

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**O ATIVISMO JUDICIAL NA PRESIDÊNCIA DO MINISTRO RICARDO
LEWANDOWSKI NO STF**

THIAGO DA COSTA MONTEIRO DE SOUZA

RIO DE JANEIRO

2018/2

THIAGO DA COSTA MONTEIRO DE SOUZA

O ATIVISMO JUDICIAL NA PRESIDÊNCIA DO MINISTRO RICARDO
LEWANDOWSKI NO STF

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Siddharta Legale Ferreira.

Rio de Janeiro

2018/2

CIP - Catalogação na Publicação

d719a da Costa Monteiro de Souza, Thiago Ativismo
judicial na presidência do ministro Ricardo
Lewandowski no STF / Thiago da Costa Monteiro
de Souza. -- Rio de Janeiro, 2018.
75 f.

Orientador: Siddharta Legale Ferreira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação)
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Ativismo judicial. 2. Presidência Ricardo Lewandowski.
3. Supremo Tribunal Federal. I. Legale Ferreira,
Siddharta, orient. II. Título.

THIAGO DA COSTA MONTEIRO DE SOUZA

O ATIVISMO JUDICIAL NA PRESIDÊNCIA DO MINISTRO RICARDO
LEWANDOWSKI NO STF

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Siddharta Legale Ferreira.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018/2

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra à minha família, presente durante toda a minha vida e responsável por eu ter conquistado tudo até hoje.

AGRADECIMENTOS:

Agradeço à minha querida família, sempre presente durante todos os momentos da minha vida, tanto os mais felizes quanto os mais difíceis. Espero que eu seja sempre digno de ter uma mãe, um pai e uma irmã como vocês. Terão sempre o meu amor na sua maior plenitude, incondicionalmente.

À minha companheira, que eu tanto amo e que também foi fundamental na minha vida recente, sempre me apoiando de diversas maneiras, sempre com sucesso. Tudo que você faz na sua vida você logra com excelência, e é um prazer inenarrável tê-la ao meu lado.

Ao meu orientador, por todo o suporte dado e pelos conselhos que ultrapassaram a relação de orientação. Tenho certeza que levarei o aprendizado e essa amizade para toda a vida.

Finalmente, aos meus amigos queridos, que tornam o caminho muito mais fácil com as suas participações no meu cotidiano.

Esta obra pertence todos vocês.

RESUMO:

O presente trabalho monográfico constrói uma análise crítica da presidência do ministro Ricardo Lewandowski no Supremo Tribunal Federal durante o biênio 2014-2016, com o objetivo de entender se foi um período de *ativismo judicial* presente na corte. Para tanto, foi tomado como base a definição desse termo proposta pelo professor Carlos Alexandre Campos (2013). Além disso, este estudo aborda a vida do ministro (sua trajetória profissional, as obras produzidas e a sua atuação na Corte até assumir a presidência), bem como outros conceitos de *ativismo judicial*, mais precisamente as definições de Luís Roberto Barroso (2009) e Diego Arguelles (2012), e um resumo da história do STF anterior ao biênio em questão. Finalmente, são analisados julgamentos da presidência de Lewandowski, em concomitância a outros dados relevantes do período, tais como Súmulas Vinculantes editadas e o discurso de posse do ministro, para citar alguns exemplos. A investigação realizada sugere que a presidência de Lewandowski foi permeada por um *moderado ativismo judicial*.

Palavras-chave: Ricardo Lewandowski; *ativismo judicial*; Supremo Tribunal Federal; presidência.

ABSTRACT:

This monograph constructs a critical analysis of the presidency of the minister Ricardo Lewandowski at the Federal Supreme Court during the 2014-2016 biennium, aiming at understanding whether it was a period of *judicial activism*. In order to do that, the definition of that term proposed by professor Carlos Alexandre Campos (2013) was taken into consideration. In addition, this study discusses the life of the Minister (his professional trajectory, his work and his performance at the Court until becoming the president) as well as other concepts of *judicial activism*, more precisely the definitions given by Luís Roberto Barroso (2009) and Diego Arguelhes (2012), and brings a summary of the history of the Federal Supreme Court before the biennium in question. Finally, the trials during Lewandowski's presidency are analyzed, in addition to other relevant data of the period, such as binding precedents and the minister's inauguration speech, to name a few examples. The research suggests Lewandowski's presidency was characterized by *moderate judicial activism*.

Key-words: Ricardo Lewandowski; *judicial activism*; Federal Supreme Court; presidency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. TRAJETÓRIA DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: DA USP AO STF	14
1.1 Carreira pré-nomeação	14
1.2 Obras de destaque	16
1.3 Carreira como ministro	20
2. DEFINIÇÕES DE ATIVISMO JUDICIAL	25
2.1 Conceito	26
2.2 Ativismo judicial sob prismas divergentes	28
2.2.1 Perspectiva do Ministro Luís Roberto Barroso	28
2.2.2 O ativismo judicial de uma perspectiva sócio-política	29
3. MOMENTO HISTÓRICO-POLÍTICO DO BRASIL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	34
3.1 Evolução do Supremo Tribunal Federal: de Moreira Alves a Gilmar Mendes.....	35
3.2 Depois da “Corte Gilmar Mendes”	40
4. ANÁLISE DA PRESIDÊNCIA DE RICARDO LEWANDOWSKI (2014-2016)	44
4.1 Discurso de posse	44
4.2 Casos marcantes da sua presidência.....	46
4.2.1 Súmulas Vinculantes	47
4.2.2 Ações de Controle Abstrato.....	51
4.2.3 Recursos Extraordinários.....	57
4.2.4 Audiências públicas.....	62
4.2.5 Decisões monocráticas	64
4.3 Foi a presidência de Roberto Lewandowski um período ativista?.....	65
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

É inegável que, nas últimas décadas, o judiciário brasileiro sofreu grande transformação, saindo de suas raízes que se encontram no direito romano-germânico e ganhando muita influência das tradições americanas¹. Com isso, percebe-se concomitantemente um aumento da discussão acerca da politização do judiciário brasileiro.

No âmbito de ilustrar essa questão, seleciono o trecho abaixo, retirado do discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski, no momento que assumia a presidência do Supremo Tribunal Federal:

Nos dias de hoje, não são poucas as críticas veiculadas nos meios acadêmicos e na mídia em geral contra aquilo que é visto como um protagonismo mais acentuado - ou até mesmo exagerado - do Poder Judiciário, em particular do Supremo Tribunal Federal, quanto à tomada de decisões relativas a temas de maior impacto sobre a sociedade. Alguns falam numa **judicialização da política**, enquanto outros mencionam uma **politização da justiça**. Ambas as expressões traduzem uma avaliação negativa acerca da atuação do Judiciário, ao qual se imputa um extravasamento indevido de suas competências constitucionais.

(...)

Nós também temos um sonho: o sonho de ver um Judiciário forte, unido e prestigiado, que possa ocupar o lugar que merece no cenário social e político deste País. ² (grifos nossos)

Pode-se notar que o *ativismo judicial*³ perpassa não só o momento político/jurídico em que o ministro assume a presidência da Corte, mas também a sua ideologia.

Na sociedade brasileira do século XXI, existe um acalorado debate sobre o tema *ativismo judicial* e politização da justiça. Interessante é notar a usabilidade de ambos os termos, podendo

¹ BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Cadernos da Escola de Direito, v. 2, n. 9, 2017.

² LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse como presidente do Supremo Tribunal Federal**. Brasília – DF, 10/09/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>. Acessado em: <30 jul. 2018>

³ Nesse trabalho, será adotada a definição cedida por Carlos Alexandre de *ativismo judicial*: “Na perspectiva deste trabalho, defino o *ativismo judicial* como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias” -

ser de conotação positiva ou negativa. Isso é válido tanto para membros do universo jurídico⁴ (seja acadêmico ou prático), quanto ao resto da sociedade. A imprensa e as redes sociais podem ser apontadas como grandes responsáveis pelo processo⁵, como será debatido mais adiante.

Evidente que a realidade atual, não só brasileira, mas de todo o mundo ocidental, a grosso modo, sofreu grande transformação até atingir o momento presente. Assim, faz-se necessário tratar qualquer análise pós-contemporânea dentro de um contexto sócio histórico.

Na presente monografia, será analisado um fragmento de toda essa realidade descrita, a presidência de Ricardo Lewandowski no Supremo Tribunal Federal, a fim de discutir se o biênio (2014-2016) presidido pelo ministro pode ser configurado como um período de mais *ativismo judicial* no Supremo Tribunal Federal dos que os anteriores, em especial comparando com a Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Esse período foi selecionado devido ao grande número de casos peculiares que abarca, dentro de um contexto social revolto frente à crise política enfrentada pelo país brasileiro.

Primeiramente, serão apresentadas características da vida de Lewandowski, como professor e jurista, como autor de livros e como ministro do STF. Isso é imprescindível afim de que se compreenda quem é o presidente que estaremos analisando.

Em sequência, serão trazidas diversas definições acerca do *ativismo judicial*, afim de que haja uma compreensão prévia sobre o tema e os seus diferentes conceitos. É fundamental essa apresentação tendo em vista que o objetivo deste trabalho é a observar se a presidência de Ricardo Lewandowski foi *ativista* ou não.

Ainda, será realizado uma contextualização histórica do momento em que a presidência de Lewandowski ocorreu, sendo necessário realizar um apanhado desde as origens do Supremo Tribunal Federal. Paralelamente, junto da evolução do tribunal em questão, será analisado como as discussões acerca do *ativismo* se desenvolveram até a presidência analisada.

⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do *ativismo judicial* do Supremo Tribunal Federal**. RIDB, ano 2, n. 8, 2013.

⁵ ARGUELHES, Diego W.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro Molhano. (2012), **Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 40: 34-64

Por fim, serão selecionados diversos julgados do STF que ocorreram dentro da presidência de Lewandowski. Serão trazidos Recursos Extraordinários, ações de controle abstrato e outros acontecimentos do período, afim de que se conclua se houve *ativismo* e, caso positivo, como se deu esse *ativismo* e como classifica-lo. Ainda serão discutidas outras características da presidência, como as Súmulas Vinculantes editadas e o discurso de posse de Lewandowski. Faz-se indispensável a relação direta dos casos concretos trazidos com os conceitos de *ativismo* previamente apresentados.

1. TRAJETÓRIA DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: DA USP AO STF

Neste capítulo, será analisada a carreira de Enrique Ricardo Lewandowski antes e depois da sua nomeação como ministro do Supremo Tribunal Federal. As principais informações profissionais concernentes ao jurista foram retiradas de seu currículo oficial disponíveis no site do STF⁶, de seu currículo lattes⁷ e da sua página do Escavador⁸.

1.1 Carreira pré-nomeação

Enrique Ricardo Lewandowski, natural do Rio de Janeiro, tornou-se bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, em 1973. Além disso, formou-se em Sociologia e Política pela Escola de Sociologia e Política de São Paulo em 1971. Obteve o título de Mestre em 1980, com a dissertação “Crise Institucional e Salvaguardas do Estado”, e o de Doutor em 1982, com a tese “Origem estrutura e eficácia das normas de proteção dos Direitos Humanos na ordem interna e internacional. “Ainda recebeu o título Master of Arts em Relações Internacionais pela Fletcher School of Law and Diplomacy, da Tufts University, administrada em cooperação com a Harvard University, com a dissertação “International Protection of Human Rights: A study of the Brazilian situation and the policy of the Carter Administration” (1981).

No plano profissional, foi advogado militante de 1974 a 1990, sendo consultor jurídico e chefe da assessoria jurídica da Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo S/A (EMPLASA), da qual ele viria a se tornar presidente em 1988. Foi secretário de governo de São Bernardo do Campo de 1984 a 1988 e é professor da Universidade de São Paulo desde 1978 até os dias de hoje.

⁶ Supremo Tribunal Federal. **CURRICULUM VITAE ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI**. Brasília, maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/CurriculoBiografia/CV_Min_RicardoLewandowski_2018_maio_23.pdf>. Acessado em: 10 jun. 2018.

⁷ Escavador. **ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI**. 30/05/2018. Disponível em <<https://www.escavador.com/sobre/4957719/enrique-ricardo-lewandowski>>. Acessado em: 10 jun. 2018.

⁸ Currículo Lattes. **ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI**. 01/11/2018. Disponível em <<http://lattes.cnpq.br/8365031337855179>>. Acessado em: 10 jun. 2018.

Cabe ainda citar na trajetória do jurista as suas atuações como Vice-Diretor e Diretor interino da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (1987 a 1989); Diretor da Escola de Sociologia e Política de São Paulo (1990); Conselheiro da Escola Paulista de Magistratura (1998 até 2000); Membro titular do Conselho de Coordenação da Cátedra UNESCO de Educação para a Paz, Direitos Humanos, Democracia e Tolerância do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (de 12.12.1998 até 2008); Integrante da Comissão de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo (de 08.08.2002 até 2008); Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por concurso público de provas e títulos (desde 17 de março de 2004, tendo ingressado na carreira, em 1978, como Docente Voluntário); Chefe do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (de 17 de março de 2004 até 16 de março de 2006); Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Escola Paulista da Magistratura (2004 a 2006); Coordenador do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade de São Paulo (de 2005 até 16 de março de 2006); Atividades em Academias, Associações e Órgãos de Classe - Acadêmico Titular, na cadeira de Rui Barbosa, da Academia de Letras da Grande São Paulo (1986 até a presente data); Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo (1989 a 1990); Diretor Jurídico da Associação Paulista de Magistrados (1992 a 1994); Diretor Tesoureiro Adjunto da Associação Paulista de Magistrados (1994 a 1996); Vice-Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (1993 a 1995); Acadêmico Titular da Academia Paulista de Magistrados (2001 até a presente data); Acadêmico Titular, na cadeira de Pedro Lessa, da Academia Paulista de Direito (2006 até a presente data); Associado Honorário do Instituto dos Advogados de São Paulo (2010 até a presente data); Acadêmico Perpétuo da Academia Paulista de Letras Jurídicas, titular da Cadeira nº 12, patrono José Carlos Ataliba Nogueira (admitido em 11 de agosto de 2010) e Sócio Titular do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo (admitido em 19 de setembro de 2011).⁹

No cenário acadêmico, Lewandowski contribuiu com obras que abordavam temas como *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*¹⁰; *A influência de Dalmo*

⁹ Supremo Tribunal Federal. **CURRICULUM VITAE ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI**. Brasília, maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/CurriculoBiografia/CV_Min_RicardoLewandowski_2018_maio_23.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

¹⁰ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro, forense, 1984.

*Dallari nas decisões dos tribunais*¹¹; *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*¹²; *Globalização, Regionalização e Soberania*¹³. Algumas dessas obras serão mencionadas em um novo parágrafo, após descrever a trajetória do jurista como ministro.

Nesse ímpeto, além de descrever fatos importantes referentes à carreira do ex-presidente do Supremo Tribunal, cabe trazer algumas publicações acadêmicas. A próxima seção se ocupará disso.

1.2 Obras de destaque

Durante a sua vida acadêmica, Lewandowski produziu diversos textos que tratam de temas jurídicos e de como esses são relacionados com elementos sociopolíticos. Interessantes exemplos dessa produção do ministro são as seguintes obras: “A Influência de Dalmo Dallari nas Decisões dos Tribunais (2011)”, “Globalização, Regionalização e Soberania (2004)”, “Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional (1984)” e “Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil (1994)”.

No primeiro livro supracitado, o ministro traz ao leitor diversos exemplos de julgados em que os juízes apontam o professor Dalmo Dallari¹⁴. São utilizados nos votos argumentos baseados nos ensinamentos do doutrinador, abrangendo temas como a separação dos três poderes e o sistema de freios e contrapesos, o federalismo e as esferas de poder, e até assuntos como o homossexualismo nas questões jurídicas.

Nessa obra, o ministro demonstra não só grande admiração por Dalmo Dallari, mas também a sua crença na influência doutrinária nas decisões como algo positivo. Lewandowski

¹¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **A influência de Dalmo Dallari nas decisões dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. São Paulo: RT, 1994.

¹³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

¹⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **A influência de Dalmo Dallari nas decisões dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

foi seu aluno na Universidade de São Paulo e, mais tarde, sucedeu Dallari na cátedra de Teoria Geral do Estado nessa mesma faculdade. Na obra, assim como nos votos elucidados, Lewandowski tem como hábito a citação de grandes pensadores nas suas decisões, como, por exemplo, no trecho de um voto destacado na seção 2.2 desta monografia, em que foi feita referência aos ensinamentos de Sérgio Buarque de Holanda.

Na obra “Globalização, Regionalização e Soberania”¹⁵, Lewandowski faz uma análise de como o mundo contemporâneo foi moldado, abordando as perspectivas políticas e jurídicas dessa evolução. Nesse sentido, Lewandowski traça três paralelos para tratar do assunto.

Primeiro, uma cronologia desde a dispersão dos *Homo sapiens* pelo globo, trespassando os impérios antigos, a era medieval, a expansão marítima, as revoluções modernas e o imperialismo contemporâneo, culminando com as Guerras Mundiais e a Guerra Fria, explicando como ocorreu a globalização. Em seguida, Lewandowski narra o surgimento dos blocos econômicos e, como ele intitula, a regionalização, que ocorre concomitantemente ao efeito da globalização. Assim, ocorre também uma evolução na perspectiva jurídica, com o fortalecimento do direito comunitário, em especial no caso europeu, e o surgimento do Tribunal das Comunidades Europeias. Segue abaixo um trecho desse capítulo:

Como objeto, o direito comunitário trabalha com um conjunto de normas supranacionais, ou seja, um sistema de regras comuns aos integrantes da associação, as quais emanam de fontes próprias, que não se confundem com aquelas que produzem o direito interno ou internacional, a exemplo dos parlamentos ou governos locais.

O direito comunitário caracteriza-se como primário ou derivado, conforme a fonte da qual promana. O primário nasce dos tratados instituidores das Comunidades e respectivas alterações(...) (2004, fls. 88).¹⁶

Cabe ressaltar, tendo em vista esse trecho, como o direito comunitário é peculiar e se encaixa na tese de Lewandowski de que o direito evoluiu juntamente às sociedades e, portanto, dialoga com a globalização e a regionalização.

Além disso, esse fragmento do livro dialoga com o artigo do autor, intitulado de “O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de

¹⁵ LEWANDOWSKI, Enrique. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004

¹⁶ Ibid.

responsabilidade”. Nele, Lewandowski explica o funcionamento do Tribunal Penal Internacional e demonstra sua postura favorável a este. Portanto, pode-se perceber como o jurista se posiciona em um viés internacionalista, criticando inclusive o aspecto jurídico-político interno de muitos países sobretudo no período pré-segunda guerra mundial, tendo o respectivo tribunal um importante papel na punição e responsabilização por ocasiões como o massacre no Camboja, pelo ditador Pol Pot, na década de 70¹⁷.

O jurista encerra o seu livro com uma terceira parte, em que aborda a Soberania. Nesse fragmento, é realizado, novamente, uma narrativa histórica, caracterizando as condições e variantes que levaram as sociedades a chegar no seu atual estágio político, econômico e jurídico. Assim, Lewandowski demonstra como esse estágio atingido interfere na ordem jurídica. Muito da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos países pode ser compreendido de acordo com os referidos aspectos.

Pode-se perceber uma relação direta da obra “Globalização, Regionalização e Soberania”¹⁸ e uma entrevista¹⁹ concedida pelo ministro Lewandowski ao Uniregstral no dia 07/08/2018. Nessa entrevista tratou de temas importantes para a realidade do judiciário no Brasil. Primeiramente, citou o extenso número de julgamentos por ano no STF, que chegam a cem mil de casos ao ano, o que é muito impactante, ao passo que a suprema corte do Reino Unido julga por ano setenta processos em média. Além disso, afirmou ser fundamental o investimento em meios alternativo de resolução de litígio, como a arbitragem, mediação e etc.. Ainda nessa entrevista, o ministro versou sobre a sua preocupação da população brasileira frente à crescente aniquilação da fauna e da flora brasileira, o que seria uma herança colonial. Posteriormente, afirmou que o mundo vive um período de muitos embates e discursos segregacionista, citando o Brexit e a política isolacionista de Donald Trump nos Estados Unidos da América, e conseqüentemente, o ser humano precisa ser politizado, levantar bandeiras buscando defender as suas ideologias, se inteirando acerca dos debates nacionais e tomar

¹⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade**. Estud. av., São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Ago. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso>. acesso em 31 Ago. 2018.

¹⁸ LEWANDOWSKI, Enrique. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004

¹⁹ UNIREGISTRAL, Uniregstral **Entrevista – Ricardo Lewandowski**. 7 ago 2018, disponível em: <<http://iregistradores.org.br/uniregstral-entrevista-ricardo-lewandowski/>> Acesso em 31 ago 2018

partido nessas discussões. O ministro do STF tratou também de como foi um grande entusiasta da Mercosul, mostrando novamente o seu viés internacionalista.

Já em “Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional”, o ministro apresenta o tema também com uma introdução histórica, semelhante ao que é feito na obra que trata da Globalização, Regionalização e Soberania. Assim, os Direitos Humanos são contextualizados na história da humanidade. São ressaltados os seus documentos mais antigos dessa área do direito e como dialoga com o neoconstitucionalismo. Em seguida, o autor apresenta as cartas jurídicas mais importantes da atualidade concernente à matéria e finaliza o trabalho debatendo sobre como os Direitos Humanos funcionam no plano empírico do Direito Internacional e como se dão os seus mecanismos.

Tanto essa obra acerca da proteção dos direitos humanos quanto a que trata de Globalização dialogam com um artigo²⁰ de Lewandowski intitulado e “A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais”, publicado em 2003. Nele, o jurista traça novamente uma cronologia histórica demonstrando a evolução dos direitos fundamentais, tratando das três gerações desses direitos e citando a possibilidade de uma quarta geração surgindo. Ainda afirma que os direitos fundamentais estão conectados fortemente com o Estado Democrático de Direito, no qual cresce a participação popular direta no campo político dos Estados.

No campo empírico, Lewandowski teve coerência com a sua posição internacionalista ao votar contra a prisão civil de depositário infiel no Recurso Extraordinário de número 466.343 São Paulo²¹. Esse caso foi um dos precedentes que embasaram a edição da Súmula Vinculante de número 25 do STF, a qual proíbe prisão civil de depositário infiel. Isso demonstra coerência entre as obras de Lewandowski e a sua atuação como jurista.

Finalmente, no seu livro “Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil” (1994), Lewandowski trata do instituto da Intervenção Federal. Inicialmente, versa sobre o federalismo de uma maneira geral, seguindo para exemplos de Intervenção Federal em diferentes estados, o norte-americano, o alemão, o suíço, o argentino e o mexicano, apontando

²⁰ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **A formação da doutrina dos direitos fundamentais**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coord.). Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005.

²¹ _____, STF-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 466.343/SP**, de 3 de dezembro de 2008. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2018.

as peculiaridades de cada um. Ainda há um debate sobre a apresentação do referido instituto em cada constituição brasileira, desde 1891 até a atual. O autor finaliza a obra trazendo os pressupostos materiais e formais da Intervenção na carta magna vigente no Brasil.

1.3 Carreira como ministro

Lewandowski foi nomeado como ministro do Supremo Tribunal Federal pelo presidente Lula em 16 de março de 2006, vindo a se tornar presidente da corte no biênio 2014-2016. Substituiu o ministro Carlos Velloso, que se aposentou. Na sua sabatina, a Comissão de Cidadania e Justiça do Senado Federal aprovou a nomeação de Lewandowski numa votação de 22 votos favoráveis contra 1 contrário. O ex-desembargador foi questionado acerca da possibilidade de filiação partidária de juristas, respondendo que os juízes devem, na opinião de Lewandowski, passar por um período de quarentena antes de se candidatarem a qualquer cargo público. Além disso, o ministro afirmou não ter anseio algum de um dia concorrer em eleições políticas.

Como ministro, antes de atingir a presidência, teve importante participação em alguns casos emblemáticos da corte. Teve muito destaque no seu voto pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, no julgamento do RE 579951 Rio Grande do Norte²², que proibiu a contratação de familiares de até terceiro grau em órgãos dos três poderes, caso em que foi relator, e na sua participação na Ação Penal 470²³, conhecida popularmente como o Mensalão.

Segue um trecho do voto do ministro no RE 579.951 Rio Grande do Norte²⁴, acerca do nepotismo:

O historiador Sérgio Buarque de Holanda, em sua clássica obra *Raízes do Brasil*, ao dissertar sobre as origens da dificuldade de separação entre o público e o privado pelos detentores do poder em nossa sociedade, afirmou: “Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles se auferem (*sic.*) relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro

²² _____, STF-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 579.951 RN**, de 20 de agosto de 2008. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE579951.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2018.

²³ _____, STF-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AP 470 MG**, de 20 de agosto de 2008. Disponível em < [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf](http://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf) >. Acesso em 24 ago. 2018.

²⁴ _____, STF-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 579.951 RN**, de 20 de agosto de 2008. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE579951.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2018.

Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.²⁵

É interessante notar no fragmento destacado uma argumentação baseada em temas da sociologia. Existe, assim, uma clara relação entre essa atuação de Lewandowski, como jurista no Supremo Tribunal, com o seu discurso de tomada de posse que viria a ser feito anos depois. O judiciário não é mais uma mera boca da lei; hoje está inserido em um contexto sociopolítico e a sua atuação é fortemente influenciada em função disso.

Além disso, tendo em vista os seus votos como integrante da corte, o ministro teve um importante papel no crescimento de audiências públicas dentro do STF. Relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 Distrito Federal²⁶, que discutia a constitucionalidade das ações afirmativas visando a facilitação do acesso de estudantes a Instituições de Ensino Superior, Lewandowski promoveu a participação de indivíduos interessados no tema e que poderiam trazer fundamentos válidos ao debate. Para tal, os participantes deveriam passar por um edital proposto pelo próprio ministro, explicando os pontos que pretendiam defender. Segue um trecho de uma reportagem que ilustra a atuação de Lewandowski:

O presidente do Supremo Tribunal Federal não pode atuar, exercer seu mister sem dialogar com aqueles que o cercam. Essa é a democracia participativa, essa fala foi do ministro Lewandowski durante a sua apresentação em seminário organizado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba (TJ-PB). O seminário Judiciário e democracia – perspectivas de efetividade, em João Pessoa.²⁷

Nesse contexto de diálogo entre instituições, percebe-se no judiciário, mais uma vez, não um órgão responsável apenas pela leitura do texto legal, mas um agente com preocupações sociais. Dessa forma, tornou-se difícil, no contexto do Supremo Tribunal, encontrar um voto sem uma fundamentação sociológica ou filosófica. Os exemplos do voto com base nos

²⁵ _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 579951/RN**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

²⁶ _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 579951/RN**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2018.

²⁷ _____. Supremo Tribunal Federal. **Presidente do STF defende diálogo com a sociedade na análise de temas sensíveis**. Brasília, 19 set. 2014. Disponível em: <Presidente do STF defende diálogo com a sociedade na análise de temas sensíveis>. Acesso em: 10 jun. 2018.

ensinamentos de Sérgio Buarque de Holanda e o crescimento da promoção de audiências públicas nos debates dentro do STF são dois grandes exemplos disso. Não obstante, percebe-se também como o ministro Ricardo Lewandowski corrobora com esse fenômeno.

Cabe destacar também a atuação do ministro na ADPF n.º 54 Distrito Federal²⁸, em que foi voto vencido junto do ministro Mauro César Peluso, votando contra a possibilidade de interrupção de gravidez em casos de feto com anencefalia. Segundo Lewandowski, não cabia ao judiciário versar sobre aquele tema em específico, tendo em vista que o legislador foi explícito nos casos em que o aborto é permitido, não deixando margem de interpretação aos órgãos jurisdicionais, como destacado no trecho abaixo:

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, **o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo**, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. **Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto**, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados. (Grifos nossos)²⁹

Percebe-se nesse discurso uma postura contra o *ativismo judicial*, visto que absteria o judiciário de decidir em casos, como afirma Maria Eugênia Bunchaft em seu artigo O julgamento da ADPF n. 54³⁰: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin:

No ensejo, um dos assuntos mais polêmicos envolvido no pronunciamento dos Ministros foi o voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski sobre os limites de atuação do STF; que deveria restringir sua atuação ao papel de legislador negativo, extirpando do ordenamento jurídico as normas constitucionais, e não como legislador positivo, criando uma nova causa de exclusão da ilicitude que não foi prevista pelo Código Penal. A principal crítica decorre do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional e sua inevitável liberdade interpretativa.³¹

²⁸ _____, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

²⁹ Ibid.

³⁰ _____, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

³¹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin**. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 65, p. 155-188, Dec. 2012. Disponível em

Lewandowski demonstra preocupação com os limites da atuação do judiciário, o que é peculiar dentro da realidade do Supremo Tribunal Federal, que é uma corte considerada como ativista por estudiosos.³² Assim, é interessante notar os dois tons da atuação de Lewandowski, visto que deixou claro, como demonstrado anteriormente, a sua opinião na defesa de um judiciário forte que não seja apenas mera “boca da lei”, mas que deve ter cautela para não invadir o campo de atribuição do poder legislativo.

Ainda, dois acórdãos do ministro que merecem atenção são a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439 Distrito Federal³³, que versou sobre a possibilidade de ensino religioso nas escolas públicas (havendo uma audiência pública no caso), e o Habeas Corpus 152.752 Paraná³⁴, que tratou da possibilidade do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva de responder o seu processo em liberdade. Em ambos acórdãos, o ministro adotou dois pilares fundamentais para sustentar a sua decisão: a justificativa legal e a justificativa empírica, como pode-se perceber nos trechos abaixo destacados:

Isso posto, e com a devido respeito pelas posições em contrário, concluo que o ensino confessional ou interconfessional nas escolas públicas, observadas as condições supra explicitadas, não apenas encontra guarida na Constituição, como também colabora para a construção de uma cultura de paz e tolerância e, mais, para um ambiente de respeito ao pluralismo democrático e à liberdade religiosa, razões pelas quais julgo improcedente o pedido inicial.³⁵

“Salta aos olhos que, em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 700 mil presos encarcerados em condições sub-humanas, dos quais 40% são provisórios, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais, principalmente, por magistrados de primeira e segunda instâncias, e até mesmo de tribunais superiores, segundo demonstram, fartamente, as estatísticas divulgadas por esta Suprema Corte e pelo CNJ.

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200008&lng=en&nrm=iso>. acesso em 30 Ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p155>.

³² KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 96, p. 69-85, July 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. acesso em 30 Ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>.

³³ _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mRL.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2018.

³⁴ _____. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752 Paraná**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2018.

³⁵ _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mRL.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2018.

Daí a relevância da presunção de inocência, concebida pelos constituintes originários no art. 5º, LVII, da Constituição vigente, com a seguinte dicção: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.³⁶

Assim, o ministro mostra-se preocupado não só em aplicar a lei nos casos em que julga, mas em como as suas decisões se desenvolverão no plano prático. Cabe ressaltar também que, na ADI destacada acima, Lewandowski trouxe no seu voto exemplos de ordenamentos jurídicos estrangeiros, reafirmando a sua admiração pelo direito comunitário debatido no seu livro “Globalização, Regionalização e Soberania”³⁷, que foi comentado anteriormente.

³⁶ _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152.752**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf>
Acesso em: 31 ago. 2018.

³⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

2. DEFINIÇÕES DE *ATIVISMO JUDICIAL*

Para a continuidade do presente trabalho, faz-se mister uma melhor compreensão do que significa a expressão *ativismo* judicial, sendo fundamental o estabelecimento do conceito desse termo para que seja realizada a análise da presidência de Lewandowski.

A expressão *ativismo* judicial surgiu nos Estados Unidos da América como uma maneira de criticar a atuação da Suprema Corte do país no período de 1954 até 1969, quando foi presidida por Earl Warren³⁸. Nesses anos, a atuação da corte foi muito marcada por um posicionamento progressista nos julgamentos, sobretudo, de questões acerca dos direitos fundamentais. Tal postura foi forte alvo de reclamações por parte da imprensa conservadora norte-americana, criando-se assim o adjetivo “ativista”, uma vez que, segundo os críticos, os julgadores estariam tendo uma leitura demasiadamente extensiva da letra da lei para tomar decisões de acordo com as próprias convicções político-ideológicas.

Com o passar dos anos, o conceito de *ativismo* foi ganhando uma nova conotação. Não necessariamente era tratado com essa carga negativa que era característica originária; ao contrário, passou a ser visto como um fenômeno positivo em situações nas quais a lei era omissa ou falha. Ademais, o nascimento do *ativismo* dá-se em um período em que o positivismo estava em cheque, em função do genocídio praticado pelos regimes totalitários antes e durante a Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, as discussões acerca do *ativismo* ganharam um impulso desde o Supremo Tribunal após o período da ditadura militar. Essa evolução fica nítida na obra de Siddharta Legale, “O STF nas ‘Cortes’ Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes”³⁹, que será destrinchada mais à frente no desenrolar do trabalho monográfico no qual se descreve uma Corte mais autocontida para um Corte mais ativista.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Cadernos da Escola de Direito, v. 2, n. 9, 2017.

³⁹ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-45, Jun 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100002&lng=en&nrm=iso>. acesso em 09 Out. 2018.

De autoria do próprio Ricardo Lewandowski, a única definição do termo *ativismo judicial* que se tem é a concedida no artigo “O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos”⁴⁰, conforme destacado abaixo:

Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. Por isso, ao invés de “ativismo judicial” ou “ativismo do Supremo Tribunal Federal”, prefiro utilizar a expressão “protagonismo” do Supremo Tribunal Federal e/ou, também, em conjunto, “protagonismo do Poder Judiciário”, como um todo, neste limiar do século XXI. Por quê? Porque nós estamos entrando na era do direito.⁴¹

No artigo, Lewandowski esclarece que não concorda com o termo *ativismo judicial*, pois o judiciário não tem uma atitude expansiva frente os outros poderes. O que os juristas denominados de *ativistas* fariam, segundo o ministro, seria apenas resolver lides polêmicas que atingem a esfera do judiciário, em resposta a demandas da população, não havendo uma busca real por parte dos juízes em intervir na realidade político, social e econômica. Portanto, não seriam os juízes precisamente, *ativistas*, mas protagonistas pela revolução jurídica que o mundo vive, onde os direitos são exigíveis de forma mais fácil do que no passado.

Como a produção de Lewandowski não é muito aprofundada na discussão do *ativismo judicial*, serão utilizadas neste trabalho as definições dadas por Luís Roberto Barroso, Carlos Alexandre Campos e as discutidas por Diego Arguelhes na mídia brasileira. Assim, poderá ser feita uma comparação entre a ótica jurídica e a ótica sociológica do *ativismo judicial*. Ainda, serão utilizados essas definições na análise de casos da presidência de Lewandowski.

2.1 Conceito

O conceito de *ativismo* é incerto e indeterminado. Pode-se dizer que existe um escopo muito amplo onde existem inúmeras definições distintas, ainda que carreguem certas semelhanças entre si.

Como versado acima, a origem do termo reside em uma atuação progressista da Corte Americana no início da segunda metade do século XX. No entanto, anos mais tarde, continuou a ser atribuída a expressão a uma nova Suprema Corte americana, composta majoritariamente

⁴⁰ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 77-85, 2009.

⁴¹ Ibid.

de membros conservadores. Assim, percebe-se que o *ativismo* não está atrelado a um viés político, mas a um comportamento, independente do seu objetivo.

No ensejo dar coerência a este trabalho, a expressão *ativismo judicial* aqui corresponderá à definição proposta por Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Na perspectiva deste trabalho, defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias⁴².

No texto “Explicando o avanço do *ativismo judicial* no Supremo”⁴³, Carlos Alexandre tece uma longa análise acerca da evolução *ativista* na corte, trazendo inúmeros casos que exemplificam esse processo. Um dos mais emblemáticos, já discutido no presente trabalho, é a decisão acerca da legalização do aborto no caso de fetos anencefálicos, no qual a decisão do STF culminou na criação de um inciso no artigo do Código Penal que trata sobre o aborto.

Ainda nesse texto de Carlos Alexandre, são definidas cinco dimensões de *ativismo judicial*:

Investigando decisões importantes da Corte, todas proferidas durante a vigência da Constituição de 1988, descrevo o comportamento decisório do Supremo e dos ministros sob a perspectiva multidimensional do ativismo judicial. Cumprindo essa tarefa eminentemente descritiva, desenvolvo cinco dimensões do ativismo judicial do Supremo: (i) dimensão metodológica (interpretativa); (ii) dimensão processual; (iii) dimensão estrutural ou horizontal; (iv) dimensão de direitos (dimensão negativa e dimensão positiva); (v) dimensão antidialógica.⁴⁴

As dimensões podem ser definidas da seguinte maneira: (i) dimensão metodológica – interpretações criativas e expansivas dos enunciados normativos legais e constitucionais, notadamente dos princípios constitucionais; (ii) dimensão processual – ampliação, por conta própria, de seus instrumentos processuais e da eficácia de suas decisões; (iii) dimensão

⁴² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. RIDB, ano 2, n. 8, 2013

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

estrutural ou horizontal – falta de deferência às capacidades legal e cognitiva dos outros poderes; (iv) dimensão de direitos (dimensão negativa e dimensão positiva) – interferência em ações regulatórias e coercitivas dos outros poderes e na formulação e execução de políticas públicas; (v) dimensão antidialógica – a afirmação da supremacia judicial.

Essas dimensões serão de extrema importância na análise da presidência de Lewandowski, pois serão analisados diversos aspectos do período, como súmulas e ações julgadas. Assim, serão realizadas análises com base nessas dimensões cedidas por Carlos Alexandre.

A partir de agora, me dedico a tratar de duas visões antagônicas acerca do *ativismo judicial*: a do ministro Luís Roberto Barroso e a da mídia, trazida por Diego Arguelhes.

2.2 Ativismo judicial sob prismas divergentes

Nessa parte do trabalho monográfico, serão trabalhadas as diferentes visões acerca da expressão *ativismo judicial*. Para tal, selecionei a perspectiva de um jurista, mais especificamente do ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, tendo em vista a vasta produção de textos que abarcam o tema do *ativismo*, e a perspectiva da imprensa, a qual será demonstrada por meio do texto do autor Diego Werneck Arguelhes “*Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira*”.

2.2.1 Perspectiva do Ministro Luís Roberto Barroso

Aqui, será discutida a visão do ministro Luís Roberto Barroso acerca do *ativismo judicial*, como explicado acima. Dessa forma, segue abaixo um trecho do seu texto “*Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*”⁴⁵:

O *ativismo judicial* é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele 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.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan. /mar. 2009

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 ⁴⁶.

O fragmento acima deflagra que o foco central do adjetivo *ativismo* está em uma postura, e não em um fim. O ministro vai adiante e define o termo como uma atuação do judiciário de preencher lacunas que, na maior parte das vezes, são deixadas pelo legislador, dando um novo sentido ao texto legal visando os seus desdobramentos práticos.

Nesse ímpeto, no mesmo texto, Barroso traz três exemplos de *ativismo judicial*: o primeiro exemplo é a aplicação direta da constituição em situações não previstas expressamente; o segundo são as declarações de inconstitucionalidade de atos legislativos, sob prerrogativa desses atos contrariarem a Constituição; e, por último, a condenação do Estado a tomar certas condutas, sendo a concessão de remédios a indivíduos em estado de necessidade o exemplo clássico.

2.2.2 O *ativismo judicial* de uma perspectiva sócio-política

Em contrapartida, cabe trazer ao debate o empirismo do termo, ou seja, como ele atua na sociedade e como, conseqüentemente, é enxergado pela mídia. Isso é fundamental ao trabalho pois é necessário entender a relação dialética⁴⁷ cada vez mais presente entre o judiciário e a sociedade.

Mais ainda, como observa Green⁴⁸ a forma como a expressão “ativismo judicial” e suas variações são utilizadas no debate público não-acadêmico sobre judiciário pode

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan. /mar. 2009

⁴⁷ GREEN, Craig. **An Intellectual History of Judicial Activism**. Emory Law Journal, v.58, n.5, 2009 apud ARGUELHES, Diego W.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro Molhano. (2012), **Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 40: 34-64

⁴⁸ Ibid.

contribuir para moldar, em última instância, a percepção que os juízes têm de qual seu papel e, com isso, influenciar o próprio comportamento judicial⁴⁹.

O trecho acima, ilustrando a relação dialética mencionada, faz parte do texto do autor Diego Werneck Arguelhes *Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira*, que será usado para se exemplificar como o *ativismo judicial* é encarado pela sociedade, em especial a mídia.

No texto em questão, Arguelhes faz uma reconstituição histórica da expressão e, em seguida, uma análise empírica de como alguns canais midiáticos brasileiros utilizam o termo, tratando de qual o sentido mais utilizado e se é uma utilização negativa ou positiva. Para fins deste trabalho, será analisada somente a segunda parte da obra em questão, visto que já foi debatida a origem histórica do termo e a sua polêmica definição.

Assim, o professor Arguelhes mapeia o uso do termo *ativismo judicial* especificamente em dois jornais, Folha de São Paulo e Valor Econômico. A partir daí, é delimitado o período analisado nos jornais, de 1998 a 2010 na Folha de São Paulo e de 2001 a 2010 no Valor Econômico, e são trazidas as expressões utilizadas que são sinônimos de *ativismo judicial*: (1) *ativismo judicial*, (2) *ativismo supremo*, (3) *juízes ativistas* e (4) *ativismo judiciário*.

Em seguida, o autor transcreve diversos trechos dos jornais para demonstrar como é utilizada a expressão, bem como seus sinônimos e o seu sentido em cada um em diferentes instâncias. São três classificações do *ativismo* segundo o autor: usurpação do poder do legislativo e do executivo pelo judiciário, engajamento político-social do judiciário e ocupação do vácuo deixado pelo legislador. Seguem abaixo alguns trechos de reportagens com grifos acrescentados:

Casos em que o uso da expressão se referiu a “engajamento político-social”:

Com atraso, a “Economist” avalia o embate entre Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes. Dá foto do primeiro e sublinha sua sintonia com a opinião pública. Mas diz que “Mendes fez algumas melhorias. Em particular, tirou proveito das reformas do sistema judiciário feitas pelo governo do presidente Lula em 2004 para as coisas se moverem mais rapidamente”. Sobre o embate, diz que confrontou “**filosofia judicial**”, opondo o “**ativismo judicial**” de Barbosa à “visão mais conservadora” de Mendes. Afirma que “isso é um degrau acima do debate usual no e sobre o Supremo e **soa como**

⁴⁹ ARGUELHES, Diego W.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro Molhano. (2012), **Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 40: 34-64

progresso. Mas ainda há caminho a percorrer e muitos processos a tirar” das pilhas. (FSP, Nelson de Sá, “Toda Mídia”, 2009)

É certo que não incumbe ao Poder Judiciário a tarefa de legislar, porém este costuma atuar como **legislador negativo**, visto que pode retirar a vigência de uma norma jurídica quando esta se encontra em desacordo com o disposto constitucionalmente. Em todas as nações do mundo compete ao Poder Judiciário exigir o correto cumprimento da lei e, em especial, resguardar que esta tenha sua interpretação mais harmônica com o restante de seu ordenamento jurídico. O Supremo, quando no exercício de sua função precípua, decidiu de forma clara, responsável e segura ao resguardar a segurança jurídica do país quando determinou que a decisão do TSE só produz efeitos a contar de sua publicação, respeitando, desta forma, os princípios da legalidade e da anterioridade. Fortaleceu o Poder Judiciário ao determinar que só irão ser cassados os mandatos em decisão proferida pelo TSE por decisão transitada em julgado após o devido processo legal, garantidos ao réu todos os direitos constitucionais de natureza processual e, desta maneira, resguardando os “infieis” em um poderoso escudo contra humores políticos. Ao confirmar a constitucionalidade da decisão do TSE, o Supremo abriu caminho para um novo **ativismo judicial** em nosso país. Nossa suprema corte parece estar, finalmente, aceitando a importante função política do Poder Judiciário. Caso esta tendência se confirme, poderá ser uma mudança salutar ao país. (VE, Sandro Schmitz dos Santos, “O ativismo judicial e a segurança jurídica”, 2007).

Casos em que o sentido da expressão se refere à “usurpação de poder”:

A JUSTIÇA Eleitoral vive um período de grande **ativismo**. A foice judiciária atingiu agora 13 dos 55 vereadores de São Paulo. Na raiz da decisão do juiz Aloísio Sérgio Rezende Silveira está a doação suspeita da Associação Imobiliária Brasileira (AIB) aos vereadores... Não deixa de causar estranheza, contudo, o motivo indicado pelo juiz para livrar quatro vereadores da perda do mandato: o valor auferido por eles da AIB não teria sido significativo, pois ficou abaixo de 20% do total arrecadado na campanha. Eis um caso flagrante em que o **ativismo judicial** resvala para a usurpação da função legislativa. É fato, **lamentável**, que o Congresso, nessa questão, ou se omite ou envereda em casuísmos. O Tribunal Superior Eleitoral cogitou de criar normas mais rígidas para coibir as chamadas doações ocultas, em que empresas repassam somas altas a partidos para camuflar vínculos com candidatos. O expediente não teria evitado ações como a da AIB, mas vedaria uma das brechas pelas quais o dinheiro influencia de modo obscuro a eleição. (FSP, Editorial, “O ciclo da impunidade”, 2009) Há uma crescente percepção de que o Poder Judiciário vem ultrapassando as competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal, para atuar na formulação e implementação de políticas públicas as mais diversas: eleitorais e partidárias, de educação, saúde, privatização etc. Passa da aplicação do direito (no sentido mais amplo, bem entendido, não estritamente legalista) à criação do direito. **Usurpa, não raro, a função tipicamente legislativa.** Bem verdade que isso se deve, em parte, à inação do Poder Legislativo, que, ao invés de legislar, investiga, por meio de CPIs. Mas decorre principalmente da progressiva infiltração de uma **ideologia que prega a maior intervenção do juiz na correção de mazelas sociais, econômicas e políticas.** Ideologia esta conhecida como **ativismo judicial.** (VE, “O Poder Judiciário e o ativismo judicial”, 2007)

Trechos em que o *ativismo judicial* constrói sentido de “ocupação de vácuo de poder”:

A revogação da Lei de Imprensa e o início do julgamento de ações sobre o sistema de saúde nacional, promovidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal) na última semana, mostraram que a **lentidão do Congresso** em aprovar leis que regulamentem direitos fundamentais está custando ao Legislativo perda de poder. O vácuo criado pelos legisladores vem permitindo ao **STF ampliar cada vez mais sua esfera de atuação**

institucional. Cidadãos têm procurado na Justiça a solução de problemas ou a garantia de direitos não garantidos em lei - cujos projetos muitas vezes estão empacados no Congresso por décadas... Oscar Vilhena Vieira, professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, afirma que o país convive hoje com uma “supremocracia”, uma vez que nos últimos anos o STF ampliou seu poder sobre as instâncias inferiores do Judiciário, e está atuando nas lacunas deixadas pelo Legislativo. “Com a omissão do Parlamento em tomar decisões sobre questões fundamentais e a perda da autoridade moral do Congresso, há uma expansão dos demais poderes”, diz ele. “Tradicionalmente, no Brasil, essa expansão era do Executivo. A partir dos últimos quatro ou cinco anos, o Supremo passou a ser o poder que mais expande sua autoridade.” (FSP, “Omissão do Legislativo dá espaço à ‘supremocracia’”, Ana Flor e Flávio Ferreira, da Reportagem Local, 2009)

O Senado Federal aprovou regras sobre o nepotismo no ano de 1997. Desde o fim dos anos 90 até hoje, o que temos visto diretamente de Brasília é que a Câmara dos Deputados vem empurrando o assunto com a barriga, sob os mais variados e duvidosos pretextos. Mas o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu colocar um basta nisso. Uma das principais razões para a recente edição da Súmula Vinculante nº 13, que proíbe o nepotismo nos três poderes, pelo Supremo, reside nessa omissão legislativa. Durante décadas, nossa corte suprema, sob o império da **visão legalista** - de que todo o direito está fundado na lei -, sempre aceitou servilmente a renitente omissão do legislador. Dizia- -se: sem lei nada pode ser feito. Agora, com a vigência da matriz constitucionalista, considerando-se que a lei foi destronada e que a importância do legislador foi mitigada, uma vez constatado **o vácuo legislativo**, vem o Supremo assumindo uma nova postura, a de regrador geral do país. Ou seja: tolerância zero para as omissões legislativas. Se quem dá as regras tem as rédeas na mão, parece lícito concluir que **o Supremo, decisivamente, neste século XXI, está assumindo o posto de “senhor do direito”** (VE, Luis Flávio Gomes, “O Supremo e a omissão do Poder Legislativo”, 2008)

Nessa conjuntura, pode-se perceber que o termo *ativismo judicial* foi amplamente utilizado, tanto com conotações positivas quanto negativas.

No gráfico realizado na conclusão de seu texto, Arguelhes mostra que *ativismo judicial* é utilizado das seguintes formas: (1) como ocupação de vácuo deixado pelo legislativo em 15% das reportagens da Folha de São Paulo e em 25% das reportagens do Valor Econômico, (2) como engajamento político-social em 44% na Folha de São Paulo e em 19% no Valor Econômico e (3) como usurpação do poder do legislativo e do executivo (o uso da sua polaridade mais negativa) em 41% na Folha 56% no Valor.

Essa leitura do *ativismo* é fundamental pois se distancia muito do sentido atribuído pelo ministro Barroso⁵⁰. Para o jurista, *ativismo* é, na maioria dos casos, a simples ocupação de

⁵⁰ O *ativismo judicial* é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele 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. – BARROSO, Luís Roberto (2009)

lacunas deixadas pelo legislativo, enquanto na visão midiática, estudada por Arguelhes a realidade é completamente distinta. Cabe ressaltar que Barroso cedeu sua definição em um artigo publicado no ano de 2009, enquanto as análises de Arguelhes abarcam em linhas gerais os dez primeiros anos do século XXI, o que demonstra que ambas percepções sobre o que é *ativismo* convivem no mesmo momento sócio-político do Brasil.

Arguelhes finaliza demonstrando, numericamente, que na Folha de São Paulo 59% dos usos da expressão possuem conotação negativa contra 41% de conotação positiva, ao passo que no Valor Econômico, a estatística é de 75% de conotação negativa contra 25% de positiva. Mais uma vez, a pesquisa se contrapõe à perspectiva de Barroso, que enxerga o *ativismo* como algo positivo.

Portanto, quedam-se definidos o conceito adotado e os prismas pelos quais pode se compreender o *ativismo judicial*, o que será fundamental na definição da corte de Lewandowski como ativista. Posto isso, pode-se partir ao próximo capítulo deste trabalho.

3. MOMENTO HISTÓRICO-POLÍTICO DO BRASIL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Além de uma maior compreensão do que é *ativismo judicial*, é fundamental à presente pesquisa o entendimento do processo histórico do Supremo Tribunal Federal que culminou na presidência do ministro Lewandowski.

Do ponto de vista histórico, a Suprema Corte do Brasil teve seu embrião em 1808, com a chegada da Corte portuguesa ao Brasil. Naquele momento, o rei João VI criou a chamada Casa da Suplicação, que serviria como uma última instância do Judiciário, onde não seria cabível a interposição de recursos contra as suas decisões. Anos mais tarde, com a independência do Brasil frente a Portugal, a Casa da Suplicação foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, criado por Lei Imperial em 1828, havendo a transferência dos juízes que compunham a Casa da Suplicação ao recém-criado Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal, propriamente dito, foi instituído em 1890, por decreto, logo após a proclamação da República em 1889, e definitivamente estabelecido na carta constitucional de 1891 como a última instância do judiciário brasileiro. Esta nova corte substituiu o antigo Superior Tribunal de Justiça, que seria recriado com uma nova função décadas mais tarde.

Dentro de sua história, o STF apresenta dois períodos especificamente turbulentos: durante o Estado Novo (1937-1945) e durante o governo militar (1964-1985), sobretudo após o AI5 em 1969. Nesse Ato Institucional, houve a aposentadoria compulsória de três ministros da corte, Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva, todos considerados de esquerda pelos militares que ocupavam o poder à época. Esse acontecimento é um exemplo de como a balança entre os três poderes ficou-se desequilibrada durante os governos militares entre 1964 e 1985.

Os três Ministros cassados eram juristas, escritores, jornalistas e, sobretudo, políticos. Na década precedente ao regime militar, circulavam no mais alto escalão da República, muitas vezes se revezando em cargos-chave, como os de Primeiro-Ministro, Chanceler e Chefe da Casa Civil. Nunes Leal foi Ministro da Casa Civil de JK. A mesma cadeira foi ocupada por Evandro Lins e Silva no governo João Goulart

e, entre os dois períodos, Hermes Lima foi Primeiro-Ministro no regime parlamentarista e Lins e Silva assumiu o cargo de Chanceler do Brasil.⁵¹

Após esse episódio, o STF atravessou um período de grande hipertrofia do poder político no executivo, que só mudou na década de 80, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse momento, inicia-se a “Corte Moreira Alves”⁵², onde houve um grande crescimento nas discussões acerca do controle de constitucionalidade, definindo-se o instituto como um processo objetivo, visando somente a preservação da Constituição quando confrontada por textos normativos distintos. Em seguida, com a aposentadoria por idade do ministro Moreira Alves em 2003, que foi substituído por Joaquim Barbosa, tem início um período onde a figura de mais destaque do STF passa a ser o ministro Gilmar Mendes, iniciando-se a “Corte Gilmar Mendes”⁵³.

Nesse sentido, será traçado na próxima sessão (4.1) um histórico desde a promulgação da Constituição e os anos da “Corte Moreira Alves” até a presidência de Gilmar Mendes, que foi sucedida pelas presidências de Cezar Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa, até que, finalmente, chegaremos ao biênio presidido por Lewandowski.

3.1 Evolução do Supremo Tribunal Federal: de Moreira Alves a Gilmar Mendes

Finda a Ditadura Militar, as discussões jurídico-políticas no Brasil se desenvolveram muito. Os contornos democráticos adquiridos com a volta das eleições integrais nas três esferas federativas e a nova constituição, principalmente, garantiram a reformulação do sistema de freios e contrapesos entre o judiciário, o legislativo e o executivo.

Nesse contexto em que se inicia uma nova fase no STF, como aponta Siddharta Legale⁵⁴, Moreira Alves é o representante fundamental desse período da Corte:

⁵¹ _____ . Supremo Tribunal Federal. **120 anos do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 28 fev. 2011. Disponível em: <Presidente do STF defende diálogo com a sociedade na análise de temas sensíveis>. Acesso em: 16 ago. 2018.

⁵² FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes**. Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 23-45, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>>. Acesso em: 19 set. 2018.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid

É possível organizar em **três eixos** a jurisprudência da época em que o Ministro Moreira Alves atuou decisivamente no STF que podem até não ser uma completa novidade, mas, no mínimo, ganharam novas luzes: (i) a definição e **caracterização de certas formas de controle** como processo objetivo, bem como a aplicação de duas **técnicas interpretativas**, quais sejam, interpretação conforme e o princípio da proporcionalidade; (ii) os **efeitos da decisão em cautelar** ou da ação em si, se poderiam ser considerados ainda constitucionais apelando ao legislador, bem como se seriam **ex tunc, ex nunc, inter partes ou erga omnes**; e (iii) o **controle da inconstitucionalidade por omissão**. (Grifos nossos)⁵⁵

Dentre os eixos apontados por Siddharta Legale, o mais interessante para a presente pesquisa é notar como o controle de constitucionalidade ganhou um novo espaço no STF. Isso fica nítido pela Corte Moreira Alves ter como marca registrada o cunho de “legislador negativo”, o que se mostrou nas ações de controle de constitucionalidade por omissão. Com certeza, isso foi uma evolução gradativa para que o Supremo Tribunal Federal viesse a ser denominado de legislador positivo, como afirmam alguns críticos⁵⁶.

Um caso que exemplifica bem o controle de constitucionalidade por omissão é o Mandado de Injunção nº. 232, no qual o Centro de Cultura Professor Luiz Freire alegou omissão constitucional pela não promulgação de uma lei que concederia a entidades beneficentes de assistência social imunidade da contribuição para seguridade social. Além disso, foi descumprido o artigo 59 do ADCT, que previa o prazo de seis meses para a produção de tal lei. Assim, o mandado de injunção foi declarado procedente, e foi estipulado um novo período de seis meses para que o Congresso Constitucional votasse a lei em questão.

Portanto, pode-se considerar a “Corte Moreira Alves” como um período importante na discussão acerca do *ativismo judicial* dentro do Supremo Tribunal Federal. Ainda que o ministro não possa ser considerado como ativista, em especial quando comparado com Gilmar Mendes, Moreira Alves contribuiu imensamente para a evolução do controle de constitucionalidade, afastando a conceituação e a carga subjetiva que esse processo possuía no passado.

⁵⁵ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes**. Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 23-45, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>>. Acesso em: 19 Set. 2018.

⁵⁶ Um exemplo dessa atribuição de legislador positivo ao STF está na obra de João Cláudio Carneiro de Carvalho, “O STF COMO LEGISLADOR POSITIVO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANALISANDO OS ARGUMENTOS DOS MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI E LUÍS ROBERTO BARROSO NA ADPF 54.”

Com a aposentadoria de Moreira Alves em 2003, inicia-se a “Corte Gilmar Mendes”, ou seja, o período do STF em que Gilmar era o ministro de mais destaque, possuindo uma espécie de liderança no tribunal. Novamente, percebe-se uma evolução no debate acerca do controle de constitucionalidade, o que já era mais do que esperado, tendo em vista os vastos estudos que o ministro apresentava acerca do tema. Isso fica nítido nos seus trabalhos sobre a doutrina alemã, que desenvolveram muito o debate sobre o controle de constitucionalidade no período pós-guerra. Pode-se ter como exemplo o seu livro “Curso de Direito Constitucional (2007)”, no qual Gilmar reserva um terço do livro para tratar de controle de constitucionalidade, afirmando:

Consagra Hesse, assim, uma concepção material de Constituição que se esforça por conciliar legitimidade material e abertura constitucional. Limitar-nos-emos aqui a enunciar essa ideia de Constituição como ordem jurídica fundamental, uma vez que ela contém uma perspectiva de legitimidade material e de abertura constitucional, possibilitando compatibilizar o controle de constitucionalidade – que pressupõe uma Constituição rígida – com a dinâmica do processo político-social.⁵⁷

Esse trecho é de grande relevância, visto que Gilmar demonstra um caráter extremamente ativista, ao defender o controle de constitucionalidade como ferramenta para promover a flexibilização de uma constituição rígida adaptando-a à realidade político-social do país. Não é à toa que o professor Siddharta Legale trata da “Corte Gilmar Mendes” como um período de grande *ativismo* e de um ambiente político muito mais judicializado do que houve no passado⁵⁸.

Dentre os casos mais emblemáticos do período, cabe trazer à discussão presente a decisão do Mandado de Injunção n. 708. Nessa votação acerca da greve de professores da administração pública, estava em pauta a discussão sobre a possibilidade de haver paralisação, tendo em vista que o poder legislativo ainda não havia regulamentado lei especial para reger tal possibilidade de greve. Os ministros do STF decidiram pela adoção, nesse caso concreto, da aplicação da lei de greve que rege o regime trabalhista privado. Essa decisão foi foco de grande discussão, pois o Tribunal deixou de ter, a partir daí, apenas um papel de atuação na inconstitucionalidade por omissão ou uma determinação de uma providência que deveria ser tomada pelo legislativo, começando nesse momento a decidir a legislação a ser utilizada. No voto seu voto, Gilmar

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Saraiva Educação SA, 2016.

⁵⁸ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes**. Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 23-45, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>>. Acesso em: 19 Set. 2018.

Mendes utilizou a expressão “normativa concretizadora” ensejando a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, decidindo com base nisso no entendimento da greve em questão como legal, ainda que não houvesse a devida legislação específica que a regulasse. Isso demonstra uma postura mais ativista da corte.

Ademais, “Corte Gilmar Mendes” teve como marcas importantes a introdução da repercussão geral como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, com o intuito de filtrar mais os processos que atingem o STF, e a adoção das súmulas vinculantes. Tais súmulas, de uma maneira geral, já existiam há décadas nos tribunais superiores do Brasil, e sempre tiveram contornos legislativos, visto que isso ajuda na uniformização da jurisprudência. No entanto, a súmula vinculante atua de forma muito mais restritiva à atuação do judiciário nas suas decisões, o que possui um tom legislador ainda mais forte que as demais súmulas, ou seja, com a introdução das súmulas vinculantes, atenua-se a linha que separa o poder legislativo e o poder judiciário.

Dentre as súmulas vinculantes editadas no período, Siddharta Legale faz menção⁵⁹ a duas especificamente: à Súmula Vinculante nº. 11 e a de nº. 25. A 11ª estabeleceu que somente será permitido o uso de algemas em detidos caso haja resistência, fundado receio de fuga ou perigo de o preso agredir fisicamente algum indivíduo. A 25ª, por sua vez, proíbe a prisão civil de depositário infiel, tendo como base o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos assinados pelo Brasil, tornando inaplicáveis o artigo 652 do Código Civil e o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição brasileira, ainda que os Tratados Internacionais tenham hierarquia supralegal e infraconstitucional.

No total, foram vinte e oito Súmulas Vinculantes editadas somente na presidência de Gilmar Mendes (23/04/2008 a 23/04/2010). Esse número é bem significativo, na medida que hoje existem cinquenta e seis Súmulas no total, sendo a mais antiga do ano de 2007. Ou seja, metade das Súmulas de caráter Vinculante que existem foram produzidas na presidência do

⁵⁹ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes.** Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 23-45, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>>. Acesso em: 19 Set. 2018.

ministro Gilmar Mendes, o que é um fortíssimo indicador de *ativismo judicial*, tendo em vista o caráter legal que a Súmula Vinculante assume.

Outro marco importante da “Corte Gilmar Mendes” o aumento nos números de audiências públicas. O exemplo mais famoso refere-se ao julgamento sobre a constitucionalidade da instituição do sistema de cotas no ingresso de universidades públicas, onde foi cedido espaço na corte para a participação de grupos favoráveis e contrários à aprovação das cotas, compostos por indivíduos que não possuíam relação jurídica para com o processo, mas que possuíam elevado grau de conhecimento acerca do assunto.

Finalmente, pode-se afirmar que a referida “Corte” foi dotada de alto grau de *ativismo* se comparado aos anos de Moreira Alves. Isso resta claro nesse parágrafo de Siddharta Legale⁶⁰:

Apresentamos os principais julgados Supremo Tribunal Federal relacionados ao período próximo aos anos de 2008 a 2010. A data não foi escolhida de forma aleatória: os anos de 2008 a 2010 foram aqueles sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes. O momento representou para o Supremo Tribunal Federal uma **confluência entre o civil law e o sistema da common law**. Caminhamos em direção a uma **jurisprudência que assume o papel não apenas de dizer o direito, mas também o de criá-lo, de concretizá-lo**. Foram, sem dúvida, anos de judicialização da vida e da política, permeados por um **ativismo judicial mais acentuado**, o que não significa que o Ministro Gilmar Mendes possa ser considerado sem maiores reflexões e sempre ativista. (...) Nossa conclusão quanto ao período se limita a dizer que se constata um maior ativismo no sentido do senso comum, quando comparamos esse período com o anterior: a Corte Moreira Alves. **Contribuíram para isso os instrumentos processuais disponíveis**, como a reclamação, a repercussão geral no recurso extraordinário, o crescimento do número de súmula vinculante e o novo perfil do mandado de injunção. No entanto, a principal mudança foi a de mentalidade: a Constituição dotada força normativa, a corte constitucional como espaço aberto à sociedade civil em audiências públicas e o Judiciário como uma importante instituição contramajoritária. (Grifos nossos)

Posto isso, pode-se seguir em frente ao contexto do Supremo Tribunal Federal após a presidência de Gilmar Mendes.

⁶⁰ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes**. Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 23-45, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>>. Acesso em: 19 Set. 2018.

3.2 Depois da “Corte Gilmar Mendes”

Passada a presidência de Gilmar Mendes, o ministro que teve lugar na sucessão presidencial da corte foi Cezar Peluso. Logo no seu discurso de posse é possível ver uma preocupação com discussões acerca do *ativismo judicial* no STF:

Mas a estabilidade, essa transpira a possível certeza do Direito, que, reafirmada e assegurada pelas **decisões judiciais na interpretação e aplicação do ordenamento**, é capaz, não de extinguir os conflitos intersubjetivos e as turbulências políticas, as que envolvem a *polis*, mas de lhes **por termo racional**, enquanto condição ineliminável de da fidelidade da ação humana a si mesma e da sobrevivência de uma sociedade civilizada.

Concretizá-la tem sido o papel eminente e a **grande contribuição desta Corte ao país**, sobranceira a **injustas acusações de ativismo político**, porque consciente do dever jurídico de **dar respostas constitucionais necessárias a demandas sociais oriundas da incapacidade de soluções autônomas**.⁶¹ (Grifos nossos)

Em um primeiro momento, percebe-se um posicionamento pró *ativismo* do ministro, que o trata como algo indispensável ao bem-estar institucional da sociedade brasileira. Nesse sentido, Peluso refere-se às críticas ao *ativismo* do STF como injustas. A ideia que tal discurso transmite é de continuidade à postura *ativista* de Gilmar Mendes. Interessante notar que o discurso de Peluso dialoga com o texto de Diego Arguelhes⁶², ainda que sem intencionalidade. Peluso traz uma queixa acerca das críticas advindas da imprensa, que acusaria o judiciário de *ativismo político*. Essas queixas são perfeitamente condizentes com a conclusão de Arguelhes⁶³, que o *ativismo* tem um cunho majoritariamente negativo nos jornais que foram objetos de sua análise (Folha de São Paulo e Valor Econômico).

No plano prático, é possível afirmar que a ideia transmitida no discurso de posse não foi completamente fiel aos votos produzidos por Cezar Peluso. Na ADPF 54/DF⁶⁴, o ministro foi

⁶¹ PELUSO, Cezar. **Discurso de posse**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoPeluso.pdf>>. Acesso em set. de 2018.

⁶² ARGUELHES, Diego W.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro Molhano. (2012), **Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 40: 34-64

⁶³ Ibid.

⁶⁴ _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde**. Voto do Min. César Peluso. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.12/04/2012e. Informativo do STF n. 661. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF%20e%20interrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20gravidez%20de%20feto%20anenc%C3%A9falo%20-%202026>>. Acesso em: 30 set 2018.

um dos únicos, junto a Lewandowski, a votar contra a permissão de aborto nos casos de fetos anencefálicos, como mencionado anteriormente nesse trabalho. Ressalto que a base do posicionamento de Lewandowski nessa ADPF fora, principalmente, a sua crença de que não cabia ao judiciário tomar uma decisão que poderia modificar a legislação do Código Penal, o que demonstra uma preocupação com a separação de competências do judiciário e do legislativo assim como uma postura não *ativista* do ministro. No caso de Peluso, as razões que deram suporte ao seu posicionamento foram, em sua maioria, filosóficas, ou seja, se posicionou contra o aborto de fetos anencefálicos por visões subjetivas contrárias ao aborto e a favor do feto. Peluso divide seu voto em nove tópicos mais uma conclusão, e somente nos pontos segundo e oitavo trata da questão legal do aborto em questão (no tópico dois são trazidos os argumentos legais do Código Penal e no tópico oito é debatido o fato de ser competência do legislativo a liberação ou não do aborto de fetos anencefálicos). Nos demais pontos de seu voto, o núcleo da argumentação constrói-se com base em fatores principiológicos e filosóficos sobre o aborto, em contraposição a Lewandowski, que teve como foco central a preocupação da competência do tema ser ou não do poder legislador.

Assim, ainda que não seja o tema central do voto de Peluso, pode-se notar uma postura *antiativista*, ou *autocontida* (contrária à *ativista*), em seu voto. Contrariando o seu discurso de posse, Peluso, ainda que de forma secundária, demonstrou uma preocupação entre a invasão do poder judiciário na competência legislativa.

No quesito de Súmulas Vinculantes, que também é um indicativo de *ativismo judicial*, a presidência de Peluso foi definitivamente mais modesta que a de Gilmar Mendes. Somente uma Súmula Vinculante, a de número 32, foi editada entre 04/2010 e 04/2012.

Indo adiante, o presidente que sucedeu Cezar Peluso foi Ayres Britto. Contudo, ainda no primeiro ano de presidência da Corte, o ministro se aposentou e deixou o comando do STF vago, sendo substituído por Joaquim Barbosa. Mesmo com um mandato curto, cabe aqui uma ligeira análise do discurso de posse do ministro Ayres:

8. Já o melhor governo possível, porque não basta aos parlamentares e aos chefes de Poder Executivo a legitimidade pela investidura. É preciso ainda a legitimidade pelo exercício, somente obtida se eles, membros do poder, partindo da vitalização dos explícitos fundamentos da República (“soberania”, “cidadania”, “dignidade da pessoa humana”, “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, “pluralismo político”), venham a concretizar os objetivos também explicitamente adjetivados de

fundamentais desse mesmo Estado republicano (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização (a maior de todas as políticas públicas) e reduzir as desigualdades regionais e sociais”, “promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza”. Posição em que também fica o Poder Judiciário, estrategicamente situado entre os fundamentos da República e os objetivos igualmente fundamentais dessa República. Mas há uma diferença, **os magistrados não governam. O que eles fazem é evitar o desgoverno, quando para tanto provocados.** Não mandam propriamente na massa dos governados e administrados, mas impedem os eventuais desmandos dos que têm esse originário poder. Não controlam permanentemente e com imediatidade a população, mas têm a força de controlar os controladores, em processo aberto para esse fim. Os magistrados não protagonizam relações jurídicas privadas, enquanto magistrados mesmos, porém se disponibilizam para o equacionamento jurisdicional de todas elas. Donde a menção do Poder Judiciário em terceiro e último lugar (há uma razão lógica e cronológica) no rol dos Poderes estatais (primeiro, o Legislativo, segundo, o Executivo, terceiro, o Judiciário), **para facilitar essa compreensão final de que o Poder que evita o desgoverno, o desmando e o descontrole eventual dos outros dois não pode, ele mesmo, se desgovernar, se desmandar, se descontrolar. Mais que impor respeito, o Judiciário tem que se impor ao respeito,** me ensinava meu pai, João Fernandes de Britto juiz de direito de carreira do Estado Sergipe e da minha cidade Propriá. (Grifos nossos).⁶⁵

Nesse recorte, percebe-se a defesa de um judiciário forte e politicamente ativo no cenário brasileiro. Assim, pode-se afirmar que Ayres Britto segue a linha adotada pelos discursos de posse de Gilmar e de Peluso. Concernente a súmulas vinculantes, não houve nenhuma produção nos meses de Ayres, porém isso não pode ser utilizado como um argumento *anti-ativista*, tendo em vista a curta duração da presidência. Devido a esse precoce fim, passarei a analisar a presidência de Joaquim Barbosa, que deu continuidade ao biênio.

O discurso de posse do primeiro presidente negro do Supremo Tribunal Federal foi modesto comparado aos que o antecederam, sendo a grande maioria deste composta por agradecimentos a figuras que fizeram parte do trajeto de Joaquim Barbosa. O único pequeno trecho em que o jurista chega próximo a um discurso acerca do *ativismo judicial* pode ser lido abaixo:

O Poder Judiciário passa por grandes transformações e por uma inserção sem precedentes na vida institucional brasileira — como bem salientou, ainda há pouco, o ilustre Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Nesta Casa e nos demais Tribunais do País, são discutidas, cada vez mais, as centrais questões de interesse da vida do cidadão comum brasileiro, e isso é muito bom, é muito positivo.⁶⁶

⁶⁵ BRITTO, Carlos Ayres. **Discurso de posse no STF.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoAyresBritto.pdf>>. Acesso em set. 2018.

⁶⁶ BARBOSA, Joaquim. **Discurso de posse no STF,** Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_Possepresidencial_JoaquimBarbosa_NOVACAPA.pdf>. Acesso em set. 2018.

Partindo para o período da sua presidência em si, somente uma Súmula Vinculante foi produzida. No campo decisório, pode-se afirmar que Barbosa não foi um ministro *ativista*. Isso é percebido nos seus votos tanto no Recurso Extraordinário 582.525 (que definiu a inconstitucionalidade da tributação de empresas sediadas no exterior ainda que coligadas com multinacionais ou sócios brasileiros) quanto na Ação Penal 470 (acerca do cabimento de embargos infringentes na ação penal do mensalão). Em ambos os casos, Barbosa votou em conformidade à maioria da corte sem invadir a competência do poder legislativo, atuando como legislador negativo, caracterizando assim uma presidência de baixo grau de *ativismo judicial*.

Nessa conjuntura, conclui-se que o STF, após a “Corte Gilmar Mendes” passou de um período de *ativismo* muito forte para um período mais moderado com as presidências de Cezar Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Resta agora a análise aprofundada da presidência de Roberto Lewandowski e a comparação desta com as anteriores, para que possa ser denominada de *ativista* ou não.

4. ANÁLISE DA PRESIDÊNCIA DE RICARDO LEWANDOWSKI (2014-2016)

O presente capítulo é dedicado exclusivamente aos anos de presidência de Ricardo Lewandowski, tomando como base de análise o seu discurso de posse e os casos que mais marcaram o biênio. A partir disso, será proposta uma reflexão acerca da sua presidência poder ser caracterizada como um período *ativista* ou não. Para tanto, serão consideradas a definição do Professor Carlos Alexandre⁶⁷ e a comparação com o *ativismo* das presidências que antecederam a de Lewandowski (de Gilmar Mendes até Joaquim Barbosa).

4.1 Discurso de posse

Como debatido anteriormente, o discurso de posse⁶⁸ é um parâmetro relevante para observar as ideias iniciais do ministro escolhido para a presidência e como isso refletirá na sua atuação no tribunal. O discurso de Lewandowski já foi abordado na Introdução deste trabalho (cf. Capítulo 2), contudo é importante realizar uma análise mais aprofundada.

Possivelmente, o discurso de posse de Lewandowski é, dentre todos os existentes, o que mais tratou de *ativismo judicial* em conjunto da ideia de politização da justiça e judicialização da política. Esse traço marcante pode ser observado logo no primeiro parágrafo do texto.

Em seguida, o ministro trata da evolução do papel sócio-político do poder judiciário. Assim, nas palavras do jurista, “o Judiciário confinado, desde o século XVIII, à função de simples *bouche de la loi*, ou seja, ao papel de mero intérprete mecânico das leis, foi pouco a pouco compelido a potencializar ao máximo sua atividade hermenêutica de maneira a dar concreção aos direitos fundamentais, compreendidos em suas várias gerações”. Ademais, discute-se o desafio contemporâneo do judiciário de agir com celeridade, especialmente frente ao crescimento do número de processos com o advento da Constituição de 88 no Brasil, que aproximou a população do universo jurídico por meio da inafastabilidade da jurisdição.

⁶⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. RIDB, ano 2, n. 8, 2013

⁶⁸ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse como presidente do Supremo Tribunal Federal**. Brasília – DF, 10/09/2014.

Além disso, Lewandowski continua sua narrativa afirmando que, em função do judiciário não ser apenas a *boca da lei*, houve uma significativa mudança no embasamento das decisões. Com isso, passou a haver um alicerce principiológico mais direto, superando a cultura tradicional de se decidir com base na letra da lei. Nesse contexto, torna-se mais compreensível a atenuação da linha entre o judiciário e os outros poderes, visto que os órgãos julgadores passam a decidir em função de princípios e, muitas vezes, de questões sociais, promovendo uma politização neste poder. Alguns exemplos desse processo, cedidos pelo ministro-presidente, são as decisões do STF acerca da greve dos servidores públicos, da pesquisa com células-tronco embrionárias humanas, da demarcação de terras indígenas, dos direitos decorrentes das relações homoafetivas, das cotas raciais nas universidades e do aborto de fetos anencéfalos. Conseqüentemente, a carga de processos que recai sobre os órgãos jurisdicionais cresceu exponencialmente, o que levou o ministro, no discurso em questão, ao comprometimento com a diminuição desse número de processos em trâmite. Ele propõe aumentar a celeridade destes, por meio de inovações como o investimento nos meios de decisão eletrônicos, além da ampliação do número de súmulas vinculantes e do estímulo das resoluções alternativas de conflito, como mediação e arbitragem.

Ainda são apresentadas como propostas a ressalva à independência e harmonia entre os três poderes, na qual o judiciário deve se ater ao preenchimento de lacunas, não ultrapassando o limite do legislador negativo. Isso seria feito por meio do estímulo do diálogo institucional dentro do próprio judiciário e do judiciário com a sociedade, por meio do incentivo do *amicus curiae* e das audiências públicas.

Todavia, Lewandowski deixa claro no seu discurso a necessidade de um judiciário forte e atuante internacionalmente, que promova um diálogo que transcenda as questões nacionais, além de gerar a promoção de institutos do direito comunitário, tal como ocorre na Europa. Esse posicionamento, aos olhos do ministro, é de grande importância ao desenvolvimento da aplicabilidade dos direitos fundamentais.

O presidente finaliza seu discurso afirmando a necessidade do judiciário fortalecido para que os problemas sociais pudessem ser solucionados:

Nós também temos um sonho: o sonho de ver um Judiciário forte, unido e prestigiado, que possa ocupar o lugar que merece no cenário social e político deste País. Um Judiciário que esteja à altura de seus valorosos integrantes, e que possa colaborar

efetivamente na construção de uma sociedade mais livre, mais justa e mais solidária, como determina a Constituição da República, a qual todos os magistrados brasileiros, de forma uníssona, juraram respeitar e defender.⁶⁹

Portanto, pode-se notar, em seu discurso de posse, que o ministro apresenta as suas maiores preocupações relacionadas ao poder judiciário e à sua atuação para com o restante da sociedade. Nesse sentido, mostra quais são as suas propostas para que sejam solucionadas as questões presentes no momento.

É possível ver marcas de *ativismo judicial* muito fortes nas suas colocações, especialmente no tangente às Súmulas Vinculantes e ao judiciário envolvido nas causas sociais. No entanto, concomitante a isso, Lewandowski apresenta a preocupação de frear esse suposto *ativismo*, afirmando que os juízes devem apenas preencher lacunas, sem promover a criação ou a transformação de textos legislativos propriamente ditos.

Posto isso, pode-se denominar a postura do ministro em questão de moderadamente *ativista*, localizando-se entre a postura fortemente *ativista* de Gilmar Mendes e o *ativismo* fraco de Peluso e Barbosa, ou seja, é menos *ativista* que Gilmar e mais *ativista* que Peluso e Barbosa. Mais à frente será discutido quais os tipos de *ativismo* que podem ser usados nessas comparações.

A seguir, será discutido como se desenvolveu essa postura no plano prático, ou seja, como Lewandowski agiu no processo decisório na sua presidência e se ele foi fiel ao seu discurso de posse.

4.2 Casos marcantes da sua presidência

Este subcapítulo é destinado à análise de casos marcantes na presidência de Ricardo Lewandowski. Assim, tais casos serão divididos entre as Súmulas Vinculantes editadas no seu mandato, as ações de controle abstrato e os recursos extraordinários julgados, o número de decisões monocráticas produzidas e as audiências públicas organizadas.

⁶⁹ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse como presidente do Supremo Tribunal Federal**. Brasília – DF, 10/09/2014.

4.2.1 Súmulas Vinculantes

No que tange às Súmulas Vinculantes, é possível verificar uma coerência muito grande entre o número de Súmulas editadas no biênio 2014-2016 e o discurso de posse de Lewandowski. No total, foram vinte e três Súmulas Vinculantes editadas no período, o segundo maior número numa presidência, ficando somente atrás da de Gilmar Mendes, que teve vinte e oito. Essa marca está de acordo com a ideia trazida no discurso analisado anteriormente, no qual o ministro afirmou que “Pretendemos, ademais, facilitar e ampliar a edição de súmulas vinculantes, que fornecem diretrizes seguras e permanentes aos operadores do direito sobre pontos controvertidos da interpretação constitucional, por meio de enunciados sintéticos e objetivos.”⁷⁰.

Segue a relação⁷¹ de todas as súmulas editadas no biênio 2014-2016, retiradas do sítio eletrônico do STF:

SÚMULA VINCULANTE 34

A Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho – GDASST, instituída pela Lei 10.483/2002, deve ser estendida aos inativos no valor correspondente a 60 (sessenta) pontos, desde o advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, quando tais inativos façam jus à paridade constitucional (EC 20/1998, 41/2003 e 47/2005).

SÚMULA VINCULANTE 35

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

SÚMULA VINCULANTE 36

Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil.

SÚMULA VINCULANTE 37

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

SÚMULA VINCULANTE 38

É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

⁷⁰ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse como presidente do Supremo Tribunal Federal**. Brasília – DF, 10/09/2014.

⁷¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, **Súmulas Vinculantes**, Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>, acesso em 31 out 2018.

SÚMULA VINCULANTE 39

Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.

SÚMULA VINCULANTE 40

A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

SÚMULA VINCULANTE 41

O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

SÚMULA VINCULANTE 42

É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.

SÚMULA VINCULANTE 43

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

SÚMULA VINCULANTE 44

Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

SÚMULA VINCULANTE 45

A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual.

SÚMULA VINCULANTE 46

A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.

SÚMULA VINCULANTE 47

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

SÚMULA VINCULANTE 48

Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.

SÚMULA VINCULANTE 49

Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

SÚMULA VINCULANTE 50

Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.

SÚMULA VINCULANTE 51

O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8622/1993 e 8627/1993, estende-se aos servidores civis do poder executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais.

SÚMULA VINCULANTE 52

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.

SÚMULA VINCULANTE 53

A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

SÚMULA VINCULANTE 54

A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição.

SÚMULA VINCULANTE 55

O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.

SÚMULA VINCULANTE 56

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Dentre essas Súmulas Vinculantes, muitas foram originadas de súmulas comuns, que não possuíam efeito vinculante. São exemplos disso as súmulas de n.º 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54 e 55. A edição de Súmulas Vinculantes dessa maneira foi uma inovação de Ricardo Lewandowski como presidente, ensejando facilitar e dar celeridade à resolução de controvérsias jurídicas. Tal postura está coerente com o discurso de posse do ministro, já que visava a edição de mais súmulas a fim de conceder mais celeridade e facilidade às lides levadas ao judiciário.

Importante notar, também, como algumas das súmulas podem ser enquadradas na atuação de legislador negativa do STF. São exemplos as de número 48, que trata da cobrança de ICMS sobre produtos importados do exterior, e a 52, que trata do IPTU de bens públicos alugados. Não há nenhum caso de Súmulas que legissem positivamente, como ocorrido no caso da proibição do depositário infiel.

Ao tratar da questão da independência e harmonia dos três poderes, assunto também abordado no discurso de posse do ministro, podem ser citadas as Súmulas Vinculantes de número 37, 44 e 46 como exemplos da postura *autocontida* do presidente. Na súmula 37, versa sobre a não possibilidade do judiciário de regular os ganhos de servidores públicos, que é uma

competência legislativa. Na 44, foi estabelecido que só poderia haver exame psicotécnico como requisito a ingresso em cargos públicos se disposto em lei. Finalmente, na súmula de número 46, foi estabelecida a competência do Congresso Nacional de definir o que são crimes de responsabilidades e de regular o julgamento dos mesmos. Em todos os casos, verifica-se a preocupação de Lewandowski para que o judiciário não atue em campos de decisões destinadas ao legislativo.

Assim, as Súmulas Vinculantes editadas durante a presidência de Lewandowski podem ser interpretadas sob duas perspectivas: (i) quanto ao procedimento; e (ii) quanto ao conteúdo.

Em relação ao procedimento, verifica-se uma postura *ativista*, tendo em vista o imenso número de Súmulas editadas no biênio, ficando atrás somente da presidência de Gilmar Mendes. Utilizando as dimensões de Carlos Alexandre⁷², pode-se englobar esse *ativismo* nas Súmulas editadas por Lewandowski dentro da dimensão processual.

Em relação ao conteúdo, as súmulas vinculantes demonstram uma postura *autocontida*, visto que Lewandowski estabelece claramente as barreiras entre as atuações do poder legislativo e do poder judiciário, evitando a invasão deste na competência dos legisladores.

Portanto, a melhor classificação que se pode dar à presidência de Lewandowski com base nas Súmulas Vinculantes é de *ativismo* moderado, pois, ainda que tenham sido produzidas muitas súmulas, não houve a atuação de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal, em contraste à presidência de Gilmar Mendes, quando o *ativismo* foi muito mais acentuado em ambos quesitos, quanto ao procedimento e quanto ao conteúdo. O maior exemplo deste hiato entre o *ativismo* das duas presidências é a Súmula Vinculante 26 acerca da proibição de prisão civil de depositário infiel, editada na presidência de Gilmar Mendes, que revogou um artigo do Código Civil. Nesse caso, como em outros do biênio 2008-2010, pode-se notar um forte *ativismo* tanto no plano procedimental quanto no conteúdo das Súmulas.

Em seguida, passarei a tratar das principais ações de controle abstrato julgadas durante a presidência de Lewandowski.

⁷² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. RIDB, ano 2, n. 8, 2013

4.2.2 Ações de Controle Abstrato

Nesse subcapítulo, analisarei o quão *ativista* foi a Corte do presidente Lewandowski no campo das ações de controle abstrato. Para tal, serão analisados a ADI 5.209⁷³ (lista suja e trabalho escravo), ADI 5.357⁷⁴ (estatuto do deficiente), aa ADI 5.501⁷⁵ (fosfoetanolamina par a câncer) e a ADPF 378⁷⁶ (impeachment).

Iniciando pela Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 5.209 Distrito Federal ⁷⁷, esta teve como participantes a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) contra a portaria interministerial 2, de 12 de maio de 2011, e a portaria 540, de 15 de outubro de 2004, revogada pela primeira, ambas dispondo das regras sobre a inclusão em pessoas jurídicas no cadastro de empregadores que tenham submetido empregados a trabalhos análogos à escravidão. A relatora da ação é a ministra Carmen Lúcia. A ação não teve trânsito em julgado até o presente momento, sendo a última decisão o julgamento da medida liminar pleiteada pela requerente.

A parte autora defendeu que a colocação do nome de uma empresa numa “lista suja” sem possibilidade dessa pessoa jurídica preparar qualquer defesa desrespeita o princípio do devido processo legal e o de presunção de inocência. Além disso, as portarias extrapolariam o princípio da separação dos poderes, pois o executivo, por meio delas, teria atuado no papel do legislativo.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma. Adin 5.209.** Decisão em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=291549515&tipo App=.pdf>, acesso em 31 out. 2018

⁷⁴ Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357.** Relator: Ministro Luis Edson Fachin. Brasília, 4 de agosto de 2015. Acórdãos: consulta à jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcesso>>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. ADPF 378.** Relator: Luis Edson Fachin. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF__378__Ementa_do_voto_do_ministro_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em 31 out. 2018.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma. Adin 5.209.** Decisão em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=291549515&tipo App=.pdf>, acesso em 31 out. 2018

Em decisão monocrática, o ministro presidente Ricardo Lewandowski concedeu a medida liminar à parte autora, no sentido de suspender a “lista suja” realizada com base na portaria. Ressalvou que a motivação das portarias era louvável, pois buscam a repressão dos trabalhos análogos à escravidão, mas ainda optou pelo deferimento da liminar. A decisão do ministro teve como embasamento o fato de a inclusão do nome da pessoa jurídica nascer de um processo administrativo, feita de forma unilateral, não respeitando o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa. Ademais, existe a exigência de uma lei formal que edite a matéria em questão, para que as portarias tenham validade.

Até a presente data, aguarda-se o julgamento final da ação. Nessa decisão de Lewandowski, é possível afirmar que não há nenhum aspecto *ativista* em sua argumentação. A justificativa para a liminar encontra-se, exclusivamente, embasada nos princípios da separação dos poderes, da ampla defesa e do contraditório. Desse modo, inclusive, a competência do poder legislativo foi protegida na sua decisão, o que demonstra uma postura *autocontida*.

A ADI 5.357⁷⁸ discutiu se são constitucionais as normas estabelecidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que tratam de a obrigatoriedade de escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas. A ação tem como parte autora a CONFEFEM (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino), e defende que não pode ser obrigatório às instituições privadas de ensino a estruturação física das escolas para receberem estudantes deficientes, tendo em vista os altos custos que isso pressupõe.

O relator da ação, ministro Edson Fachin, lembrou em seu voto que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que traz em seu texto a preocupação em promover e proteger o exercício pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência. Dessa forma, estando a Lei 13.146/2015 em consonância com essa convenção, não há o que se falar em relação à legalidade desse texto normativo. Fachin explica que é papel de toda instituição de ensino, seja pública ou

⁷⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF**. Relator: Ministro Luis Edson Fachin. Brasília, 4 de agosto de 2015. Acórdãos: consulta à jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcesso>>. Acesso em: 23 out. 2018.

privada, o acolhimento dos jovens com deficiência, em um esforço para incluí-los na sociedade em um movimento que luta contra a segregação dos mesmos.

Os demais votos, em sua maioria, foram construídos em concordância ao do relator. Rosa Weber, por exemplo, afirmou que a intolerância frente às diferenças, o que é um problema muito grave na sociedade brasileira, pode ser trabalhada de uma forma muito eficaz desde que debatido ainda na infância. Sendo assim, a inclusão dos jovens deficientes de extrema importância para tal. Luís Roberto Barroso também votou contra o pleiteado pela CONFEFEM e explicou que o tema acerca da inclusão de minorias é uma questão fundamental no mundo atual, cabendo ao Estado sempre incentivar a convivência e o diálogo. O voto de Fachin também foi muito elogiado pelo então presidente, Ricardo Lewandowski, que seguiu o relator. O único ministro a discordar de Fachin foi Marco Aurélio, que votou em favor da requerente no sentido de não concordar em obrigar a iniciativa privada a ter uma responsabilidade que seria de exclusividade do Estado. Além disso, segundo o ministro divergente, o Estado não deveria intervir em assuntos particulares como esse, e vota, portanto, em favor da ADI. Todos os demais votaram contra, reconhecendo a constitucionalidade da Lei 13.146/2015.

É possível perceber como os ministros trouxeram um embasamento sócio-ideológico nos seus votos referentes a essa ADI. As justificativas legais não tiveram tanto espaço como em outros casos. Isso é controverso ao ser parâmetro para a atribuição ou não do termo *ativista* a essa decisão, visto que não há uma clara invasão da competência do legislativo. No entanto, percebe-se concomitantemente uma corte politizada. Como não se pode taxar a corte de legislador negativo ou, muito menos, positivo nesse caso, trato tal ADI como imune ao *ativismo judicial*.

Seguindo a diante, na ADI 5.501⁷⁹, foi debatido o uso da fosfoetanolamina sintética em pacientes médicos que tenham sido diagnosticados com neoplasia maligna (um tumor), que passou a ser permitido pela Lei 13.269/2016. O relator da ação foi o ministro Marco Aurélio, e a maioria da corte entendeu pela inconstitucionalidade da lei e proibição da substância. A parte que pleiteou a declaração de inconstitucionalidade foi a Associação Médica Brasileira.

⁷⁹ Brasil, STF - **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI 5501/DF**, RELATÓRIO: 18655/2016
Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 19/05/2016. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>>. Acessado em: 31 out. 2018.

O voto do relator teve início com a transcrição das informações prestadas pelo assessor Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa. No relato, o assessor explicou a origem da fosfoetanolamina sintética, o que causa a droga e quais os seus perigos. Lucas atentou que a liberação do uso da substância se deu pelos relatos de sua eficácia no exterior, o que pressionou o Congresso a liberá-la nos casos especificados. Sequencialmente, partindo para o voto do ministro Marco Aurélio de fato, o ministro recordou, citando vasta jurisprudência, o posicionamento social que o STF assumiu no auxílio aos necessitados de medicamentos. No entanto, além de não terem sido respeitadas as exigências básicas legais para a circulação da fosfoetanolamina, o Congresso ignorou requisitos da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) na aprovação da lei 13.269. Ainda, o assessor lembrou que o Congresso, na liberação da circulação desse medicamento, extrapolou sua competência, visto que essa seria da ANVISA. Por fim, classificou como temerária a liberação do medicamento da maneira que ocorreu.

Divergiram do relator os ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Dias Toffoli e Edson Fachin. Foi argumentando pelos divergentes que não seria competência do Supremo Tribunal Federal decidir sobre o assunto, e que o Congresso Nacional teria competência pra regulamentar a atuação do Sistema Único de Saúde. Além disso, segundo os ministros discordantes, seria direito dos pacientes de tentarem os tratamentos possíveis na busca de uma cura. Gilmar ainda expressou a sua preocupação na judicialização da questão acerca dos medicamentos, que seria estimulada com o deferimento da ADI em questão. Entretanto, a maioria seguiu o voto de Marco Aurélio e a ADI foi julgada procedente.

Na ação em destaque, pode-se enxergar, no voto do relator, um embasamento principiológico e especializado no assunto, o que traz para debate os perigos que a liberação do medicamento, da maneira que se deu, pode causar. Apesar dos argumentos contrários ao deferimento da ADI, cedidos pelos ministros que votaram em divergência a Marco Aurélio, não considero o voto do relator dotado de *ativismo*, pois não há invasão na competência de outro poder por parte do judiciário em momento algum. A decisão também protegeu a tripartição dos poderes, enquanto o Congresso Nacional extrapolou essa separação no caso em questão. Nesse sentido, classifico essa lide como *autocontida*.

Aqui, encerro este subcapítulo tratando das ações que determinaram o andamento do impeachment da presidenta Dilma Rousseff. Primeiramente, a Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental de número 378⁸⁰, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, analisou a compatibilidade do rito de impeachment da Presidenta da República, conforme a Lei n.º 1.079/1950 à luz da Constituição da República de 1988.

O ministro Luís Roberto Barroso foi o redator do acórdão da ação. Estabeleceu, durante o seu voto, relações entre o caso de Dilma Roussef e Fernando Collor, que era o único caso até aquela data de impeachment regido pela Constituição de 1988. A discussão girou em torno dos procedimentos a serem adotados: (1) se era competência da Câmara de instaurar o processo de impeachment, (2) como se dariam as deliberações na casa e (3) se o voto dos congressistas no processo seria secreto ou aberto.

Edson Fachin foi o relator do caso. No seu voto, discordou do decidido por Barroso, defendendo a possibilidade de não ser necessária defesa prévia do presidente da República e da possibilidade do voto secreto para a formação da comissão especial e do Senado rejeitar a instauração do processo. O voto do relator foi minoritário, sendo vitoriosa a posição de Barroso, que foi acompanhada, também, pelo presidente Ricardo Lewandowski.

A ADPF acabou por decidir, com a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que a Câmara dos Deputados é competente a instaurar o processo, que o voto será aberto. Definiu-se, também, a organização do parlamento para o processo, definindo, por exemplo como se formariam as comissões especiais, como se daria o direito de defesa, e como se portariam parlamentares durante o processo.

Embora todo o debate acerca do impeachment esteja muito ligado à discussão de *ativismo judicial*, nessa ADPF não há uma postura *ativista* por parte da corte. Inclusive, ela atua protegendo a independência entre os poderes. Logo, não há evasão de competência do judiciário nesse caso.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. **Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. ADPF 378.** Relator: Luis Edson Fachin. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF__378__Ementa_do_voto_do_ministro_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em 31 out. 2018.

Por outro lado, no julgamento do impeachment no Senado Federal, que foi presidido pelo ministro presidente do STF Ricardo Lewandowski, pode-se notar um altíssimo grau de *ativismo*. Conforme previsto no artigo 52, parágrafo único da Constituição Federal, o presidente do STF atuará, também, como presidente do senado nos casos em que esteja sendo processado o presidente da república⁸¹. Assim, Lewandowski ditou como se daria o julgamento.

Ocorre que, contrariando o que já havia sido discutido no plenário do STF, Lewandowski, monocraticamente, tornou o julgamento de impeachment da presidenta Dilma Rouseff distinto do realizado no caso de Fernando Collor. Isso se deu pois houve a separação do julgamento de Dilma em dois: primeiro os senadores votaram se eram a favor da perda do cargo de presidente e, em seguida, votaram se Dilma perderia, concomitantemente, os seus direitos políticos por oito anos, se tornando inelegível.

Fato é que a Constituição da República, no seu mesmo artigo 52⁸², estabelece que ambas as perdas (de mandato e de direitos políticos) devem ser julgadas juntamente, o que tinha ocorrido no caso de Collor, havendo assim precedente. Contudo, Lewandowski contrariou a Constituição e o precedente separando o julgamento. Além disso, esse caso é, possivelmente, o mais dotado de *ativismo* por parte do ministro Ricardo Lewandowski.

Passada essa discussão, analisarei os principais Recursos Extraordinários julgados na presidência em destaque.

⁸¹ DO BRASIL, Senado Federal. **Constituição da república federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.**

⁸² Ibid.

4.2.3 Recursos Extraordinários

Dentre os Recursos Extraordinários julgados na presidência de Ricardo Lewandowski no Supremo Tribunal Federal, tratarei especificamente do RE 641.320⁸³ (regime semiaberto),- do RE 581.488 (diferenciação no SUS)⁸⁴ e do RE 855.178⁸⁵ (indenização remédios).

No Recurso Extraordinário 641.320⁸⁶, que teve como relator o ministro Gilmar Mendes, o tema versado foi o cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime (aberto ou semiaberto), onde foi realizada audiência pública. Segue um resumo do caso concreto que originou o RE, retirado do relatório desse próprio recurso:

(...) o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Neste recurso, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul pugna pela reforma da prisão, para que o condenado inicie a execução da pena no regime mais gravoso – fechado, enquanto aguarda a vaga⁸⁷.

Assim, devido à superlotação dos presídios, o judiciário (nesse caso, o STF) interviu na questão de modo a provocar o legislativo a tomar uma decisão com mais urgência. O ministro Gilmar dividiu seu voto em cinco fragmentos: no primeiro, traçou, em linhas gerais, um diagnóstico da execução penal nos regimes semiaberto e aberto; na segunda parte, discorreu sobre a possibilidade de manutenção do condenado no regime mais gravoso, na hipótese de inexistir vaga no regime adequado; na terceira parte, analisou as consequências do direito de

⁸³ Brasil, Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 641320 RS**. Tribunal Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em 30 out. 2018

⁸⁴ BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 581.488/RS**. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Consulta em 31 out. 2018.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe**. Tribunal Pleno. Ministro Relator Luiz Fux. Disponível em: [file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto_15319097113%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto_15319097113%20(1).pdf) Acesso em: 30 out. 2018.

⁸⁶ Brasil, Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 641320 RS**. Tribunal Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em 30 out. 2018

⁸⁷ Ibid.

não ser mantido em estabelecimento de regime mais gravoso; na quarta parte, demonstrou que a questão constitucional em julgamento exige uma solução mais completa do que a simples enunciação de tese; na quinta e última parte, projetou ao caso concreto as teses expostas, analisando o recurso individual que deu origem à controvérsia.

Assim, o ministro desenvolve o seu voto tratando da situação precária e insustentável dos presídios brasileiros, que não possuem condições ou espaço para abrigarem a quantidade de prisioneiros necessária. Além disso, foi debatida a questão de o sistema penal brasileiro prever três degraus de progressão penal, o que, todavia, não é refletido na realidade, visto que muitos estados da federação não possuem estrutura para o regime aberto de prisão, tais como São Paulo, Rio de Janeiro, Alagoas, dentre outros. Vale notar que já existe um debate no Congresso Nacional que visa reformar o sistema penal brasileiro no âmbito do encarceramento, mas ainda não houve definição.

Além disso, Gilmar define como indesejável a aplicação de uma pena mais severa ao réu, caso não seja possível a aplicação da pena no regime aberto ou semiaberto. Nesse sentido, cabe aos juízes a avaliação e definição dos estabelecimentos disponíveis ao cumprimento da pena. Nesse sentido, o ministro propõe como medidas que possam substituir os regimes aberto e semiaberto (quando esses não forem possíveis) a saída antecipada, a liberdade eletronicamente monitorada e a aplicação de penas restritivas de direito e/ou estudo. Interessante notar como Gilmar Mendes demonstra, novamente, uma postura *ativista*, visto que as medidas propostas por ele para substituir os regimes prisionais não estão abarcadas pela lei penal, o que se configura, mais uma vez, como a invasão do judiciário no campo legislativo.

O ministro relator encerra seu voto da seguinte maneira:

Dou parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto.⁸⁸

⁸⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 641320 RS**. Tribunal Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em 30 out. 2018

Em resposta ao voto de Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski faz considerações de extrema relevância, como pode-se notar abaixo:

Diria ainda, com todo o respeito, Ministro Gilmar, que o aumento de vagas dos regimes semiaberto e aberto também é um assunto afeto à administração. Nós estamos acompanhando, envidando esforços e incentivando para que isso aconteça, mas penso, com o devido respeito, que não é apropriado que o Supremo Tribunal Federal interfira, de forma tão pontual, na administração do Conselho Nacional de Justiça, que é uma política concertada, de forma muito sofisticada, com toda a magistratura nacional e com os eminentes Conselheiros que integram esse Órgão e, de certa maneira, capitaneada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que recebeu a delegação do egrégio Plenário para comandar o Conselho Nacional de Justiça, evidentemente dando permanente satisfação àqueles que o honraram com o voto e também para a sociedade de modo geral.⁸⁹

Nesse trecho, pode-se notar como os vieses de ambos os ministros entram em conflito. Percebemos de um lado uma postura *ativista* de Gilmar e, de outro, uma preocupação relacionada ao limite de atuação do poder judiciário por parte de Lewandowski. No entanto, o ministro-presidente concordou com os pontos concluídos pelo relator do RE, que foi provido parcialmente nos termos do voto de Gilmar Mendes. Esse mesmo RE originou a súmula vinculante de número 56. O caso pode ser considerado como *ativista*, visto que há invasão do judiciário num assunto prático frente à impossibilidade de ser cumprido algo estabelecido legalmente, o que deveria ser resolvido pelo próprio legislativo.

Já no Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul⁹⁰, que teve como relator o ministro Dias Toffoli, foi debatida a possibilidade de diferenciação no atendimento do Sistema Único de Saúde com base no pagamento de uma quantia determinada. O ministro inicia o seu voto com o embasamento constitucional sobre o tema, aludindo ao artigo 196 da carta magna brasileira:

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁹¹

⁸⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 641320 RS**. Tribunal Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em 30 out. 2018

⁹⁰ BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 581.488/RS**. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Consulta em 31 out. 2018.

⁹¹ DO BRASIL, Senado Federal. **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

Assim, constrói-se um raciocínio de que a diferenciação no SUS pleiteada é inconstitucional. Somado a isso, o ministro explicita que existem inúmeros princípios do direito previdenciário que indicam um caminho oposto ao pleiteado no RE em questão. Toffoli ainda cita alguns autores que defendem os princípios que regem o direito previdenciário, como Carlos Alexandre Leite e Herbert Costa Figueiredo, que exerceu uma grande influência sobre a Assembleia Constituinte de 1988. O relator fala, também, de José Carlos Seixas, um dos idealizadores do Sistema Único de Saúde. Todos os argumentos trazidos convergem nos argumentos que Toffoli traz prontamente no início de seu voto, como fica evidente no trecho abaixo:

O oferecimento de serviços em igualdade de condições a todos foi pensado nesse contexto – nem poderia ter sido diferente, **uma vez que possibilitar assistência diferenciada a cidadãos numa mesma situação**, dentro de um mesmo sistema, vulnera a isonomia, também consagrada na Carta Maior, ferindo de morte, em última instância, a própria dignidade humana, erigida a fundamento da República. (grifos nossos)⁹²

O ministro ainda traz pontos da audiência pública realizada, da qual o Professor Doutor Raul Cutait participou. Nesse momento, esclareceu o perigo que seria uma possível diferenciação no atendimento do SUS com base na renda. Segue trecho da fala do professor perante a Corte:

Mas aí eu fico pensando, e se ele ouvisse a seguinte frase: olha, nós não temos vaga, mas os quartos privados têm uma meia dúzia aqui ainda vazios, talvez você pudesse usar um deles, e claro que isso tem uma taxa diária que tem que ser cobrada. Olha o conflito que se gera, olha o conflito. Eu acho que esse conflito é Ética, e, portanto, essa proposta de uma categoria especial, para mim, é desconcertante. Eu não me sinto nem um pouco confortável com a mistura de sistemas diferentes dentro da estrutura do SUS. Que se brigue para melhorar o SUS, que se brigue para que o atendimento, de um modo geral, possa ter outra cara em vários locais, mas não contemporizar uma ação que beneficia, talvez, vários pacientes, com certeza, hospitalais.⁹³

Toffoli teve a preocupação de esclarecer que o atendimento no médico no Brasil poderá ser personalizado, e é justamente nesse sentido que atua o sistema privado de saúde, o qual tem como objetivo justamente o atendimento de indivíduos que buscam o serviço diferenciado. O

⁹² BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 581.488/RS**. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Consulta em 31 out. 2018.

⁹³ Ibid.

que não pode ser admitido, no entanto, é a criação de castas dentro do interior do SUS. Não há qualquer autorização, implícita ou explícita, que permita isso. Assim, o relator encerra o seu voto na seguinte maneira:

Segue assim a tese para a aprovação: é constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. Por todo o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.⁹⁴

Nota-se que não é possível apontar nenhum indício de *ativismo judicial* no voto do ministro. Não há, em momento algum, a invasão de competência do judiciário na gama de atribuições do legislativo. Cabe ainda ressaltar que o presidente Lewandowski acompanhou o voto do relator na íntegra.

Partindo para o RE 855.178 Sergipe⁹⁵, que teve como relator o ministro Luiz Fux, pode-se afirmar que houve uma discussão centrada na condenação da União a fornecer ao Estado de Sergipe medicamentos destinados ao tratamento de uma paciente do Sistema Único de Saúde, que acabou vindo a falecer dois meses depois da concessão de tutela antecipatória. Nessa conjuntura, a União recorreu em busca do ressarcimento do valor dos medicamentos cedidos.

Fux dá início ao seu voto versando sobre o direito à saúde, previsto no texto constitucional no artigo 196. É estabelecido pela constituição que a saúde é um “ (1) direito de todos (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”⁹⁶.

Em seguida, o ministro recorda que tem sido construída uma jurisprudência no Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a obrigação solidária dos entes federativos no dever de tornar efetivo o direito à saúde a qualquer indivíduo. Ainda foram apresentados,

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 581.488/RS**. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Consulta em 31 out. 2018.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe**. Tribunal Pleno. Ministro Relator Luiz Fux. Disponível em: [file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto_15319097113%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto_15319097113%20(1).pdf) Acesso em: 30 out. 2018.

⁹⁶ *Ibid.*

conjuntamente, casos que comprovam o seu argumento, como o AI 822.882, o ARE 803.274, entre outras decisões.

Fux opta, então, pelo desprovimento do recurso impetrado pela União. O seu posicionamento foi acompanhado pela maioria da corte, com exceção dos ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio, que se posicionaram a favor do recurso, e a ministra Carmen Lúcia, que não se manifestou.

O voto do relator Luiz Fux nesse Recurso Extraordinário não apresenta grandes marcas de *ativismo judicial*. Todavia, toda a questão da decisão judicial que obriga o executivo a conceder remédios a pacientes do SUS é uma discussão que perpassa muito as discussões acerca do *ativismo judicial*, visto que polemiza a independência e a harmonia dos três poderes. Posto isso, esse RE deve ser considerado como um julgamento de grau considerável de *ativismo judicial*.

Nesse momento, passarei a tratar das audiências públicas realizadas no biênio 2014-2016 dentro do STF.

4.2.4 Audiências públicas

Outro ponto recorrentemente defendido por Lewandowski, vide o seu discurso de posse, é a ampliação das audiências públicas dentro dos processos do Supremo Tribunal Federal. Para o ministro, é indispensável à justiça um maior diálogo entre os juristas e a sociedade. No entanto, no biênio 2014-2016 foram realizadas apenas três audiências públicas, de um total de vinte e cinco promovidas desde 2009, quando foi realizada a primeira audiência na corte. Tal número é considerado como baixo tendo em vista as aspirações demonstradas por Lewandowski.

As três audiências⁹⁷ promovidas ocorreram na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.439 (acerca do ensino religioso em escolas públicas, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso), nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937 (acerca do novo Código Ambiental, de relatoria do ministro Luiz Fux) e na Ação Direta de

⁹⁷ Brasil, Supremo Tribunal Federal, **Audiências Públicas** Realizadas, Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>, acesso em 31 out 2018.

Inconstitucionalidade nº. 5.072 (acerca da utilização de parcela de depósitos judiciais para pagamento de requisições judiciais, de relatoria do ministro Gilmar Mendes).

Nesse aspecto, em contraste ao número de Súmulas Vinculantes, a quantidade de audiências públicas foi um tanto quanto inexpressiva na presidência de Lewandowski, visto que o número total de audiências realizadas no Supremo Tribunal Federal até outubro de 2018 foi de vinte e cinco. Assim, as três realizadas no biênio 2014-2016 contrastam com o período presidido por Joaquim Barbosa na Corte, de 2012 a 2014, que abarcou a realização de nove audiências públicas. Já a presidência de Gilmar Mendes, definida como um período de forte *ativismo* anteriormente neste trabalho, promoveu apenas uma audiência pública, a primeira de todas.

A realização de audiências públicas é, para fins deste trabalho, um indicativo de *ativismo judicial*, pois o STF, ao abrir os seus julgamentos para a participação de terceiros que possuem algo a acrescentar no tema *sub judice*, está consequentemente aumentando o diálogo democrático na Corte e a participação popular direta. A ideia de ter interferência do povo é algo que nunca havia sido associado ao judiciário, somente ao legislativo e ao executivo, muito em função do sufrágio periódico do Estado brasileiro. Portanto, as audiências públicas, por serem uma espécie invasão do judiciário em um campo tradicionalmente do legislativo, se enquadram na definição de *ativismo judicial* adotada neste trabalho, que tem como base Carlos Alexandre⁹⁸. Isso torna o modesto número de audiências realizadas no biênio da presidência de Lewandowski um indicativo de pouco *ativismo judicial*.

Entretanto, ao analisar os temas das audiências públicas, nota-se que demonstram *ativismo* da Corte. Tanto o ensino religioso em escolas públicas, quanto ao código ambiental e ao depósito judicial para pagamento de requisições judiciais deveriam ser regulamentados, tradicionalmente, pelo legislativo. Assim, tendo em vista os temas tratados e o modesto número de audiências realizadas, classifico a presidência, nesse sentido, como moderadamente *ativista*.

⁹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. RIDB, ano 2, n. 8, 2013

Posto isso, analisarei agora o número de decisões monocráticas produzidas durante a presidência de Lewandowski.

4.2.5 Decisões monocráticas

Como este trabalho tem como objetivo definir a presidência de Lewandowski como um período *ativista* ou não, separei um trecho para tratar da estatística de decisões monocráticas feitas no período em análise. Estabeleço o número de decisões monocráticas como um indicador de *ativismo* pois o julgamento não fica aberto ao diálogo do plenário do STF, ou seja, sem direito de reexame sobre a questão.

Segundo as estatísticas retiradas do próprio site do STF⁹⁹, no ano de 2015, que foi um ano presidido por Lewandowski na sua totalidade, houve 116.660 decisões, ao passo que 98.944 foram monocráticas. Esse foi o recorde de decisões monocráticas realizadas no STF até 2015. Isso é um traço *ativista* da Corte de Lewandowski. Nos outros anos de sua presidência, obtiveram-se 97.382 decisões monocráticas em 2014 (de um total de 114.455) e 102.953 decisões monocráticas em 2016 (de um total de 117.487).

Comparativamente, em 2010 (ano presidido em parte por Gilmar Mendes), houve um número ligeiramente menor de decisões monocráticas, 98.358, em relação a 2015, quando o número foi de 98.944. No entanto, proporcionalmente, houve mais decisões monocráticas em 2010 do que em 2015, visto que no total o número de decisões em 2015 foi muito maior do que em 2010. Segue a tabela¹⁰⁰ retirada do site do STF para não restar dúvidas sobre os números.

Tipo de decisão	2.010	2.011	2.012	2.013	2.014	2.015	2.016	2.017	2.018
COLEGIADA	11.341	13.096	12.090	14.103	17.073	17.716	14.533	12.895	12.888
MONOCRÁTICA	98.358	89.313	77.772	76.150	97.382	98.944	102.953	113.636	102.425
NÃO INFORMADO	3	18	216				1		1
Soma:	109.702	102.427	90.078	90.253	114.455	116.660	117.487	126.531	115.314

⁹⁹ STF, **Decisões**, Estatísticas. Disponível em <C:\Users\DELL\Downloads\decisoes_geral (1).mhtml>. Visualizado em 26 de nov. 2018

¹⁰⁰ Tabela retirada do site do STF, disponível em < C:\Users\DELL\Downloads\decisoes_geral (1).mhtml >. Visualizado em 26 nov. 2018

Assim, pode-se afirmar que a presidência de Gilmar foi mais *ativista* que a de Lewandowski também nesse aspecto. Isso não exclui o fato da presidência de Lewandowski ter sido *ativista*, inclusive mais que seus antecessores (Cezar Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa).

Finda a descrição dos casos concretos e estatísticos da presidência de Lewandowski, parto para a análise final do período

4.3 Foi a presidência de Roberto Lewandowski um período ativista?

Primeiramente, como explicado no capítulo 4 do presente trabalho monográfico, é quase que consensual pensar que o Supremo Tribunal Federal é atualmente uma corte *ativista*. Não há um marco que determine o momento em que a corte tenha passado a ser *ativista*. O que ocorreu foi um processo a nível mundial que acabou influenciando o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, a partir da perspectiva adotada nesta obra, não se pode tratar o STF do século XXI como uma corte isenta de *ativismo judicial*. Portanto, a presidência de Ricardo Lewandowski não foge à regra, sendo sim um período de *ativismo*.

Todavia, após a presidência de Gilmar Mendes, ou seja, e finda a “Corte Gilmar Mendes”¹⁰¹, o Supremo adentrou anos onde houve menos *ativismo judicial* na atuação dos ministros como um todo. As presidências de Cezar Pelluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa demonstram claramente esse processo.

Nessa conjuntura, podendo classificar o ministro Lewandowski como menos *ativista* que a maioria dos seus companheiros de Supremo Tribunal Federal, a sua presidência seguiu o caminho dos biênios anteriores, ou seja, deu continuidade ao decréscimo de decisões *ativistas* na Corte. Ainda que o número de Súmulas Vinculantes editadas tenha sido muito elevado, a corte, de uma forma geral, teve uma postura consideravelmente menos *ativista* nas decisões em comparação à presidência de Gilmar Mendes. Na grande maioria dos casos analisados, inclusive

¹⁰¹ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes**. Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 23-45, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>>. Acesso em: 19 Set. 2018.

nas Súmulas, o Tribunal teve a preocupação de respeitar a independência e as competências específicas dos três poderes, que é o marco maior do *ativismo judicial*.

No tangente aos temas dos processos julgados pela corte durante a presidência de Lewandowski, há um forte *ativismo* de fato. Os temas analisados foram os seguintes: (1) aplicação da legislação acerca de trabalhos análogos à escravidão na ADI 5.209; (2) aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência em escolas privadas na ADI 5.357; (3) uso da substância fosfoetanolamina nos tratamentos do Sistema Único de Saúde na ADI 5.501; (4) aplicação da Lei do Impeachment, feita no ano de 1950, sob à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 na ADPF 378; (5) possibilidade de o réu cumprir uma pena em um regime mais gravoso do que o estabelecido pelo juiz, em função da falta de vagas nos estabelecimentos penitenciários devidos no RE 641.320; (6) possibilidade de atendimento diferenciado no Sistema Único de Saúde mediante ao pagamento de taxa no RE 581.488; e (7) ressarcimento da União em função da cessão de remédios por medida liminar deferida RE 855.178.

Todos os temas supracitados deflagram um alto grau de *ativismo* nas ações julgadas pela corte. Entretanto, as decisões adotadas pelos ministros, tomando como referencial as posições majoritárias, foram no ensejo de frear o *ativismo* tão presente no Tribunal. Em consequência desse *ativismo moderado*, não vejo como possível enquadrar tais julgamentos em nenhuma dimensão de Carlos Alexandre¹⁰². O *ativismo* foi apenas temático nesses julgados analisados. As exceções residem no RE 855.178 Sergipe¹⁰³ e no RE 641.320¹⁰⁴, nos quais as decisões produzidas pelos ministros Gilmar Mendes Luiz Fux foram *ativistas* ao invadirem a competência do legislativo e do executivo.

Ainda, foi discutida a participação de Lewandowski no julgamento do impeachment no Senado Federal da presidenta Dilma Rouseff. Esse caso foi, definitivamente, o de maior *ativismo* por parte de Lewandowski. Como explicado, a decisão de como seria organizado o

¹⁰² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do *ativismo judicial* do Supremo Tribunal Federal**. RIDB, ano 2, n. 8, 2013.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe**. Tribunal Pleno. Ministro Relator Luiz Fux. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto_15319097113%20(1).pdf Acesso em: 30 out. 2018.

¹⁰⁴ Brasil, Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 641320 RS**. Tribunal Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em 30 out. 2018

juízo contrariou tanto o precedente do impeachment de Fernando Collor quanto o estabelecido pela Constituição Federal. Esse caso, diferente das demais ações (Recursos Extraordinários e Ações de Controle Abstrato) analisadas, pode ser lido, a partir do texto de Diego Argueles “Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira”¹⁰⁵, como um *ativismo* em que há engajamento político-social de Lewandowski, tendo em vista que o ministro já se manifestou abertamente¹⁰⁶ contra o impeachment de Dilma Roussef, tendo a sua atuação beneficiado a ex-presidenta. Do ponto de vista de Carlos Alexandre¹⁰⁷, pode-se visualizar as dimensões metodológica, estrutural e antidialógica de *ativismo*.

Ademais, o número de audiências públicas realizadas no biênio em questão também demonstra uma postura pouco *ativista* da corte. Foram realizadas somente três audiências nesse período, ao passo que, nos anos em que a corte foi presidida por Joaquim Barbosa, esse número chegou a nove. Na presidência de Gilmar Mendes, que foi permeada de forte *ativismo judicial*, só houve a realização de uma audiência. No entanto, como explicado anteriormente, essa única audiência dos anos de Gilmar foi a pioneira no Supremo Tribunal Federal. Assim, a realização de apenas uma audiência não diminui o *ativismo* dessa presidência.

Por fim, o elevado número de decisões monocráticas deflagra um grau considerável de *ativismo* no biênio 2014-2016. Apesar do período de presidência de Gilmar Mendes ter tido menos decisões monocráticas, os anos de Gilmar produziram proporcionalmente mais decisões monocráticas. Assim, foi mais *ativista* que a corte de Lewandowski também nesse sentido.

Em síntese, utilizando como grau comparativo aos anos da “Corte Gilmar Mendes”, ainda que a presidência de Lewandowski tenha sido um período permeado de *ativismo judicial*, foi um *ativismo* moderado. Ainda que tenha havido um altíssimo grau de *ativismo* na atuação do ministro dentro do julgamento de impeachment do Senado Federal, esse foi um caso isolado, sendo a sua presidência *moderadamente ativista*.

¹⁰⁵ ARGUELHES, Diego W.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro Molhano. (2012), **Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 40: 34-64

¹⁰⁶ LINDNER, Júlia, **Lewandowski diz que impeachment foi “tropeço” na democracia**. *Exame*, 20 set. 2016, disponível em <>. Acessado em 25/10/2018.

¹⁰⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. *RIDB*, ano 2, n. 8, 2013.

CONCLUSÃO

Este trabalho pode ser dividido, basicamente, em duas porções. O primeiro que abarca um apanhado da vida de Lewandowski, a análise de diferentes conceitos do termo *ativismo judicial* e um resumo histórico do Supremo Tribunal Federal desde a sua gênese. Em segundo, foram analisados dados estatísticos e casos concretos do STF durante a presidência de Lewandowski, que durou de 2014 a 2016, no intuito de observar se foi um período *ativista*.

A atuação individual de Lewandowski dialoga bastante com a sua carreira literária. Suas posições internacionalistas e *moderadamente ativista* já podiam ser vistas em suas obras antes de se tornar ministro (como no artigo “O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade”¹⁰⁸ e nos livros “Globalização, Regionalização e Soberania”¹⁰⁹ e “A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais”¹¹⁰). A posição defendida pelo jurista nas suas obras está coerente, na maioria dos casos, com as decisões produzidas pelo mesmo.

Foi essencial para este trabalho o empréstimo de conceitos acerca do *ativismo judicial* dos professores Carlos Alexandre¹¹¹, Luís Roberto Barroso¹¹² e Diego Arguelhes¹¹³ (este último tendo trabalhado o conceito sociológico do termo). Isso foi fundamental para a análise da presidência de Lewandowski e para compreender o que é *ativismo judicial*. A partir da análise de diferentes conceituações, percebeu-se como é um termo que gera polêmica e pode ser usado

¹⁰⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade**. Estud. av., São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Ago. 2002. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso. acesso em 31 Ago. 2018.

¹⁰⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

¹¹⁰ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **A formação da doutrina dos direitos fundamentais**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coord.). Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. RIDB, ano 2, n. 8, 2013

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan. /mar. 2009

¹¹³ ARGUELHES, Diego W.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro Molhano. (2012), **Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 40: 34-64

de diferentes formas, formas essas que não se excluem. Assim, pôde-se perceber distintos aspectos de *ativismo* na atuação de juízes, e não foi diferente na presidência de Lewandowski.

Ainda, foi realizada uma análise histórica do STF, desde a sua criação até as presidências que precederam o biênio estudado. Foi imprescindível esse apanhado histórico afim de que fosse feita a comparação da Corte de Lewandowski com as presidências anteriores, sendo a obra de Siddharta Legale “O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes”¹¹⁴ fundamental nessa comparação.

Pode-se concluir deste trabalho monográfico que o período da presidência do ministro Ricardo Lewandowski no Supremo Tribunal Federal foi permeado de *ativismo judicial*. No entanto, não há como afirmar isso sem recordar que não há nenhuma presidência no STF, ao menos nessa década, que não tenha tido alguma manifestação de *ativismo judicial*. O *ativismo* se tornou algo pressuposto no cotidiano do tribunal em questão, podendo surgir de diferentes maneiras, que são desenvolvidas por Carlos Alexandre como dimensões de *ativismo* no STF¹¹⁵.

Realizando essa análise da presidência de Lewandowski de maneira comparativa às três presidências¹¹⁶ (Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa) que precederam a analisada, a Corte de Lewandowski foi menos *ativista* que a de Mendes, mas foi mais *ativista* que os anos de Peluso e Barbosa. Isso se demonstrou de diversas formas, como no seu discurso de posse, no número de Súmulas Vinculantes editadas, as temáticas nos Recursos Extraordinários e nas ações de controle abstrato, no número de decisões monocráticas e nas audiências públicas.

Finalizo este trabalho com a afirmação de que a presidência de Lewandowski é um período muito rico em conteúdo a ser analisado, não só na temática do *ativismo*, mas em outras discussões como do neoconstitucionalismo e da garantia de direitos fundamentais no plano jurídico-social. É, definitivamente, um escopo do judiciário muito interessante para futuros estudos.

¹¹⁴ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes**. Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 23-45, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20851/19577>>. Acesso em: 19 Set. 2018.

¹¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do *ativismo judicial* do Supremo Tribunal Federal**. RIDB, ano 2, n. 8, 2013.

¹¹⁶ Foi excluída a presidência de Ayres Britto devido à curta duração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde**. Voto do Min. César Peluso. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.12/04/2012e. Informativo do STF n. 661. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF%20e%20interrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20gravidez%20de%20feto%20anenc%C3%A9falo%20-%2026>>. Acesso em: 30 set 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **120 anos do Supremo Tribunal Federal. Brasília**, 28 fev. 2011. Disponível em: <Presidente do STF defende diálogo com a sociedade na análise de temas sensíveis>. Acesso em: 16 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Presidente do STF defende diálogo com a sociedade na análise de temas sensíveis**. Brasília, 19 set. 2014. Disponível em: <Presidente do STF defende diálogo com a sociedade na análise de temas sensíveis>. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____, STF-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 579.951 RN**, de 20 de agosto de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE579951.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2018.

_____, STF-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470 MG**, de 20 de agosto de 2008. Disponível em <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 24 ago. 2018.

_____, STF-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 466.343/SP**, de 3 de dezembro de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439**
Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mRL.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752 Paraná**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > Acesso em: 31 ago. 2018.

ARGUELHES, Diego W.; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro Molhano. (2012), **Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 40: 34-64

BARBOSA, Joaquim. **Discurso de posse no STF**, Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_Possepresidencial_JoaquimBarbosa_NOVACAPA.pdf>. Acesso em set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Cadernos da Escola de Direito, v. 2, n. 9, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan. /mar. 2009

Brasil, Supremo Tribunal Federal, **Súmulas Vinculantes**, Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>, acesso em 31 out 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.209/DF**. Decisão em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=291549515&tipo=App=.pdf>>, acesso em 31 out. 2018

Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF**. Relator: Ministro Luis Edson Fachin. Brasília, 4 de agosto de 2015. Acórdãos: consulta à

jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcesso> >. Acesso em: 23 out. 2018.

Brasil, STF - **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI 5501/DF**, RELATÓRIO: 18655/2016 Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 19/05/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>>. Acessado em: 31 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF__378__Ementa_do_voto_d_o_ministro_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em 31 out. 2018.

Brasil, Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 641320 RS**. Tribunal Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em 30 out. 2018

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 581.488/RS**. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Consulta em 31 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855.178** Sergipe. Tribunal Pleno. Ministro Relator Luiz Fux. Disponível em: [file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto_15319097113%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto_15319097113%20(1).pdf) Acesso em: 30 out. 2018.

BRITTO, Carlos Ayres. **Discurso de posse no STF**. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoAyresBritto.pdf>>. Acesso em set. 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. Sequência** (Florianópolis), Florianópolis, n. 65, p. 155-188, Dec. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200008&lng=en&nrm=iso>. acesso em 30 Ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p155>.

Currículo Lattes. **ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI**. 01/11/2018. Disponível em <<http://lattes.cnpq.br/8365031337855179>>. Acessado em: 10 jun. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. RIDB, ano 2, n. 8, 2013.

DE CARVALHO, João Cláudio Carneiro. **O STF COMO LEGISLADOR POSITIVO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANALISANDO OS ARGUMENTOS DOS MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI E LUÍS ROBERTO BARROSO NA ADPF 54**. Caderno de Graduação-Humanas e Sociais-FACIPE, v. 2, n. 3, p. 37, 2017.

DO BRASIL, Senado Federal. **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

Escavador. **ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI**. 30/05/2018. Disponível em <<https://www.escavador.com/sobre/4957719/enrique-ricardo-lewandowski>>. Acessado em: 10 jun. 2018.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes**. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-45, Junho 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100002&lng=en&nrm=iso>. acesso em 09 Oct. 2018.

GREEN, Craig. **An Intellectual History of Judicial Activism**. *Emory Law Journal*, v.58, n.5, 2009.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 96, p. 69-85, July 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. acesso em 30 Ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **A formação da doutrina dos direitos fundamentais**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coord.). Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **A influência de Dalmo Dallari nas decisões dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse como presidente do Supremo Tribunal Federal**. Brasília – DF, 10/09/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>. Acessado em: <30 jul. 2018>

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. São Paulo: RT, 1994.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 77-85, 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro, forense, 1984.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade**. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 45, p.

187-197, Aug. 2002. Available from
 <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso>. acesso em 31 Ago. 2018.

LINDNER, Júlia, **Lewandowski diz que impeachment foi “tropeço” na democracia**. Exame, 20 set. 2016, disponível em <>. Acessado em 25/10/2018.

PELUSO, Cezar. **Discurso de posse**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoPeluso.pdf>>. **Acesso em** set. de 2018.

Supremo Tribunal Federal. **CURRICULUM VITAE ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI**. Brasília, maio 2018. Disponível em:
 <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/CurriculoBiografia/CV_Min_RicardoLewandowski_2018_maio_23.pdf>. Acessado em: 10 jun. 2018.

STF, Decisões, **Estatísticas**. Disponível em <C:\Users\DELL\Downloads\decisoes_geral (1).mhtml>. Visualizado em 26 de nov. 2018

UNIREGISTRAL, Uniregistrat **Entrevista – Ricardo Lewandowski**. 7 ago 2018, disponível em: <<http://iregistradores.org.br/uniregistrat-entrevista-ricardo-lewandowski/>> Acesso em 31 ago 2018