

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II**

**CLEIDE CALGARO**

**MÁRCIA RODRIGUES BERTOLDI**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Cleide Calgario; Márcia Rodrigues Bertoldi; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-583-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



# XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II foi realizado durante o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido de 13 a 16 de julho de 2018 na Universidade Federal da Bahia, em Salvador/BA, reunindo pós-graduandos e professores de diversas instituições do Brasil, os quais apresentaram e submeteram à análise de seus pares trabalhos com temáticas voltadas ao Direito Público, com ênfase em Constituição, Democracia e Direitos humanos.

Especificamente, os trabalhos apresentados abordaram federalismo e direito à saúde; demandas sócio-políticas por reconhecimento dos direitos dos LGBTI; amparo constitucional do idoso; o instituto do referendo em perspectiva comparada; controle de constitucionalidade dos atos normativos frente à lei orgânica municipal; proteção ambiental; o novo constitucionalismo latino-americano; isenções tributárias; liberdade de informação jornalística; democracia e direitos humanos; o papel do STF e da democracia; ativismo judicial e democracia participativa, para citar alguns.

Todas as discussões travadas voltaram-se a uma profunda reflexão sobre o atual estágio de desenvolvimento do estado democrático de direito no Brasil, propondo sugestões para a garantia mais efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Em sendo assim, entendemos como importante a leitura dos trabalhos apresentados e agora disponibilizados em formato digital, na medida em que se constitui em mais uma ferramenta para compreender e avançar no nosso atual estágio democrático.

Profa. Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi – UFPEL

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Profa. Dra. Cleide Calgaro – UCS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE VOLTADA A UMA  
PERSPECTIVA RECURSAL POR MEIO DE CASOS EMBLEMÁTICOS**  
**THE SUPREME FEDERAL COURT: ANALYSIS BACK TO A RESOURCES  
PERSPECTIVE BY EMBLEMATIC CASES**

**Luiza Machado Farhat Benedito <sup>1</sup>**  
**Tamer Fakhoury Filho**

**Resumo**

A Constituição da República de 1988 reestruturou o Estado brasileiro, formatando o Judiciário em sua atuação institucional, expandindo suas atividades, evidenciando os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. A Suprema Corte, do ponto de vista de sua dinâmica recursal, constitui especial universo de análise. Casos emblemáticos evidenciam mazelas de ordem material e processual inerentes aos seus julgados, apontando-se a necessidade de se pensar e repensar os modelos estabelecidos pela nova ordem jurídica. Valendo-se de pesquisa qualitativa como metodologia, analisaram-se julgados de modo crítico-reflexivo, apontando conteúdos e resultados imprescindíveis à pesquisa e reflexão jurídicas contemporâneas.

**Palavras-chave:** Judicialização, Ativismo judicial, Supremo tribunal federal, Via recursal, Casos emblemáticos

**Abstract/Resumen/Résumé**

The Constitution of the Republic of 1988 restructured the Brazilian state, formatting the judiciary in its institutional performance, expanding its activities, highlighting the phenomena of judicialization and judicial activism. The Supreme Court, from the point of view of its dynamic recourse, constitutes a special universe of analysis. Emblematic cases show the material and procedural ills inherent in their judgments, pointing to the need to think and rethink the models established by the new legal order. By means of qualitative research as a methodology, they were judged critically-reflective, pointing out the contents and results indispensable to contemporary legal research and reflection.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legalization, Judicial activism, Federal court of justice, Appeal line, Emblematic cases

---

<sup>1</sup> Mestra em Direito pela Universidade FUMEC. Pesquisadora no projeto de pesquisa Design Instrucional e Inovação das Metodologias de Ensino Jurídico (FAPEMIG). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9301354857281204>>. Assistente Judiciária do TJMG.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88, promulgada após mais de 20 anos de um regime ditatorial e sem eleições livres para presidência da república, buscou uma indispensável e forçosa reconfiguração da esfera pública e privada nacional. Contemporaneamente, amparado por certa e evidente relativização do princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário passou a desempenhar papel de maior destaque no tocante às decisões de questões de larga repercussão política e social.

No entanto, certas matérias hodiernamente levadas ao Judiciário poderiam e deveriam ser tratadas de modo mais efetivo e eficaz no âmbito do Congresso Nacional e do Poder Executivo, numa proposição voltada a políticas públicas satisfativas e eficazes, o que não ocorre.

Quando provocado a “interpretar” a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão soberano do Poder Judiciário, legitimado para tanto pelo constituinte, tem instituído conceitos e comandos que impactam sobremaneira na vida pessoal e política dos cidadãos brasileiros, assim como na do Estado brasileiro. Desse modo, observa-se uma posição claramente ativa por parte do Judiciário, exigindo-se uma análise desse contexto, a fim de se questionar os limites de atuação desse Poder na esfera de direitos das pessoas, fenômeno denominado ativismo judicial, bastante associado ao fenômeno da judicialização.

O ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. Já a judicialização reflete o movimento da sociedade junto ao Judiciário, na forma de demandas, para que este as resolva, uma vez que não atendidas por práticas políticas eficazes. Imprescindível analisar o ativismo judicial, em especial, o inerente ao Supremo Tribunal Federal, de modo a verificar se este ocorre em razão de uma imposição ou escolha por parte do Judiciário, ou, se decorre do próprio modelo constitucional brasileiro; ou ambas.

Determinadas posições ativistas por parte do Judiciário (STF) podem ser representadas por meio de casos emblemáticos, dos quais se podem extrair análises crítico-reflexivas relevantes à uma compreensão desse cenário, principalmente no tocante à esfera recursal.

Isto porque os “filtros” (recursais – súmula vinculante e repercussão geral) instituídos com o fim de limitar as demandas a serem apreciadas pela mencionada Corte constitucional induzem a reflexões de ordem democrática. Fato é que esse cenário leva a duas percepções: a de que existem matérias que extrapolam e não deveriam realmente ser apreciadas pelo Supremo; e, também, a de que existem manobras capazes de “burlar” os referidos filtros, de modo a levar assuntos à Corte, ensejando numa violação de cunho democrático, ofendendo o princípio da igualdade (mesmas oportunidades) no universo processual, desconfigurando o real papel do órgão em comento.

Essa análise do Supremo Tribunal Federal recursal terá como enfoque dois exemplos emblemáticos, traduzidos pelos seguintes julgados: RE 477.554 e HC 103.412/SP, sendo um abordado numa análise mais subjetiva e de direito material, e outro numa abordagem mais processualista e objetiva, respectivamente.

No primeiro o órgão soberano apreciou o reconhecimento da união estável como entidade familiar legítima, decidindo questões de ordem previdenciária, inclusive. Entretanto, no bojo do julgado em questão verifica-se como fundamento de decisão o direito à busca da felicidade. Trata-se de um direito, efetivamente, o que será demonstrado. Todavia, este se encontra no âmbito mais das políticas públicas sociais, do que necessariamente no universo do Judiciário, que insiste em invadir a vida do cidadão de modo agora a apontar quem é (pode ou tem direito) ou não, a ser feliz.

Já o segundo exemplo (HC 103.412/SP) expõe de modo objetivo a lacuna permissiva processual, evidenciando as possibilidades de se ingressar com demandas junto ao Supremo, sem essencialmente respeitar os mencionados filtros, mas servindo-se de estratégias. Essa prática ofende princípios de ordem constitucional e revela um sistema falho, a ser repensado.

É preciso, pois, estudar e averiguar como é a engrenagem e qual é a realidade do Poder Judiciário atual, até porque diversas querelas, muitas vezes urgentes, abrangentes e que englobam um anseio coletivo e social de maior impacto e relevância, nem sequer chegam à apreciação do STF. Questiona-se: há efetiva prestação jurisdicional num “dito” Estado democrático de Direito<sup>1</sup>, como o estabelecido no Brasil?

---

<sup>1</sup> O Estado Democrático de Direito, nas palavras de José Afonso da Silva: [...] “se funda no princípio da soberania popular, que “impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 25.

O que se almeja com esta pesquisa é demonstrar, por meio da análise dos dois casos (emblemáticos) expostos, numa perspectiva recursal inerente ao Supremo Tribunal Federal (Corte constitucional), as práticas que traduzem diversas lacunas e violações de ordem jurisdicional, realidade a ser (re)pensada.

## **2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**

Preliminarmente, antes de se debruçar sobre o Supremo Tribunal Federal, numa perspectiva recursal, por meio de uma análise de casos emblemáticos tradutores de situações dissonantes com um Estado Democrático de Direito, imperioso, abordar os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, umbilicalmente ligados ao tema exposto.

O Poder Judiciário teve uma vertiginosa ascensão institucional, deixando de ser um departamento essencialmente técnico, para também desempenhar um papel político; esse fato pode ser ilustrado e deu ensejo ao fenômeno da judicialização. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

[...] judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BARROSO, 2012, p. 24).

O referido ministro do Supremo Tribunal Federal aponta três principais causas desse “fenômeno”: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente, assim como o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade; estes três elementos apontam reflexões indispensáveis.

No que se refere ao processo de redemocratização do país, ao devolver a magistratura suas garantias e reavivar na sociedade o espírito da cidadania, fortaleceu-se o Judiciário, aumentando, por consequência, a demanda por “justiça”. O Judiciário deixou de ser um poder técnico para se transformar, também, em um poder político, com força para fazer valer a Constituição. A sociedade, com mais consciência e maior nível de informação, passou a buscar com maior frequência proteção aos seus direitos.

No entanto, em regra e de início, a efetivação de direitos não deveria se dar no plano do Judiciário, mas sim, no campo das políticas públicas efetivas, voltadas a projetos viabilizadores desses direitos, mitigando-se a necessidade de litígios em juízo.

Já a constitucionalização abrangente trouxe para o bojo da Constituição matérias que até então eram de decisão exclusiva da política majoritária. O receio de um retorno ao regime ditatorial fez com que o Constituinte procurasse inserir o máximo de garantias na Constituição, tornando-a prolixa, de modo a prever matérias passíveis de figurarem no plano infraconstitucional<sup>2</sup>.

A Constituição brasileira é “desconfiada” do legislador. Afirma Barroso que constitucionalizar determinada matéria significa transformar Política em Direito. A partir do momento em que valores, objetos de prestação estatal, sejam transformados em norma constitucional, passam a se converter numa pretensão jurídica, passível de ação judicial.

Como última causa, encontra-se o controle de constitucionalidade brasileiro. Um misto do sistema americano e europeu, o brasileiro congrega o controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode – no caso concreto – deixar de aplicar uma lei, após apreciar devidamente a questão, por considerá-la inconstitucional. Já o concentrado, ocorre por meio do Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.

Frise-se o fato de que o controle difuso é o que permite ao cidadão comum ver sua matéria apreciada pela corte suprema, o que muitas vezes não ocorre, em razão de “filtros” (necessários, mas nem sempre “justos”), estabelecidos muito por conta da sistemática adotada pelo Brasil.

Conclui-se, desse modo, que a judicialização brasileira decorre do seu modelo constitucional e, em alguma medida, pode ser considerada inevitável, mas não inadapável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. Portanto, existem pretensões que o Judiciário não pode se negar a apreciar.

Entretanto, não pode o Judiciário apreciar “todas” as demandas advindas de políticas públicas mal ou não efetivadas pelo Executivo, ou pela omissão do Legislativo frente a matérias fundamentais e não enfrentadas pelo parlamento.

Pode-se afirmar que a judicialização não é uma escolha do Judiciário brasileiro, mas deriva de um modelo institucional vigente, ou seja, a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas do constituinte (BARROSO, 2012).

---

<sup>2</sup> A organização do texto constitucional é reveladora de algumas prioridades da Carta de 88. Se as constituições brasileiras anteriores iniciavam pela estrutura do Estado e só depois passavam aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 88 faz o contrário: consagra inicialmente os direitos e garantias fundamentais – só se voltando, depois disso, à disciplina da organização estatal. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 172).

No entanto, apesar de decorrer do modelo constitucional, o que se verifica é uma judicialização forçosa, cuja essência remete a incapacidade ou ineficiência de uma atuação harmônica e efetiva dos demais poderes, desequilibrando essa relação entre funções típicas e atípicas destes.

O Judiciário, com a relativização do princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, com o aumento de suas responsabilidades, passa a interferir nos demais Poderes. Quando o Judiciário invalida atos do Executivo e do Legislativo, ou atua na ausência de manifestação expressa do legislador ou administrador quando estes deveriam tê-lo feito, depara-se inevitavelmente com o problema da justificação política ou da legitimação democrática de seu ato. É neste ambiente que emergem as principais críticas ao fenômeno da judicialização.

A grande discussão travada é se o Poder Judiciário possui legitimidade constitucional para determinar um agir político do Estado. Ou seja, a legitimidade democrática da função judicial.

Enquanto a judicialização, no contexto brasileiro, é uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. O ativismo pressupõe opções, escolhas dos magistrados quando da interpretação das regras constitucionais; já a judicialização representa a adoção de determinado paradigma constitucional, em vez da ação de vontade política individual, além de advir de uma forçosa carência social.

Normalmente, o ativismo judicial se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. No conceito de Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta 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, 2012, p. 25-26).

Verifica-se também o oposto do ativismo, que seria a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. De acordo com Barroso:

[...] por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas” (BARROSO, 2012, p. 26).

Até o advento da Constituição de 1988, nos termos acima, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está no fato de que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. O Ministro Celso de Mello discorreu o seguinte acerca do ativismo judicial desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal:

Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (MELLO, 2002.)

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento. Mas há objeções ao ativismo judicial, e também à judicialização no Brasil: os riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

Os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial são realidade, cujos desdobramentos repercutem na ordem política e social.

Torna-se evidente a necessidade de estabelecer limites a essa atuação por parte do Judiciário, em respeito a conquista democrática, aos demais órgãos do Estado, às funções inerentes a cada instituição e, principalmente, ao cidadão, jurisdicionado ou não.

Essa atuação extremamente ativa por parte do Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal (principalmente vislumbradas na esfera recursal), evidenciada pelos fenômenos da judicialização e do ativismo, apresenta nuances nas quais casos emblemáticos expõem a extrapolação de limites de ordem subjetiva material e objetiva processual, a serem expostos.

### **3 VIA RECURSAL – CASO EMBLEMÁTICO 1 - O DIREITO À (BUSCA DA) FELICIDADE E A POSTURA ATIVA DO STF**

O fenômeno da judicialização e do ativismo judicial repercute na esfera política e social brasileira. O Poder Judiciário se destaca, e sua postura protuberante deriva de aspectos inerentes à vontade do constituinte, assim como de uma atitude que reflete um modo peculiar e proativo de interpretar e aplicar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. A sociedade clama por ver suas demandas atendidas, e se socorre do Judiciário.

A Carta de 1988 traz em seu bojo dispositivos de amplo espectro, não se limitando a estruturar o Estado e traçar as diretrizes mínimas de sua atuação. Ao contrário, o texto constitucional brasileiro vigente trata de diversas questões, nos mais variados campos do direito; permitindo um ativismo judicial que se agiganta.

Essa característica marcante torna possível que as instituições democráticas (em especial as do Poder Judiciário), ao atuarem, alcancem umbilicalmente a sociedade como um todo, fazendo com que suas demandas, das mais variadas naturezas, sejam objeto de apreciação, debate e decisão; frise-se: nem sempre no palco adequado.

Ao interpretar a Constituição de 1988, o Poder Judiciário, em específico o Supremo Tribunal Federal, “legitimado” pelo constituinte e provocado pelo jurisdicionado, tem agido de modo a trazer conceitos, considerações e comandos que impactam (nem sempre na devida proporção) na vida de todos em sociedade, assim como na baila política.

A questão que circunda esse contexto diz respeito aos limites de atuação do Poder Judiciário na esfera de direitos das pessoas. Quais seriam as fronteiras e demarcações estabelecidas (ou não), dessa ação institucional denominada ativismo judicial, em conjunto com o movimento da judicialização?

A Suprema Corte vem se afastando de sua responsabilidade como corte constitucional, pois recebe demandas que poderiam ser apreciadas devidamente por outros órgãos do Judiciário. A maior parte das lides endereçadas ao Supremo se dá pela via recursal, muito em razão do texto constitucional abarcar matérias variadas, que poderiam figurar no plano infraconstitucional.

Em regra, é pela via recursal que o jurisdicionado leva ao STF querelas relacionadas aos mais variados campos do Direito. Para que tenha apreciada sua demanda, exige-se o cumprimento de requisitos, em especial, o da repercussão geral. Conhecidos como “filtros”, os mencionados requisitos pretendem demarcar as ocorrências relevantes não só do ponto de vista das partes, mas de toda sociedade.

Ao realizar um diagnóstico de ordem subjetiva, voltada ao conteúdo dos julgados, verifica-se por meio de casos emblemáticos a atuação muitas vezes extremada e contraditória da Corte Maior, reflexo dessa politização do Judiciário, do excesso de demandas caracterizado pela judicialização, assim como em razão da grande gama de institutos abstratos, permissivos de (re)interpretação, presentes no texto constitucional, como dito, prolixo.

Um caso emblemático que se deu pela via recursal junto ao STF simboliza os contornos, excessos e incoerências inerentes à atuação da Corte<sup>3</sup>.

Trata-se de um caso emblemático, cuja apreciação por parte do STF se deu pela via recursal. Na ocasião, o direito à busca da felicidade foi fundamento de decisão, sendo este o

---

<sup>3</sup> Em processo que tramitou perante a Vara de Fazenda Estadual da Comarca de Juiz de Fora/MG (autos nº 014502012887-5), o autor da ação buscava obter benefício previdenciário consistente em pensão por morte de segurado, que seria seu companheiro. O pedido foi julgado procedente pelo juiz de 1º grau. Reconheceu-se a existência de união estável homoafetiva entre o autor e o esposo e pai das rés, que figuravam no polo passivo em conjunto com o Instituto de Previdência dos Servidores de Minas Gerais – IPSEMG. Interposto Recurso de Apelação junto à 2ª Câmara Cível do TJMG (1.0145.02.012887-5/001), reformou-se a sentença, negando-se ao apelado o direito de receber benefício em razão de união estável com o *de cuius*, sob o fundamento de que a CR/88 reconhece apenas a união heterossexual como entidade familiar, além de atrelar a concessão do benefício previdenciário à lei específica, e no caso do Estado de Minas Gerais, a legislação não trazia esse amparo. Posteriormente, o pleiteante preparou Recurso Extraordinário para o STF, que admitido (1.0145.02.012887-5/002) e provido (RE 477.554), manteve a sentença, reconhecendo a existência de união estável homoafetiva e, conseqüentemente, entendendo ser devido o benefício previdenciário ao autor. Ao recurso de Agravo Regimental (AG. REG. NO RE 477.554) negou-se provimento por unanimidade. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 477554 AgR/MG. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164, Divulg 25-08-2011, Public 26-08-2011. (Ementa vol-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220- PP-00572). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000178392&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 de jan.2017.

maior emblema. Posto isto, alguns apontamentos de ordem crítico-reflexiva devem ser expostos.

De início, questiona-se: tendo em vista se tratar de tema complexo e extremamente abstrato do ponto de vista semântico, principalmente, pode o STF abordar a questão da felicidade como Direito?

Neste ponto, acredita-se que acertou a Corte ao reconhecer esse direito que, por sua vez, foi objeto de análise e apreciação, inclusive, de pesquisas acadêmicas, de ordem comprovadamente científica, sendo abordado em dissertação de mestrado produzida por Tamer Fakhoury Filho no ano de 2017, e em tese de doutorado defendida por Saul Tourinho Leal, em 2013; ambos os autores defenderam o direito à (busca da) felicidade no plano do ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, a situação acima descrita exige uma análise crítico-reflexiva da atuação institucional do Judiciário, pois se trata de um caso emblemático, cujos contornos extrapolam a simples descrição do julgado.

O direito à (busca da) felicidade constitui objeto desse cenário, qual seja: o inerente à judicialização e ao ativismo judicial.

O conteúdo do acórdão RE 477.554 AgR / MG traz em sua redação:

Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

O STF fez uso do direito comparado e de precedentes da corte para sustentar que o direito à busca da felicidade encontra-se no bojo da Carta da República e estende-se a todos, sem exceção. De acordo com o Luís Roberto Barroso:

Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* e o *ser* da realidade social (BARROSO, 2013, p. 243).

Dito isto, novamente questiona-se: como efetivar o referido direito? Seria sempre pela via do Judiciário? O ativismo e a judicialização seriam a solução para essa questão?

Ao que parece, a realização no plano concreto do referido direito melhor seria por meio de políticas públicas, planejamento estratégico, estruturação de objetivos e

implementação de planos de ação executáveis, a fim de viabilizar a vida do cidadão, com impacto social, afastando o demandante (não mais) da esfera jurídica, uma vez que satisfeito minimamente em suas necessidades humanas mais dignas, frise-se, garantidas constitucionalmente.

Retomando-se o julgado, agora na parte referente ao voto do Ilustre Ministro Celso de Mello, verifica-se, nos moldes a seguir:

Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

O julgado em questão ocorreu em agosto de 2011. Equivoca-se o respeitabilíssimo e Ilustríssimo Ministro, uma vez que, tomado por essa postura ativa inerente ao ativismo judicial e à judicialização, desconhece que em 2010, no âmbito do Congresso Nacional, o tema inerente à busca da felicidade foi objeto de apreciação.

Isto porque, o senador Cristovam Buarque agenciou o debate a fim de ventilar a viabilidade de se incluir formalmente na Constituição da República o direito fundamental à (busca da) felicidade, o que ocorreu por meio de audiência pública junto à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, no ano de 2010.

Desse cenário nasceu a Proposta de Emenda Constitucional nº 19, apreciada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, emissora de parecer favorável com ressalvas, de acordo com a Emenda nº1-CCJ (SENADO FEDERAL, 2010).

Posteriormente, tendo em vista ter sido arquivada ao final da 54ª legislatura, nos termos do art. 332 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e do Ato da Mesa nº 2 de 2014, a questão não foi mais suscitada.

Não está em debate a necessidade da referida PEC e sua viabilidade, uma vez que, conforme demonstrou-se, esse direito encontra-se positivado no texto constitucional, mesmo que de forma implícita.

Importa o fato de que o texto presente no voto apontado no julgado em comento traduz a inexistência ou falha na troca de informações entre o que ocorre no universo do Judiciário e do Legislativo.

Por todo exposto, constata-se pelo emblemático julgado, originado pela via recursal, em razão do controle de constitucionalidade difuso, o exacerbado ativismo, potencializado pela judicialização, levando o Judiciário a equívocos e incoerências que poderiam e deveriam

ser evitadas e superadas, exigindo-se uma reflexão quanto a esse cenário e os modelos a ele intrínsecos.

Essa situação também ocorre, pela via recursal, de modo a apontar equívocos, estratégias e manobras processuais ofensivas e violadoras da verdadeira democracia, deturpando institutos de extrema importância, como o *habeas corpus*.

#### **4 VIA RECURSAL – CASO EMBLEMÁTICO 2 – ESTRATAGEMAS AO FILTRO RECURSAL**

É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro é marcado por inúmeros casos emblemáticos, muitos, fruto do fenômeno do ativismo judicial e da judicialização, como já explicitado acima.

Assim, após estudar o caso emblemático com foco nas questões trabalhadas do Direito à (busca da) Felicidade, apontar-se-á, numa abordagem mais objetiva e processual, outro caso emblemático, que reflete a (in)existência da Segurança Jurídica do Poder Judiciário frente à fragilidade do filtro e acesso ao STF, que não o faz da forma/via adequada, conforme previsão normativa e constitucional, e por vezes acaba decidindo questões da qual não deveria ter apreciado e/ou que não teria competência legal.

Primeiramente, antes de uma análise direta e de ponderações ao *Habeas Corpus* (HC 103.412/SP)<sup>4</sup> impetrado no STF, um dos objetos desta pesquisa, mister tecer considerações técnicas quanto ao remédio constitucional em apreço, quanto ao próprio STF e aos comandos constitucionais atrelados ao estudo (caso).

O *Habeas Corpus* é uma espécie de “remédio judicial” que tem por finalidade evitar (caráter preventivo) ou fazer cessar (caráter liberatório ou repressivo) a violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade e/ou abuso de poder. Pode ser impetrado

---

<sup>4</sup> Em apertada síntese, trata-se de Habeas Corpus (HC 103.412/SP) impetrado no STF para absolvição do paciente pelo crime de formação de quadrilha. Em primeira Instância os acusados foram condenados ao delito de dupla extorsão mediante sequestro e absolvidos da acusação de formação de quadrilha. No julgamento da apelação do Ministério Público, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reviu a sentença e, além de majorar a pena para os crimes de extorsão, também condenou os três acusados por crime de formação de quadrilha. O condenado Sandro Tadeu impetrou HC perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), entretanto a r. Corte concedeu parcialmente a ordem, apenas para que se computasse na pena a atenuante de confissão, o que levou a redução de aproximados três anos da pena total (25 anos para 22 anos). Insatisfeito o paciente impetrou HC para o STF almejando a revisão da pena e a declaração da absolvição da condenação pelo crime de formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal Brasileiro), pugnando-se, pois, pela concessão da ordem. Em junho de 2012 o STF proferiu os votos e a decisão final, concedendo a ordem de habeas corpus, com extensão aos corréus, nos termos do voto da Relatora, absolvendo, assim, os acusados, do crime de formação de quadrilha.

por qualquer pessoa (como cidadão, à exceção do Juiz de Direito, face à inércia da jurisdição. Até mesmo a pessoa jurídica em favor de pessoa física, pode impetrá-lo).

A liberdade de locomoção é direito assegurado pela Constituição (art.5º, XV, CR/88)<sup>5</sup>, portanto, para se impetrar o *Habeas Corpus* é necessário observar as exigências tanto do CPP quanto as previsões de admissibilidade no texto da Lei Maior.

Também no artigo 5º da CR/88, em seu inciso LXVIII, há previsão expressa para a concessão do remédio: “*conceder-se-á **habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder***” (BRASIL, 1988).

Nos termos do art. 647 do Código de Processo Penal, “*dar-se-á **habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar***” (BRASIL, 1941).

Verifica-se, pois, nitidamente, que embora os artigos que disciplinam o HC no CPP, encontrem-se no Título II: *Dos Recursos em Geral*, trata-se de ação penal que objetiva impedir mora injustificada no curso do processo e evitar que haja indevida restrição do estado de liberdade do seu paciente.

Renomados juristas da e na esfera penal tem o consenso de que o HC é, na verdade, uma modalidade de ação penal popular com assento constitucional, voltada à tutela da liberdade (ir e vir), sempre que ocorrer qualquer dos casos elencados no artigo 648 do Código de Processo Penal (CPP)<sup>6</sup>. Sobre a natureza jurídica do remédio legal em apreço, Fernando Capez e Rodrigo Colnago elucidam:

Nas hipóteses previstas nos incisos II, III, IV e V, assume a função de verdadeira **ação penal cautelar**. Nos incisos VI e VII, funciona como **ação rescisória (constitutiva negativa)**, se a sentença já tiver transitado em julgado, ou como **ação declaratória**, se o processo estiver em andamento. No inciso I, **poderemos ter ação cautelar, declaratória ou constitutiva, dependendo do caso** (CAPEZ; COLNAGO, 2009, p.269, *grifo nosso*).

---

<sup>5</sup> Artigo 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: XV - **é livre a locomoção** no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; (BRASIL, 1988, *grifo nosso*).

<sup>6</sup> Prevê o art. 648 do CPP: “a coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade” (BRASIL, 1941).

No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima acrescenta:

De acordo com a Constituição Federal (art. 5º, LXVIII), conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Por estar em jogo a liberdade de locomoção, qualquer pessoa pode impetrar uma ordem de habeas corpus, não sendo exigida capacidade postulatória. **O remédio constitucional do habeas corpus qualifica-se como típica ação penal popular**, o que legitima o seu ajuizamento por qualquer pessoa, qualquer que seja a instância judiciária competente. A propósito, o art. 654, caput, do CPP, estabelece que o habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. Vê-se, portanto, que a legitimidade ativa para o ajuizamento de habeas corpus reveste-se de caráter universal, o que toma prescindível, até mesmo, a outorga de mandato judicial que autorize o impetrante a agir em favor de quem estaria sujeito, alegadamente, a situação de injusto constrangimento em sua liberdade de locomoção física (DE LIMA, 2015, p. 958).

Assim sendo, tem-se que qualquer análise fática meritória é vedada por essa estreita via. A título ilustrativo, vale trazer à baila definições da doutrina:

A expressão *habeas corpus* significa exiba o corpo, apresente a pessoa que está sofrendo ilegalidade na sua liberdade de locomoção. **Tratando-se, como se trata, de verdadeira ação**, está ela sujeita às mesmas condições a que se subordinam as ações penais pública e privada: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade “ad causam”. Haverá possibilidade jurídica do pedido sempre que houver violência ou coação ilegal ao exercício do direito de locomoção. Quanto à legitimidade, toda pessoa pode impetrá-lo, pouco importando se maior ou menor, nacional ou estrangeira. Até o Ministério Público, como se verá a seguir. Finalmente, o interesse de agir. Se a coação já desapareceu (art. 659 do CPP) **ou se a via eleita do habeas corpus não for adequada**, tal como impetrar-se o writ para a liberação de bagagem retida no aeroporto, **obviamente faltará interesse processual. Nesse sentido a Súmula 94 das Metas de Processo Penal da USP: “Faltará interesse de agir, por inadequação do pedido, se a pretensão não for dirigida à garantia da liberdade de locomoção”** (TOURINHO FILHO, 2009, p. 752, *grifo nosso*).

Mesmo entendimento possui o renomado jurista Guilherme de Souza Nucci:

**Habeas corpus e exame de mérito: incompatibilidade. A ação de impugnação (habeas corpus) não se destina a analisar o mérito de uma condenação** ou a empreender um exame mais acurado e minucioso das provas constantes nos autos. É medida urgente, para fazer cessar uma coação ou abuso à liberdade de ir, vir e ficar. (...)

Prova ilícita, **condenação e análise por habeas corpus: é via inadequada**, pois há necessidade de uma ampla visão de conjunto, possível apenas quando há instrução e produção de várias provas (NUCCI, 2008, P. 1027, *grifo nosso*).

Quanto à competência para impetração e recebimento do HC, esta pode ser: do juiz de Direito, primeira instância (para trancar inquérito policial); Tribunal de Justiça, (quando a autoridade coatora for representante do MP estadual ou juiz de Direito); Tribunal Regional

Federal (autoridade coatora for juiz federal - art.108, I,*d*, CR/88-); STJ (art. 105, I, *a e c*, de acordo com a redação das EC n. 22/99 e 23/99); STF: quando o coator for Tribunal Superior ou o coator ou paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância (art. 102, I, *i*, CR/88, vice EC n.22/99 e súmula 691 do STF). (CAPEZ; COLNAGO, 2009, p.273).

Salienta-se que na hipótese de decisão dos Tribunais Superiores que julgar em única instância o *habeas corpus*, desde que denegatória, caberá recurso ordinário constitucional ao STF (art.102, II, *a*, CR/88).

Ainda a título de demonstração da significativa consensualidade jurídica quanto à aplicabilidade e natureza do *habeas corpus*, cumpre colacionar entendimentos reiterados dos Tribunais, inclusive Superiores, conforme se segue:

Ementa: Agravo regimental. Habeas corpus. Inquérito. Investigação de suposta venda de decisões judiciais. liberação de precatórios oriundos de Ação de Desapropriação por utilidade pública (Ação 627/98). 1. O afastamento do cargo **não pode ser questionado na via do habeas corpus por não afetar nem acarretar restrição ou privação da liberdade de locomoção**. Precedentes (HC 84.326-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie). 2. **O habeas corpus não é via adequada para interpretação e valoração de provas**. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 107423 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 06-03-2015 PUBLIC 09-03-2015, *grifo nosso*) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DIREITO DO PACIENTE, ADVOGADO, SUSTENTAR A PRÓPRIA DEFESA NA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. **1. O habeas corpus não é o instrumento adequado para o reclame de direitos que não têm correlação com a privação à liberdade de locomoção**. Precedentes. 2. Habeas corpus não conhecido. (HC 122.382, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, *grifo nosso*) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

E M E N T A: ‘HABEAS CORPUS’ “C JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO “C POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA “C COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DELEGOU, VALIDAMENTE, EM SEDE REGIMENTAL (RISTF, ART. 192, “CAPUT”, NA REDAÇÃO DADA PELA ER N° 30/2009) “C INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE “C PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DESSA DELEGAÇÃO REGIMENTAL “C PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE NULIDADE DE PROVA EMPRESTADA “C CONTROVÉRSIA QUE, NO CASO, IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS “C INVIABILIDADE DESSA ANÁLISE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS

CORPUS” “C RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - **A ação de ‘habeas corpus’ constitui remédio processual inadequado quando ajuizada com objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. Precedentes.** (HC 101.450, Rel. Min. Celso de Mello, *grifo nosso*) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EXCEÇÃO DA VERDADE. INSTRUMENTO REJEITADO POR INTEMPESTIVIDADE. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RITO DA LEI N. 8.038/1990. EXCEÇÃO APRESENTADA NA DATA DO INTERROGATÓRIO. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRÉVIA. ART. 8º DA LEI N. 8.038/1990. PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO DA DEFESA NOS AUTOS. 3. INSTITUTO COM NATUREZA DE AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL. PREVISÃO DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 523 DO CPP. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRÉVIA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE DE APRESENTAR REFERIDA DEFESA PROCESSUAL ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXCEÇÃO DA VERDADE TEMPESTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 4. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL NO JULGAMENTO DE EXCEÇÃO DA VERDADE. PLEITO SEM PREVISÃO NA LEI OU NO REGIMENTO INTERNO DO TJMG OU DO STF. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, APENAS PARA RECONHECER A TEMPESTIVIDADE DA EXCEÇÃO DA VERDADE. 1. **A Primeira Turma do STF e as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.** (HC 202.548/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015, *grifo nosso*) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Observa-se, pois, que o *habeas corpus* é ação, e não recurso!

O caso emblemático em análise (HC 103.412/SP), com breve síntese à nota explicativa n.8, remete a um julgado bastante debatido e conhecido em virtude do voto proferido pelo ilustre Ministro Dias Tófolli (Presidente), que acompanhou o voto profundo da r. Relatora, que fundamentou o seu próprio voto com base em crenças religiosas e astrologia:

[...] penalizar a cogitação, ou a imaginação ou pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. **Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. (...) É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjunção favorável aos pacientes.** (STF - HC: 103412 SP, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 19/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 22-08-2012 PUBLIC 23-08-2012, *grifo nosso*).

O ápice deste caso emblemático não é o voto em si do ministro Dias Tóffoli, que pode ser considerado, inclusive, uma crítica ao sistema, diante da fundamentação, *data vênia*, sem nenhum embasamento jurídico.

Contudo, o grande problema e emblemática do caso é o fato do HC ter sido utilizado com viés recursal, em flagrante e evidente manobra para se burlar os filtros que os recursos encaminhados ao STF exigem.

Ora, a ausência de filtro do STF, o uso (e aceite) de via inadequada para acesso e apreciação de demandas junto ao STF, inclusive sem qualquer juízo e requisitos de admissibilidade (como se exige diante de Recurso Extraordinário), bem como a revisão de fatos e provas para cassar a condenação pelo crime de quadrilha, julgando o mérito da questão e absolvendo os pacientes, evidencia, flagrantemente, a fragilidade de filtro e acesso ao STF, contribuindo para a crescente insegurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário.

O uso, recebimento, apreciação e concessão da ordem de *habeas corpus* no caso em tela tem pretensão recursal, desrespeita o devido processo legal e os requisitos de admissibilidade.

Ademais, expõe o Órgão Supremo do Poder Judiciário brasileiro à críticas e questionamentos quanto à efetividade e de como é feito o controle de constitucionalidade, bem como, e também gravíssimo, questiona-se a segurança jurídica da atuação e decisões do STF e de todo o sistema do Poder Judiciário, ferindo princípios constitucionais como o da isonomia.

É preciso questionar e evidenciar os abusos, contradições e até “imparcialidades/discriminações” que ocorrem no Poder Judiciário. Destaca-se que milhares de demandas não são apreciadas e sequer logram acesso ao STF (devido ao filtro e utilização da via recursal quando efetivamente aplicada), demandas essas, muitas vezes mais urgentes, abrangentes e que englobam um anseio coletivo e social de maior impacto e relevância.

## **5 CONCLUSÃO**

A República sofre constantes e importantes transformações de ordem política e social. A situação de um Estado democrático de Direito caracteriza-se por esse dinamismo, verdadeiro postulado representado pelo constitucionalismo e seus desdobramentos.

O Poder Judiciário brasileiro, com o advento da Carta da República de 1988, e posteriormente com a emenda constitucional 45, conhecida como “reforma do judiciário”, passou a ter maior destaque em sua atuação institucional.

Movimentos como o da judicialização, umbilicalmente ligado a demandas sociais não satisfeitas por efetivas políticas públicas, permitiu um movimento voltado ao litígio exacerbado, de modo a levar o cidadão a buscar seus direitos no plano judicial.

A carta constitucional, além de estruturar e traçar as diretrizes do Estado brasileiro, traz em seu bojo diversos dispositivos objeto de prestações políticas, o que fomenta a prática do ativismo judicial, permitindo ao Poder Judiciário uma atuação voltada à realização de direitos de natureza constitucional, de amplo espectro, com amplitude de interpretação, nem sempre disponibilizado a todos os cidadãos, desrespeitado o princípio da igualdade, sobretudo no plano jurisdicional.

Os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, assim como o modelo acima exposto, refletindo uma constituição prolixa, separa a Corte Constitucional de sua maior tarefa, qual seja: a de guardião e intérprete do texto maior.

Esse agir do Poder Judiciário se confronta com os demais poderes, colocando-os, involuntariamente numa posição passiva, e eximindo-os de práticas inerentes às suas responsabilidades.

Diante desse cenário, a prestação jurisdicional, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bastante caracterizada pela via recursal, ilustrada por casos emblemáticos, apresenta vícios, equívocos e violações de ordem material e processual, comprometendo a sistemática estrutural política, social e até econômica da nação.

É imperioso pensar e repensar o modelo atual explicitado, de modo a romper com essa situação desarmoniosa e maléfica à nação, resgatando-se o papel verdadeiro das instituições democráticas, para que realmente e efetivamente atuem no campo de suas atribuições, formando estratégica e virtuosamente a dinâmica de um Estado democrático de Direito em construção constante.

## **REFERÊNCIAS**

BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Tamer%20Fakhoury%20Filho/Downloads/7433-26284-1-SM.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus. Processo Penal acusatório- obrigação de o Ministério Público formular denúncia juridicamente apta**. São Paulo. Relator. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5417693/habeas-corpus-hc-84580-sp>>. Acesso em 05 abr. 2018.

BENEDITO, Luiza Machado Farhat Benedito; FAKHOURY FILHO, Tamer. *Acesso à "Justiça" por meio da desjudicialização: ênfase na análise do novo diploma processual civil à luz da Lei 11.441/07*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26, 2017, Brasília/DF, p. 191-206. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/v5z5kqti/hl3X3AN9982Dovl8.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. *Constituição Federal* - texto compilado. Portal da Legislação do Governo Federal, Brasília. DOU de 05.10, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 09 de ago. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 08 de abr. 2018.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. *Prática Forense Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009  
DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FAKHOURY FILHO, Tamer; GABRICH, Frederico de Andrade. *A holocracia como instrumento de felicidade nas organizações (públicas e privadas) no século XXI*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte/MG. Anais... Belo Horizonte/MG: 2015. p. 5-28. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/6eh993o0/F0YcG24WlI6dqswC.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

FAKHOURY FILHO, Tamer. *A Efetividade da Desjudicialização no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Cadernos Jurídicos IMDP nº 9 – 1ºSemestre/2014.

FAKHOURY, T. F. *A Desjudicialização no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Cadernos Jurídicos IMDP nº 10 – 2ºSemestre/2014.

GABRICH, Frederico de Andrade. *O caráter normativo dos princípios*. Meritum, Belo horizonte, v. 2 nº 2, n. Universidade Fumec, p. 373-408, jul/dez 2007.

LEAL, S. T. *Direito à Felicidade: história, teoria, positividade e jurisdição*. São Paulo: Programa de Pos Graduação em Direito da PUC-SP, 2013.

MELLO, M. C. D. *Discurso proferido na posse do Ministro Gilmar Mendes na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. Supremo Tribunal Federal, 2002. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Discursos/Homenagem/2002.pdf>>. Acesso em: 10 de dez. 2017.

MENEZES, B. P. *Ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos*. Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/13716>>. Acesso em: 10 de dez. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. *A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a\\_judicializacao\\_das\\_politicas\\_publicas\\_e\\_o\\_supremo\\_tribunal\\_federal.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_judicializacao_das_politicas_publicas_e_o_supremo_tribunal_federal.pdf)>. Acesso em: 10 de dez. 2017.

SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 19 de 2010*. Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Autor: Senador Cristovam Buarque. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97622](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622)>. Acesso em: 15 de nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2014. 624 p. ISBN 9788577008674.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HC 202.548/MG*, Relator(a): Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 15 de jan. de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 477554 AgR/MG*. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164, Divulg 25-08-2011, Public 26-08-2011. Ementa vol-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220- PP-00572). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000178392&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 de jan. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC: 103412 SP*, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 19/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 22-08-2012 PUBLIC 23-08-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 30 de dez. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 107423 AgR*, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044

DIVULG 06-03-2015 PUBLIC 09-03-2015. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> . Acesso em: 30 de dez. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 122.382 SP*, Relator(a): Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 30/10/2014 - ATA Nº 160/2014. DJE nº 213, divulgado em 29/10/2014. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> . Acesso em: 30 de dez. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 101.450 SP*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO FÍSICO, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 08/10/2014 - ATA Nº 145/2014. DJE nº 196, divulgado em 07/10/2014. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> . Acesso em: 30 de dez. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.