FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE

CURSO DE DIREITO

JOSEPH HENRIQUE SILVA LIMA

ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS

ARACAJU

2020

L732a LIMA, Joseph Henrique Silva

ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS / Joseph Henrique Silva Lima; Aracaju, 2020. 27p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : Prof. Me. André Lucas Silva Santos.

1. Ativismo Judicial 2. Judicialização 3. Freios e contrapesos 4. Maquiavel.

342.56(813.7)

Elaborada pela bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO
E NEGÓCIOS DE SERGIPE
FANESE

ANEXO VI

Portaria nº 06, de 19 de março de 2020.

ATA DA BANCA DE AVALIAÇÃO DE TCC

Aos **11** dias do mês de **junho** do ano de **2020**, às **15h30** horas, foi convocada e formada a banca examinador composta de três autoridades docentes, presidida por: **Professor MSc Andre Lucas Silva Santos**, e as abaix nominadas, para a avaliação do Trabalho de Conclusão de Curso – TCC e sua apresentação oral elaborado pelo (a discente: **JOSEPH HENRIQUE SILVA LIMA** cujo título é: **ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À TEORI DOS FREIOS E CONTRAPESOS.** Foi concedido o tempo máximo de 20 minutos para o discente fazer exposição oral do trabalho, atribuindo-se outros 10 minutos para arguições. Após a apresentação, foram feitos o questionamentos ao discente, visando à atribuição de nota na disciplina. Concluídos os trabalhos, a banca passou deliberação sobre a avaliação, considerando os critérios constantes na Ficha de Avaliação de TCC – Banc Examinadora. Após a deliberação, encerrada a presente banca, o (a) discente obteve as seguintes avaliações:

FUNÇÃO	AVALIADOR (A)	NOTA (0 a 10)
Presidente da Banca	Andre Lucas Silva Santos	10
Membro (A)	Edson Oliveira da Silva	10
Membro (B)	Denival Dias de Souza	10
MÉDIA DA BANCA		10

Sendo o TCC considerado:

(X) Aprovado.

( ) Reprovado.

Aracaju, 11 de junho de 2020.

Presidente da Banca

Membro da Banca (A)

Membro da Banca (B)

Assinatura do Aluno

Assinatura do Coordenador do Curso

JOSEPH HENRIQUE SILVA LIMA

ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS.

Artigo apresentado à Coordenação do curso de Direito da FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, no período de 2020.1.

Aprovado (a) com média: 10

André Lucas Silva Santos

1º Examinador (Orientador)

Edson D. da Silva

2º Examinador (a)

Denival Dias de Souza

3º Examinador

Aracaju, 11 de junho de 2020.

ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS*

Joseph Henrique Silva Lima

RESUMO

Com o intuito de abordar a atuação do Judiciário Brasileiro frente ao modelo democrático idealizado por Maquiavel, este artigo através de uma abordagem empírica visa promover a análise do binômio: Ativismo Judicial x Judicialização. Se no formato democrático de governo existe autonomia e ao mesmo interdependência entre Executivo, Legislativo e Judiciário, porque esta última esfera tem assumido protagonismo diante dos holofotes midiáticos? Existe de fato atipicidade na conduta do Poder Judiciário de acordo com as atribuições conferidas pela Carta Magna? Com o objetivo de enfrentar tais questionamentos, este trabalho fez uso da metodologia bibliográfica a fim de prospectar o entendimento doutrinário acerca da temática, bem como utilizou-se de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal que dessem fomento à referida objeção. Foi possível concluir em suma, que diante de eventuais omissões dos outros poderes, o Judiciário tem se afastado da sua função basilar: dizer o direito. De forma a tomar para si atribuições que fogem de sua alçada.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização. Freios e Contrapesos. STF. Maquiavel.

1 INTRODUÇÃO

No modelo contemporâneo de democracia é impossível garantir a soberania popular sem uma estrutura organizacional consolidada a partir do texto constitucional, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão no longínquo ano de 1789 já determinava "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."

Neste prima, é inequívoca a necessidade de estabelecer um mecanismo com atribuição de atividades, visto que nas democracias o poder é uno e de propriedade do povo. Portanto, é imprescindível delimitar os limites de competência visando sempre os interesses da soberania popular. Sob este cenário surge a teoria dos freios e contrapesos fruto de diversos movimentos históricos e melhor sintetizada por *Charles-Louis de Secondat,* o barão de Montesquieu, em sua obra "O espírito das leis".

*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em junho de 2020, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. André Lucas Silva Santos

Em seus escritos Montesquieu já alertava para os riscos de uma estrutura política-organizacional que fosse incapaz de delimitar as atribuições do poder soberano, conforme ensinamentos do filósofo francês tal cenário ocorria na era absolutista onde todo o poder era centrado somente em uma autoridade, como consequência havia a submissão de toda sociedade aos anseios e ideologias de uma soberania monopolizada. Por isso, buscou-se no constitucionalismo moderno efetivar a teoria tripartida de funções distribuídas em Judiciário, Legislativo e Executivo.

A constituição brasileira vigente faz uso do sistema de tripartição de funções, determinando que cada poder possa exercer suas atividades de forma autônoma e independente. Contudo, reconhece-se que a Carta Magna conferiu maiores poderes ao Judiciário a fim de proteger o texto constitucional e a organização político-administrativa do país. Ocorre que devido ao crescente fenômeno da Judicialização, magistrados e tribunais assumiram o protagonismo do jogo republicano, ditando as regras e interferindo nas funções típicas de outros poderes com viés expressamente ativista, em especial o Supremo Tribunal Federal denominado de guardião da conjectura constitucional.

Neste toar, é imperioso analisar o que dispõe a constituição, de forma a estudar se teria a Carta Magna previsto esse cenário, se existe de fato usurpação de competência promovida pelo STF, e o que seria esse ativismo tão questionado pela doutrina e demais afetados. Nesse contexto, o presente artigo foi divido em três seções, em um primeiro momento será explanado um arcabouço histórico acerca da construção da teoria dos freios e contrapesos, seus fundamentos e aplicabilidade no sistema democrático brasileiro.

Já no segundo capítulo será demonstrado como e porque o constituinte concedeu maiores poderes ao Judiciário tendo o escolhido como seu protetor, como também será promovida a diferenciação entre Judicialização e Ativismo Judicial de forma a evitar o costumeiro equívoco de contestar o poder interpretativo concedido a Jurisdição Constitucional. Por fim, na terceira seção dois recentes julgados do Supremo Tribunal Federal serão analisados, demonstrando que apesar de possuir infladas atribuições, a corte suprema Brasileira tem de fato extrapolado sua competência ao agir como protagonista da república democrática.

É salutar destacar que o objetivo do presente artigo não é tomar postura conservadora quanto aos avanços do sistema democrático brasileiro, de fato muito se tem feito acerca da consolidação de direitos e garantias assegurados pelo Constituinte. Contudo, é preciso acionar

o alerta da limitação de competências, sob o risco de se obter uma oligarquia contemporânea de toga.

2 O MODELO TRIPARTITE

O consagrado modelo de divisão de funções definido através das esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, é uma construção histórica sócio – filosófica que obteve suas premissas na Grécia Antiga através de Aristóteles, que em sua obra *A Política*, idealizou a criação de três atribuições diversas de modo a consolidar o poder soberano. De tal forma, as funções eram definidas em: Edição de normas amplas aplicáveis a todos, gestão de aplicabilidade das referidas normas e atribuição de julgar os conflitos obtidos através da execução das normas.

Contudo, o modelo formulado pelo citado filósofo grego, jamais teria plena aplicabilidade na era contemporânea, uma vez que sua teoria consistia na retenção de funções por meio de uma única autoridade, conceituada como "Soberano", que gozava de pleno poder sem a possibilidade de retração de seus ideais. De tal modo, esta única "entidade" seria responsável por criar e aplicar leis, bem como resolver litígios oriundos das normas. Tendo como deslinde o clássico modelo absolutista de governo da Idade Média, onde todo poder era reduzido ao controle de uma única autoridade. Grande exemplo dessa época antidemocrática era o rei Luís XIV, conhecido por seu império autoritário na França, e autor da conhecida frase: *"L'État c'est moi"*, ou seja, *"o Estado sou eu"*.

Diante do inconformismo em razão da concentração de poder e abusos cometidos pelas monarquias absolutistas, crescia o anseio de conceder poder de decisão ao povo. Neste toar, conforme destacado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é preciso entender que o modelo de divisão funcional do poder, não é criação fornecida por um único mentor, mas sim produto das revoluções que marcaram a queda dos governos absolutistas, em especial ressalta-se a revolução inglesa, que através do *Bill of Rights* de 1689 concedeu poderes ao parlamento de forma igualitária as autoridades do Reino. Tal concepção teve como supedâneo os ideais fomentados por John Lock em sua obra o *"Segundo Tratado do Governo Civil"* que serviu de alicerce para a teoria desenvolvida por Montesquieu.

Após breve escorço histórico, é possível inferir que o sistema de freios e contrapesos é resultado de uma construção histórica e política com o objetivo de fornecer organização estatal sem supressão das liberdades individuais. Neste toar, é imperioso utilizar a classificação

utilizada por Dallari que fazendo uso de tal sistemática classifica os atos praticados pelo Estado em dois tipos: Os atos gerais que consistem em ações do Poder Legislativo responsáveis por produzir normas de cunho amplo, sem determinar escopo de quem estará sujeito a tais normas. Com efeito, o Poder Legislativo não teria a possibilidade de atuar incisivamente na vida social, isto é, não poderia agir de forma a influenciar de forma negativa ou positiva determinado grupo em particular.

Somente após a edição de normas gerais seria possível a atuação do poder Executivo, através dos atos especiais, sendo o referido poder possuidor de mecanismos sociais, deve se ater a vedação de atuar de forma discricionária, visto que todos os seus atos são moldados pelo poder Legislativo e caso haja configuração de exorbitância de ações, ambos estarão sujeitos ao poder de coerção conferido ao Poder Judiciário, este por sua vez, possui o condão de assegurar que cada poder esteja nos limites de sua competência. Contudo, insta salientar que o próprio poder Judiciário também terá sua conduta avaliada pelo Poder Legislativo em casos determinados pela norma. A tripartição de poderes consiste nesta sistemática, onde a distribuição dos órgãos estatais são dotados de independência e, concomitantemente são harmônicos entre si, como forma de garantir o equilíbrio organizacional e evitar a possibilidade de abusos quanto ao exercício do poder concedido.

Cumpre ainda ressaltar que parte da doutrina, considera incorreta a terminologia *"divisão de poderes"* pois fundamentam-se na compreensão de que o poder é uno, indivisível e indelegável. Portanto o poder jamais poderia se fragmentar, mas sim ser utilizado por meio de órgãos que consequentemente exercem funções. Desta forma explica Barros, que é preciso promover a definição de conceitos. Sendo o poder um atributo Estatal concedido pela sociedade, os órgãos seriam a via pela qual o Estado exerceria suas funções cuja eficácia seria assegurada pelo poder e, por fim as funções seriam o artifício por onde o Estado manifestaria suas atribuições.

Desta forma, seguindo as referidas premissas, incumbe explanar a consagrada relação de funções típicas exercidas pelos órgãos. Para SILVA (2018, p. 112) a função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras na ordem jurídica, por sua vez a função executiva tem o viés de elucidar embaraços civis concretos e individualizados, nos ditames da lei, não se restringe à mera aplicação de gestão por meio de normas, uma vez que é dotado de prerrogativas, possuindo assim três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. Enquanto a função jurisdicional tem por objetivo interpretar e aplicar o direito aos casos concretos com intuito de dirimir conflitos de interesse.

2.1 Montesquieu e a teoria dos freios e contrapesos

O modelo consagrado da tripartição de funções existente no modelo republicano Brasileiro, possui raízes fixadas no modelo formulado por *Charles-Louis de Secondat,* o barão de Montesquieu. Em sua obra intitulada de "O Espírito das leis", o brilhante filósofo francês busca fomentar a liberdade dos indivíduos de modo a não prejudicar as instituições Estatais. Ainda que boa parte da doutrina opte por conceituar a referida teoria como Separação de Poderes, cumpre destacar que é possível perceber que o autor em sua obra não pretende criar "vias" de poder, e sim busca propor mecanismos capazes de impedir o poder totalitário do Soberano.

Ao desenvolver sua teoria, Montesquieu (2000), realizou um minucioso estudo acerca da Monarquia Inglesa, que conforme explanado anteriormente, havia dado seus primeiros passos rumo à uma construção democrática. Nesta senda, seu intuito era entender de que forma a democracia poderia inibir a tirania absolutista, e por isso seria necessário promover a diferenciação entre Monarquia e o Despotismo Governamental. Ao promover tal distinção, o filósofo francês aponta que o Despotismo consistiria na vontade do Soberano como única fonte da lei, este teria o poder de julgar, condenar e executar as normas, neste modelo somente o medo teria o condão de sustentar o governo.

Por sua vez, a Monarquia representaria uma modalidade antagônica do Governo Despótico, onde o governo seria limitado nos moldes da lei, o Monarca não poderia tanger seus atos fora das restrições normativas. Para Montesquieu, era imprescindível que a existência daquilo que chama de liberdade política, isto é, quando o governo é constituído de tal forma que um cidadão não possa temer outro cidadão", e isso só poderia acontecer quando soubesse o império da lei. Seguindo esta linha, aponta ainda que em uma república democrática incumbiria ao povo o papel de exercer o poder Soberano:

> Quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, chama-se uma Aristocracia. O povo, na democracia, é, sob certos aspectos, o monarca; sob outros, é súdito. Só pode ser monarca com seus sufrágios, que são suas vontades. A vontade do soberano é o próprio soberano. Logo, as leis que estabelecem o direito de sufrágio são fundamentais neste governo (MONTESQUIEU, 2000, p.148).

Desta forma, redigiu sua célebre frase, cerne da teoria dos Freios e Contrapesos: “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o Poder limite o Poder” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166). Por isso definiu aquilo que conceitua como três tipos de Poder: o Executivo das Coisas, o Executivo Civil e o Legislativo. Ao Poder Executivo Civil seria atribuído o poder de Julgar, ou Judiciário. Portanto, o objetivo dessa teoria é garantir que não haja abuso de qualquer uma das instituições.

Contudo, denota-se na obra “O espírito das Leis” a preocupação com aquilo que chamara de Poder Executivo Civil, pois para Montesquieu a autonomia de um Poder se limitaria pelo seu próprio exercício. Por isso apontava que o juiz existe tão somente para aplicar a lei. Deste modo, constata-se a preocupação em evitar que o juiz assumisse o papel de legislador ao exercer sua função.

Vale ressaltar que no modelo idealizado pelo escritor francês não havia atribuição para que o magistrado pudesse “interpretar” a legislação, ela deveria ser aplicada nos moldes determinados pelo Poder “Legiferante”. Em seu ideal, se o juiz fosse legislador, poderia impor suas convicções ao povo, e se tivesse a tutela do Executivo, teria a força de um opressor. Evidente que com a modernização das Constituições, e eventuais necessidade de adequar o conteúdo normativo coma vida cotidiana, foi concedido ao Poder Judiciário a possibilidade de estudar a hermes da norma, bem como analisar seus possíveis efeitos.

Evidente que o Poder Judiciário ou Poder Executivo Civil, como descrito por Montesquieu, possui a autonomia de fiscalizar os demais órgãos através da possibilidade de “dizer o direito”, bem como nas Constituições modernas possui a possibilidade de sanar a inércia dos outros poderes. Contudo, é necessário estabelecer o vértice onde suas atribuições findam, pois caso contrário estaria sendo estabelecido um verdadeiro organograma hierárquico onde magistrados e ministros exerceriam uma espécie de submissão entre as funções legislativas e executivas, constituindo assim um neo-absolutismo contemporâneo. Ao decorrer deste artigo a referida temática será melhor explanada, visto a necessidade de compreender a autoridade judiciária frente aos outros poderes, sem exacerbar, os limites de sua competência.

2.2 A divisão de “poderes” na constituição brasileira

Conforme exposto anteriormente, as civilizações modernas adotaram no bojo de sua organização político – administrativa o uso da teoria dos freios e contrapesos, de modo a evitar

o totalitarismo das instituições estatais. Inclusive tal instituto acabou sendo transformado em preceito indispensável nas Constituições, conforme determina o Art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."*

Desde a primeira constituição Brasileira editada em 1824, já havia a previsão da "divisão" dos poderes, o Art. 9° inclusive ressalta: "*A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece".* Curiosamente, o artigo seguinte elenca os Poderes do Estado que são divididos em: Executivo, Judiciário, Legislativo e Moderador. O extravagante poder moderador exercido pelo imperador tinha o condão de exercer controle sobre os demais. Ou seja, neste modelo o "poder" não emanava do povo.

Contudo, com a queda do Imperialismo Brasileiro, o texto da Carta-Magna seguinte, criada em 1891, retirou do texto o poder moderador e inaugurou a temática do freios e contrapesos ao dispor no Art. 79: "*O cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não poderá exercer as de outro"* Sob este prisma, é possível compreender que legislador procurou determinar aos poderes a vedação de interferência as funções típicas uns dos outros. Todas as constituições seguintes (exceto a 1937 que possui texto truncado acerca da atribuição de funções), buscaram replicar a referida limitação.

Neste sentido, cumpre destacar a autonomia de cada poder em atuar nas funções e competências estabelecidas pelo poder constituinte originário, a esta premissa a doutrina classifica como princípio da independência dos poderes. Desta forma, as atribuições concedidas a cada órgão jamais poderiam ser delegadas a outro, caso não haja previsão constitucional nesse sentido, esse instituto é conceituado como princípio da indelegabilidade de atribuições. Curiosamente a constituição contemporânea de 1988 não descreveu os referidos princípios no escopo de sua redação.

Contudo é notório que de forma implícita, o legislador contemplou a teoria do freios e contrapesos durante a confecção da carta-magna, prova disto são os dispositivos que permitem a atuação de um poder (órgão) em função atípica de sua atribuição original, com o intuito de promover o controle entre as instituições, conforme explana o quadro a seguir:

Órgão	Função Típica	Interferências
JUDICIÁRIO	Promover a função jurisdicional (dizer o direito), dirimir os conflitos aplicando a lei.	**No Legislativo:** Pode avaliar atos de Comissões Parlamentares de Inquérito (Art. 5º, XI, CF). **No Executivo:** Pode declarar inconstitucionalidade de decretos. (Art. 97, CF)
LEGISLATIVO	Legislar e realizar fiscalização de contas, orçamento e patrimônio do Executivo.	**No Judiciário:** Pode processar e julgar os ministros do STF por crimes de responsabilidade (Art. 52, II, CF) **Executivo:** Pode derrubar veto a lei promovido pelo chefe do Executivo (Art. 66, §§ 4.º a 6.º, CF)
EXECUTIVO	Praticar atos de chefe de Estado, de governo e de administração	**Judiciária:** Pode nomear ministros ao STF (Art. 101, CF) **Legislativa:** Criação de decretos complementares a lei (Art. 84, IV, CF)

Fonte: Elaborado pelo autor com base em LENZA (2005, p. 870)

Conforme exposto, é possível concluir que a Constituição de 1988, contemplou as características da teoria dos freios e contrapesos ao estabelecer mecanismos de controles recíprocos entre os órgãos dotados de Poder. Contudo, em recentes ocasiões percebe–se que nem sempre as funções atípicas exercidas pelos órgãos estão contidas no texto constitucional.

De modo destacado, o Judiciário brasileiro, com o crescente fenômeno daquilo que Luís Roberto Barroso chama de judicialização da vida, tem sido assumido protagonismo devido às diversas matérias civis que acionam a Jurisdição, arguindo a inércia ou mal exercícios dos outros poderes (órgãos). Neste toar, é imprescindível estudar de forma pormenorizada os atributos conferidos pela Constituição ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal. Buscando analisar se as inovações judiciárias contemporâneas de fato constituem espécie de ativismo judicial e, se realmente confrontam os a teoria dos freios e contrapesos contemplados pela Carta Magna.

3. ATUAÇÃO DO ÓRGÃO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Evidentemente, o Poder Judiciário é o órgão habilitado a exercer a Jurisdição, isto é, possui o condão de promover a harmonização social através da resolução de conflitos. Contudo, tal situação depende da provocação dos interessados na lide resguardando o princípio da inércia da jurisdição. Grinover (1996) formula um conceito preciso de Jurisdição ao descrever que através de tal instituto substitui-se a vontade das partes, pela vontade do direito, de forma a promover imparcialidade tendo sempre como preceito a garantia da justiça. Cumpre salientar, que a referida atividade deve ocorrer sempre observando as regras processuais independente da esfera, como forma de garantir observância as normas sem individualismos eventuais.

Conforme explanado na seção anterior, o Poder Judiciário teve sua função reconhecida por meio do artigo 2° da Constituição Federal Brasileira. Portanto, assim como os demais órgãos do sistema tripartido consagrado na Carta Magna, possui independência e autonomia dos demais. Vale ressaltar que a constituição de 1988 conferiu ao poder Judiciário atribuições jamais vistas nas constituintes anteriores. Além de garantir plena autonomia financeira e administrativa, o texto constitucional atribuiu de forma positivada a função do Supremo Tribunal Federal como seu legítimo guardião.

O destaque realizado na Carta Magna de 88 quanto aos atributos do Poder Judiciário é devido ao processo neodemocrático vivenciado naquela época, os constitucionalistas viam a necessidade de assegurar o cumprimento do texto constitucional, a supressão de direitos fundamentais realizada pelo regime militar deixava claro que para se viver um ambiente democrático se fazia necessário solidificar as instituições.

> Não havia equilíbrio entre os três. Executivo e Legislativo, nessa ordem, sempre preponderaram sobre o Judiciário. É com essa régua que se deve medir a atuação do Supremo nos anos de chumbo ou nos primeiros anos da República. O tribunal conviveu com a ditadura militar. Esses processos esporádicos chegaram ao tribunal pela via do habeas corpus e mostraram os suspiros de uma corte apertada pelo torniquete da ditadura" (RECONDO, 2018, p.16).

Neste toar, o Judiciário tornou-se fortalecido, e a Constituição devidamente resguardada. Grande exemplo da preocupação com a soberania das normas estabelecidas na Carta Magna, é que seus formuladores concederam a alta corte do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF), funções de controle de constitucionalidade, bem como o instituto de remédios constitucionais, nunca antes vistos no ordenamento brasileiro, tais como: Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação de Controle de Constitucionalidade por omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental dentre outros.

Neste ponto, é preciso frisar que os referidos institutos promoveram uma maior exposição do STF à sociedade, pois o referido órgão passou a ter o poder de discernir o que seria ou não constitucional, promovendo um verdadeiro filtro no ordenamento brasileiro. Contudo, tal atribuição à medida que objetivou garantir soberania da constituição, também promoveu uma espécie de subordinação dos outros poderes ao Judiciário. Sob esta característica está o grande questionamento contemporâneo acerca da mais alta corte, devido a existência de diversas tergiversações a respeito das decisões da alta corte, muito é debatido se os julgados não estariam violando as atribuições dos outros poderes, bem como é fundamentado que em muitas das decisões estaria se atribuindo conotação ativista sob a roupagem de resguardar a constituição. Pelo exposto, resta evidente que para melhor elucidação faz-se necessário estudar as atribuições da referida corte.

3.1 Atribuições de saneamento constitucional do Supremo Tribunal Federal

Criado no longínquo ano de 1808, o STF é o órgão judiciário mais antigo do país, instituído por Dom João no Rio de Janeiro na época foi denominado de "Casa da Suplicação do Brasil" teve seu nome modificado durante as constituições posteriores, até finalmente ser conceituado como Supremo Tribunal Federal na Carta Magna de 1937. O referido órgão é a mais alta corte de justiça brasileira, de modo a abranger seu exercício tanto na justiça comum como nas esferas especiais de jurisdição. Sua composição é constituída por onze ministros, com

idade superior a trinta e cinco anos e inferior a sessenta e cinco, sendo todos brasileiros natos, de ilibada reputação e conhecimento jurídico reconhecido conforme disposto no artigos 101 e 12, § 3°, IV da Constituição.

A mais preponderante função da Corte Suprema é promover a aplicabilidade da Constituição da República e garantir que seu conteúdo não seja violado, conforme já exposto, o Supremo Tribunal é o guardião da Carta Magna. Com efeito, no próprio texto constitucional houve a preocupação de fornecer vias para o exercício da referida proteção. O maior desses mecanismos certamente é o controle concentrado de constitucionalidade que foi designado de modo incontestável ao STF, tal concessão não é novidade oriunda da constituinte brasileira. Com o procedimento de modernização da justiça, várias constituições ao redor do mundo, deslocaram do viés político o poder de interpretar suas normas e o concederam ao pleno exercício do direito, através das supremas cúpulas de seus respectivos países.

Outrossim, destaca-se que a CF de 88 expandiu significativamente o *roll* de atribuições da suprema corte, de modo que o concedeu a atribuição de funcionar como espécie de "último degrau" do amplo processo recursal Brasileiro, nos mais variados setores de jurisdição desde a Justiça Comum, até as searas especializadas tais como: a Justiça Militar, Justiça Eleitoral, do Trabalho dentre outros.

Portanto, constata-se que o STF possui atribuições originárias, onde a matéria é processada e julgada exclusivamente na Corte, bem como atribuições recursais onde a matéria já fora analisada pelas instâncias hierarquicamente inferiores e chegam ao Supremo como última via recursal, cabendo ali somente a análise do direito postulado sem qualquer avaliação dos fatos. De tal modo, por funcionar como espécie de última instância, é de comum entendimento que o Supremo Tribunal Federal possui viés pacificador, em outras palavras, a maioria de suas decisões serve como fonte para as demais instâncias, garantindo assim o instituto da segurança jurídica ao uniformizar a interpretação do direito no ordenamento jurídico pátrio.

O texto constitucional em seu artigo 102 elenca mais de uma dezena de atribuições que devem ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, evidentemente todas as possibilidades ali elencadas possuem relevante importância. Contudo, se faz necessário reduzir a análise desses atributos, de maneira a garantir um escopo que esteja vinculado com temática trazida à baila no presente artigo: O ativismo judicial. Logo, é preciso analisar os dispositivos

constitucionais que permitem aos ministros da Suprema Corte prover a hermenêutica diante de eventuais lacunas ou violações do texto constitucional.

Incumbe salientar que ao promover o controle de constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal deve observar a aplicabilidade das normas constitucionais. Neste sentido utiliza-se a consagrada classificação formulada por José Afonso da Silva que elenca a eficácia das normas constitucionais como: Plena, contida e limitada. Sendo as normas de eficácia plena aquelas que obtiveram do constituinte o condão ter seus efeitos validados desde a sua criação, de tal forma que não é necessário nenhuma diligência legislativa posterior para promover sua aplicação. Portanto, caso haja caso concreto que confronte essa espécie de dispositivo normativo, o Poder Judiciário poderá usar o diploma legal constitucional para dirimir tal conflito, não sendo necessário maior esforço interpretativo.

Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia contida apesar de também possuir aplicabilidade direta de modo a convalidar seus efeitos, nesse modelo específico pode existir a limitação do alcance de sua aplicabilidade por meios de restrições. A redução pode tanto pela superveniência de lei infraconstitucional que legisle nesse sentido, bem como através de outra norma da própria constituição que produza o efeito por meio de eventualidades previstas no dispositivo normativo, tal como o estado de defesa ou de sítio (Art. 136, § 1.º, e 139 da CF/88). Ou seja, em síntese a limitação do referido dispositivo somente acontecerá por meio de legislação posterior que reconheça a necessidade de podar seus efeitos ou pela existência de ocasião excepcional que necessite promover tal restrição.

Por fim, as normas de eficácia limitada também entram em vigor logo a partir da promulgação da Constituição, contudo não possuem o poder de produzir todos seus efeitos desde então, sendo assim é necessário que uma norma posterior infraconstitucional redigida pelo órgão competente, que regulamente o seu exercício de modo a conceder plenitude de eficácia a norma. Portanto, constata-se que a referida norma promove o diferimento de uma norma para ser enfim convalidada.

Sobre as normas de eficácia limitada, Silva (2012), como mente formuladora de tal conceituação, traz importante apontamento ao fundamentar que estas determinam um dever para o legislador, visto que seus efeitos são condicionados por legislação futura como também inspiram a ordenação jurídica ao passo que dispõem de conotação social, mesmo sendo carente de eventual regulamentação, neste ponto faz-se necessário o desenvolvimento da hermes jurídica de forma a garantir a proteção dos institutos garantidos pelo constituinte

Ao analisar os possíveis tipos de eficácia das normas constitucionais é preciso traçar um paralelo acerca da atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, como é de pleno conhecimento jurídico, a Carta Magna de 88 consolidou os dispositivos de controle concentrado de constitucionalidade que devem ter sua matéria apreciada pela alta corte. Nas hipóteses e ocasiões citadas no Art. 102 estão: a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direita de Constitucionalidade e Arguição de Preceito Fundamental.

De tal modo, quando um dispositivo de saneamento constitucional é proposto ao STF, por aqueles legitimados em consonância com o diploma legal, resta evidenciado que o objeto da ação precisa ser identificado de acordo com sua eficácia para garantir que a análise e decisão pautados no julgamento estejam em obediência ao texto constitucional, como também é preciso assegurar que não esteja se realizando um deslocamento de competência, em outras palavras, é necessário elucidar se mesmo sendo o Supremo Tribunal o guardião que ronda a guarita da Constituição, o referido órgão possui legitimidade para sanar o mácula alegada pelo autor da ação constitucional proposta.

Boa parte dos questionamentos realizados acerca da expansão das atribuições típicas do Supremo Tribunal Federal versam sobre o posicionamento da Corte nos julgamentos nos procedimentos de controle concentrado constitucional. Principalmente no que tange as normas de eficácia limitada, ao existir inércia da produção de norma que convalide os efeitos de um direito garantido pela Carta Magna, estaria ocorrendo uma verdade transferência de competência do Legislativo para o Judiciário. Muito se alega que ao invés de assegurar o texto constitucional o STF estaria lesando a carta magna expandindo seu leque de atribuições e conferindo sua ideologia particular as normas. Portanto, para analisar tal enredo é iminente a necessidade de tecer comentários acerca do questionado “Ativismo Judicial”.

3.2 Judicialização x ativismo judicial

Inicialmente, é imprescindível promover uma abordagem acerca da crescente judicialização promovida pela modernização do acesso ao poder judiciário, esse recente processo incidiu na análise de temáticas relevantes tanto de cunho social como político a ser decidido pelo poder Judiciário, e não por outras instituições como a esfera executiva ou entre os habilitados do poder legislativo. Portanto, constata-se que a judicialização configurou um

verdadeiro deslocamento de poder para tribunais e magistrados de modo a configurar significativa parcela de interferência na sociedade.

Com o intuito de entender a referida sistematização, Barroso (2009) fundamenta que a redemocratização do país a partir da constituição de 1988, estabeleceu garantias ao poder judiciário, a magistratura migrou de um setor meramente técnico - consultivo para um legítimo poder político, com o condão de conceder validade a Carta Magna e a lei infraconstitucionais, mesmo quando estiver em litígio com os outros poderes. Vale ressaltar também a abrangência do texto constitucional, que não dispõe somente de meros formalismos quanto a organização da república. O constituinte em muitos aspectos não quis depender do poder legislativo, por isso positivou direitos e garantias no bojo do próprio dispositivo, transformando aspirações no direito propriamente dito, que pode ser exigido pela tutela jurisdicional.

Apesar de ser alvo de críticas corriqueiras de boa parte da sociedade, é fato incontroverso que o judiciário tem se rendido à dinâmica da transparência, na era dos processos virtualizados é concedido à sociedade a possibilidade de consulta de dados, a Corte de maior força hierárquica tem seus julgamentos transmitidos em tempo real. Em verdade, apesar de ser o único órgão da tripartição de poderes não eletivo por via popular, é o Judiciário o órgão de maior interação com a sociedade na busca pela efetivação de direitos.

Por sua vez, o ativismo conforme pensamento de Barroso (2017) representa uma ação quanto ao modo peculiar e incisivo de interpretar o texto Constitucional de forma a alargar sua compreensão e abrangência. Em suma maioria a ocorrência dessa sistemática é resultado de julgamentos acerca de demandas sociais onde o Judiciário através do Supremo Tribunal Federal agiu com preceitos não contemplados na Constituição. Contudo, confere-se a prática ativista também na declaração de inconstitucionalidade de normas editadas pelo legislador ainda que não contenham violação material expressa, é também flagrada nas determinações quanto a ajustes de conduta do setor público.

Nos parágrafos anteriores ao especificar as diferentes possibilidades de eficácia do texto constitucional pode-se observar que o constituinte não concedeu plena convalidação de todos os seus dispositivos. Nesta seara, existem matéria reféns da inércia do poder legislativo que devido a sua relevância precisam ser levadas ao trato judiciário para ser de fato usufruídas, como a regulamentação da aposentadoria especial dos servidores públicos conforme previsão no art. 40, § 4°, CF/88. Como também nada obsta que o Supremo Tribunal Federal possa também interpretar normas de eficácia contida conforme o RE 603.583 que discutia a alegação

de violação ao direito de livre de exercício do trabalho (Art. 230, § 2º) acerca do Exame de Ordem como pré-requisito para ingressar na advocacia e por fim também é possível debater sobre norma de eficácia plena como a gratuidade de transporte coletivo urbano para os maiores de 65 anos prevista no Art. 230, § 2.º e julgada na ADI 3.768.

Constata-se a necessidade do direito por meio do STF em efetuar a intepretação da norma e sua posterior eficácia. Entretanto, o ativismo também pode ocorrer de forma oposta, ou seja, através da auto-contenção judicial, modalidade onde o Judiciário visa minimizar sua atuação no exercício dos outros poderes. Através dessa concepção os magistrados deveriam ser restritos a promover mera aplicabilidade do texto constitucional sem realizar qualquer espécie de ajuste, resguardando tal possibilidade somente ao legislador, bem como seria recomendável abster-se de qualquer participação quanto as políticas públicas, destinando tal atribuição somente a análise do Poder Executivo. Por mais que tal cenário pareça impossível de ocorrer no escopo democrático contemporâneo, é possível vislumbrar a conduta narrada antes da Constituição de 1988, nesse prisma ressalta Barroso (2017, p. 45) A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Diante da diversidade de críticas direcionadas ao Supremo Tribunal Federal acerca de um eventual ativismo em suas decisões, é imperioso tentar entender porque boa parte da sociedade obtém determinada impressão. Inicialmente, insta salientar que todos os atos praticados pela Corte devem ser direcionados a segurança do texto constitucional, ainda que em algumas ocasiões seja necessário manter uma conduta contra - majoritária. Como é de pleno conhecimento os personagens do poder Legislativo e Executivo são revestidos através do sufrágio popular tendo assim apoio de parcela relevante da sociedade. Em contraponto, os eminentes ministros não passam diretamente pelo crivo da avaliação popular, apesar de muito interferir na esfera política não são instituídos por anseios da sociedade. Portanto, a conduta ativista do STF estaria tornando os demais órgãos submissos ao seu poder?

Conforme já explanado no presente artigo, Legislativo, Executivo e Judiciário dispõem de atividades atípicas com o objetivo de exercer um controle recíproco sobre as práticas de cada um, como forma de impedir a hegemonia de uma esfera, vedando atos que ofereçam riscos para o Estado democrático e para os direitos fundamentais. Portanto, ambos os Poderes possuem o condão de interpretar a Constituição. Contudo, no arranjo procedimental formulado pelo

constituinte, cabe ao Judiciário interpretar o texto constitucional quando comprovado conflito dos atos e leis que confrontem o texto constitucional. Essa premissa não confere "carta branca" para que o Judiciário exerça controle geral sobre os outros órgãos, conforme brilhante ensinamento de Montesquieu (2000) quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que os poderes criem leis para as executar nos moldes do absolutismo. Como também a liberdade se tornará enfraquecida se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

A esta altura já é possível compreender que o termo "Ativismo Judicial" na maioria das vezes que é empregado, constata uma frustração dos anseios do interlocutor quanto a jurisdição exercida pelo Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal. É evidente a necessidade da existência de um órgão que possa consolidar e proteger o texto constitucional, ainda que por vezes tenha que exercer postura não–popular. Entretanto, é preciso fazer um adendo ressaltando que existem decisões tomadas pela Corte de modo extravagante, ainda que a referida instituição seja dotada de poderes interpretativos concedidos pela Carta Magna, é evidente que alguns julgados mostram o envaidecimento dos ministros no sentido de trazer para si competências não concedidas pelo constituinte, em determinadas ocasiões a alta cúpula tem se revestido da capa "heroica" do direito, no sentido de proporcionar em suas decisões efeitos que não correspondem a exercício do órgão. Uma vez consolidado o arcabouço conceitual, torna-se imprescindível estudar casos práticos que demostram conduta, de fato ativista, do Supremo Tribunal Federal.

4. ATIVISMO JUDICIAL – ESTUDO DE CASO

Conforme explanação das seções anteriores resta evidente que o próprio texto Constitucional concede ao Judiciário por meio do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de interpretar a eficácia e aplicabilidades da norma estabelecidas pelo constituinte. Incumbe também acrescentar que é válida a "fiscalização" dos demais poderes no que tange a atos e normas que possam conter eventual violação ao preceito Constitucional.

Contudo, mesmo com leque tão vasto de atribuições, o Supremo Tribunal Federal ainda consegue atrair para si competências não conferidas pela Carta Magna, o advento de matérias com relevante importância resultou numa ascensão de popularidade dos ministros, tal fato tem sua conotação positiva ao passo que gerou transparência no órgão. Contudo em diversos julgados, a Suprema Corte Brasileira parece agir de acordo com suas premissas e ideologias, inclusive em algumas demandas resta evidenciado a intenção de determinar medidas de acordo com o populismo adquirido.

Quando as constituições modernas aderiram à teoria dos freios e contrapesos, era perceptível o objetivo de fornecer supedâneo para consolidação de um ambiente democrático em suas nações. É também fato incontroverso o anseio do constituinte em fortalecer o Poder Judiciário, para que este não tivesse que ceder a pressões políticas autoritárias dos demais poderes. Contudo o que se observa na contemporaneidade, é que o Judiciário virou órgão liberto em demasia, ao ponto que não se conhece medida cabível para conter sua extensão interpretativa, a própria corte cria instrumentos para acrescer mecanismos ao próprio órgão.

Ao dispor de instrumentos eficazes para promover o controle concentrado de constitucionalidade, esperava-se que o STF promovesse o respeito e segurança do texto constitucional. Contudo o que houve foi o alargamento de competências da própria instituição. Ao invés de discernir aquilo que é ou não constitucional, a Corte tem usado seu poder constitucional para agir em substituição aos outros poderes, como se houvesse uma "polivalência de competências" para melhor elucidação torna-se importante prospectar casos relevantes onde o Supremo Tribunal Federal praticou atos ilegítimos a sua alçada.

4.1 ADO-26/DF - Criminalização da homofobia

Irresignado pela mora da esfera legislativa em estabelecer normas que tipificassem a criminalização de práticas preconceituosas em face de pessoas do grupo LGBT, o Partido Popular Socialista (PPS) ingressou com uma ação de inconstitucionalidade por omissão junto ao Supremo Tribunal Federal, com o intuito de promover a criminalização de todas as formas de homofobias e transfobia alegando que mesmo não sendo positivado, o referido crime poderia se constatar através de analogia do Art. 5°, XLII da Constituição Federal que versa sobre o racismo, fundamentou também em caráter subsidiário a configuração de atentado a direitos e liberdades fundamentais (Art. 5°, XLI)

Ao explanar a analogia firmada, com a intenção de equivaler a homofobia ao crime de racismo, o partido em sua ação inicial fundamentou que racismo seria toda ideologia que disseminasse a superioridade hierárquica de um grupo a outro, no seu entender, o referido conceito se aplicaria perfeitamente à conduta do indivíduo que desfere ofensa, agressões e até finda a vida de outrem devido ao seu posicionamento sexual. De igual forma, alegou que restaria comprovado que a constituição condena toda e qualquer espécie de discriminação atentatória.

Ato contínuo, o Supremo Tribunal Federal acolheu as alegações do requerente no sentido de reconhecer a mora legislativa em empreender normas que assegurassem a livre expressão de gêneros, fundamentou ainda que por diversos anos o referido grupo tem sido alvo de segregação e por isso seria possível estender a tipificação de racismo ao caso em comento. Desta forma, declarou que condutas homofóbicas e transfóbicas envolvendo aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero se traduzem como expressões de racismo, por identidade de razão e mediante adequação típica.

Antes de analisar o prisma constitucional de referida decisão, é preciso fazer um adendo acerca da materialidade do pedido, uma vez que o direito é sempre o produto do todo. É fato incontroverso a histórica perseguição endereçada ao grupo LGBT, mesmo com diversos avanços civis e jurídicos no embate da referida discriminação, ainda existe aquele que entende poder agir como membro regulamentador da vida alheia, impondo seus conceitos a outrem. Não pairam dúvidas sobre a necessidade de se promover mecanismos legislativos específicos que forneçam proteção para aqueles que são condenados civilmente apenas por sua escolha afetiva.

Contudo, resta evidente na decisão tomada pelo STF o teor ativista em sua mais legítima forma, inicialmente cumpre destacar o que o texto constitucional dispõe acerca das decisões em sede de Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) em seu Art. 103, § 2º "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias" Portanto, percebe-se a corte criou um arranjo procedimental, invés de proteger ao constituição seguindo sua recomendação de notificar o poder competente. Neste caso o legislativo, através do ministro relator Celso de Mello e demais que o acompanharam, expandiram a competência jurisdicional para criar uma tipificação penal que possui equivocado viés legislativo.

A decisão possui um teor tão legislador que criou até um excludente de tipificação, ao determinar que a prática da homofobia não diz respeito ao exercício da liberdade religiosa,

sendo garantido o direito pregar e divulgar ideais de acordo com os preceitos da denominação religiosa. Resta evidenciado que o STF criou uma tipificação e um excludente, extrapolando o seu limite jurisdicional e ferindo o princípio dos freios e contrapesos ao exercer atividade conferida ao poder legislativo.

Cabe ainda ressaltar a inépcia da ação, uma vez que o objetivo central da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão é sanar aquilo que se chama de inefetividade das normas constitucionais de tal forma o aludido instrumento só deve ser utilizado para tornar efetiva uma norma constitucional desprovida de efetividade. Logo, o objeto da ação deve ser uma norma constitucional de eficácia limitada, contudo o requerente arguiu a omissão do legislativo em produzir normas sobre matéria que inexiste mandamento constitucional expresso. No caso em apenso, foi notório o intuito do STF de usar a possibilidade interpretativa conferida pelo texto constitucional, para extrapolar o limite jurisdicional, ferindo assim a Carta Magna que roga a sua guarda.

4.2 HC 163334 - Possibilidade de prisão ao devedor contumaz de ICMS

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou a possibilidade de criminalização acerca do não recolhimento de ICMS (Imposto sobre comércio, mercadorias e serviços) declarado. Finalizado o julgamento do RHC n° 163.334 restou vencedor por sete votos a três o entendimento de que o contribuinte, que deixar de recolher o ICMS de forma dolosa, está incorrendo no crime artigo 2º inciso II da lei n° 8137/1990, após inconformismo da doutrina tributarista a corte divulgou no informativo 963, nos moldes do relator, o ministro Luís Carlos Barroso "É imprescindível a demonstração do dolo e não será todo devedor de ICMS que cometerá o delito. O inadimplente eventual distingue-se do devedor contumaz, este faz da inadimplência tributária seu modus operandi".

Inicialmente, cumpre destacar que mesmo diante de breve síntese, já é possível observar que novamente a corte tipificou uma conduta penal além do texto normativo. No presente caso, o objeto em análise não é o texto constitucional, e sim uma lei ordinária. Contudo em mais uma ocorrência de expansão de atribuições, o STF se prestou ao papel de legislador e estabeleceu uma conduta penal não prevista na norma originária. No estudo da lei 8.137/90 verifica-se que o legislador previu a seguinte conduta por meio do Art. 2º, II. *"Constitui crime da mesma natureza: deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social,*

descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos".

Verifica-se que o legislador de fato previu a tipificação penal para aquele que tenha deixado de pagar valor que foi descontado ou cobrado de exação fiscal diante da qualidade de sujeito passivo. Para melhor compreensão, cabe contextualizar o dispositivo descrito, tal fato é reconhecido pelo crime de apropriação indébita, a referida lei se aplica a alguém que cobra tributo ou contribuição de outrem, e invés de repassar ao sujeito ativo (Estado) toma o valor para si.

Esta conduta é melhor visualizada diante da apropriação indébita previdenciária, onde o empregador é o responsável por arrecadar a contribuição previdenciária do seu empregado (contribuinte efetivo) e deve repassar tal montante para o sujeito ativo da obrigação (Ente estatal) a esse instituto dá-se o nome de responsabilidade tributária, que também ocorre quando a concessionária (responsável) de energia elétrica cobra do consumidor (contribuinte) a Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública e em seguida repassa para os municípios. Incumbe atentar para o fato de que nesses casos, o responsável descontou ou cobrou o valor correspondente ao tributo, contudo a obrigação é devida pelo contribuinte efetivo que no cenário narrado corresponde ao trabalhador e o consumidor respectivamente.

Entretanto, utilizando-se de interpretação equivocada e populista, o STF julgou que o adimplemento do ICMS (Imposto sobre Comércio, Mercadorias e Serviços) é feito pelo consumidor final, de modo que ao não repassar tal valor para o Ente Federativo respectivo, o comerciante que nesse caso é o contribuinte legítimo estaria realizando apropriação indébita. Ocorre que é incabível tal analogia quanto ao ICMS em nome próprio, uma vez que o produtor é cobrado diretamente pelo Estado a adimplir o tributo, escolhendo se irá repassar ou não tal encargo para quem adquirir. Ainda que o referido tributo seja declarado, a operação pode não se concretizar. Por tanto não se trata de uma obrigação legal de descontar ou reter valor de terceiro conforme exemplificado no parágrafo acima.

Já é possível perceber que a decisão é incorreta pois o STF criou um tipo penal não previsto em lei, contudo a situação ainda é mais gravosa, pois no caso julgado o comerciante prestou declaração do tributo, contudo não o recolheu. Ou seja, sequer houve sonegação ou ocultação do valor a ser pago, apenas inadimplemento do tributo, gerando assim clara violação ao Pacto San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil que no item 7 do artigo 7° dispõe

“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. “

Em que pese o esclarecimento da corte que o entendimento de tal conduta como crime somente poderá compreender aqueles que exerçam a conduta de modo reiterado e com intenção manifesta, verifica-se que de fato o STF com o subterfúgio de promover análise da norma, findou por criar um tipo penal mesmo sem lei que o tipificasse de modo próprio, ignorando o próprio texto constitucional que em seu Art. 5°, XXXIX determina que não haverá crime sem lei anterior que o defina. Ainda que o julgado não tenha efeito vinculante certamente a tese criada irá incidir nos tribunais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explanado nos ideais de Montesquieu, resta evidenciado que na conjectura contemporânea de democracia, torna-se imprescindível recorrer aos preceitos da teoria dos freios e contrapesos, visto que para garantir o efetivo poder ao povo é preciso que o três poderes atuem em conformidade com suas atribuições, respeitando a soberania popular e atividade típica de cada órgão.

O Estado democrático de direito dos dias atuais é resultado não só da teoria do filósofo francês, como também de uma longa construção histórica. Desde os primórdios era possível constatar que o Poder centrado em uma única esfera ou autoridade se configurava em um regime totalitário, rendido as ideologias firmadas em única vertente, onde a sociedade apenas possuía função observadora

Instituído no Brasil desde a Constituição de 1824, a divisão de atribuição de poderes foi sendo moldada, desde a época da Monarquia, passando pelo autoritário regime militar até a nova moldura de democracia instituída pela Carta Magna de 1988. De igual modo, o Judiciário foi proporcionalmente modelado, com o intuito claro de assegurar o texto constitucional tão violado em outrora. Também é preciso ressaltar a crescente judicialização promovida tanto pela facilidade de acesso a jurisdição do cidadão comum, quanto pela descrença na efetividade dos outros poderes.

A crescente insatisfação social acerca daqueles elegidos como representantes do povo, fez com que os desamparados pela conjectura política recorressem ao auxílio do Poder

Judiciário como forma de garantir seus direitos legalmente constituídos, por diversas circunstâncias tribunais e magistrados precisam determinar atos que poderiam ser elucidados na esfera legislativa e executiva, casos os componentes do referidos órgãos fizessem jus a investidura popular que receberam, cenário este visto na judicialização da concessão de medicamentos, isenção de tributos e reconhecimento de benefícios sociais.

Contudo, o aumento de atribuições conferidas pela texto constitucional, aliado à procura do Poder Jurisdicional como órgão de "efetivação" de direitos e garantias findou na exacerbada popularidade de magistrados e tribunais, diante pífia e torpe polaridade social-política dos dias atuais se tornou comum a busca da jurisdição quando o anseio de uma das partes é frustrado, como se coubesse a Jurisdição o papel de adequar a conjectura republicana.

Neste cenário, o Supremo Tribunal Federal adquiriu expressa notoriedade, como pacificador do direito, bem como do jogo político formado entre os três poderes, ao passo que o texto constitucional conferiu a corte a possibilidade de intervenção na função executiva e legislativa, ainda assim assegurou a independência dos poderes e observação das funções típicas de cada um.

Evidente que toda norma ou ato político produzido deverá ser pautado pelos princípios norteadores do constitucionalismo brasileiro, consequentemente criou-se no ordenamento jurídico um direcionamento no sentido de promover controle de constitucionalidade ao mero acaso, sob o argumento de que assim estaria sendo promovido a primazia constitucional como fonte da organização jurídico-política brasileira. Contudo o que se observa é o notório alargamento do escopo atinente ao exercício jurisdicional

Movido pelo viés concretista e por expressa repercussão popular o Supremo tem tomado decisões expressamente extensivas quanto a sua atribuição, ainda que seja papel da Jurisdição promover a harmonia das relações sociais, não poderia jamais o órgão Judiciário atuar como verdadeiro executor de pretensões em geral, exacerbando sua plena competência restrita em dizer o direito.

Muito se discute acerca de um mecanismo efetivo que regule as limitações da Suprema Corte Brasileira, de modo a garantir a estabilidade das relações republicanas e delimitar as funções cabíveis por cada esfera. Contudo a referida requisição está amplamente contida na Constituição vigente, só é preciso que seu órgão guardião passe de fato a exercer a função predefinida no texto constitucional, sem exacerbar sua competência ao sabor das circunstâncias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Syntesis, 2017

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n°26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 13 jun. 2019. Relatório de atividades 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 163334/SC.** Relator: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 18 dez. 2019. Relatório de atividades 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de atividades 2019**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/2020_01_24_13.08_RelatoriodeAtividades2019_completo.pdf. Acesso em: 18 de maio de 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O ESPÍRITO DAS LEIS**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 11-40; 165-178; 285-290.

ROSSI, A. S.; PAMPLONA, D. A. **Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: Democracia e Constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?** Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC, 2013. 13-29

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.