

GUERRA DE TITÃS: O ATIVISMO JUDICIAL E O ENFRAQUECIMENTO DA INDEPENDÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS PODERES

TITAN'S WAR: THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE WEAKENING OF THE HARMONIOUS INDEPENDENCE BETWEEN THE POWERS

PARENTE, Ana Paula de Souza (1); JACOB, Alexandre (2); DINIZ, Murilo Pinheiro (3)

(1) Graduanda em Direito. Unipac Aimorés. E-mail: paulasparente@gmail.com

(2) Orientador. Unipac Aimorés. E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com

(3) Coorientador. Unipac Aimorés. E-mail: murilostrauss@gmail.com

RESUMO

Este artigo versa sobre o ativismo judicial no Brasil e seus efeitos nos poderes constitucionalmente estabelecidos, especialmente nas esferas judiciária e legislativa. Analisa, através das súmulas vinculantes em contraponto ao equilíbrio do Poder Legislativo, quais problemas podem ser gerados em decorrência da ultrapassagem da barreira jurídica/política pelos órgãos do Poder Judiciário. A pesquisa aponta e comenta o conteúdo material das súmulas vinculantes. Faz um levantamento de dados em que se verifica qual quantidade e sobre o que versam. Analisa o modo e tempo de elaboração das súmulas tendo em vista a finalidade a que se propõem. Discorre sobre as competências típicas e atípicas dos poderes judiciário e legislativo. Demonstra quais são os objetivos constitucionalmente previstos dos supracitados poderes. Finaliza com uma abordagem quanto a insegurança jurídica gerada como reflexo do conflito jurídico/político. Conclui, assim, com críticas ao duelo travado entre dois dos titãs da tripartição dos poderes de nossa República Federativa.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Súmulas Vinculantes. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This article treats of the judicial activism in Brazil and their effects on the powers constitutionally established, especially on the judicial e legislative sphere. Analyses, through the binding precedents in counterpoint to the balance of the Legislative Branch, which problems can come as a result of the exceeding of the judicial/political barrier by the organs of the Judiciary. The research points and comments the material content of the binding precedents. Analyses the way they are made and how long it takes to elaborate them bearing in mind the objective they proposed to achieve. Comments on the typical and atypical competencies of the judiciary and legislative branches. Demonstrates which are the constitutionally envisaged objectives of the branches mentioned above. Finalizes with an approach regard legal uncertainty caused as a reflex of the judicial/political conflict. Concludes, them, with critics towards the duel between two of the titans of the tripartite division of powers of our Federative Republic.

Keywords: Judicial Activism. Binding Precedents. Judiciary Branch.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal vigente dispõe em seu artigo 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Tratam-se de três titãs que figuram como pilares de sustentação da sociedade democrática da forma que conhecemos.

O legislador constituinte originário criou um sistema de freios e contrapesos em que há um controle recíproco entre os três poderes. Foram delimitadas e subdivididas funções a cada um deles para que agissem dentro de sua esfera de atuação de acordo com suas especificidades, dominando sua área e, excepcionalmente, atuando em funções próprias de outra esfera do poder.

A pesquisa busca elucidar e apontar quais problemas são oriundos das ações do Poder Judiciário quando da prática do ativismo judicial. Busca tratar do enfraquecimento que o ativismo judicial pode acarretar a supracitada independência harmônica entre os poderes, que é de suma importância para o regime democrático e goza de proteção da Carta Magna, destacando-se a tripartição como cláusula pétrea.

Desta feita, objetiva apontar e comentar o conteúdo das súmulas vinculantes, fazer a demonstração de dados sobre a quantidade de súmulas existentes atualmente no país, datando o tempo de criação pelo Tribunal (clareando as especificidades que deveriam serem observadas). Explicar-se-á as competências típicas e atípicas dos Poderes Judiciário e Legislativo e seus objetivos, além de abordar a insegurança jurídica como reflexo do conflito jurídico/político.

Cabe aduzir que o tema ora versado é de suma relevância para a sociedade como um todo e deve ser especialmente observado na atualidade, em que se vê os poderes judiciário e legislativo em constante conflito, fator que pode gerar a desestabilização do governo. O rompimento da barreira jurídica/política desagua em insegurança, assim, expõe-se a nação democrática ao risco de uma sobreposição do Executivo, que em cenários mais gravosos geraria um governo arbitrário e/ou ditatorial.

Surge então a questão central a nortear este trabalho: como o ativismo pode gerar problemas em vista da ultrapassagem da barreira jurídica/política? Assim, uma vez detectados os vícios decorrentes do ativismo, supõe-se necessária a utilização

sábria da autocontenção judicial e adequação do Poder Judiciário a sua esfera constitucionalmente delimitada.

Ante a necessidade de elucidar quais problemas são oriundos do ativismo judicial, desenvolveu-se este trabalho tomando por base o instituto das Súmulas Vinculantes elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal, agindo em sua função atípica de legislar. As súmulas são alvo de análise e comentários, observando-se critérios como tempo em que foram elaboradas, matéria sobre as quais versam e se tratam realmente de temas oriundos de decisões reiteradas.

A escolha metodológica feita é fixada especialmente em material bibliográfico de caráter exploratório, com foco na análise das Súmulas Vinculantes (SV) do país, instituídas pelo Supremo Tribunal Federal. Utilizada amostragem constituída em 50% das súmulas atualmente em vigência, foi formado um parecer quanto a criação das SV.

Utilizou, ainda, considerações doutrinárias, legais, artigos e dados obtidos em sítios virtuais para a construção de parecer final. A pesquisa tem como fonte primária a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, que durante o percurso fora analisada e utilizada, todavia, cumpre acrescentar que o presente projeto não objetiva um estudo aprofundado da CRFB/88 e sim demonstrar a separação de poderes nela contida.

Como fontes secundárias utiliza-se de material bibliográfico abarcado por doutrinadores que tratam da questão específica ora versada, qual seja, o ativismo judicial, bem como constitucionalistas como Elival da Silva Ramos (2015), André Ramos Tavares (2017) e Isabella Saldanha Sousa e Magno Federici Gomes (2015), dentre outros.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A tripartição dos poderes é um tema extremamente antigo, com início datado da Grécia Antiga, nascida de mentes de grandes filósofos como Platão e Sócrates, chegando a era moderna através de Locke e Montesquieu. Reverberou no espaço/tempo da história, alcançou os dias atuais e firmou-se como um dos pilares

do Constitucionalismo Moderno. No Brasil, a Constituição vigente dispõe, em seu artigo 2º, que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A origem fundamental da tripartição pode ser atribuída a Platão, mais especificamente no livro “A República” (2006), em que está demonstrada a busca por uma forma de governo harmonioso para uma cidade. Nesta obra o autor destaca os riscos da concentração do governo uma só personalidade, pois o homem é corruptível, especialmente quando dotado de poder. Todavia, coube a Aristóteles o título de teórico inaugural da separação dos poderes, isso se dá por ter sido ele o primeiro a dividir de forma específica os poderes, definindo-os em Poder Deliberativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Anos após, já no século XVII, o filósofo John Locke ganha evidência com seus pensamentos liberalistas clássicos, bem como, com ele surge a separação de poderes como teoria política. Locke voltou suas crenças para a defesa de direitos negativos por um Estado mínimo, que deixaria de interferir de forma ampla, passando a manifestar apenas para assegurar o exercício de direitos individuais, com o consentimento dos governados (PEIXINHO, 2008, p. 24).

No espectro histórico datado dos tempos de Locke, tinha-se uma Inglaterra vinda da Revolução Gloriosa, que estabeleceu a *Bill of Rights*, manifestação de direitos que limitavam o poder real e estava em discussão a formação da monarquia constitucional ou parlamentarista. Esta, por sua vez, definiu a divisão entre os poderes estatais, delimitando a atuação parlamentar.

Para Locke, o homem foi levado, através do contrato social, a abandonar o estado de natureza e de insegurança jurídica em que vivia a fim de estabelecer uma sociedade civil, política, em que acordassem com a criação de um poder estatal que consolidasse e preservasse os direitos que já possuía, por origem, no estado de natureza. Assim, lê-se em Segundo Tratado Sobre o Governo Civil:

Assim, o ponto de partida e a verdadeira constituição de qualquer sociedade política não é nada mais que o consentimento de um número qualquer de homens livres, cuja maioria é capaz de se unir e se incorporar em uma tal sociedade. Esta é a única origem possível de todos os governos legais do mundo (LOCKE, 2014, p. 61).

Discorrem os mestres em direito constitucional e processual Isabela Saldanha de Sousa e Magno Federici Gomes acerca da teoria da separação dos poderes em John Locke:

Diante da necessidade de regulamentar a propriedade e as relações entre os indivíduos contratantes, criou-se o Poder Legislativo. Surgiram, também, os poderes Executivo e Federativo que, juntamente com aquele, viabilizaram ao Estado Liberal o cumprimento do desiderato do bem comum através da defesa da liberdade individual, do direito à propriedade e divisão dos poderes estatais (SOUSA; GOMES, 2015, p. 21).

Ocorre que, nesta visão, o Poder Legislativo tinha a função de supremacia, estava acima dos demais poderes. "Ao legislativo foi atribuída 'a função de fixar as diretrizes de como a força da sociedade política deveria ser empregada para preservá-la e aos seus membros' [...], e assim ele passou a ser considerado o poder supremo" (LOCKE, 1998, p. 514 *apud* SOUSA; GOMES, 2015, p. 23).

Noutro vértice, cabia ao Poder Legislativo (o parlamento) a função de fiscalizar o Executivo, de modo que, ser-lhe-ia retirado o poder de execução das leis caso fosse verificada má gestão de bem público. Assim, cabia ao rei a prerrogativa de convocação do parlamento, observando sempre o interesse comum e do próprio parlamento, no mais, poderia o Executivo apropriar-se de funções que seriam do Legislativo quando julgasse que os legisladores eram incapazes. O controle do Executivo foi atribuído ao povo, que possuía o encargo de fiscalizar e limitar o exercício de seu governante.

Cumprе ressaltar que a teoria lockeana não estabelece expressamente o judiciário como um poder independente, todavia, doutrinadores afirmam que tal poder estaria diluído tanto no âmbito do Poder Executivo Arcaico, quanto no Poder Legislativo. Ainda no entendimento de Souza e Gomes têm-se que:

A teoria lockeana da separação de poderes pode ser considerada bipartite já que expressa uma distinção orgânico-pessoal entre os poderes legislativo e executivo, [...] pois as leis não poderiam ser feitas por quem, simultaneamente, tivesse o poder de aplicá-las [...]. Além disso, ela apresenta um viés normativo que expressa a supremacia da função legislativa no Estado de Direito (SOUSA; GOMES, 2015, p. 25).

Outrossim, possível se observar que a proposta de Locke é a de separação e subordinação entre os poderes, diferentemente do equilíbrio atualmente aplicado.

Posteriormente, fora apresentada ao mundo a tripartição de funções estatais apresentada por Charles-Louis de Secondat, conhecido como Montesquieu, que se

filiava à teoria da constituição mista, fundamentando-se no sistema de freios e contrapesos e a neutralidade do sistema judiciário.

Sob a influência da teoria de separação de poderes lockeana, que exigia o *rule of Law*, e outras vertentes que se formaram após esta, como a de Bolingbroke, que misturam a este contexto a teoria da constituição mista, formou-se o método de Montesquieu na obra *O Espírito das Leis*, publicado em 1748.

Foi com este grande nome que se firmou a tripartição funcional dos poderes estatais como hoje conhecemos, a despeito de os poderes legislativo, executivo e judicial já serem conhecidos antes de terem sido abordados por Secondat, foi sua obra que firmou tal conceito e tornou-o definitivo para o constitucionalismo liberal.

Outrossim, em consonância com as preocupações proferidas pelos gregos antigos, atentava-se para a desconcentração do poder político, a fim de evitar o abuso do poder em caso de sua concentração nas mãos de uma só personalidade, salientando os riscos de desordem social e despotismo no poder político.

A teoria montesquiana se refere de maneira mais incisiva aos poderes legislativo e executivo, entretanto, não deixa de enquadrar o judiciário como órgão de suma importância, denotando a ele o encargo de garantir a execução das leis. De tal maneira, a função judicial garantia que os direitos individuais não fossem violados, sendo que resguardava a aplicação das leis para tanto.

Assim, a atuação do judiciário limitava-se, nas palavras do próprio Montesquieu (2015, p. 27), a ser “a boca que pronuncia as palavras da lei em razão da necessidade ética de ser justo, imparcial”. Como se vê, não cabia aos magistrados a criação da lei de nenhuma forma, e sim a reprodução da lei produzida pelo Legislativo. Não lhe era conferida autonomia decisória neste aspecto.

O sistema de freios e contrapesos tinha por finalidade firmar uma forma de controle recíproca entre os poderes, sendo que eles detinham a capacidade de ordenamento individual ao mesmo tempo em que poderiam corrigir, de modo a tornar a nula, a decisão tomada por outrem. Cumpre ressaltar, que o Poder Judiciário tinha papel nulo neste sistema, vez que não podia refrear os demais poderes.

Chega-se, então, ao marco histórico relativo aos documentos federalistas e as transformações que foram impetradas no perfil do Poder Judiciário a partir da *judicial*

review. Neste contexto, denomina-se que os documentos federalistas são formados por oitenta e cinco textos escritos pelos autores Hamilton, Jay e Madison, que participaram da Convenção da Filadélfia (ARRUDA; PILETTI, 2007).

Ao notar que o sistema de constituição mista havia sido deturpado na Inglaterra, o que gerou a incapacidade de manutenção do equilíbrio entre os poderes, os federalistas americanos decidiram optar por um sistema representativo de governo combinado com o princípio funcional da separação de poderes.

Ante ao temor da tirania do poder legislativo, passou-se a impedi-lo de exercer o controle de constitucionalidade, assim, tal atribuição foi designada ao Poder Judiciário, através da *judicial review*, a partir de então criou-se a independência de tal poder. Deste ponto em diante o Poder Judiciário não é mais considerado um órgão nulo ou neutro, ganhando força como órgão interventivo.

Noutras palavras, estabeleceu-se um governo fundamentado na teoria da separação de poderes montesquiana, mas em que os poderes pudessem intervir parcialmente uns nas esferas de competências dos outros, de modo que não eram anteriormente. Assim, no ano de 1803, com o julgamento do caso *Malbury vs Madison*, consagrou-se ao Poder Judiciário o *judicial review*.

Entrementes, a *judicial review* é o ato de exercer o controle de constitucionalidade concreto a fim de revisar atos legislativos do Congresso que ofendessem a Constituição. Cumpre frisar que tal prática apenas de técnica de legislação negativa, que só deveria ser posta em uso quando fosse flagrante a ofensa à constitucionalidade, deveria ser evidente a violação à Constituição. Anos depois, mais especificamente 1893, tal necessidade recebeu concretização no caso *Thayer* (SOUSA; GOMES, 2015).

No decurso do século XX, a distinção entre política e direito foi se tornando mais estreita, de forma que se formou uma supremacia do interesse judicial, sendo do judiciário a palavra final quando da interpretação dos conceitos constitucionais. Assim, o *judicial review* passou então a ser o modelo hegemônico de controle de constitucionalidade no constitucionalismo contemporâneo.

2.2 COMPETÊNCIA DOS PODERES JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Como fora supramencionado, o legislador constituinte originário delimitou funções a cada poder, para que agissem dentro de sua esfera de atuação de acordo com suas especificidades, de modo que cada um deles dominasse sua área de atuação. A tripartição dos poderes está expressa na Constituição da República, em que se lê: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Vista sua enorme importância na forma de governo adotada pelo Estado, figura entre as cláusulas pétreas dispostas no artigo 60, §4º, inciso III, da CRFB/88, que estabelece que a Constituição poderá ser emendada, contudo, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes (BRASIL, 1988).

O texto constitucional visa garantir a harmonia entre os poderes, de modo que descreve as funções típicas que cada um deverá exercer e, em respeito ao sistema de freios e contrapesos, demonstra a influência que cada um deverá exercer sobre o outro.

A pesquisa se focará nos Poderes Judiciário e Legislativo, para fins de especificidade e harmonia temática da proposta deste artigo. Desse modo, passa-se a especificar quais são as funções típicas e atípicas dos poderes supracitados.

É função típica do Poder Judiciário a de julgar e interpretar as leis mediante os casos concretos, noutro ponto, dentre as funções atípicas encontra-se a realização de atos legislativos, por exemplo, na elaboração de seus regimentos internos. No mais, atua atipicamente quando administra suas funções internas, como por exemplo no momento em que concede férias a seus empregados ou contratados.

Quanto ao Poder Legislativo, possui como função típica a de legislar, ou seja, o de criação, aprovação ou rejeição das leis, sendo também responsável pela fiscalização contábil do Estado. Quanto às funções atípicas, têm-se a de executar os recursos humanos de suas assembleias e cargos, função tipicamente executiva, ou mesmo a de julgar, quando do cometimento de determinados atos criminosos, a título de exemplificação, casos que envolvam crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República, que são julgados pelo Senado Federal.

Neste ponto, calha destacar que, embora o Poder Judiciário possua como função atípica a capacidade de legislar, esta estaria, em tese, limitada aos regimentos internos de alcance limitado somente a sua esfera. Todavia, ao Poder Judiciário é dada a obrigação de proteção dos direitos fundamentais e constitucionais, podendo influir em decisões e atos dos demais poderes com o propósito de protegê-los. Assim, a lição dos juristas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, da CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte (MENDES; BRANCO, 2016, p. 140).

Da mesma forma, além de elaborar as leis, o Poder Legislativo também exerce a função de fiscalização do Poder Executivo. De forma que, assim, seja sustentada a ideia de equilíbrio entre os poderes, vez que cada um deles exerce a função de sua destinação e exerce, ao mesmo tempo, a função de supervisão da atuação do outro.

Cumprir destacar que ao agir em sua função atípica o Poder, seja ele Judiciário ou Legislativo, não ofende a tripartição. Dessa forma ensina Pedro Lenza (2016, p. 634): “mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário”.

2.3 SÚMULAS VINCULANTES

Corte ativa e de mais alto patamar do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem imensa quantidade de processos aguardando julgamento. Ocorre que, diversos destes processos versavam sobre temas repetidos, o que causava o exame reiterado de matérias e a acumulação e sobrecarga da pauta do STF.

O Procurador da República Marcelo Alves Dias de Souza (2012), ao falar sobre a origem das súmulas, demonstra a importância do jurista Victor Nunes Leal que, preocupado com o fluxo cumulativo que tomava o Tribunal, propôs um sistema que modificaria tal situação, qual seja, a Súmula da Jurisprudência Predominante do

Supremo Tribunal Federal. O mecanismo proposto racionalizava as decisões tomadas, de modo que em tais súmulas estaria contido o entendimento do tribunal sobre as questões controvertidas na jurisprudência, mediante a apresentação de simples enunciados.

Dessa forma seriam simplificados os julgamentos feitos pelo STF, bem como a divulgação do conteúdo que trazia o entendimento majoritário da Corte era divulgado com maior facilidade. Tal mecanismo fora constituído por Emenda ao Regimento do Supremo Tribunal Federal, que teve sua publicação em 30 de agosto de 1963 e entrou em vigor no ano de 1964, com a divulgação de 370 enunciados.

Durante muitos anos o Brasil aplicou as Súmulas, também conhecidas como súmulas persuasivas, dado o caráter optativo que possuíam, sendo que os juízes poderiam escolher a sua adoção. No artigo científico "Súmula Vinculante" (2008) a professora Monnalise Gimenes Cesca Iamarino descreve que elas: "possuíam apenas força orientadora para as instâncias inferiores, de acordo com a postura adotada pelo STF".

Ocorre que no ano de 2004, na Reforma do Poder Judiciário, surgiu uma nova categoria de súmulas no sistema brasileiro, qual seja, a das Súmulas Vinculantes (Emenda Constitucional nº. 45/2004), que foi disciplinada pela Lei nº. 11.417/2006.

Durante tal período, a sociedade ostentava dúvidas quanto à eficácia judicial, sendo evidenciada aquele tempo a morosidade do Poder Judiciário, e então, em tentativa de conquistar a credibilidade que lhe esvaia, restou-se a tentativa de uma forma de julgamento que fosse capaz de demonstrar a efetividade do devido processo e da aplicação legal.

Destarte, como o nome sugestiona, a Súmula Vinculante possui caráter obrigatório no que tange a sua aplicação por outros tribunais e juízes. No ensinamento de André Ramos Tavares:

Trata-se de instituto novo, pelo qual as decisões reiteradas do STF, proferidas sobre matéria constitucional, podem ser transformadas e reduzidas a enunciado genérico, permitindo que os assuntos já decididos em concreto passem a contar com o efeito *erga omnes* e vinculante. Temporalmente, a súmula assume, via de regra, efeitos *ex-nunc* (TAVARES, 2017, p. 72).

Em vista do teor obrigatório que possui, decisões judiciais tomadas que violem, descumpram ou ofendam conteúdo de Súmula Vinculante podem ser

reclamadas no próprio STF, com fulcro no artigo 102 da Constituição da República, cabendo reforma ou formulação de nova decisão para que respeite a matéria da SV.

A Súmula Vinculante tem previsão legal disposta no artigo 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil, em que se lê:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (BRASIL, 1988).

Notadamente, portanto, as SV só podem ser criadas pelo Supremo Tribunal Federal e tem imperatividade sob todos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas esferas. Por fixar matéria que tem força de lei, as súmulas vinculantes são fruto da atuação atípica do Poder Judiciário, vez que tais funções seriam cabíveis ao Poder Legislativo.

Cumprido ressaltar que, atualmente, existem 56 (cinquenta e seis) Súmulas Vinculantes em vigor no Brasil, que discorrem sobre diversos assuntos e matérias, disponibilizadas no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (2018).

2.4 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Como fora previamente exposto, o Poder Judiciário tem por função típica a interpretação e obediência às leis, bem como a resolução de conflitos através dela, devendo exercer suas funções nos ditames legais e normativos. Cabe ao Judiciário a proteção aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, de modo que ofensas e ameaças a direitos, especialmente aqueles constitucionalmente previstos, serão protegidos por este poder.

No entanto, num ato de ultrapassagem das fronteiras impostas pelo ordenamento, designando funções específicas para cada Poder, o Judiciário performa protagonismo e invade a esfera cabível a função legislativa democraticamente instituída. Para Elival da Silva Ramos:

O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar. Resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2015, p. 165).

O ativismo judicial e a judicialização da política são termos extremamente próximos, que muitas vezes até mesmo se confundem. Luis Roberto Barroso, enfrentando o tema, afirma: “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas” (BARROSO, 2009, p. 21).

Para Sousa e Gomes (2015, p. 39) a judicialização da política poderia ser explicada genericamente como a ampliação da atuação do Poder Judiciário, noticiando que poderia ocorrer em duas vertentes. A primeira destaca “a infusão de decisórios jurídicos típicos de tribunais nas arenas políticas onde estes processos e procedimentos não se faziam presentes” (TATE; VALLINDER, 1995 *apud* SOUSA; GOMES, 2015, p. 39). A segunda destaca a “ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*”. (TATE; VALLINDER, 1995, *apud* SOUSA; GOMES, 2015, p. 39).

É justificada através da alegação de omissões por parte dos Poderes Legislativo e Executivo na realização de suas funções típicas, o que, em teoria, criaria a necessidade do Poder Judiciário intervir na seara política, e também ao movimento de iniciativa do judiciário chamado *policy-making*.

Quanto ao ativismo judicial, é possível notar maior discricionariedade, de modo que o judiciário opta por interpretações proativas da Constituição da forma que melhor lhe assentem. Aos críticos da prática é uma exorbitância de competência na conduta, enquanto os defensores a justificam por se originar de omissões do Legislativo ou de conflitos entre a sociedade civil e os legisladores. Na lição de Barroso, o ativismo manifesta-se

Por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 22).

Notadamente, com o pretexto de fazer com que o Poder Judiciário, mediante atuação mais ampla e intensiva, realize a concretização dos fins constitucionais, ocorre a interferência nas esferas de atuação dos outros dois Poderes. Observa-se ofensa a ideia de que caberá ao legislador a exclusividade na criação do direito, fato gravoso, vez que essa exclusividade é dada por serem os legisladores, distribuídos nos diversos âmbitos estatais, os representantes da população.

3 PESQUISA E ANÁLISE DE DADOS

Analisados os debates realizados para a aprovação das Súmulas Vinculantes, conforme textos redigidos pelo Supremo Tribunal Federal, foram encontrados os dados que serão abaixo expostos.

A escolha das súmulas vinculantes de nº 1 a nº 28 foi feita em razão de serem essas as precursoras dessa ferramenta no país. Busca-se observar quais falhas e desvios podem ter ocorrido na fase de implementação e criação das primeiras súmulas vigentes.

Os dados analisados foram redigidos em tabela que especifica qual SV estará sendo versada e posteriormente os problemas verificados por esta autora, com base no texto constitucional.

Tabela 1. Análise das Súmulas Vinculantes

SÚMULAS VINCULANTES	PROBLEMAS VERIFICADOS	REITERADAS DECISÕES
Nº 1 - Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.	A despeito de quantidade válida de processos anteriores a aprovação da súmula vinculante, o número deles não foi tão expressivo.	Não
Nº 2 - É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.	Não foi criada para sanar controvérsias entre órgãos judiciários ou administração pública, e sim para expandir entendimento do próprio STF quanto normas de determinado	Sim

<p>Nº 3 - Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.</p>	<p>teor (todos frutos de controle concentrado de constitucionalidade).</p>	<p>Sim</p>
<p>Nº 4 - Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.</p>	<p>-</p>	<p>Sim (Destaque para esta súmula vinculante que realmente atingiu diversos processos)</p>
<p>Nº 5 - A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.</p>	<p>Não houve demonstração de decisões reiteradas sobre a matéria para sua aprovação, o que ofende texto constitucional expresso.</p>	<p>Não</p>
<p>Nº 6 - Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.</p>	<p>Apesar de haver precedentes, não foram verificadas controvérsias quanto ao tema.</p>	<p>Sim</p>
<p>Nº 7 - A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.</p>	<p>Tornou vinculante súmula já existente no ordenamento jurídico. Gera o engessamento do judiciário.</p>	<p>Sim</p>
<p>Nº 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.</p>	<p>Revogou texto legal, constante no Decreto Lei nº 1569/77 e Lei 8212/91. Neste caso vê-se a invasão do Poder Judiciário sobre os demais.</p>	<p>Não</p>
<p>Nº 9 - O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.</p>	<p>-</p>	<p>Sim</p>
<p>Nº 10 - Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.</p>	<p>Delimita a abrangência do texto legal, o que pode ser perigoso e afrontar o equilíbrio entre os poderes.</p>	<p>Sim</p>
<p>Nº 11 - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.</p>	<p>Não foi respeitado o requisito legal que impõe a existência de reiteradas decisões, baseando-se fundamentalmente no Habeas Corpus nº 91.952. Ademais, a matéria versada na súmula ultrapassa os limites do HC, que tratava unicamente do uso de algemas em plenário de júri, tema que foi abordado pelo</p>	<p>Não</p>

<p>Nº 12 - A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.</p>	<p>art. 474, § 3º, do CPP, acrescido pela Lei 11689/2008. Além disso, não foi possível perceber insegurança jurídica sobre o tema. Não foi observado o critério legal quanto a aprovação "após reiteradas decisões". Destaco que nesta sessão o Ministro Eros Grau chamou atenção para tal fator, sendo que os demais ministros refutaram seus argumentos.</p>	Não
<p>Nº 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.</p>	<p>O texto da súmula extrapola o limite dos precedentes. Neste caso, portanto, não houve mera interpretação e sim uma regulamentação.</p>	Sim
<p>Nº 14 - É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.</p>	-	Sim
<p>Nº 15 - O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo.</p>	<p>Não haviam dúvidas a serem sanadas, tampouco tratava-se de questão controversa. Destaca-se que, quando em plenário, ministros discordaram quanto à necessidade da vinculação do texto, sendo que os contrários (dois deles) foram voto vencido. No mais, o próprio Ministro relator afirmou que a questão de mérito há muito estaria pacificada na Corte.</p>	Não
<p>Nº 16 - Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.</p>	-	Sim
<p>Nº 17 - Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.</p>	-	Sim
<p>Nº 18 - A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal.</p>	-	Sim, pois limita-se a interpretação normativa.
<p>Nº 19 - A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou</p>	-	Sim

resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.	-	
Nº 20 - A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.	A súmula vinculante nº 20 não foi criada para solucionar controvérsias entre os órgãos do judiciário ou da administração pública para sanar controvérsias entre órgãos judiciários ou administração pública.	Não
Nº 21 - É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.	-	Sim
Nº 22 - A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.	-	Sim
Nº 23 - A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada.	A proposta de súmula aprovada vai além da abrangência dos precedentes. A questão foi levantada pelo Ministro Marco Aurélio quando na elaboração do verbete. Os demais ministros entenderam cabível a aplicação no sentido mais abrangente.	Não
Nº 24 - Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.	-	Sim
Nº 25 - É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.	Modifica texto constitucional, uma vez que considera que o Pacto de San Jose revogaria norma constitucional anterior.	Sim
Nº 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.	-	Sim
Nº 27 - Compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente nem opoente.	-	Sim
Nº 28 - É inconstitucional a exigência de	Tem como precedente	Não

depósito prévio como requisito de unicamente uma ADI.
admissibilidade de ação judicial na qual se
pretenda discutir a exigibilidade de crédito
tributário.

Fonte: Elaborado pela autora (2018).

Observa-se que 19 (dezenove) Súmulas Vinculantes basearam-se em reiteradas decisões, sendo assim um percentual de 32,14% das SV analisadas foram aprovadas sem que fosse observado um dos principais requisitos constitucionais para sua elaboração.

Possível notar, ainda, que 15 (quinze) súmulas, totalizando 53,57%, possuem falhas na sua elaboração, seja por apresentar contrariedade a texto constitucional ou por não respeitar a abrangência dos precedentes que a caracterizam, pelo método aplicado ou pela inobservância dos requisitos fundamentais para sua criação.

4 CONCLUSÃO

Através das súmulas vinculantes, instrumento de grande poder jurídico e social, o Poder Judiciário tem cruzado a linha de suas competências, não pela SV em si, mas pelo exacerbado uso delas. A situação que se apresenta no cenário descortinado remete a um país em que a legislação passa a ser moldada por Ministros que não foram democraticamente eleitos.

Verifica-se, portanto, que apesar de conhecer as normas que regulamentam a aplicação das súmulas, o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, parece entender que é mais fácil simplesmente ignorá-las quando conveniente, maximizando a sua atuação, estendendo-a além das possibilidades previstas na Constituição da República.

Entretanto, a despeito dos riscos apresentados pelo ativismo judicial, não parece adequada a aplicação livre da teoria de autocontenção judicial, que preza por uma aplicação contida do Judiciário, restringindo a ação deste e suas interferências nos demais Poderes, pois o antagonismo radical não é saudável. Não é sábio decotar e minimizar a atuação dos julgadores a ponto de deixá-los passivos, vez que são necessários como instrumento de efetivação de direitos constitucionalmente assegurados.

Noutro vértice, além da autocontenção, cabe trazer à baila outra solução, qual seja, utilizar o exercício da competência típica do Poder Legislativo (legislar) em contraponto aos atos excessivos do Poder Judiciário. Desse modo, em caso de persistência do ativismo judicial de maneira exorbitante, seria possível freá-lo com a criação de leis, fazendo sobrepor a competência típica do Legislativo sobre a atípica do Judiciário, bem como preponderando a vontade de um Poder com crivo popular direto ante um que não passa pela apreciação/eleição popular direta.

Desta feita, cumpre asseverar, conclusivamente, que é necessária aplicação harmônica entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial. É preciso banir os excessos na criação das Súmulas Vinculantes (tema do presente artigo) e das leis como um todo, a fim de evitar uma hipertrofia do órgão judicante, que gera o perigo ao equilíbrio dos Poderes.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, José; PILETTI, Nelson. **Toda a história: história geral e história do Brasil**. São Paulo: Ática, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madri, n. 13, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2AgFMM0>>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

IAMARINO, Monnalise Gimenes Cesca. Súmula vinculante. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 8, n. 14, p. 37-52, jan./jun., 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2P69j2T>>. Acesso em: 30 set. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o direito civil**. São Paulo: Edipro, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**.

Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez, 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2QYKwep>>. Acesso em: 30 set. 2018.

PLATÃO. **A república**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

SOUSA, Isabella Saldanha; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. A origem das súmulas. **Tribuna do Norte**, 19 ago. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2RY7VOD>>. Acesso em: 30 set. 2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Aplicação das súmulas no STF**. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2CRO4vY>>. Acesso em: 30 set. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.