecer os seus limites de atuação frente a sua obrigação de estabelecer decisão sobre demanda que lhe foi entregue.

O efeito backlash no Brasil cresceu ao passo que o STF também foi tomando espaço no novo arranjo político no qual vivemos, sendo mencionado por membros da Corte em decisões. O Ministro Luís Roberto Barroso, no tocante ao tema da descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, mencionou ser defensor da tese e não de outra a qual abarque as outras drogas também ilícitas, por entender que provavelmente tal decisão seria alvo de retaliação política ulterior (Marmelstein, 2016); seria mais fácil a aprovação daquela, porque mais ministros não compreenderiam essa medida como radical e, conseqüentemente, a sociedade e os seus representantes também não se revoltariam.

Há quem enxergue o fenômeno do backlash como uma consequência positiva, seria a normalidade das engrenagens políticas girando para se obter, ao fim, o real objetivo democrático: a vontade popular sendo exercida. Pertencentes a essa vertente a denominam “constitucionalismo democrático”, cuja proposta é descrita resumidamente por Zagurski (2017):

⁹ Cynthia Juruena e Juliana Fraga pautam tais motivações em investigação realizada por Sunstein, na obra “If people would be outraged by their ruling should judges care?”.

O constitucionalismo democrático permite compreender como a Constituição pode continuar a inspirar lealdade e compromisso, apesar de um persistente desacordo.

Algum grau de conflito pode ser uma consequência inevitável de reivindicar direitos constitucionais (Zagurski, 2017, p. 94).

Em concordância, surgem argumentos nos quais o backlash serve para subverter a ideia de que o cidadão deve estar permanentemente de acordo com decisão judicial, que as mudanças trazidas pela interpretação da Constituição também podem ter influência do povo (Zagurski, 2017), sendo desenvolvido um senso de organização e aprimoramento do sentimento da importância na participação política do país por parte das pessoas, levando a um maior engajamento e propagação da vontade por modificações as quais enxerguem necessárias nas decisões judiciais, segundo Zagurski (2017):

O backlash, para o constitucionalismo democrático, é justamente expressão de diálogo constitucional, que é a essência das propostas que o sustenta. Ele corrobora a tese de que não há uma última palavra em matéria de controvérsias em torno de direitos fundamentais, por exemplo, a ser manifestada pelo judiciário. Ao contrário, são necessários mecanismos que favoreçam o diálogo entre os Poderes de Estado, e destes com a sociedade, justamente para evitar tal tipo de reação. A reação, embora ruim para os direitos, é salutar para a sociedade, na medida em que pressupõe cidadãos ativos e responsáveis, em um movimento social que vai fortalecer a democracia e a própria Constituição (Zagurski, 2017, p. 96)

Há também quem defenda os chamados constitucionalismo popular e minimalismo sob a cautela judicial (Fraga; Juruena, 2022). Enquanto o primeiro defende a retirada da interpretação do texto constitucional pelo Judiciário para a sociedade, quando se tratar de temas de grande desacordo, o segundo preza pela atuação judicial a evitar eventuais conflitos institucionais, direcionando os casos polêmicos ao Poder Legislativo e à sociedade.

Vale ressaltar que, apesar da busca por participação popular ser um dos grandes, senão o maior objetivo de uma democracia, o STF deve buscar a proteção e efetivação dos "princípios e direitos fundamentais elencados na Constituição" (Zagurski, 2017, p. 96) acima de tudo, ou seja, essa atuação deve existir apesar da maioria, devendo suspeitar da atuação da maioria em prol da minoria, conforme dispõe art. 3º da CF e seus incisos. Feita essa análise, fica cristalina a motivação e o porquê do surgimento do backlash.

4.1. Ocorrências do backlash na jurisprudência brasileira

O caso da vaquejada se tornou grande exemplo de discussão desse efeito, haja vista a grande repercussão a qual adquiriu. O cerne da questão está em torno da proteção da fauna e da flora – evitando eventuais crueldades decorrentes dessa prática da vaquejada no estado do Ceará – contra o argumento de se tratar de uma prática esportiva e cultural, e que por isso deveria ser preservada.

No caso em questão, a Corte Constitucional interpretou “que uma lei estadual que regulamentava a vaquejada seria inconstitucional, por violação ao artigo 225, da CF/88 (STF, ADI 4983/CE, 2016)” (Marmelstein, 2016, p. 14-15); todavia, não muito tempo após a decisão, o Congresso Nacional cria a lei federal 13.364/2016¹⁰ a qual coloca a vaquejada no status de patrimônio cultural imaterial, elevando-a à condição de manifestações da cultura nacional, havendo atualmente o caso por inacabado, criando-se em 2017 a PEC 96/2017 (a “PEC da Vaquejada”) a qual acrescentou o §7º ao art. 225 da Constituição¹¹, sendo alvo de ação direta de inconstitucionalidade. Em razão da elaboração dessa Emenda Constitucional, surgiram as ADIs 5728 e 5772, as quais Eliseu Belo (2019) sintetiza seus principais argumentos frente às inconstitucionalidades alegadas:

- i) grave ofensa ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob o argumento de que a proteção aos animais, inclusive domésticos, integra esse direito fundamental e compõe o seu núcleo essencial;
- ii) falta de lógica e de razoabilidade no teor do §7º do art. 225, incluído pela EC 96/2017, “ao rotular, de forma artificiosa, como não cruéis práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam ‘manifestações culturais’ reguladas por lei específica” (Belo, 2019, p. 57).

Atendo-se, especificamente, à segunda justificativa, é notável o esforço retórico – e não material – de se retirar da prática da vaquejada elementos os quais são indissociáveis para que se enquadre em termos constitucionais, no entanto,

¹⁰ Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. ([Redação dada pela Lei nº 13.873, de 2019](#)).

¹¹ Art, 225, §7º da Constituição Federal: Para fins do disposto na parte final do inciso VII do §1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o §1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

permanecendo inalterada a natureza de sua conduta a qual, objetivamente, contraria o texto constitucional.

Ademais, é clara a desobediência à própria Lei Suprema, posto que no art. 225, §1º, VII da Constituição Federal, é construída a norma regra que estabelece, mediante ponderação do constituinte originário, a respeito de “todas as razões em sentido diverso que poderiam ser extraídas de quaisquer princípios constitucionais” (Belo, 2019, pg. 62), ou seja, acima de qualquer possível fresta a qual possibilite uma abertura para a prática da vaquejada, decorrente de interpretação ou mesmo de expresse mandamento da Constituição, o referido inciso – em virtude da vontade do constituinte originário – deve superar demais entendimentos que o contrariem, haja vista a preponderância que há dos dispositivos tidos como regras, em comparação àqueles que se baseiam em princípios.

Outro exemplo também recente o qual ganhou grande repercussão na mídia brasileira, foi a discussão, pelo STF, da descriminalização do porte de drogas para o que se diz “uso pessoal”, em decorrência de estudo interpretativo da Lei nº 11.343/2006 (Lei de drogas), causando ulterior movimentação do Poder Legislativo da União através da apresentação – no dia 14 de setembro de 2023 – de PEC que pretende modificar o art. 5º da Constituição, com o objetivo de criminalizar a posse e porte de qualquer quantidade de substância ilícita.

Conforme retrata Renata Martins de Souza (2023), o tema passou a ser discutido pela Suprema Corte em virtude de recurso interposto pela Defensoria Pública em defesa de criminoso o qual portava maconha, tendo a decisão o reconhecimento de repercussão geral. Antes mesmo de o julgamento ter sido retomado – em razão de pedido de vistas pelo Min. André Mendonça – parlamentares do Congresso Nacional já demonstraram indignação, justificando-se pelo avanço em assuntos sensíveis os quais deveriam ser de competência dessa casa. O que se nota na prática, no que tange a conduta do Poder Legislativo, é a “atuação do poder constituinte derivado, por meio da aprovação de emenda à Constituição” (Souza, 2023, Online), para demonstrar que a palavra final a respeito de tais assuntos se dará por iniciativa daquele Poder da União.

Por fim, Marmelstein (2016) destaca o caso da chamada “PEC 33”, apresentada na Câmara dos Deputados no ano de 2011 com o intuito de reduzir os poderes do Supremo Tribunal Federal no tocante: 1- a declaração de inconstitucionalidade de lei ou

ato normativo, passando de maioria absoluta para 4/5 dos votos da Corte; 2- as súmulas aprovadas pelo STF passariam por aprovação ulterior do Congresso Nacional; e 3 - “a PEC pretendia estabelecer um mecanismo de controle legislativo e popular das decisões do Supremo Tribunal Federal que declarem a inconstitucionalidade material de *emendas à constituição*” (Marmelstein , 2016, p. 17).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do exposto, fica clara a existência de um conflito de ações essencialmente já esperado, afinal, a Suprema Corte brasileira tem como uma de suas incumbências não se deixar influenciar pela vontade da maioria, mas agir de maneira contramajoritária, observando, todavia, uma gama de possibilidades que podem decorrer dessa ação, seja num primeiro nível a desestruturação de política pública pensada por algum gestor público, seja em graus mais extremados, pelo fato de essa decisão judicial tratar de assunto sensível à sociedade/Poderes políticos, havendo o acúmulo de energia capaz não somente de revertê-la, como de promover mudanças tendenciosas ao retrocesso social.

O ato de restringir a interpretação de uma lei ou mesmo de obstruí-la completamente do mundo jurídico (controle jurídico de constitucionalidade), são ações que estão cada vez mais observáveis nas atuais Cortes Supremas do mundo. Defensores de tal conduta colocam como principal razão para isso a supremacia do Texto Constitucional, inclusive de suas interpretações a quem lhe compete fazer, restando ao egrégio tribunal fazer as vezes de “‘legislador negativo’, limitando-se a vetar certas normas emanadas do Congresso” (Mendes, 2023, p. 25). Contudo, o que afirma Mendes (2023) a esse respeito, é a completa impossibilidade de isso ser factual, dado que as decisões as quais se apresentam na prática reproduzem verdadeiras normas jurídicas, conforme o autor:

Seja quando revoga uma lei e explica seus parâmetros ao Congresso, seja quando estabelece a interpretação válida de uma lei e elimina outras interpretações plausíveis, ou, ainda, quando diagnostica a omissão do Congresso e ocupa o vazio normativo, está atribuindo significado à Constituição, uma atividade essencialmente construtiva. Sem eufemismos, cria normas jurídicas e regula os atos dos outros atores políticos (Mendes, 2023, p. 25).

A questão da existência do uso da dimensão criativa pelo Poder Judiciário atuando na criação de normas jurídicas, não deve ser mais entendida como um avanço às atribuições do Poder Legislativo quando se depreende que “o controle de constitucionalidade é um juízo de compatibilidade entre sentidos extraídos de textos constitucionais e legislativos” (Brandão, 2014, p. 216) e que, portanto, se trata de função inerente àquele Poder.

A divisão e disposição das forças dentro de cada um dos Poderes obedece a uma “força maior”: a política. Conforme a sociedade vai ganhando novos arranjos e estruturas, a política acompanha tal transformação, ocorrendo a partir disso as inovações de atribuições das instituições. Portanto, na perspectiva atual das instituições brasileiras, não há se falar em “possibilidade” de legislação pelo STF, isso já é uma realidade, a grande questão é identificar qual a medida em que isso deve ocorrer, em que possibilidades, de qual maneira, não legislando positivamente como faz o Congresso, mas “fazê-lo a conta-gotas, de maneira cirúrgica e oportuna, em face das ações e sobretudo das omissões injustificadas do Congresso” (Mendes, 2023, p. 26), como também visando eventuais efeitos prejudiciais decorrentes dessa “legislação”.

Haja vista essa nova realidade jurídico-política a qual se apresenta, cumpre se fazer compreender que por ser possível realizar determinada ação, não implica necessariamente que ela deva ser concretizada. Juliana Fraga e Cynthia Juruena (2022) prezam pela atuação judicial apesar da consequente e provável ideia de uma resposta política, muito em virtude de entenderem o processo democrático como sendo pautado por uma natureza conflitiva, todavia, tal proposição aparenta ser – data máxima vênia – inconsequente posto que alguns dos casos envolvendo backlash como os apresentados, desenvolvem não apenas uma única ação específica, mas também atividades desempenhadas as quais visam “dobrar a aposta” ou ir além, acarretando desdobramentos negativos impensáveis para o tema em questão, como no caso da vaquejada a qual suscitou justificativa anômala para a criação de PEC que alterou o art. 225 da CF, ou mesmo o caso envolvendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o qual fomentou a manifestação de setores favoráveis ao “Estatuto da Família”, com o desígnio de “excluir as relações homoafetivas da proteção estatal” (Fraga; Juruena, 2022, p. 151), ou ainda, em exemplo citado por Marmelstein (2016), a discussão sobre a pena

de morte na Suprema Corte norte-Americana no caso *Furman v. Georgia*, o qual descreve a atuação judicial frente a assunto controverso na sociedade, que acaba por ocasionar como resposta política um retrocesso no que tange a efetivação de direitos fundamentais:

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão (Marmelstein, 2016, p. 6-7)

Juliana Fraga e Cynthia Juruena (2022) citam o instrumento do *writ of certiorari* presente na Corte Suprema dos Estados Unidos da América, o qual permite a sua Suprema Corte o não conhecimento de algumas matérias, instituto esse que não existe em nossa jurisdição; a questão que trago aqui não é a completa abstenção do Judiciário no tocante a certas demandas as quais chegam até ele, mas é importante salientar a importância de se evitar o efeito backlash, buscando uma decisão o mais próxima possível do que a sociedade perceberia como razoável, adequando a atuação judicial inescusável ao intento dos campos políticos e sociais, sobretudo no tocante a matérias de direitos fundamentais e/ou que envolvam grandes questões morais, evitando com isso, inclusive, possíveis retrocessos já observados na história em razão daquele efeito (Zagurski, 2017), configurando o que Juliana Fraga e Cynthia Juruena (2022) chamaram de “minimalismo sob a cautela judicial”.

Por se tratar, a instituição STF, não mais aquela que “apenas” representa o grau máximo do nosso Poder Judiciário, apoderada da interpretação do texto constitucional, sendo sua guardiã, passou a desempenhar também uma força inevitavelmente política, muito em razão dos efeitos causados pelo aumento da judicialização. Essa mudança específica trouxe diversas consequências, mas a questão a qual visou tratar é a seguinte: transformando o conceito inicial de uma Suprema Corte, envolvendo-se em todos os

níveis de questões políticas em nosso país, como destaca Neto (2008) – sejam eles municipais, estaduais ou federais –, não seria razoável projetar a opinião de setores organizados e com grande representatividade na decisão a ser tomada com o fim de, ao menos, se evitar efeitos provenientes do backlash? Mesmo o STF buscando construir arcabouço robusto para atribuir maior legitimidade as suas decisões, por meio de mecanismos como *amicus curiae* e audiências públicas, garantindo maior participação popular (Souza, 2023), não se pode negar as consequências negativas decorrentes de tais iniciativas em matérias controversas na sociedade, dentre elas, senão a mais grave, o constante vislumbre de um provável retrocesso social.

O ativismo judicial – apesar de também possuir papel importante na concretização de direitos – é uma conduta que tem se provado pouco convergente em alguns casos, fruto de uma construção histórica a qual destoou das suas raízes e que vem afetando consistentemente a imagem do STF. O capital político construído pela Corte Suprema, muito embora tenha angariado grande poder, o que possibilita a capacidade para grandes modificações reais na sociedade, também prescinde de vigilância constante e bom desempenho da Corte para a manutenção de atributos importantes: independência e legitimidade (Mendes, 2023).

Posto isso, partindo de uma perspectiva prática, venho propor motivos os quais considero razoáveis para que o STF possa continuar atuando como o grande porta-voz da Constituição Federal, e ao mesmo tempo reduzindo consideravelmente riscos de represálias decorrentes dos setores essencialmente políticos, utilizando também como base o caso da prisão após condenação em segunda instância, atuando a partir de uma lógica de autocontenção, dividindo-os em motivos específicos (voltados especialmente para o caso em análise) e motivos genéricos (pertinentes a esse caso e a outros semelhantes com a capacidade de grande mobilização social).

Dentre os motivos específicos, é salutar recordar do contexto da última mudança de entendimento sobre a prisão após condenação em segunda instância, no qual o placar apertado da votação do referido caso ilustra a ausência de uma certeza cabal no que tange o mérito da questão, ocorrendo o mesmo fenômeno na doutrina, segundo Cynthia Juruena e Juliana Fraga (2022). Nesse contexto, atrelado ao fato da ocorrência de manifestações populares pelo combate à corrupção com grande volume e frequência os

quais ocorreram no período de 2019, traduzem-se como fortes indicadores de: 1- questão nada pacificada nos âmbitos que demonstram maiores conhecimentos jurídicos; e 2- grande apelo popular para a adesão de um juízo específico. Tais indicadores no mesmo contexto demonstram uma melhor qualificação dos outros Poderes para tratar do assunto em questão, ou mesmo de uma decisão judicial a qual contemple tais setores organizados – muito em razão da nova atuação política da Suprema Corte –, posto o potencial político acumulado capaz de promover o backlash, tal qual como a PEC 119/2019 de autoria do deputado federal Alex Manete – proposta poucos dias após àquele julgamento conjunto – com teor de modificação do trânsito em julgado para as instâncias ordinárias (Fraga; Juruena, 2022).

Desse modo, vale mencionar que o principal alicerce dos argumentos desenvolvidos para inconstitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância está entorno da semântica aplicada no art. 5º, LVII da CF. Em entrevista para O Globo ao final do ano de 2019, o ex-ministro do STF Eros Grau – relator do referido caso na primeira mudança de entendimento no ano de 2009 – explica a reformulação de sua posição quanto à inconstitucionalidade da prisão. Na referida ocasião, diz entender ser perfeitamente possível a execução da prisão após condenação em segunda instância em virtude de mera modificação ordinária, sem ao menos modificar o texto expresso do art. 5º, LVII da CF, em suas palavras:

Não precisa mexer na Constituição. Basta que uma lei ordinária estabeleça que a matéria a ser examinada pelo STJ e pelo STF não envolve apreciação de matéria de fato (discussão do mérito do processo, como análise de provas e se o réu cometeu ou não crime). Portanto, a prisão passa a ser cumprida a partir dessa decisão (da segunda instância) (Schmitt, 2019, p. 2).

Portanto, nesse momento se enxerga grande fragilidade na defesa do argumento sobre a inconstitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância, tendo em conta não apenas as alegações contrárias as quais são igualmente pertinentes e que tem o potencial de mover parcela muito considerável da população brasileira em movimentos organizados, mas também, como bem observa o ex-ministro naquela ocasião, por não se tratar de cláusula pétrea a matéria tratável pelo recurso especial e recurso extraordinário, basta que os modifiquem em âmbito de CPP e CPC “e o Poder Legislativo pode inovar e fazê-lo nesse sentido, prudentemente” (Schmitt, 2019, p. 2).

Tendo em vista também o que Juliana Fraga e Cynthia Juruena (2022) mencionam¹² sobre a literalidade do texto constitucional a qual dispõe sobre algum princípio, a capacidade e alcance desse mesmo princípio é reduzida consideravelmente se pautada única e exclusivamente em seu sentido literal, culminando na “redução da efetividade do sistema como um todo e acaba por negar a concretização a outros princípios importantes à ordem constitucional” (Fraga; Juruena, 2022, p. 157).

Em razão do caráter prático da escolha pelos magistrados de uma opção nas decisões judiciais, vou me ater somente às críticas institucionais – com foco nas críticas financeira, administrativa e técnica – apontadas por Neto (2008), como parte integrante dos motivos genéricos. Dessa maneira, a crítica financeira busca esclarecer a realidade da limitação financeira para a concretização tanto de políticas públicas quanto de direitos fundamentais descritos na CF, pautando-se a Administração no princípio da reserva do possível ao se defender de decisões judiciais que as obrigue a prestar certas demandas, mas que ao fim se constata a impossibilidade material de sua execução; o que implica dizer que apesar do empenho do magistrado em querer promover a justiça, há a impossibilidade de fixação de valores quando presente justa motivação comprovável pela Administração, ficando demonstrada a melhor capacidade do Poder Executivo quanto aos conhecimentos orçamentários à disposição das demandas.

A crítica administrativa coaduna-se com a anterior à medida que essa também traz a ideia de uma visão estrita do magistrado sobre o caso sob sua análise, não sendo agora de uma perspectiva orçamentária, e sim de estar ciente das capacidades físicas/estruturais de se executá-la, bem como sobre o que o Administrador entende por prioridade em sua gestão. Neto (2008) elucida como consequência do exposto casos de secretários estaduais e municipais os quais fugiram do oficial de justiça por não entregarem insulina glargina; decisões que obriguem o administrador de hospital a retirar paciente em estado mais grave em prol daquele que ingressou com a ação, e que se encontra em quadro de saúde menos grave; tal qual a retirada de medicamentos de programas assistenciais os quais já estavam beneficiando muitas pessoas.

¹² Tal perspectiva parte de estudo de Antonio Suxberger e Marianne de Amaral na obra “A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório”.

Em decorrência disso, a falta de conhecimento na área de políticas públicas também é alvo de críticas, culminando na crítica técnica. Assim sendo, em ponto específico destacado por Neto (2008) quanto a superação dessa crítica, levando em conta todas as justificações elencadas por ele – tais como a participação de especialistas em audiências públicas, como também de *amicus curiae* –, respeitosamente discordo por compreender que algumas pautas específicas, atreladas à crítica técnica, podem criar terreno fértil para o backlash, e que, portanto, o Administrador estaria prudentemente mais preparado para tais situações específicas, estando a par da realidade do meio no qual governa, ou pelo menos teria os melhores meios, recursos e parâmetros organizacionais em comparação ao Poder Judiciário, por ter tais funções como parte essencial de suas atribuições.

Além de tudo, vale salientar, como última razão a motivar as decisões da Suprema Corte no sentido de uma atividade de autocontenção, destaco algumas consequências (backlash) em setores diversos decorrentes de decisões judiciais, conforme Marmelstein (2016):

(...) a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; tentativas de se “preencher o tribunal” (“court-packing”) por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes “inadequados” ou “hiperativos”; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a “poda” dos poderes de controle de constitucionalidade (...) (Marmelstein, 2016, p. 3-4).

Para tanto, muito embora o efeito backlash não seja uma consequência necessária para esses assuntos específicos descritos – pois se demonstrou, novamente na Corte Suprema norte-americana, cuja iniciativa pela defesa do direito a uniões homoafetivas (caso *Goodridge v. Department of Public Health*) culminou, no ano de 2015, no grande reconhecimento pela população do combate à discriminação por orientação sexual (Marmelstein, 2016) –, é ressaltado por Marmelstein (2016) entendimentos doutrinários a respeito da importância de uma autocontenção judicial sobre tais demandas, no qual o Poder Judiciário não seria o local adequado para se discutir a implementação de tais direitos, que sua atuação promoveria o atraso na consecução dessas demandas, devendo, no máximo, “abordar os pontos estritamente necessários para a solução do caso concreto, evitando tecer considerações morais ou filosóficas de largo alcance”

(Marmelstein, 2016, p. 8-9). As responsabilidades acompanham tal desenvoltura, devendo existir uma disciplina ainda maior na construção de uma jurisprudência coesa e transparente para guiar os futuros casos (Mendes, 2023).

Notadamente, o ativismo judicial pode ser entendido como uma atuação inevitável para o funcionamento da democracia, dada a morosidade dos outros Poderes – em especial do Legislativo – em concretizar direitos, os quais muitos já foram determinados na Constituição, todavia, por se tratar de um poder latente, o controle sobre o seu uso pode ser facilmente desregulado, gerando grande crise institucional entre os Poderes, devendo sempre ser analisado e observado com cuidado, tanto por seus utilizadores, como pelos outros atores políticos capazes de promover um freio no mesmo, afinal, em conformidade com Campos (2013): “Nossa política vem alimentando o ativismo judicial e o ativismo judicial alimenta a si mesmo” (Campos, 2013, p. 409).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (SYN)THESIS, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 21/08/24.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. **A emenda da vaquejada e o efeito backlash**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº, v. 74, p. 51-69, 2019.

BRANDÃO, Rodrigo. **O STF e o dogma do legislador negativo**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.17808/des.44.385>. Acesso em: 03/07/2024.

BRASIL. Lei 11.343, de 25 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 18/07/2024.

BRASIL. Lei 13.364, de 29 de novembro de 2016. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. [\(Redação dada pela Lei nº 13.873, de 2019\)](#). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13364.htm. Acesso em: 12/07/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 737185. Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. Prazo de parcelamento diferenciado. Poder Judiciário e atuação como legislador negativo. Multa. Caracterização de efeito confiscatório. Fatos e provas dos autos. Súmula nº 279 desta Corte. Taxa Selic. Constitucionalidade. Precedentes. 1. Quanto ao pedido do parcelamento dos créditos tributários, o acórdão recorrido não destoa da jurisprudência desta Corte, fundada na impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, resguardada a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade. 2. O caráter confiscatório da multa somente seria aferível mediante exame do quadro fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso extraordinário, nos termos da Súmula nº 279 desta Corte. 3. O Plenário desta Corte, enfrentando o assunto à luz do princípio da isonomia, consolidou entendimento no sentido da legitimidade da incidência da taxa SELIC na atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice. 4. Agravo regimental não provido. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de novembro de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur222187/false>. Acesso em: 09/07/2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 22/07/2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: VALE, André Rufino do. *et al.* **Constitucionalismo e democracia**. Bahia: Editora Juspodivm, 2013. cap. 12. p. 349-409.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras**. Brasília: Direito Público, p. 1-34, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Prisão após a segunda instância: entendimentos do STF**. São Paulo: Consultor Jurídico, 6 jan. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-06/prisao-segunda-instancia-entendimentos-stf/>. Acesso em: 28/06/2024.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25/06/2024.

GRAU, Eros Roberto. **Prisão após 2ª instância é 'perfeitamente possível'**. [Entrevista concedida a] Gustavo Schmitt. Brasília, DF: O Globo, 6 dez. 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/Entrevistas/1185263.pdf>. Acesso em: 02/06/2024

JURUENA, Cynthia Gruending; FRAGA, Juliana Machado. (2023). **Backlash democrático e o julgamento da execução provisória da pena após condenação em segunda instância no Supremo Tribunal Federal**. Revista De Direito Brasileira, 145-162. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v32i12.7370>. Acesso em: 17/07/2024.

MARMELSTEIN, George. Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. In: **Seminário Ítalo-Brasileiro**, 3., 2016, Bolonha, Itália. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 04/05/2024.

MENDES, Conrado Hubner. **O discreto charme da magistocracia: vícios e disfarces do judiciário brasileiro**. São Paulo: Todavia, 2023.

NETO, Claudio Pereira de Souza. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coord. por Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2008. p. 505-541.

Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância. Salvador: Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2-instancia/778688832>. Acesso em: 17/05/2024.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Judiciário: a institucionalização como poder**. Revista USP, São Paulo, Brasil, n. 134, p. 109–126, 2022. DOI: [10.11606/issn.2316-9036.i134p109-126](https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.i134p109-126). Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/202374>. Acesso em: 02/10/2024.

SOUZA, Renata Martins de. **Efeito backlash da jurisdição constitucional**. São Paulo, Consultor Jurídico, 23 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-28/renata-souza-efeito-backlash-jurisdicao-constitucional/>. Acesso em: 11/07/2024.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutação constitucional e ativismo judicial. *In*: FILHO, Alexandre. *et al.* **Direito constitucional**. São Paulo: Cadernos Jurídicos, ano 16, n  40, p. 1-224, Abril-Junho/2015. cap. 9. p. 115-130. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Cadernos%20Jur%C3%83%C2%ADdicos%2040%20-%20Direito%20Constitucional.pdf. Acesso em 11/05/2024;

ZAGURSKI, Adriana. **Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos**. Brasília, DF: Revista da AGU, v. 16, n. 03, p. 87-108, jul./set. 2017. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/926>. Acesso em: 22/07/2024.