

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa

Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-039-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1- A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR

2 - A DECRETAÇÃO DA PRISÃO DE CONDENADOS APÓS O JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

3 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NO ÂMBITO DOS TRIBUTOS

4 - A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA LEITURA A PARTIR DE BOBBIO

5 - A POLÍTICA DA MEMÓRIA NO BRASIL E O PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

6 - A PROPRIEDADE PRIVADA E SUA FUNÇÃO NA CONSTRUÇÃO DAS GARANTIAS DE LIBERDADE

7- A TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DEMOCRATIZADOR DO DIREITO À EDUCAÇÃO NOS TEMPOS DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

8 - A TUTELA DO DIREITO DE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE HUMANA

9 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: VIDA E MORTE EM CASOS DE TETRAPLEGIA

10 - DIREITO À PRIVACIDADE: GESTÃO PREVENTIVA DA EXPOSIÇÃO VOLUNTÁRIA DO SUJEITO NA ERA DA INFORMAÇÃO

11 - DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA COMO EFETIVAÇÃO DO ART. 1º, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

12 - DIREITOS HUMANOS VERSUS DIREITO PENAL DO INIMIGO: É POSSÍVEL NEGAR A DIGNIDADE HUMANA?

13 - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA COM SEGURANÇA E EFICIÊNCIA – UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS?

14 - INTERFACE ENTRE SEGURANÇA PÚBLICA E SEGURANÇA PRIVADA NO BRASIL: CONCORRÊNCIA OU COMPLEMENTARIEDADE.

15 - LEI Nº 13.010/2014 E A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÕES FAMILIARES

16 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DISCURSO DE ÓDIO: CONTRAPONTO ENTRE A PRIMEIRA EMENDA NORTE-AMERICANA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

17 - MANDADO DE INJUNÇÃO: ALCANCE PRÁTICO DA SUA APLICAÇÃO

18 - NOVOS DIREITOS – O DIREITO DE ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL

19 - O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN E A DIGNIDADE HUMANA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

20 - PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ACESSO À SAÚDE PÚBLICA PARA PESSOAS VULNERÁVEIS

21 - UMA ANÁLISE DOS VOTOS DA ADPF Nº 54 COMO UM REFLEXO DA ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar do grupo de trabalho e da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: O artigo intitulado “Mandado de injunção: alcance prático da sua aplicação” foi indicado pelo Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A POLÍTICA DA MEMÓRIA NO BRASIL E O PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

MEMORY POLICY IN BRAZIL AND JUDICIAL POWER: AN ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Mariana Oliveira de Sá ¹

Resumo

O objetivo do trabalho é verificar como a cultura de esquecimento que impera no Brasil afeta a construção dos provimentos jurisdicionais no Supremo Tribunal Federal. Adotou-se como marco teórico o pensamento de Paul Ricoeur acerca da memória, e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Os resultados demonstram que a prática institucional do Supremo Tribunal Federal, revestida de discricionariedade, não leva em consideração a memória e a história para a construção da decisão, não há o compromisso com a integridade do direito, suas decisões são impregnadas de utilitarismo e positivismo, revestindo de instrumentalidade o devido processo constitucional.

Palavras-chave: Memória, Direitos fundamentais, Poder judiciário, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of the work is to verify how the culture of forgetfulness that prevails in Brazil affects the construction of jurisdictional provisions in the Supreme Federal Court. Paul Ricoeur's thought about memory was adopted as a theoretical framework, and Ronald Dworkin's theory of law as integrity. The results show that the institutional practice of the Supreme Federal Court, with its discretion, does not take into account memory and history for the construction of the decision, there is no commitment to the integrity of the law, its decisions are impregnated with utilitarianism and positivism, covering the constitutional process with instrumentality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Memory, Fundamental rights, Judiciary, Judicial activism

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional. Professora de TGE e Ciência Política na Faculdade Arquidiocesana de Pirapora. Advogada. E-mail: marianaoliveiradesa@yahoo.com

1 INTRODUÇÃO

Em 1964, o movimento militar rompeu a ordem estabelecida pela Constituição de 1946 e estabeleceu a ditadura no país, apoiados por setores conservadores da sociedade civil. Não há um consenso quanto à data em que se deu o golpe de Estado, para alguns ocorreu em 31 de março, outros afirmam que fora em 1º de abril, há quem defenda ainda que a data seria 2 de abril. Certo é, que se trata de um período obscuro da história brasileira que perdurou, até o ano de 1985, findando com a eleição de Tancredo Neves.

O regime militar entoou discurso falacioso de proteção à ordem democrática e à soberania nacional, contudo, em verdade, foi um governo autoritário, marcado por restrição e supressão de direitos fundamentais, tolhimento da liberdade de expressão, censura, perseguição política, prisões arbitrárias, repressão aos opositores do regime, desaparecimentos forçados, torturas, mortes, e inúmeras outras violações de direitos humanos, que contribuíram para o falecimento da democracia.

Com o passar dos anos, com expressivos reclames sociais, iniciou-se um processo lento e gradual de reestabelecimento da democracia, processo esse supervisionado e acompanhado pelos próprios militares que influenciaram diretamente no desenvolvimento dessa transição.

O marco inicial do processo de transição brasileiro é a Lei nº 6.683/1979 – Lei de Anistia, que concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos e conexos, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Muito se questiona a legitimidade desse diploma legal, em virtude do cenário de sua criação, mas o mesmo teve a validade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, o qual entendeu ser a anistia estendida aos agentes da repressão que cometeram arbitrariedades e violações aos direitos humanos durante o regime militar.

É sob esse cenário que se questiona a existência de um processo de justiça de transição no Brasil. A expressão justiça de transição indica o conjunto de mecanismos utilizados, para lidar com violações de direitos humanos ocorridas em períodos de arbitrariedades, de forma a trazer reparação às vítimas e impedir que novas violações ocorram, em busca de fortalecimento da democracia e dos direitos humanos.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 traz em seu bojo a preocupação com a superação do regime autoritário que outrora vigorava. Isso pode ser notado logo no artigo 1º, inciso III, em que se consagra como um dos fundamentos da República a dignidade humana. Ademais, em seu artigo 2º, inciso I, tem como objetivo da República a construção de uma

sociedade livre, justa e solidária, não podendo deixar de mencionar que, em suas relações internacionais, o Brasil guia-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos – assim dispõe o artigo 4º, inciso II.

Todavia, apesar de todo o arcabouço teórico da Constituição da República de 1988, o Brasil ainda não conseguiu enfrentar o passado obscuro do período da ditadura militar. Isso se deve principalmente ao fato de que, logo após o rompimento do regime autoritário, adotou-se uma política de esquecimento, principalmente, ao negar a possibilidade de responsabilização dos agentes da ditadura, fazendo com que os fatos ocorridos durante o período fossem esquecidos e negados.

Esse cenário de esquecimento obstou, ainda, a reforma das instituições, que têm se revelado, na grande maioria, autoritárias e alheias aos reclames democráticos. Ademais, o Estado não possui a estrutura para efetivar a grande gama de direitos fundamentais trazidas pela Constituição da República de 1988, surgindo o protagonismo do Poder Judiciário que, constantemente, é chamado a decidir questões jurídicas e políticas.

O problema se instaura quando o Poder Judiciário passa a atuar fora das competências constitucionais e utiliza, nas decisões, argumentos de política, deixando de lado a utilização dos princípios que orientam o ordenamento jurídico e o próprio direito. Surge, então, principalmente, no âmbito do STF, o movimento conhecido por ativismo judicial, vertente do positivismo jurídico que demonstra o autoritarismo e a discricionariedade impregnados na instituição, que profere decisões que confirmam o esquecimento e impedem a construção da memória, decisões restritivas e flexibilizadoras de direitos fundamentais.

Nesse contexto, em meio à postura do STF, que obstaculiza a implementação da justiça de transição ao julgar procedente a ADPF nº 153 e ao adotar uma política de restrição e flexibilização de direitos fundamentais, indaga-se: é possível estabelecer uma relação entre a memória, o esquecimento e a construção das decisões sobre direitos fundamentais no Brasil?

Parte-se da hipótese de que a justiça de transição, no Brasil, ocorreu de forma tímida, e que muitas das instituições ficaram incólumes ao processo transitivo e, ao se analisar a postura do Supremo Tribunal Federal, marcada pelo ativismo judicial, percebe-se que o mesmo expressa herança do período ditatorial, ao extirpar suas competências e restringir direitos fundamentais, demonstrando a ausência de memória para a construção da integridade do direito.

Para tanto, utiliza-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e a análise da jurisprudência do STF, de modo a compreender como a ausência de justiça de transição reflete na postura ativista do STF, e como o ativismo judicial impede que o projeto de justiça de transição se efetive, reafirmando o paradigma de esquecimento.

2 ATIVISMO JUDICIAL, MEMÓRIA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

A Constituição da República de 1988 consagrou, em seu art. 2º, o princípio da separação dos poderes, por meio do qual garante-se a independência do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que devem conviver de forma harmônica entre si.

Ocorre que a Carta Magna trouxe em seu bojo uma gama considerável de direitos fundamentais, que necessitam ser tutelados. Para se efetivar esses direitos fundamentais, é preciso a atuação dos poderes da República, que devem agir dentro de suas competências constitucionais, sob o risco de violação dos pilares do Estado Democrático de Direito.

A celeuma que se instaura é que, no contexto atual, tem-se a expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário, que utiliza da necessidade da garantia dos direitos fundamentais, juntamente com seu papel de defensor da Constituição e da ordem jurídica, o que lhe proporciona a função de interprete legítimo do texto constitucional, para exercer uma dominação arbitrária, que acaba por cercear a autonomia dos indivíduos, obstaculizando a emancipação social.

O juiz, no cenário atual, assume papel mais importante que o legislador democrático, pois é interprete dos direitos fundamentais garantidos em uma Constituição. O legislador não consegue assumir o papel de pai na sociedade órfã, mas o juiz surge como “consciência jurídica” e preenche essa lacuna.

O Poder Judiciário brasileiro, notadamente o Supremo Tribunal Federal (instituição na qual se foca este estudo) tem atuado de maneira instrumental, desrespeitando o devido processo constitucional. A adoção de alguns critérios estabelecidos pela legislação brasileira, como “lesão grave” e de “difícil reparação”, “relevância e urgência”, “interesse público”, “segurança jurídica”, “transcendência e repercussão geral” possuem texturas abertas, o que possibilita que qualquer subjetivismo argumentativo seja travestido de legitimidade democrática em um ato decisório.

Nesse contexto, insurge o ativismo judicial, ou *judicial activism*, que possui sua origem na doutrina dogmática processual alemã e na doutrina da ciência política norte-americana. Em cada um desses países a expressão possui conotação diferente. Bacha e Silva (2013, p. 166) afirma que “para a doutrina processualista alemã, ativismo judicial designaria a possibilidade que o magistrado tem de conduzir a prova dos fatos alegados no processo”. Na concepção norte-americana, o ativismo judicial se relaciona com a “legitimidade da atuação judicial em Estados Democráticos de Direito” (KMIEC, 2004, p. 1448), isto é, o ativismo

judicial preocupa-se com os limites de atuação do Poder Judiciário. Percebe-se, então, que o ativismo judicial na concepção norte-americana assume uma conotação negativa, uma vez que se relaciona com a atuação imprópria do Poder Judiciário, ao contrário da alemã, onde o ativismo judicial se relaciona com questão processual probatória, especificamente à atuação do juiz no que tange ao auxílio à parte mais vulnerável no processo.

No Brasil, a concepção de ativismo judicial que impera é a norte-americana, ligada à legitimidade da atuação do Poder Judiciário. Essa é a concepção que será analisada nesse trabalho, afastando-se da concepção alemã.

Nesse sentido, Ramos (2010) define o ativismo judicial como:

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, 2010, p. 219).

Infere-se da definição apresentada que o ativismo judicial é uma postura do Poder Judiciário que extrapola suas funções constitucionais para assumir um papel abrangente na interpretação da Constituição, violando os limites delineados pela Carta Magna, retirando a legitimidade democrática da decisão.

Optou-se nesse trabalho por utilizar a abordagem do ativismo judicial ligada à discricionariedade no ato decisório, o que tem ligação direta na atuação do Poder Judiciário que indica ingerência nos demais Poderes. A concepção do ativismo como exercício do controle de constitucionalidade não apresenta claramente uma visão de ativismo judicial, pois, em uma análise literal, o controle de constitucionalidade é uma das funções típicas do Poder Judiciário. O ativismo judicial tido como maior interferência do Judiciário também não representa claramente o ativismo judicial, uma vez que a quantidade de atuação não é suficiente para indicar a configuração do fenômeno, uma vez que é preciso verificar a qualidade da decisão (sua fundamentação). A capacidade de gerenciamento processual do julgador também não indica de plano o ativismo judicial, uma vez que a duração razoável do processo necessita de um gerenciamento dos atos judicantes, ou seja, essa garantia constitucional precisa do gerenciamento do Poder Judiciário para ser implementada.

Por isso é tão difícil definir o ativismo judicial, não há uma precisão técnica entre a doutrina e a jurisprudência. Adotar-se-á neste trabalho a ideia de ativismo judicial relacionada com a ingerência do Poder Judiciário nos demais poderes da República, extrapolando suas funções constitucionais, com a ideia de instrumentalidade do devido processo constitucional,

com a ausência de justificação e fundamentação coerente das decisões judiciais, com a vertente do positivismo jurídico ligada à discricionariedade do julgador e com a postura do Poder Judiciário de julgar politicamente, enfim, relaciona-se com a legitimidade de atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, “o conceito de ativismo judicial deve ser pensado a partir da ingerência do Judiciário às especialidades e separação dos outros Poderes, tornando-o a principal instituição proporcionadora da democracia, acima e mais importante que as demais” (SÁ; BONFIM, 2015, p. 180). No Brasil, o ativismo judicial é utilizado de forma a extrapolar as funções do Poder Judiciário, configurando ingerência nos outros poderes, deturpando as suas funções constitucionais, colocando em risco a estabilidade das instituições democráticas e desprovido de coerência normativa o ordenamento jurídico constitucional.

O ativismo judicial demonstra um lado da jurisdição constitucional que utiliza argumentos políticos na construção da decisão, ao ponto de Dworkin apresentar uma vinculação do ativismo judicial ao pragmatismo jurídico:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige (DWORKIN, 2007, p. 452).

O ativismo judicial possibilita ao juiz ignorar a Constituição, o ordenamento jurídico, a jurisprudência dos Tribunais e os princípios de justiça para impor aos outros poderes do Estado sua doutrina, seu ponto de vista, seu entendimento, ou até mesmo sua concepção política, o que viola a imparcialidade necessária às decisões judiciais, bem como a justificação razoável das mesmas.

Um das possíveis soluções para o problema do ativismo judicial é o compromisso com a fundamentação das decisões, de forma coerente e exhaustiva, com o respeito ao devido processo constitucional, à ampla defesa e ao contraditório. Trata-se da ideia do direito como integridade, que se funda na necessidade de as decisões levarem os princípios a sério, princípios esses que são trazidos pela história da comunidade, que por sua vez é fomentada pela memória.

Quando o que se está em discussão é um país de democracia jovem como o Brasil, que deixou o regime ditatorial há pouco tempo, é preciso levar em consideração a importância da justiça de transição para a construção desse arcabouço institucional – as instituições sociais devem estar comprometidas em efetivar o projeto do Estado Democrático de Direito, rechaçando práticas autoritárias em seu âmbito, propiciando que a memória seja elemento

fundante da identidade nacional.

A memória surge como o elo que liga a coletividade, através de um sentimento de pertencimento, propiciando a formação de uma nação. Bonavides (2000) ao apresentar o conceito de nação reforça que a mesma surge das recordações do passado, de aspirações que compõem a história.

Desse modo, a memória possui a aptidão para direcionar os comportamentos sociais e a identidade nacional, uma vez que o compromisso com a história permite que as práticas autoritárias que outrora ocorreram não se repitam.

Um processo de justiça de transição que não desenvolve o pilar da memória de maneira satisfatória está fadado ao fracasso. Não há como superar os fatos ocorridos sem se apropriar dos mesmos, compreendê-los e definir como práticas proibidas no âmbito das instituições democráticas. Relembrar o passado, sem repeti-lo, é apropriar-se da memória como lembrança e não como ação traumática inacessível que se repete de forma inconsciente.

No Brasil, o processo de justiça de transição fora timidamente implementado. A ideia central desenvolvida no país fora de um esquecimento comandado, através da Lei de Anistia, uma forma institucional de poder que, sob o argumento de alcançar a estabilidade social e a reconciliação nacional, acabou por configurar um perdão dissimulado, que impede o acesso ao passado para a construção da memória e da história.

A memória, nos últimos anos, tornou-se objeto central da análise histórica, pois é através da memória que se tem acesso aos eventos do passado. Segundo Ricoeur (2007), ela surge como guardião daquilo que efetivamente ocorreu no tempo. Daí a importante relação entre a história e a memória, que gira em torno da análise da lembrança e do esquecimento, conforme afirma Tosi (2012, p. 186), “a tarefa de resgatar a história do oblium, do esquecimento, do não ser em que se encontra é confiada à memória”.

Ricoeur (2007) apresenta formas de abuso de memória e abusos do esquecimento. Em resumo, a primeira forma de abuso de memória, a memória impedida, diz respeito à uma memória doentia, onde fatos traumáticos se repetem de forma obsessiva, impedindo a recordação dos fatos como lembrança, liga-se a ela o esquecimento por apagamento, que surge como uma repetição doentia que impede o acesso à memória, o que faz com que as lembranças traumáticas sejam esquecidas. A segunda forma de abuso de memória, a memória manipulada, insere-se no contexto das relações de poder, onde a memória passa a ser construída e forjada, instrumentalizada pela ideologia, distorcendo a realidade para legitimar um sistema de poder, liga-se a ela o esquecimento de reserva, ou seja, um esquecimento imposto pela memória oficial, que seleciona aquilo que se deve lembrar e o que se deve esquecer, dentro de uma órbita

de relação de poder. A terceira forma de abuso de memória, o dever de memória, se projeta como um terceiro termo, ligado ao imperativo ético da justiça, o dever de fazer justiça pela lembrança, uma proibição de não esquecer, que se liga ao esquecimento comandado, formas institucionais de esquecimento que simulam uma reconciliação, pois, ao propor o esquecimento como forma de alcançar a estabilidade social, o que proporciona, em verdade, é um perdão dissimulado, uma amnésia comandada, que declara o passado como proibido, tornando-o inacessível.

A memória buscará lutar contra o esquecimento. Existirá, assim, sempre uma relação entre a construção da memória, seu uso e abuso, com o esquecimento, seu uso e abuso. Os abusos de ambas as faces (memória e esquecimento) impedem a construção de uma memória apaziguada, ou seja, uma memória feliz, um esquecimento feliz (RICOEUR, 2007). Todavia, tanto a memória quanto o esquecimento não são, em sua essência, algo bom ou ruim, dependem da valoração que se dá a ambos e ao modo como são usados, dependendo do contexto histórico. Não se pode esquecer, que a memória é importante ferramenta para a construção histórica. Ela proporciona os elementos para a narrativa e construção dos fatos, tornando-se instrumento de formação de identidades, seja ela individual ou coletiva.

Tanto a memória quanto o esquecimento são importantes para a formação da história. O cerne da questão situa-se no bom uso dos mesmos. A memória possibilita a narrativa dos fatos e a construção de identidades, individuais e coletivas. Já o esquecimento auxilia na seleção daquilo que deve ser lembrado e que deve ser esquecido, possibilitando a construção da história que será transmitida para as futuras gerações.

Desse modo, a história é fundamental para a memória e ponto central na luta contra o esquecimento. Em meio a práticas institucionais arbitrárias, como o ativismo judicial que circunda o Supremo Tribunal Federal, que desconsidere a história e a memória para a construção das decisões, surge a necessidade de uma teoria da decisão que concilie os elementos do passado com as necessidades do presente, interpretando a prática jurídica como um processo em desenvolvimento. Essa é a proposta da teoria do direito como integridade de Dworkin (2007).

O direito como integridade considera não apenas a interpretação como elemento fundamental, ele se associa com a história. Como o direito é uma construção, o interprete não pode desconsidere o horizonte histórico no qual se encontra imergido. É de acordo com o momento histórico, que se identificará a necessidade de rever o que fora decidido no passado, de forma a construir o texto presente, visando abrir possibilidades de uma construção melhor no futuro.

A história estabelece uma ligação entre o direito construído e o conteúdo da decisão. Ela fornece um conjunto de princípios e regras que propiciam a justificativa das decisões, presentes e pretéritas, gerando um vínculo de continuidade e coerência horizontal. É no passado que o direito como integridade encontra as bases de sua justificação.

Ao aplicar o direito como integridade, os juízes não podem se valer da discricionariedade, um modo ativista ou utilitário de proferir decisões. Estas devem ser fundamentadas em uma concepção de democracia que promova a dignidade, a igualdade e a liberdade. Por isso decisões arbitrárias carecem de legitimidade.

Um Tribunal que não considera a memória e a história na construção de suas decisões, desrespeita os pilares democráticos e o conjunto de princípios que orientam o ordenamento jurídico. Portanto, a importância da memória e da história para a integridade do direito. Elas fornecem o arcabouço do direito como integridade: os princípios que devem orientar a interpretação.

De acordo com Dworkin (2007):

A história é importante no direito como integridade: muito, mas apenas em certo sentido. A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade (...). Exige coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa (DWORKIN, 2007, p. 274).

A história surge como o linhame entre o direito construído e o conteúdo da decisão, ela traz em seu bojo o conjunto de princípios e regras que propiciam a justificativa das decisões, não só da decisão contemporânea, mas das decisões anteriores também, gerando um vínculo de continuidade e coerência horizontal. Por isso o direito como integridade começa no presente e volta ao passado, pois é no passado que ele encontra as bases de sua justificação.

Todavia, é preciso destacar, que não se trata de recuperar os mesmos objetivos e ideais que sustentaram esse direito no passado. Não se pretende que a interpretação do direito seja embasada nos motivos que o foram no passado. O que se busca é uma proposta interpretativa coerente, de modo a evidenciar a integridade do direito. Uma ida ao passado com prospecção para o futuro, uma interpretação como processo de desenvolvimento.

Por isso Dworkin (2007) considera que o direito como integridade necessita que os juízes admitam a concepção de direito estruturada por um conjunto coerente de princípios de

justiça, equanimidade e devido processo legal¹.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas (DWORKIN, 2007, p. 291).

Trata-se de um modelo de deliberação judicial que compreende a intenção do direito como integridade – a ambição de ser uma comunidade de princípios. A integridade, então, se relaciona com a justiça, com a equanimidade e com o devido processo legal, exigindo a justificação das decisões e a coerência de princípios. Certo é, que os juízes, então, devem tomar suas decisões com base em princípios, o arcabouço do direito como integridade, não em política.

Então, conforme asseveram Bahia e Bacha e Silva (2016, p. 27), “uma decisão judicial deve estar adequada e fundamentada em uma concepção de democracia que promova a dignidade, entendida como igualdade e liberdade, se se pretender ser legítima num Estado Democrático de Direito”. Trata-se de uma exigência da integridade do direito, que as decisões judiciais sejam fundamentadas em pilares democráticos e que a interpretação do direito pressuponha o respeito a um conjunto coerente de princípios.

Atráves do direito como integridade, as decisões judiciais devem se adequar e justificar à luz de princípios de moralidade política adotados pela comunidade, devem levar em consideração argumentos de princípios, devem levar em conta os direitos que as pessoas tem sobre o sistema constitucional, e, assim, o juiz deve personificar a comunidade enquanto aplica e interpreta o direito, sob a luz das concepções de justiça, equanimidade e devido processo (BAHIA; BACHA e SILVA, 2016, p. 37-38).

Dworkin (2003) apresenta as dimensões do direito como integridade da seguinte forma:

A integridade do direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político (...). Em segundo lugar, (...), a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro

¹ Para Pedron (2009, p. 132), “equanimidade (fairness) envolve a questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder político de maneira adequada; justiça (justice) se preocupa com decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade; e devido processo legal adjetivo (procedure due process), que diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos”.

lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas. (DWORKIN, 2003, p. 204).

A integridade do direito se apresenta, então, na decisão judicial fundada em uma questão de princípios, na sua afirmação vertical (ou seja, que a concepção aplicada pelo juiz ao caso concreto é condizente com os precedentes do Supremo Tribunal e com as disposições da Constituição), e na sua afirmação horizontal (isto é, a atribuição de igual importância a um princípio adotado em um caso aos demais casos, mesmo que não aparentemente análogos).

Sob essa perspectiva, o direito como integridade exige, ainda, que o juiz se valha da justificação, ou seja, que utilize da interpretação que melhor se ajusta ao fato apresentado, considerando todos os seus aspectos, buscando aplicar o direito dentro dos princípios de moralidade política.

Para se ter coerência na aplicação do direito, é preciso levar em conta a história, o texto deve ser interpretado não apenas em seu sentido semântico, mas considerando o contexto histórico em que foi elaborado e própria história institucional do órgão julgador.

Por isso a memória se torna fundamental. É seu exercício como contraponto ao esquecimento que possibilitará a construção da história. E a história guiará a compreensão do texto, caminho traçado pela hermenêutica. Assim, a memória e a história são fundamentais para a integridade do direito. Elas propiciarão o arcabouço para a compreensão dos princípios que constituem o direito e possibilitarão a coerência necessária tanto na criação do direito, como na aplicação do direito.

Ocorre que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal não tem se apresentado como aplicador do direito como integridade. Pelo contrário, em suas decisões é possível perceber claras violações à Constituição, seja através da postura positivista, seja pela ausência de princípios em decisões pragmatistas, seja pelo utilitarismo impregnado na prática institucional. O desrespeito com a memória e a história é notável. A ausência de coerência nas decisões é latente. É o que será discutido a seguir.

3 O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma das possíveis soluções para o problema do ativismo judicial é o compromisso com a fundamentação das decisões, de forma coerente e exaustiva, com o respeito ao devido processo constitucional, à ampla defesa e ao contraditório. Trata-se da ideia do direito como

integridade, que se funda na necessidade de as decisões levarem os princípios a sério, princípios esses que são trazidos pela história da comunidade, que por sua vez é fomentada pela memória.

Quando o que se está em discussão é um país de democracia jovem como o Brasil, que deixou o regime ditatorial há pouco tempo, é preciso levar em consideração a importância da justiça de transição para a construção desse arcabouço institucional – as instituições sociais devem estar comprometidas em efetivar o projeto do Estado Democrático de Direito, rechaçando práticas autoritárias em seu âmbito, propiciando que a memória seja elemento fundante da identidade nacional.

Desse modo, a memória possui a aptidão para direcionar os comportamentos sociais e a identidade nacional, uma vez que o compromisso com a história permite que as práticas autoritárias que outrora ocorreram não se repitam.

Um processo de justiça de transição que não desenvolve o pilar da memória de maneira satisfatória está fadado ao fracasso. Não há como superar os fatos ocorridos sem se apropriar dos mesmos, compreendê-los e definir como práticas proibidas no âmbito das instituições democráticas. Relembrar o passado, sem repeti-lo, é apropriar-se da memória como lembrança e não como ação traumática inacessível que se repete de forma inconsciente.

No Brasil, o processo de justiça de transição fora timidamente implementado. Como fora demonstrado no item anterior, a ideia central desenvolvida no país fora de um esquecimento comandado, através da Lei de Anistia, uma forma institucional de poder que, sob o argumento de alcançar a estabilidade social e a reconciliação nacional, acabou por configurar um perdão dissimulado, que impede o acesso ao passado para a construção da memória e da história.

Em que pese o engajamento da sociedade civil no período de transição da ditadura militar para a democracia, muitas instituições públicas permanecerem incólumes ao processo transitório, renegando a reforma necessária reivindicada pelos reclames sociais e mobilizações.

Nesse paradigma de esquecimento forçado, a memória é impedida, a história é incompleta e, assim, a impunidade e as arbitrariedades continuam como peças marcantes na dinâmica do país. Embora tenha havido iniciativas para o resgate da história e da memória, como a criação da Comissão da Verdade, essas práticas não propiciam efeitos significativos, pois a própria engrenagem do Estado é resistente em aceitar as reformas necessárias e insiste em efetivar o esquecimento, em nome da reconciliação nacional.

Nesse cenário, o Poder Judiciário ganha ascensão, pois, em virtude desse esquecimento e da ausência de um processo transicional efetivo, inúmeras demandas em busca de efetivação de direitos chegam até o mesmo, que deveria decidir as lides de forma coerente, respeitando o

devido processo constitucional, a ampla defesa e o contraditório.

Ocorre que o Poder Judiciário se demonstra incólume ao processo transicional, adota uma postura resistente às lutas por direitos e aos princípios democráticos, o que reforça a ideia de que, em virtude da ausência de uma justiça de transição efetiva, as arbitrariedades e o autoritarismo ainda são marcas presentes no Estado Democrático de Direito.

Práticas institucionais revestidas de discricionariedade demonstram que a memória e a história não são levadas em consideração na construção do provimento jurisdicional. Não há o compromisso com a integridade do direito, com os ideais democráticos e com a própria história do país.

Por isso, é essencial um processo de justiça de transição efetivo, que propicie o exercício da memória para a construção da história, que reconcilie o esquecimento com o perdão (não um perdão institucional forçado, mas aquele concedido pelas próprias vítimas), que possibilite a reforma das instituições que compõem o Estado, com vistas a eliminar as práticas autoritárias que impedem que o projeto de Estado Democrático de Direito se efetive.

O Supremo Tribunal Federal é peça-chave para a implantação de uma justiça de transição no país. Além de ser o guardião da Constituição, é o órgão competente para romper com o paradigma de esquecimento, notadamente ao julgar a possibilidade de responsabilização dos violadores de direitos humanos. Ocorre que quando teve a oportunidade de fazê-lo, em vez de resgatar a memória e a história para a construção da decisão, manteve e oficializou de vez o esquecimento comandado, perpetuando práticas de restrições indevidas de direitos.

O que se pode perceber é que, o positivismo jurídico arraigado na cultura do Tribunal, propicia uma discricionariedade na interpretação capaz de gerar subjetivismos e, até mesmo, autoritarismo. Muitas vezes, toma-se como ponto central a letra fria da lei, sem considerar os princípios jurídicos e o contexto histórico. Por outro lado, a discricionariedade abre margem para arbitrariedades, que culminam na violação de direitos e princípios constitucionais.

Uma das consequências dessa postura positivista é o ativismo judicial, há a expansão do controle normativo protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal, que utiliza da função de interprete do texto constitucional para extrapolar suas competências constitucionais e obstaculizar a emancipação social, através de um projeto que concilie a história e a memória. O que vemos é uma atuação instrumental, em flagrante desrespeito ao devido processo constitucional.

É notório, ainda, que o Supremo Tribunal Federal adota uma postura utilitária, quando assume um discurso de maximização da felicidade geral, utilizando de balanços que recorrem a sacrifícios e restrições de direitos fundamentais para assumir um discurso de maximização do

bem para um maior número de indivíduos. Ocorre que, uma instituição pautada por princípios de justiça não adere uma postura de cálculos de interesses, deve sim prezar pelo respeito à Constituição, aos princípios, à história e a identidade nacional, formada pela memória.

Percebe-se que o processo de (in)transição brasileiro interfere diretamente na atuação do Supremo Tribunal Federal, que tem adotado práticas autoritárias e discricionárias, como o ativismo judicial, ocasionando a restrição de direitos e a violação da própria Constituição. A ausência de reforma institucional impede a democratização do Poder Judiciário, que se mantém insensível aos reclames sociais e a necessidade de respeito à integridade de direito.

Isso será perceptível ao ser demonstrado que práticas autoritárias por parte do STF no período da ditadura se repetem hoje no âmbito da instituição. A mesma cultura de restrição de direitos ainda está presente no STF, que nos últimos anos tem inovado no que se refere à restrição de direitos fundamentais.

A ausência da história e da memória, reforçadas pelo esquecimento, subsidiam a postura do STF, que tem se mostrado discricionário, arbitrário, postura marcadamente ligada ao ativismo judicial, indiferente aos reclames do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a prática institucional do STF, revestida de discricionariedade, demonstra que a memória e a história não são levadas em consideração na construção da decisão, não há o compromisso com a integridade do direito, e decisões impregnadas de utilitarismo são proferidas a toque de caixa.

Decisão fundamental para o desenvolvimento desse trabalho, confirmando a hipótese de que a ausência de justiça de transição é um dos motivos que propicia o ambiente favorável para o desenvolvimento do ativismo judicial, fora a ADPF nº 153, que confirmou a validade da Lei de Anistia para os responsáveis por violações aos direitos humanos, impondo um esquecimento comandado, impedindo a construção da memória e da história, indo de encontro aos princípios constitucionais e abrindo margem para práticas autoritárias e de flexibilização de direitos fundamentais.

Após impedir a implementação de um processo de justiça de transição efetivo no país, o STF proferiu importantes decisões que remetem à atuação no período do regime militar. A mesma postura de restrição de direitos fora adotada, demonstrando que o autoritarismo e a discricionariedade ainda são marcas do Tribunal.

Toma-se como exemplo o Habeas Corpus nº 126.292, que relativizou o princípio da presunção de inocência, o Recurso Extraordinário nº 601.314, que relativizou o princípio da inviolabilidade dos dados e o Recurso Extraordinário nº 693.456, que, indiretamente, inibe o exercício do direito de greve.

O primeiro exemplo é o **Habeas Corpus (HC) nº 126.292**, julgado em 17/02/2016, por maioria dos votos, onde o STF entendeu ser possível a execução da pena depois da decisão condenatória confirmada em segunda instância, ou seja, mesmo que não estejam esgotados os recursos para os Tribunais Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, isto é, antes do trânsito em julgado da decisão:

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

A Constituição da República de 1988 consagrou o princípio da não-culpabilidade (também conhecido como princípio da presunção de inocência), no artigo 5º, inciso LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). O trânsito em julgado da sentença penal condenatória se dá quando não é mais cabível recurso da decisão, somente depois de esgotados todos os recursos é que pode ser afastada a presunção de inocência.

Ocorre que nessa decisão, o Ministro do STF Teori Zavascki, relator do HC nº 126.292, considerou que a manutenção da condenação penal pelo Tribunal de Justiça (segunda instância) encerra a discussão acerca de fatos e provas, confirmando a culpabilidade do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Para o Ministro, a presunção da inocência impera apenas até a confirmação da sentença condenatória no segundo grau de jurisdição, após esse momento, o princípio não deve ser mais considerado, uma vez que o condenado passa a presumir-se culpado.

A decisão em comento representa uma flexibilização das liberdades fundamentais, pois determina a prisão do sujeito sem ter havido a formação de coisa julgada acerca de sua culpabilidade, configurando um retrocesso na garantia dos direitos fundamentais e violação aos próprios preceitos constitucionais, indo de encontro aos pilares do Estado Democrático de Direito, em flagrante desrespeito ao devido processo constitucional, pois viola também a ampla defesa que somente é esgotada ao atingir todos os recursos cabíveis, ou seja, ao ser formada a coisa julgada. Segundo Liebman (1984, p. 54), a coisa julgada é “a imutabilidade do comando emergente de uma sentença”

O processo é uma garantia constitucional, guiada pelos princípios da ampla defesa, do

contraditório e da isonomia, por isso, a coisa julgada é a extensão do devido processo constitucional, pois ao atingi-la pressupõe-se que todas as garantias processuais foram alcançadas:

A coisa julgada, como efeito ou qualidade das sentenças, não mais se define como instituto jurídico pelos estreitos limites objetivos procedimentais da “relação” de direito material (...), mas ganha feições de direito garantia, quando a sentença, de mérito ou não, gera efeitos ou qualidade que se autonomizam, por norma constitucional, pelo instituto da coisa julgada de natureza jurídico-fundamental, tal como assegurado nas constituições modernas (LEAL, 2005, p. 202).

O texto constitucional é claro: a presunção da não culpabilidade impera até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que se dá após serem esgotados todos os recursos. A decisão do STF vai de encontro ao texto constitucional, viola o princípio do estado de inocência, em nome de um populismo penal fincado em conteúdos valorativos morais, que se sobrepõem ao conteúdo constitucional dos princípios, demarcando o ativismo judicial.

Ao emitir uma decisão com base nos reclames da opinião pública, contra o texto e os princípios constitucionais, o STF atua com o plano de fundo do utilitarismo, transformando o processo penal em um instrumento para dar saciedade à população, totalmente distante da finalidade pela qual o Tribunal fora criado – exercer o papel contra majoritário para amenizar as discrepâncias na interpretação do direito.

Após o julgamento do HC nº 126.292, foram propostas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e nº 44, questionando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)², que ainda aguardam julgamento. Todavia, na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964.246, com repercussão geral reconhecida, por maioria, o STF reafirmou seu posicionamento acerca da possibilidade da execução provisória da pena fixada em sentença confirmada pela segunda instância, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores.

Outra decisão que merece destaque é o **Recurso Extraordinário (RE) nº 601.314**, com repercussão geral reconhecida, que fora analisado juntamente com quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 2390; 2386; 2397 e 2859), versando sobre a constitucionalidade da Lei Complementar (LC) nº 105/2001, que permite a transferência de dados bancários ao fisco sem necessidade de autorização judicial prévia.

O STF entendeu, por maioria, na data de 24 de fevereiro de 2016, que a LC nº 105/2001

² Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941, sem paginação).

não ofende o direito ao sigilo bancário, uma vez que estabelece requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPME. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. (...) 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. (...) 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016b, p. 1-2).

Através desta decisão, o STF permitiu que a Administração Pública efetue a quebra do sigilo fiscal dos contribuintes, sem a necessidade de autorização judicial. Para o Tribunal, não se trata de quebra de sigilo fiscal, mas sim de trocas de informação entre o Fisco e as instituições bancárias.

Ocorre que a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, dispõe que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, acrescentando no inciso XII que também é inviolável “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, **de dados** e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, **por ordem judicial**, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 1988, sem paginação, grifo nosso), ou seja, a constituição consagra a inviolabilidade dos dados dos indivíduos, sendo que esta garantia somente pode ser afastada por decisão judicial.

Mais uma vez o STF decide contra o texto constitucional, com base em interesses políticos, uma vez que tal decisão garante ao Fisco maior liberdade de atuação e aumento na possibilidade de satisfação do crédito tributário, pois não necessita aguardar a ordem judicial para ter acesso aos dados fiscais do cidadão. Viola, além do princípio da inviolabilidade dos dados, o devido processo constitucional, pois não proporciona ao contribuinte a oportunidade de contraditório e ampla defesa.

Também merece destaque o **Recurso Extraordinário (RE) nº 693.456**, julgado em 27 de outubro de 2016, onde o STF, com repercussão geral reconhecida, entendeu pela

constitucionalidade do desconto dos dias parados em razão de greve de servidor.

O Tribunal, apreciando o tema 531 da repercussão geral, por unanimidade, conheceu em parte do recurso, e, por maioria, na parte conhecida, deu-lhe provimento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que lhe negavam provimento. Em seguida, o Tribunal, por maioria, fixou tese nos seguintes termos: "A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público", vencido o Ministro Edson Fachin. Não participaram da fixação da tese a Ministra Rosa Weber e o Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 27.10.2016 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016c, sem paginação).

O direito de greve é garantido pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 9º e artigo 37, inciso VII (para os servidores públicos), e se constitui como um instrumento para a defesa dos interesses dos trabalhadores. Embora não esteja garantido na Carta Magna a percepção de salário durante o movimento grevista, o corte do mesmo durante a paralisação inibe o exercício da greve, reprimindo e desarticulando a mobilização dos trabalhadores, em flagrante desrespeito à proteção constitucional dispensada aos mesmos.

Fator que não se pode desconsiderar é o momento histórico em que fora proferida a decisão. Vive-se grande instabilidade econômica e política, onde se anunciam drásticas medidas de restrições de direitos. Nesse momento, grande parte dos trabalhadores e servidores se articulam para a defesa de seus interesses, e a decisão do STF, ao permitir o corte do salário, indiretamente coíbe o exercício da greve. Trata-se de uma decisão que reflete claramente interesses políticos, em flagrante violação aos direitos e princípios constitucionais.

Através desses exemplos, é possível perceber que o STF tem proferido decisões que flexibilizam os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República de 1988. O Tribunal, ao fundamentar suas decisões, não tem considerado o conteúdo dos princípios, ignorando o arcabouço histórico que os compõem.

4 CONCLUSÃO

O STF tem adotado uma política de restrição de direitos fundamentais típica de um estado de exceção, onde a discricionariedade na interpretação do direito demonstra a postura positivista e utilitária do Tribunal – o direito é o que o intérprete diz que é, e não o que diz a norma e os princípios. Há a instrumentalidade do devido processo constitucional, com decisões carentes de coerência. Não houve um rompimento com o paradigma autoritário que vigia

durante o regime militar.

Percebeu-se que o processo da justiça de (in)transição brasileiro interfere, diretamente, na atuação do Supremo Tribunal Federal, que tem adotado práticas autoritárias e discricionárias, violando a própria Constituição. A ausência de reforma institucional impede a democratização do Tribunal, que se mantém insensível aos reclames sociais e à efetividade de direitos fundamentais. O STF oscila entre duas posições: a de enfeite institucional, quando se omite em manifestar em questões fundamentais para o futuro da democracia, como no processo de Impeachment, e a de superego da sociedade, quando adota uma postura ativista e limitadora da emancipação social.

Conclui-se, assim, que uma das possíveis soluções para o problema do ativismo judicial é o compromisso com a fundamentação das decisões, considerando a importância dos princípios do direito. Trata-se da proposta do direito como integridade, que necessitará do apoio de um processo de justiça de transição efetivo, que propicie o exercício da memória para a construção da história, que, por sua vez, constituirá o arcabouço material do direito como integridade e propiciará a reforma das instituições que compõem o Estado, eliminando práticas autoritárias que impedem a efetivação do projeto de Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BACHA e SILVA, Diogo. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 50, n.199, p. 163-178, jul./set. 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; BACHA e SILVA, Diogo. Supremo Tribunal Federal, Devido Processo Legislativo e a Teoria do Direito como Integridade: Em Busca da Promoção dos Valores Democráticos. In: OMMATI, Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 5-47.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF – Distrito Federal. Relator Ministro Luiz Fux. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 6 agosto 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP – São Paulo. Relator Ministro Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 2 setembro 2016a.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314/SP – São Paulo. Relator Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 16 setembro 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 693.456/RJ – Rio de Janeiro. Relator Ministro Dias Toffoli. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 27 outubro 2016c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 14 mar. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of judicial activism**. California Law Review, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Thomson, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3. ed. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. Alain François [et al.]. Campinas: Editora Unicamp, 2007.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 5, Número Especial, p. 169-189, 2015.