



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL

THE FEDERAL SUPREME COURT'S: PATH BETWEEN PROTECTING DEMOCRACY AND JUDICIAL ACTIVISM

LAS DIRECCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL: ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl¹, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi²

e4124580

<https://doi.org/10.47820/recima21.v4i12.4580>

PUBLICADO: 12/2023

RESUMO

Este artigo propõe-se a discorrer sobre as formas jurídicas do autoritarismo na contemporaneidade e examinar os riscos democráticos de uma interpretação judicial sem limites. Para tanto, é necessário enveredar-se pelo caminho da teoria do Direito, no intuito de apresentar um panorama histórico e doutrinário daquilo que se denomina por degeneração do Direito. Ao mesmo tempo, busca-se demonstrar o importante papel das cortes constitucionais em democracias frágeis, como a brasileira. Por fim, no intuito de tornar este estudo teórico aplicável a um caso concreto, reflete-se acerca dos entendimentos expostos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADCs n. 43, 44 e 54, que trataram da possibilidade da execução provisória da pena, bem como sobre a proposta de Emenda à Constituição que autoriza a revisão as decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Poder Legislativo. Para o desenvolvimento deste artigo, a metodologia adotada foi o levantamento e análise bibliográfica e o estudo de caso concreto, associada a uma pesquisa atenciosa da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia do direito. Democracia. Degeneração.

ABSTRACT

This article aims to discuss the legal forms of authoritarianism in contemporary times and examine the democratic risks of an unlimited judicial interpretation. To this end, it is necessary to embark on the path of legal theory, in order to present a historical and doctrinal overview of what is called the degeneration of law. At the same time, we seek to demonstrate the important role of constitutional courts in fragile democracies, such as Brazil. Finally, in order to make this theoretical study applicable to a specific case, it reflects on the understandings expressed by the ministers of the Federal Supreme Court - STF in the judgment of Declaratory Constitutionality Actions - ADCs n. 43, 44 and 54, which dealt with the possibility of provisional execution of the sentence, as well as the proposed Amendment to the Constitution that authorizes the review of the decisions of the Federal Supreme Court by the Legislative Branch. For the development of this article, the methodology adopted was a bibliographical survey and analysis and a concrete case study, associated with careful research into jurisprudence.

KEYWORDS: *Autonomy of law. Democracy. Degeneration.*

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo discutir las formas jurídicas del autoritarismo en la época contemporánea y examinar los riesgos democráticos de una interpretación judicial ilimitada. Para ello, es necesario emprender el camino de la teoría jurídica, con el fin de presentar un panorama histórico y doctrinal de lo que se llama la degeneración del derecho. Al mismo tiempo, buscamos demostrar el importante papel de los tribunales constitucionales en democracias frágiles, como Brasil. Finalmente, para que este estudio teórico sea aplicable a un caso específico, se reflexiona sobre las interpretaciones expresadas por los ministros del Supremo Tribunal Federal - STF en la sentencia de las Acciones Declaratorias de Constitucionalidad - ADCs n. 43, 44 y 54, que versaban sobre la

¹ Ministério Público do Estado da Bahia.

² Pontifícia Universidade Católica de São Paul – PUC-SP.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

posibilidad de ejecución provisional de la pena, así como la propuesta de Reforma a la Constitución que autoriza la revisión de las decisiones del Supremo Tribunal Federal por el Poder Legislativo. Para el desarrollo de este artículo, la metodología adoptada fue un levantamiento y análisis bibliográfico y un estudio de caso concreto, asociado a una cuidadosa investigación de la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: *Autonomía de la ley. Democracia. Degeneración.*

INTRODUÇÃO

Para alguns autores, vive-se ainda “tempos sombrios” no Brasil, por conta de uma visão embaçada pelo desenrolar dos recentes acontecimentos históricos, em que pouco se enxerga no horizonte, além dos desdobramentos já conhecidos. Se por um lado, envereda-se morosamente aos caminhos do retorno à normalidade, após mais de dois anos de pandemia, quando se evidenciou a latente desigualdade brasileira— por outro, permanece-se à exposição de ameaças degenerativas que podem atacar diuturnamente nossa democracia (Schwarcz; Starling, 2020, p. 6-7).

As mudanças no cenário brasileiro começaram a surgir em 2014, quando, pela primeira vez, em vinte e seis anos, as grades de proteção da democracia brasileira começaram a ser forçadas. Foi a primeira vez desde o fim da ditadura militar que um candidato derrotado contestava o resultado eleitoral e tentava vetar a maioria gerada nas urnas (Schwarcz; Starling, 2015, p. 14).

Por sua vez, o pedido de *impeachment* da presidenta eleita, acolhido pelo então presidente da Câmara dos Deputados, em dezembro do ano seguinte, levou ao extremo aquilo que Tushnet conceituou por *constitutional hardball*.

Conceitua-se *constitutional hardball* quando, além das regras constitucionais existentes em todas as nações, existem também práticas que são estabelecidas, associadas com o discurso político, aceitas, em que pese não se encontrem previstas no Texto Constitucional (Tushnet, 2003, p. 524).

Dentre tais regras implícitas, destaca-se *mutual tolerance*, tradução nossa para tolerância mútua, e *forbearance*, tradução nossa para reserva institucional.

Tolerância mútua significa que os atores institucionais que ora estão no governo, ora estão na oposição merecem ser tratados não como inimigos, mas como parceiros na construção do projeto de democracia constitucional. Ao passo que reserva institucional quer dizer que esses atores não devem exercer todo o poder que teoricamente eles realmente têm, isto é, não devem abusar do seu poder (Tushnet, 2021, p. 4). Assim, os agentes políticos eleitos adotam algumas práticas que, para esses, não são incompatíveis com as disposições constitucionais, mas que conflitam com os pressupostos de um comportamento político adequado.

Desse jeito, seguindo literalmente os ingredientes do receituário fornecido por *Como as democracias morrem* (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 103), não demorou muito para que as regras fundamentais do funcionamento da democracia brasileira _tolerância mútua e reserva institucional _ passassem a ser despercebidamente degradadas.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

Na última gestão presidencial, de 1 de janeiro de 2019 a 31 de dezembro de 2022, viveu-se aquilo que Levitsky e Ziblatt (2018, p. 33) apontam como os 4 principais indicadores de comportamento autoritário: "(I) Rejeição das regras democráticas do jogo (ou compromisso débil com ela); (II) Negação da legitimidade dos oponentes políticos; (III) Tolerância ou encorajamento à violência; e (IV) Propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia".

As investidas não foram apenas essas, os alvos de um Poder são tão distintos quanto voláteis: minorias, cultura, educação, oposição política, corrupção, instituições, separação de poderes, a própria democracia constitucional. Seria impossível citar todos, uma vez que o critério para seu estabelecimento se operou com base em uma equação amigo-inimigo.

Na realidade, o modo de se fazer política no Brasil, por meio da polarização, passou a ter como orientação tal dicotomia, que ganha ainda mais reforço com o advento da *Internet* e das redes sociais. É dentro desse contexto que se estabelece o arcabouço instrumental para degeneração de democracias:

Uma sociedade polarizada é solo fértil para a ascensão da política autoritária, que desconhece os limites da tolerância mútua essencial à manutenção de qualquer regime democrático.

[...] A divergência política tratada como inimiga esvazia os procedimentos democráticos de eliminação do dissenso. As pessoas têm suas vidas governadas por puro majoritarismo. Mais precisamente, na polarização, sequer pode ser garantida uma genuína vontade da maioria numérica. A expressão do majoritarismo se dá a partir da ação política do líder soberano, o legítimo representante do povo em substituição do Legislativo. Portanto, polarização é a ferramenta de coisificação daquele que pensa o diferente. Ela é o alívio ético e moral para justificar as atrocidades do exercente do poder em face de seus adversários políticos. Polarização é o mecanismo totalitário redutor de divergências (Abboud, 2021, pt. I, cap. 1.3.4.3).

Na visão schmittiana, a relação amigo-inimigo é elemento estruturante dos estados de exceção, é condição de possibilidade política, é eixo fundamental para o fluxo dos afetos políticos (Pires, 2021, p. 127). Assim sendo, soberano é quem decide sobre o estado de exceção, ao passo que política é a capacidade de definir quem é amigo ou inimigo da sociedade (Serrano, 2016, p. 81).

É dentro dessa (des) fusão paradoxal de horizontes contraditórios que se percebe a convivência de estruturas autoritárias e democráticas em um mesmo sistema (Serrano, 2020, p. 201). Enquanto não chega a ser um Estado de exceção clássico, também não é um regime composto em sua plenitude por medidas democráticas.

Trata-se na realidade daquilo que Serrano (2020) denominou por Autoritarismo Líquido, o qual é aquele que se liquefaz na zona híbrida entre ditadura e democracia. Líquido, segundo esse autor, seria também o compartilhamento da soberania usurpada, entre as esferas de poder: no Legislativo, ao corroborar com tais práticas, e se eximir de obrigações constitucionais; no Executivo, mediante ataques sistemáticos a ordem constitucional; no Ministério Público, quando se excedesse no exercício de suas funções, para além do permitido constitucionalmente, e, no Judiciário, ao alterar



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

paradigmas do Direito, com apropriação do sentido das leis e praticar verdadeira hermenêutica de exceção (Pires, 2021, p. 149 -151).

Nesse contexto, almeja-se, com o presente artigo, analisar o recente incremento de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que interferem na atuação do Poderes Legislativo e Executivo, com o intuito de combater um possível autoritarismo vivido no país há alguns anos, mesmo que supostamente contrárias à legislação que se encontra vigente e impulsionadas pelo clamor popular.

Para se demonstrar, no caso concreto, um julgamento do STF que decorreu de impulsionamento popular e depois foi reanalisado, serão também objeto de estudo as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n. 43, 44 e 54, que trataram da possibilidade de cumprimento imediato da sentença sem trânsito em julgado na esfera penal.

Por fim, fez-se o levantamento de propostas de Emenda à Constituição, que pretendiam interferir na atuação do STF e se destacou a controvérsia sobre a constitucionalidade dessas.

Este artigo toma por base fontes primárias e secundárias, bem como a análise de julgamentos que circundam o assunto em análise. A seleção das fontes bibliográficas foi realizada de acordo com critérios de relevância e atualidade, buscando-se privilegiar os autores mais clássicos que abordam aprofundadamente a temática em questão.

Ademais, cabe ressaltar que a presente pesquisa segue as orientações metodológicas da pesquisa bibliográfica e da análise de dados estatísticos e jurisprudência, conforme descrito pelos autores Marconi e Lakatos (2022) e Lamy (2020, p. 264-266).

1. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO STF

Apesar de haver muitas diferenças, é possível encontrar espantosas semelhanças no *modus operandi* de regimes autoritários do passado remoto e do passado recente. Nesse ponto, não poderíamos deixar de ressaltar a observação feita por Issacharoff (2007, p. 43, tradução nossa): “a ascensão do nazismo no seio da democracia europeia é a pedra de toque de todos os debates sobre a vulnerabilidade da democracia a ataques antidemocráticos”¹.

Regressando-se, em um comparativo histórico, percebe-se que o conceito de Estado Dual, firmado por Ernst Fraenkel, guarda estreita similitude com a lógica de operação do Autoritarismo líquido, em especial no que diz respeito à relação entre a ordem jurídica e a ordem política.

É justamente diante desse cenário híbrido, que surge o “Estado de Prerrogativas”, o qual é aquele com poder para transformar tudo em uma questão de política, ou seja, com capacidade para determinar seus próprios limites, à revelia do direito (detendo jurisdição sob a jurisdição) (Abboud, 2021, pt. I, cap. 1.3.6.).

Portanto, a diferença entre um Estado de Direito e o Terceiro *Reich* passa a ser definida por Fraenkel da seguinte maneira: “no primeiro, o Judiciário controla o Executivo em prol da legalidade;

¹ “The rise of Nazism within the heart of European democracy is the touchstone for every debate on the vulnerability of democracy to antidemocratic assault” (Issacharoff, 2007, p. 43).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

no segundo, o Executivo subjugava o Judiciário em nome da conveniência política” (Abboud, 2021, pt. I, cap. 1.3.6.).

Aqui nota-se a fundamental importância do Poder Judiciário como protetor da legalidade e instância de salvaguarda da autonomia do Direito, e da própria democracia. Dessa maneira, a jurisdição constitucional torna-se o espaço de salvaguarda da autonomia do Direito, em especial em países de modernidade tardia, capitalismo periférico, com recentes ou frágeis democracias, como o Brasil e os demais países da América Latina (Serrano, 2016).

Isso porque se aprendeu com as lições de Weimar, e com a atuação do STF durante a crise vivida no país, de que as Cortes Constitucionais são um ator central na defesa das instituições democráticas, em especial na afirmação de direitos fundamentais e na aplicação de limites às prerrogativas majoritárias.

No entanto, deve-se distinguir uma atuação autorizada no Texto Constitucional e uma atuação ativista.

Ocorre que, de acordo com Ramos e Oliveira Jr., enquanto o ativismo norte-americano parece ter por objeto a contenção da atividade legislativa, o ativismo brasileiro não visa à contenção de excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação dos outros Poderes (2014, p. 37).

Divergindo-se parcialmente desses autores, vê-se que, no caso brasileiro, o Poder Judiciário almeja também conter os excessos da atividade legislativa, a compensação de inação dos outros Poderes Legislativo e Executivo ou em reclamos populares, entretanto, o que difere o ativismo judicial do controle da constitucionalidade pelo Judiciário é justamente a discricionariedade suplantando a legislação vigente.

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos que foi empregada como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte em que os juízes estariam mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais (Barroso, 2023, p. 415)

Ocorre que, não são raras, no âmbito do Poder Judiciário, práticas solipsistas, decisionistas e até absolutistas (Serrano, 2016, p. 92), inclusive em decisões de nossos tribunais superiores. É surpreendentemente resiliente a sobrevivência da colonização política sobre o discurso jurídico, tal como visto anteriormente, e as potencialidades degenerativas do uso estratégico do Direito em favor de projetos políticos autoritários.

Quanto a isso, Pires (2021) fornece importantes chaves-de-interpretação da relação entre a ordem jurídica e a ordem política em tempos de autoritarismo líquido, em especial, o conceito de Direito em servidão voluntária e a importância do hábito para a normalização de estados de exceção. Afinal, ainda de acordo com Pires (2021, p. 149), os Estados de exceção precisam do Direito porque ele oferece ao autoritarismo sua fantasia de legitimidade.

A título exemplificativo tem-se a decisão proferida pelo STF, em 1974, quando a pedido do Procurador Geral da República, que condenou e cassou o deputado Chico Pinto, com fulcro na Lei



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

de Segurança Nacional, por denunciar a ditadura chilena na tribuna da Câmara dos Deputados – como o uso estratégico do Direito em regimes autoritários².

Abboud constata que a interpretação judicial sem limites foi uma arma mais poderosa do que a própria reforma legislativa na funcionalização do direito como instrumento de implementação dos ideais totalitários (Pires, 2021).

Eis a importância da autonomia do Direito, metaforicamente compreendida como a blindagem (dimensão de subsistência autônoma) ou "resistência contra seus predadores naturais, exógenos e endógenos" (Streck, 2017, p. 26).

Por conseguinte, é importante ressaltar a estreita vinculação entre democracia e autonomia do direito, visto que o direito é produto do processo democrático. Então, sua "alteração, supressão ou acréscimo" (Streck, 2017, p. 26), realizada fora dos horizontes constitucionais, põe em risco a própria democracia. Desse modo, Streck (2017, p. 26) destaca que:

[...]Se os atores exógenos atuam dentro das regras institucionais, a democracia se fortalece, oxigena-se. Todavia, os predadores endógenos fragilizam diretamente o Direito, porque pretendem substituir o Direito posto, produto da cooriginariedade democrática, pelos discursos individuais, por meio de subjetivismos e meios correlatos a "driblar" regras e princípios jurídicos. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático, o Direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendraram, uma vez que o Direito é produto de uma conjunção da política, da economia e da moral. Assim, considerando que uma apreciação econômica e política é, também e fundamentalmente, um juízo moral, o Direito será produto, na democracia, dessa intersecção, que Habermas chama de cooriginariedade. Consequentemente, a autonomia do Direito torna-se a sua própria condição de possibilidade.

Nos últimos anos, diante da situação política em que se encontrava o país, o STF passou a atuar proativamente em torno do que, a princípio, incumbiria aos dois outros Poderes, sob o argumento de resguardo do Estado Democrático de Direito.

Apesar disso, é importante fazer a distinção entre uma atuação fundada nas leis e constitucionalmente prevista e, de outro lado, outra que pretenda apenas atender aos clamores públicos que se encontravam inflamados em decorrência da situação política vivenciada.

Por conseguinte, a partir do momento que a atividade decisória não utiliza como fundamento a Constituição, as leis e os precedentes, e tem como elemento central padrões metajurídicos (como voz das ruas, consequencialismo, combate à corrupção a qualquer custo), o caminho para degeneração do direito e da democracia, estará aberto. Por consequência, é de suma importância destacar a lição de Abboud (2021, pt. I, cap. 1.3):

O fato de o ativismo judicial praticado no Brasil não ser a funcionalização de um único projeto político, a degeneração não se dá somente em face do nazismo/fascismo devidamente organizados. A degeneração se dá pela adoção desenfreada e polarizada de um modo específico de se aplicar o direito. Uma forma

² Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/preso-por-criticar-ditador-do-chile>. Acesso em: 27 out. 2023.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

ilimitada que não se constringe perante as fontes do direito. Ou seja, o sistema jurídico, igualmente, degenera mediante um ativismo que almeja fazer o bem e garantir uma sociedade mais justa. Essa degeneração, por sua vez, solapa a autonomia do direito e fragiliza o potencial de defesa da democracia constitucional, deixando as instituições democráticas indefesas para ataque totalitário manifesto ou sub-reptício como é mais frequente na contemporaneidade.

Daí surge a preocupação com o recrudescimento de uma atuação patológica do Poder Judiciário, em especial naquelas situações cuja suspensão da legalidade, por meio de uma interpretação sem limites da ordem jurídica, aproxima a natureza política do poder exercido com a figura do soberano de Carl Schmitt (Serrano, 2016).

Nesse sentido, entende-se que o conceito de discricionariedade judicial, oriundo do paradigma da filosofia da consciência (sujeito-objeto), que forneceu as bases para a tradição jusfilosófica da corrente do positivismo analítico, figura como uma das principais razões para o agir “soberano” do Poder judiciário (Serrano, 2016, p. 94).

É importante ressaltar que muitos juristas ainda repelem o acesso hermenêutico ao direito, acreditando que a função do intérprete é a de descobrir um sentido que está velado na vontade da lei ou do legislador, incorrendo, dessa forma, em pelo menos três equívocos, a saber:

a) confusão entre texto e norma; b) interpretação como ato revelador de vontade ora do legislador, ora da própria lei; c) sentença judicial como processo interpretativo meramente silogístico em que por simples subsunção o suporte fático é normatizado, dando-se origem, assim, à decisão judicial (Abboud, 2021).

Tal atraso no modo-de-pensar-e-ensinar o Direito, refratário a um esquema intersubjetivo de conhecimento, oriundo do que é conhecido por *linguistic turn*³, permite o fortalecimento daqueles “predadores endógenos” (panprincipiologismo, as ponderações, discursos voluntaristas, discricionariedade), que fragilizam a autonomia do Direito.

Neste ponto, passa-se a reflexão de como a atuação ativista no STF pode resultar em insegurança jurídica, por meio da análise do julgamento das ADCs n. 43, 44 e 54, que revisaram o entendimento jurisprudencial anterior, ocorrido em sede de Habeas Corpus n. 126.292, e dos votos divergentes dos Ministros do STF nesse novo julgamento. Não obstante, também serão realizadas breves considerações acerca dos riscos democráticos do uso do consequencialismo como enunciado performático, livre de controle e subserviente a uma atuação voluntarista, cada vez mais presente no sistema jurídico brasileiro.

³ O termo *linguistic turn* refere-se a uma reconcepção radical da natureza da filosofia e dos seus métodos, segundo a qual a filosofia não é nem uma ciência empírica, nem uma investigação supra empírica sobre as características essenciais da realidade; em vez disso, é uma disciplina conceitual *a priori* que visa a elucidar as complexas inter-relações entre conceitos filosoficamente relevantes, tal como incorporados no uso linguístico estabelecido, e, ao fazê-lo, dissipar confusões conceptuais e resolver problemas filosóficos (Hans-Johann; Javier, 2018).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

2. UMA ANÁLISE CRÍTICA DO VOTOS NO JULGAMENTO DAS ADCS n. 43, 44 e 54 – OS RISCOS DEMOCRÁTICOS DE UMA INTERPRETAÇÃO PURAMENTE CONSEQUENCIALISTA

O ponto central das ADCs n. 43, 44 e 54 era a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal⁴ (Brasil, 1941), que nada mais é do que a reprodução legislativa do artigo 5º, LVII da Constituição da República⁵ (Brasil, 1988), tendo em vista a controvérsia jurisprudencial provocada pela mudança de posicionamento do STF, que permitiu em consequência do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292⁶ a execução provisória da pena, ainda que sem o trânsito em julgado da sentença condenatória (Brasil, 2016a).

Inicialmente, no julgamento das referidas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, suscitou-se a preliminar da impossibilidade da mudança da jurisprudência do STF em um período tão breve, tendo em vista que havia pouco mais de três anos desde o julgamento do HC n. 126.292. Contudo, tal questão foi superada, já que não há prazo para mudanças na história ou necessidade de alteração de entendimento, e prosseguiu-se o julgamento das ADCs.

Ademais, alegou-se também em sede preliminar, o cabimento do não conhecimento destas ADCs em razão da ausência dos pressupostos materiais necessários ao *overruling*⁷ do precedente obrigatório formado no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) n. 964.246/SP (Brasil, 2016b), ante a perda de congruência social e consistência sistêmica do julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

⁴ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado [...]” (Brasil, 1941).

⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]” (Brasil, 1988).

⁶ “EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado” (Brasil, 2016a).

⁷ Por *overruling* entende-se a mudança de entendimento de determinado tribunal acerca de tema jurídico anteriormente pacificado, por alteração no ordenamento jurídico ou por evolução fática histórica (Rocha, 2018, p. 78).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

Todavia, essa questão também foi superada, pois, como dito pelo Ministro Alexandre de Moraes, somos uma democracia felizmente estabilizada, mas ainda em formação. Portanto, muitas questões são rediscutidas frequentemente (Brasil, 2019, p. 13), ocorrendo a possibilidade de *overruling* advir de obsolescência decorrente de mutações sociais.

Entretanto, o que era para ser um caso evidente de reconhecimento de constitucionalidade da legislação vigente e superação de um precedente que era dissonante do texto legal, por pouco não se concretizou, visto que o resultado dos julgamentos das ADCs n. 43, 44 e 54 foi definido pela diferença de apenas um voto⁸.

Como dito pelo próprio Relator da ADCs n. 43, 44 e 54, Ministro Marco Aurélio Mello⁹, ao iniciar seu voto: “Vivenciamos – não há menor dúvida – dias incertos, sob o ângulo republicano. Onde vamos parar? Existe uma máxima segundo a qual ‘vivendo e aprendendo’. Mas, pelo visto, preconiza-se que se deve viver e desaprender!” (Brasil, 2019, p. 27).

Consoante o voto do Relator, deveria ser confirmada a higidez do art. 283 do Código de Processo Penal:

Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior (Brasil, 2019, p. 32).

Para o Ministro Marco Aurélio Mello, quando o STF julgou diversamente em sede de Habeas Corpus, reverteu-se a ótica que embasou a reforma do Código de Processo Penal, tendo-se um quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que o STF dela se afastou.

Analisando-se os votos vencidos, observa-se que a premissa utilizada pelos magistrados foi a de negação do texto normativo concebido pelo art. 5º, LVII, da Constituição da República (Brasil, 1988). Isso porque, ao considerá-lo como política, relativizou-se sua obrigatoriedade.

Daí consiste no problema de tratar um enunciado como princípio e ora tê-lo como política: a escolha entre os diferentes padrões pode alterar o sentido do resultado da decisão.

Aqui cabe ressaltar o pensamento de Dworkin (2010, p. 141), que difere argumentos de princípios de argumentos de política (*policy*). Estes destinados a estabelecer uma meta coletiva, ao passo que aqueles são argumentos destinados a estabelecer um direito individual. Desse modo, princípios descrevem direitos, políticas descrevem objetivos.

⁸ “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” (Brasil, 2019, p. 2)

⁹ “Ante a identidade de objetos, tem-se quadro a direcionar à análise simultânea das ações, cujos processos foram distribuídos por prevenção, na forma do artigo 77-B do Regimento Interno do Supremo, e apensados mediante despachos formalizados em 23 de maio de 2016 e 11 de abril de 2019” (Brasil, 2019, p. 4).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

Nesse sentido, para o jurista americano, uma meta é um objetivo político não individuado (Dworkin, 2010, p. 143), de modo que para se atingir um objetivo coletivo, não é preciso tratar a todos os indivíduos da mesma maneira. Assim, a eficiência do Direito penal, por exemplo, seria tratada como uma meta coletiva, uma vez que visa a produzir um maior benefício geral.

Todavia, a teoria Dworkiniana não admite que um direito seja menos importante que todas as metas sociais, de tal maneira que sacrificar os Direitos de um homem ainda não condenado em definitivo, apenas para melhorar a eficiência do sistema penal, seria uma forma de prevalência do argumento político em detrimento do argumento de princípios (Dworkin, 2010, p. 133-144).

Portanto, decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por políticas. Primeiramente, porque em uma democracia juízes não são eleitos, não são responsáveis perante o eleitorado e, por conseguinte, não possuem nem competência e sequer legitimidade para criar leis.

Em segundo lugar, porque a parte prejudicada por uma decisão fundada em política, será punida, não por violar algum dever que tivesse, mas sim por ter de violar um novo dever, criado pelo juiz após o fato.

E, por fim, preserva-se a independência do julgador, uma vez que não será pressionado pelas demandas de uma maioria política ocasional (Dworkin, p. 2010, p. 132 - 134).

Não é raro que argumentos consequencialistas sirvam de subterfúgio a uma atuação voluntarista, que insiste em autonomizar argumentos puramente consequencialistas em detrimento da ordem jurídica.

Dessa forma, o recrudescimento do ativismo judicial, somado à presença, cada vez mais frequente, de um discurso pragmático nas decisões do STF, ilustra uma tensão perigosa que se tem verificado, em alguns casos, entre aplicar/concretizar a Constituição Federal e defender a busca da eficiência a todo o custo.

Observa-se que, no caso em análise, a argumentação metajurídica, permeou o julgamento na totalidade, servindo de subterfúgio a um tipo de visão refratária ao acesso hermenêutico.

Veja-se a ponderação realizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, entre um Direito constitucional e um objetivo social:

E, portanto, há princípios em jogo aqui, a presunção de inocência é muito importante, mas o interesse da sociedade na persecução penal e num sistema penal minimamente efetivo também é muito importante, porque o sistema penal minimamente eficiente não existe para produzir vingança privada, nem por desfastio de autoridades perversas; ele existe é para proteger os direitos fundamentais de todos. [...] O sistema tem que ser eficiente. Não é possível nós nos acomodarmos com esse patamar muito ruim de justiça de uma maneira geral (Brasil, 2019, p. 113-114).

Ressaltou-se, anteriormente, o perigo de decisões geradas por argumentos de política, e, mais adiante, podemos observar nos seguintes trechos, ainda do voto do Ministro Barroso, verdadeira ode ao discurso populista nos Tribunais:



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

[...] O segundo ponto que eu gostaria de enfrentar respeitosamente, com o apreço que tenho pela advocacia, onde militei por mais de trinta anos, é que, ao contrário do sugerido, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau diminuiu o índice de encarceramento no Brasil. [...] o percentual de prisões provisórias, depois da mudança de jurisprudência do Supremo, caiu 10%. [...] Quando se vai verificar o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, cai para 1,12%. E, quando se vai examinar o percentual de absolvições, é de 0,035%. Em 25 mil recursos extraordinários, houve 9 casos de absolvição [...] Subordinar todo o sistema de justiça a esses números irrisórios de reforma da decisão, a meu ver, não tem razoabilidade nem racionalidade (Brasil, 2019, p. 100).

Como dito pelo Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto no julgamento das ADCs, o verdadeiro Estado Constitucional consagra a Democracia baseada na Soberania Popular e o Estado de Direito fundado no respeito às leis e à independência do Judiciário:

Disso deriva a legitimidade da Jurisdição Constitucional, e não do pseudo “clamor das ruas” a fomentar perigoso “populismo judicial” baseado em agradar sempre grupos de pressão majoritariamente barulhentos ou setores midiáticos ideologicamente engajados, nem sempre é possível agradar a todos. E não é esse o compromisso constitucional do STF (Brasil, 2019, p. 52).

O julgamento de matérias de extrema relevância para a sociedade, com base em argumentos que afastem ou contradigam o texto legal, resulta em uma insegurança jurídica para todos, inclusive para a população que clama por um entendimento. Como citado pelo Min. Marco Aurélio, é como lançar-se um bumerangue que pode voltar à nossa testa (Brasil, 2019, p. 34).

Ressalte-se que o voto do Ministro Alexandre de Moraes foi um meio-termo entre o voto do Ministro Relator, favorável à execução da pena apenas após o trânsito em julgado, e o entendimento oposto, vencido, da possibilidade de execução provisória da pena.

Segundo o referido Ministro, caberia a interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), de maneira a se admitir o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após decisão condenatória proferida por Tribunal de 2º grau de jurisdição, em razão de nesse caso já ter ocorrido o duplo grau de jurisdição, com o respeito ao princípio da ampla defesa e devido processo legal (Brasil, 2019, p. 64).

Fosse a missão institucional do Supremo Tribunal a guarda da eficiência e não da Constituição, ainda assim seria inapropriado determinar, nos termos apresentados, aquele resultado que melhor se coaduna com os fins elencados.

É que as diferentes estratégias para se perseguir um conjunto de metas coletivas possuem consequências de difícil constatação objetiva. Enquanto o número de metas sociais aumentar, será impossível determinar a distribuição que melhor produz um benefício geral (Dworkin, 2010, p. 144), o que, por sua vez, impossibilita o controle democrático da decisão. Isso para não mencionar a margem de discricionariedade existente na escolha por diferentes consequências elencadas.

A interpretação puramente consequencialista contamina o lugar da decisão. Enquanto conduz a centralização de elementos meta-jurídicos, torna a atividade decisória ambiente fecundo para a disseminação do autoritarismo do sujeito moderno.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

No caso em tela, observa-se que para converter “trânsito em julgado” em “não-trânsito em julgado”, o julgador, sob o pretexto de atingir uma meta social, não aceita ser constrangido pela linguagem pública, no interior da qual o Direito se constrói democraticamente. Em nome da consequência, troca o significado dos significantes, para dizer o Direito solipsicamente. Eis a acrobacia hermenêutica (Abboud, 2021, Parte I, Cap. 1.1).

Ocorre que a intersubjetividade, no âmbito da crítica hermenêutica do Direito, deve ser entendida como aquela que atende a tradição e a autenticidade (Streck, 2017, p. 413). Portanto, observa-se que o verniz consequencialista não passou de atalho para uma atuação autoritária, que em desrespeito às fontes do Direito e ao paradigma da decisão, consagra determinados fins, transformando o ilícito em lícito, a cláusula pétrea em valor moral.

Daí a faceta puramente consequencialista em seu potencial degenerativo, servindo de instrumento para a usurpação da soberania popular e a manutenção de um poder constituinte permanente e ilegítimo. Neste ponto, é imperioso destacar a importante lição de Bernd Rüthers: “*Es posible dar la vuelta a todo un ordenamiento jurídico nada más que mediante interpretación*” (Abboud, 2021, pt. I, cap. 1.3.8).

Cabe ao Poder Judiciário, principalmente ao STF como guardião do texto constitucional, demonstrar à população que a interpretação jurídica não deve ultrapassar os limites legais, nem contrariar o que se encontra legalmente disposto, sob pena de, agindo-se dessa maneira, incorrer em ativismo judicial, mesmo que isso aparentemente seja supostamente contrário à vontade da maioria. O Judiciário tem legitimidade para ignorar completamente os clamores sociais e a vontade das majorias se dessem modo o direito permitir (Abboud, 2022, p. 21) porque as leis foram emanadas por um Poder democraticamente eleito pelo povo, representando sua vontade.

Frise-se, por oportuno, que no julgamento das ADCs n. 43, 44 e 54 não houve o que se caracteriza como ativismo judicial. O STF proferiu entendimento em consonância com o disposto no art. 102 da Constituição Federal¹⁰, sobre o art. 283 do CPP e o inciso LVII, do art. 5º, do Texto

¹⁰ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal

[...]

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

[...]

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

Constitucional, em sede de controle da constitucionalidade, encontrando respaldo no Texto Constitucional e na legislação infraconstitucional. É apenas a concretização da forma normativa constitucional.

3. O STF E AS DIVERGÊNCIAS COM O LEGISLATIVO

Ao longo dos últimos anos, observa-se que os maiores inimigos deste que, na visão schmittiana, é o soberano, são aqueles que defendem a Constituição. Não é por outra razão que desde o ano de 2021, o STF se tornou alvo de inúmeros ataques¹¹, a ponto de que Streck (2021) afirma que vivemos em tempos de *Contempt of Court*.¹²

É que a partir do momento em que a sociedade se dá conta que a atuação do STF está pautada não no Direito, mas em subjetivismo (moral, consequencialismo, lemas retóricos como voz das ruas), qualquer decisão contramajoritária poderá gerar ressentimento (Abboud, 2021, pt. I, cap. 1.3.8.). Por conseguinte, a instância máxima de proteção a Direitos fundamentais estará comprometida, tornando-se refém do movimento que ela própria iniciou. Como bem observou Pires (2021, p. 121) ao dizer que:

Mas há um alto preço a ser pago quando se é condescendente com os avanços de estados de exceção. Quem consente com a usurpação da soberania – sejam quais forem os motivos – legítima a forma que leva ao regime autoritário. A próxima causa a ser perseguida pelo autoritarismo pode não coincidir com o horizonte de expectativas dos apoiadores da primeira hora, mas é tarde, porque estados de exceção não devem lealdade a ninguém. Nem mesmo ao primeiro soberano (quem decidiu as primeiras exceções) e lançou-se pioneiramente contra a democracia, pois adiante, se não consegue apoio suficiente entre seus aliados (soberania compartilhada), o poder muda de mãos (soberania volátil).

Há atualmente diversas reações a essa atuação proativa do Supremo Tribunal Federal, algumas, diga-se de passagem, legítimas, mas outras, acabam por incorrer naquilo que conceituamos por *Constitutional Hardball*.

Por conta disso, foi apresentada na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 50/2023, com o objetivo de que se altere o art. 49 da Constituição Federal para estabelecer competência ao Congresso Nacional para sustar, por maioria qualificada dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, decisão do STF transitada em julgado, que extrapole os limites constitucionais, que então passaria a ter a seguinte redação:

Art. 49. [...] XIX – deliberar, por três quintos dos membros de cada Casa legislativa, em dois turnos, sobre projeto de Decreto Legislativo do Congresso Nacional, apresentado

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (Brasil, 1988).

¹¹ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/02/16/deputado-divulga-video-com-discurso-de-odio-e-ofensas-aos-ministros-do-supremo.ghtml>.

¹² Ataque, desprezo à Corte.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

por 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que proponha sustar decisão do Supremo Tribunal Federal que tenha transitado em julgado, e que extrapole os limites constitucionais. Parágrafo único. O Decreto Legislativo a que se refere o inciso XIX será promulgado pelo presidente do Congresso Nacional e comunicado ao Supremo Tribunal Federal, com vigência imediata. (NR) (Brasil, 2023a).

A justificativa à PEC é a de que o Estado Democrático de Direito se sustenta no princípio da independência e harmonia entre os poderes e, para que este princípio basilar seja assegurado, é fundamental que exista respeito e equilíbrio entre os poderes.

Ainda segundo as razões para a PEC, o Poder Judiciário estaria impondo-se como um Poder Supremo, que não estaria observando e respeitando a legislação aprovada pelo Poder Legislativo e o Poder Executivo, em sua missão de executar as políticas públicas, ficando ao Poder Judiciário a sublime função de julgar e assegurar o seu pleno cumprimento.

Esta crise entre os Poderes Legislativo e o Judiciário foi acirrada após uma série de votações do STF em temas que se encontram com projetos de lei em tramitação, por exemplo: a descriminalização das drogas, a liberação do aborto (para até 12 semanas após a concepção) e o marco temporal, este último, em que já existe o Projeto de Lei n. 2903, de 2023, que já foi remetido para sanção presidencial em setembro de 2023 (Brasil, 2023b).

O STF estaria então agindo em desrespeito às leis elaboradas por aqueles que detém o poder que “emana do povo”.

Entretanto, a atuação atípica do STF de controle da constitucionalidade, principalmente acerca do controle das omissões constitucionais, deveria ser uma oportunidade de aproximação entre os Poderes, tendo em vista que a decisão perdura enquanto existir a omissão.

Não se trata aqui de submissão do STF ao Congresso, mas, da possibilidade de diálogo interinstitucional e maior participação do Legislativo no controle da constitucionalidade, nos moldes da leitura que se faz em relação à posição do Senado, no controle difuso da constitucionalidade, segundo a CF, art. 52, inciso X (Abboud, 2022, p. 100).

Contudo, ao invés de resultar de diálogo entre os dois poderes, tem-se visto cada dia um ambiente mais tenso, diante de decisões polêmicas e controversas, principalmente quando estas vão contra o texto legislativo.

Entende-se, então, conforme o texto da PEC, que, inexistindo uma instância recursal para as decisões emanadas do STF, o que não ocorre em relação aos outros Poderes, ficaria aquele imune a qualquer possibilidade de revisão, como se fosse um “Poder Supremo”.

No Sistema de *Common Law* há institutos semelhantes para a questão de decisões judiciais que atingem a constitucionalidade das leis, como *legislative override* e o *Notwithstanding clause*, este último no Canadá.

No Reino Unido, a Suprema Corte não pode invalidar leis, apenas declarar que uma lei é incompatível com direitos fundamentais, cabendo ao Parlamento a decisão de alterá-la.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

Com o *legislative override*, o Parlamento tem a possibilidade de imunizar a lei em relação a uma decisão de inconstitucionalidade pelo prazo de cinco anos, passível de renovação.

No Canadá, o *Notwithstanding clause* permite ao Legislativo manter a validade de uma lei julgada inconstitucional pelo Judiciário. Apesar disso, esta tem sido pouco utilizada, porque há um diálogo com maior frequência entre os Poderes.

No caso brasileiro, contudo, a Constituição é contundente ao estabelecer sua guarda ao Supremo Tribunal Federal¹³. Intentar de modo diverso seria regressar ao embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre “quem deve ser o guardião da constituição”, e colocar em risco a funcionalidade do sistema jurídico e a grande invenção do direito no século XX, a jurisdição constitucional (Kelsen, 2013, p. 240-298).

Com a proposição da referida PEC surgiram duas correntes divergentes sobre o cabimento desta e sua constitucionalidade. A primeira, que defende que a última palavra cabe ao Poder Judiciário, como intérprete da Constituição, sendo, portanto, inconstitucional a proposição que entenda da forma diversa, e a outra corrente, que aduz não haver violação de cláusula pétrea ou direito fundamental à revisão das decisões do STF, não havendo que se falar em inconstitucionalidade da almejada emenda à Constituição de 1988.

4. CONSIDERAÇÕES

O conceito de democracia sofreu mudanças ao longo da história brasileira, e, nos últimos anos, foi alvo de constantes ataques, o que fez com que o STF tomasse o lugar de protagonista na defesa do Estado Democrático de Direito, diante das medidas incongruentes do Poder Executivo e as omissões do Poder Legislativo.

Entretanto, alguns julgamentos contêm decisões que são contrárias à legislação em vigor, julgando-se com base em padrões metajurídicos.

Isso resulta em insegurança jurídica, porque deixa de lado o texto legislativo aprovado pelo Poder com atribuição para tanto, razão pela qual esses julgamentos podem e devem ser revistos, tal como aconteceu no julgamento das ADCs 43, 44 e 55, em que se mudou o entendimento acerca da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

Contudo, esta inconsistência de algumas decisões do STF teve como consequência um estremecimento da relação daquele com os outros Poderes, principalmente com o Poder Legislativo, que não vê a atuação do STF como uma possibilidade de diálogo entre as instituições e sim como uma afronta ao Poder democraticamente eleito.

Uma das reações do Poder Legislativo foi a proposta de PEC n. 50/2023, que visa a dar ao Poder Legislativo a possibilidade de rever as decisões do Supremo.

Vê-se que, passados 35 anos da promulgação do Texto Constitucional, encontram-se os Poderes ali democraticamente constituídos em conflito, ambos sob o argumento de defesa da

¹³ “Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)” (Brasil, 1988)



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

democracia. Espera-se que, com este enfrentamento, sejam estabelecidos parâmetros de atuação com respaldo constitucional, já as crises são parte do arranjo democrático e delas resultam pontos negativos e positivos para todos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de transformar o STF em ficcional. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 11 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2903, de 2023**. 2023b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157888>. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n. 50/2023**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2391567>. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43**. Pena – execução provisória – impossibilidade – princípio da não culpabilidade. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, ART. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. execução provisória. Possibilidade. [...]. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 964.246**. Constitucional. Recurso extraordinário. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Acórdão penal condenatório. Execução provisória. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida. Jurisprudência reafirmada. [...]. Relator: Min. Teori Zavascki, 10 de novembro de 2016b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 26 out. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

HANS-JOHANN, Glock; JAVIER, Kalhat. Linguistic turn. **Routledge encyclopedia of philosophy**, [S. l. : s. n], 2018. Disponível em: <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/linguistic-turn/v-1#:~:text=The%20term%20the%20linguistic%20turn,which%20aims%20to%20elucidate%20the>. Acesso em: 27 out. 2023.

ISSACHAROFF, Samuel. Fragile Democracies. Harvard **Law Review**, [s. l.], v. 120, p. 6-34, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=935395>. Acesso em: 27 out. 2023.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa**: técnicas de investigação, argumentação e redação. 2. ed. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado e trabalhos de conclusão de curso. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Estados de exceção**: a usurpação da soberaniapopular. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JR. Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, n. 204, out./dez. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509926/001032251.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 nov. 2023.

ROCHA, Leonardo Bolelli da. A teoria do overruling à luz de Robert Alexy: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 110, n. 1, p. 77 - 89, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/340/80>. Acesso em: 27 out. 2023.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Brasil**: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Quando acaba o século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. *E-book*.

SERRANO, Pedro Estevam. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

SERRANO, Pedro Estevam. Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção noséculo XXI. **Revista R. Themis**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 197-223, jan./jun. 2020. Disponível em <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/769>. Acesso em: 10 out. 2023.

STRECK, Lenio. Deus morreu e agora tudo pode? Reflexões sobre a prisão do deputado. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 17 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/streck-deus-morreu-agora-tudo-prisao-deputado>. Acesso em: 30 out. 2023.

STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

OS RUMOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL
Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl, Eduardo Kazumi de Lorena Infante Vieira Kobayashi

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **Forthcoming, Cambridge Handbook of Constitutional Theory**. Cambridge: Harvard Public Law Working Paper, 2021. n. 21-37.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **The John Marshall Law Review**, [s. l.], v. 37, p. 523 - 553, 2003.