

O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A atuação do STF na Súmula 11 frente ao princípio de Separação dos Poderes¹

Danilo Costa Silva²

Melina Mafra Cruz³

Cleopas Isaías⁴

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. BREVES CONSIDERAÇÃO ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL; 2. O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES; 3. O USO DAS ALGEMAS COMO UM INSTRUMENTO DA ATUAÇÃO POLICIAL; A EDIÇÃO DA SÚMULA 11 E A REPERCUSSÃO DE SEU CONTEÚDO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO

Busca o presente texto analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na seara processual penal no sentido da limitação e contenção do poder punitivo estatal, em face do Estado Democrático de Direito e suas características. As críticas destinadas a essa função ativa baseia-se na extrapolação da função institucional e constitucional do órgão de cúpula do ordenamento jurídico nacional, causado pela ausência de legitimidade democrática para exercício de algumas funções, ou pelo desvirtuamento de sua competência de tribunal constitucional. A devida observância da separação dos Poderes importa na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada, e para cujo exercício foram estruturados.

Palavras-Chave: Ativismo, Separação, STF.

INTRODUÇÃO

Ao Judiciário é incumbida a tarefa de produzir uma ordem estável que permita que a sociedade, apesar de suas diferenças e paradoxos, viva e se desenvolva de modo seguro. Independente do conteúdo que deva ser utilizado em sua atuação, não cabe ao

¹ Paper apresentado à disciplina Processo Penal I, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB.

² Acadêmico do 6º período noturno do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Email: danilocos@hotmail.com

³ Acadêmica do 6º período noturno do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Email: melina_mafra@hotmail.com

⁴ Professor Mestre, orientador.

órgão justificar eventual fracasso cumprir seu objetivo alegando a mutabilidade ou precariedade das leis. Segundo o delegado Daniel Ribeiro, a atual realidade brasileira referida aos órgãos de segurança pública e suas principais regulamentações “transita por uma série de paradoxos, contradições e acontecimentos extraordinários”. Isso se dá, principalmente, pela “total desconexão entre os diversos órgãos de repressão penal e, a regular tudo, de forma talvez ainda mais desconexa ou mesmo omissa, o Poder Legislativo”. (RIBEIRO)

Uma das controvérsias mais debatidas hoje na seara processual penal, talvez seja a atuação do STF na edição da Súmula Vinculante nº 11, a qual disciplinou o uso das algemas, fundamental instrumento de trabalho policial. “Não que se questione a necessidade de regramento para o seu uso razoável, mas todas as circunstâncias e a polêmica em torno da edição de tal súmula, demonstram que algo muito grave atinge as políticas de segurança pública neste País” (RIBEIRO). O autor referido explana em seu artigo ainda, que, graças a uma decisão vinculante, de questionável constitucionalidade, “a mais alta corte de justiça do país conseguiu limitar e burocratizar um ato cujo maior fundamento é o bom senso, a razoabilidade e a proporcionalidade face ao caso concreto.” (RIBEIRO)

O ativismo judicial será aqui abordado como prejudicial ao sistema democrático, pois, viola a separação entre os Poderes e, conseqüentemente, é prejudicial à segurança jurídica ao manifestar-se em face das lacunas na legislação, substituindo, funções do legislador. A Corte tem ultrapassado os limites do texto constitucional para criar novas soluções e, com isso, a competência do legislador fica mitigada. Além de tudo, os ministros não possuem competência para legislar, visto que não foram escolhidos por voto direto do povo, conforme prevê nossa carta magna.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

Luís Roberto Barroso (2010; p. 9) afirma que a idéia 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.”

O ativismo judicial ao longo deste trabalho será tido como “a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função

legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”. Trata-se da “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuída a outros Poderes”. (RAMOS, 2010, p.117)

Assim como a lei, a súmula vinculante, uma vez editada, se acrescenta ao ordenamento como fonte de direito. Nessa seara, impõe-se frisar que não se discute a necessidade de que o “Poder Judiciário intervenha sempre que as hipóteses constitucionais e legais o permitam, no afã de cristalizar os direitos dos cidadãos”. O paradoxo desse atuar, além da óbvia ausência de mandato popular ao STF, estão centrados “nas críticas à legislação judicial as quais afirmam ser questionável que, diante da indeterminação das disposições constitucionais, deva o Judiciário atribuir o que ele pensar ser o correto”. (BERMAN, 2009). Em entrevista, Lênio Streck manifesta-se:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. (PINHEIRO)

2. O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O autor Elival da Silva Ramos afirma que o “Estado Democrático nasce sob o signo de jurisdicização do poder”. (RAMOS, 2010, P.111) Graças ao êxito do movimento jurídico-político, denominado constitucionalismo, esse Estado submetido ao Direito se tornou sinônimo de Estado Constitucional em que um dos pilares é o princípio da separação dos poderes. Tal princípio parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a concretização de seus fins. “Faz-se necessário assim que, as funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, o que exige dotar-se cada uma delas de determinadas prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, estando a eles vedada, por outro lado, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam.” (RAMOS, 2010, P.111) O controle de funções entre os Poderes deve busca a finalidade de limitar o poder estatal, a fim de preservar a liberdade.

Tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente. De outra parte, como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de seu esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucionais. (RAMOS, 2010, 117)

Segundo REVERBEL (P.9), o avanço das funções e competências da jurisdição constitucional pode ser atribuído talvez como “característica de um estágio neoconstitucionalista para o qual se encaminha o direito nacional, o traço característico é o seu foco no Poder Judiciário como o grande protagonista.” De poder quase nulo, o juiz se viu elencado a uma posição mais enérgica no modelo do Estado contemporâneo. No entanto, Elival da Silva (RAMOS, 2010, p.285) aponta que:

A fragilidade teórica do neoconstitucionalismo pode ser também aquilatada: pela indevida invocação de autores estrangeiros que, supostamente, teriam rompido com o positivismo jurídico, quando, na verdade, o que professam nada mais é do que um positivismo renovado (em geral, com a incorporação da viragem hermenêutica ocorrida em meados do século passado, pelo recurso frequente a uma retórica vazia e passional, e, finalmente, pelo fato de que “os partidários do pós-positivismo, como, em geral, os críticos do positivismo jurídico, constroem uma imagem caricatural de seu adversário teórico que não encontra correspondência nos escritos dos mais conhecidos juspositivistas do século XX.

Nos Estados Democráticos, “a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com esmaecimento de sua função executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional”, cuja autonomia é tida, pelo autor em voga, como inafastável, a fim de preservar um Estado de Direito, “afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes”. (RAMOS, 2010, p.121)

3. O USO DAS ALGEMAS COMO UM INSTRUMENTO DA ATUAÇÃO POLICIAL

Ferramenta de trabalho de fundamental importância da polícia, a algema vem sendo alvo de questionamentos e debates a cerca do seu poder pré-punitivo. O fato de a ferramenta de contenção já citada, “representar” a força punitiva do Estado de forma material e causadora de dissabores sociais e morais a quem esta é dedicada, pode ter ensejado a edição da sumula 11 do STF. A previsão legal no Código de Processo Penal,

em seu art. 284, embora não menciona a palavra "algema", dispõe que "não será permitido o uso de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso". Deste modo, é pertinente destacar que o uso de algema é um condicionado à necessidade imediata do agente do Estado no caso concreto, visto que este tem a percepção direta sobre quem pode ou não lhe oferecer risco a si ou a outrem, bem como nos demais casos previstos no referido artigo.

Do mesmo modo, o art. 292 do CPP, traz a possibilidade do uso de meios necessários para o bom andamento da prisão em flagrante, implicitamente faz referência ao meio de domínio físico objeto do presente artigo. A não previsão expressa do termo "algema" fez com que o STF no "uso de suas atribuições legais" a sumular quanto ao uso desta. Isto se deu em razão do julgamento de um pedreiro acusado de homicídio ter seu julgamento anulado pelo fato de o mesmo ter ficado algemado durante o júri, motivo este contestado por muitos.

O Código de Processo Penal, em seu art. 284, embora não mencione a palavra "algema", dispõe que "não será permitido o uso de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso", sinalizando com as hipóteses em que aquela poderá ser usada. Dessa maneira, só, excepcionalmente, quando realmente necessário o uso de força, é que a algema poderá ser utilizada, seja para impedir fuga, seja para conter os atos de violência perpetrados pela pessoa que está sendo presa. No mesmo sentido, o art. 292 do CPP, que, ao tratar da prisão em flagrante, permite o emprego dos meios necessários, em caso de resistência. O 3º, do art. 474, alterado pela Lei n. 11.698/2008, por sua vez, preceitua no sentido de que: "Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes. (CAPEZ, 2010)

A quase rotineira cena de pessoas de grande influência política ou de elevado poder aquisitivo foi um "fundamento indireto" para edição da súmula, sendo considerada por muitos como, v. g., a "súmula 'Cacciola-Dantas", pois, supostamente, "a aprovação dessa súmula deu-se em virtude das ações da polícia federal nos últimos tempos, nas quais foram presas pessoas das classes mais ricas do país". (RIBEIRO)

A periculosidade de efetuar uma prisão é continuamente martelada em cursos de formação de policiais por representar um risco eminente à vida e a integridade física dos executores bem como da população. A demonstração de veracidade desta afirmativa é refletida nos contínuos casos de combate, às vezes mortais, entre policiais e pessoas que aparentemente demonstravam aceitar a determinação de prisão, somente

demonstravam, e na primeira oportunidade se mostraram agressivos chegando ao ponto de eliminar vidas. Deste modo, reitero que ser um risco eminente fazer uma condução de pessoa presa sem que haja o uso de algemas, pois é incalculável o risco para envolvidos ou não.

4. A EDIÇÃO DA SÚMULA 11 E A REPERCUSSÃO DE SEU CONTEÚDO

De modo claro, de acordo com o teor da súmula, o STF cria legislação uma vez que prevê inclusive sanções penais para agentes do Estado incumbidos das prisões caso não as use de forma “correta”. Ora, de forma clara tal súmula abre mais oportunidades de impunidade para pessoas de poder aquisitivo mais elevado, uma vez que o acesso a defesa em juízo é mais fácil em detrimento de condições financeiras para contratar advogado a agir em sua defesa. Assim caso o uso das pulseiras seja feito “indevidamente” isto representará uma válvula de escape das garras do sistema penal, pois o texto prevê nulidade da prisão ou ato processual a que se refere caso isto ocorra.

A coação a que os agentes policiais estão submetidos pelo uso “inadequado” de algemas, representa uma tentativa de burocratização de ações que tenham como objeto a prisão de pessoas de notório poder aquisitivo, pois nota-se, de forma clara que o teor da súmula torna relativo o entendimento do que significa “fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros” uma vez que a declaração escrita por parte do policial que efetuou a prisão, muitas vezes pode não ser “convincente” para o judiciário, estando este agente sujeito a severas punições.

Desta maneira, em vez de disfarçar a atividade judicial sob o manto do tecnicismo, parece mais correto (ou honesto, pelo menos) reconhecer a forte imbricação entre direito e política, a fim de restituir cada qual à sua área de atuação. Confiar na atuação do Poder Judiciário para corrigir todos os defeitos de nosso sistema político pode significar uma enorme frustração (pois ele não terá força para tanto) ou então um sacrifício da própria democracia (se não forem encontrados os limites para sua atuação legítima e eficaz. (BERMAN, 2009, p.209)

Vícios permeiam a criação da súmula 11, uma vez que é perceptível o conflito de competência de poderes entre o legislativo e o judiciário, isto é reflexo de um ativismo promovido pelo poder judiciário, desta forma o mesmo foge de sua competência constitucionalmente estabelecida.

Sem se discutir os argumentos usados na decisão que levou o STF à "decisão de editar súmula vinculante sobre o uso de algemas", lembra COSTA SILVA (2007, p. 237) que "não se tem notícia de reiteradas decisões sobre essa matéria, e, mais ainda, de controvérsia entre órgãos judiciários e a administração pública" que acarretasse em grave insegurança jurídica, muito menos "o necessário volume processual necessários à edição de súmula vinculante."

Sem uma regra jurídica determinada e reiteradas decisões, o STF não possui autorização constitucional ou legal para editar súmulas de efeito vinculante. As regras são claras e objetivas. Agora, presenciamos a cúpula do Poder Judiciário legislando e ignorando um dos requisitos objetivos da edição da súmula vinculante presente na Constituição Federal, qual seja, o da interpretação de regra determinada. A Súmula Vinculante n. 11 carrega em si o vício da inconstitucionalidade por quebra do princípio do pacto federativo, da regra de separação de poderes. (MARQUES DA SILVA, 2008, p.6)

CONCLUSÃO

A opinião pública deve refletir sobre o ativismo de um modo mais enérgico. Tal postura judicial impõe à sociedade a possibilidade de gerar decisões questionáveis e frágeis, bem como de prejudicar a construção de uma ordem jurídica estável. Além disso, "existe o perigo real de que o Poder Judiciário, que tem sido em muitos casos a última trincheira de defesa do cidadão, se veja em risco iminente de xeque, o que deixaria a sociedade à mercê de um embate sem controle entre o Executivo e o Legislativo".(VILELA, 2011)

O Judiciário é talhado para aplicar e também apontar defeitos de uma norma já posta. Através da evolução de uma interpretação criativa, é possível melhorar alguma norma defeituosa ou insuficiente, desde seja respeitado o limite que o texto constitucional estabelece. "Se o julgador aplicar algo aquém daquilo que o texto possibilita, teremos o passivismo judiciário, que é uma idealização conservadora. Trabalhar a lei dentro do seu limite legal, com elementos de interpretação, para estender a outras situações é perfeitamente normal. Passou desse limite, é ativismo judicial." (MILÍCIO, 2009)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <Http://www.slideshare.net/chlima/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>, 2010. Acesso em 29 out. 2011

BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 116, p. 209-226, dez/2009

CAPEZ, Fernando. A questão da legitimidade do uso de algemas. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2219, 29 jul. 2009. Disponível em: . Acesso em: 03 set. 2010.

SILVA, Davi André Costa. A prisão provisória e o uso de algemas na reforma do CPP. In FISCHER, Douglas et. al. Reformas do processo penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009

MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. Súmulas vinculantes: interpretar ou legislar? Eis a questão! Boletim IBCCRIM, n. 191, out/2008.

MILÍCIO, Gláucia. Democracia Desequilibrada. In: Revista Consultor Jurídico. Ago. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo> Acesso em: 27.out. 2011

PINHEIRO, Aline. Entrevista ao Conjur: Lenio Streck fala sobre o STF. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2 Acesso em: 28. Ou. 2011

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

RIBEIRO, Daniel Mendelski. **Ativismo judicial, Súmula Vinculante nº 11 do STF e proporcionalidade.** Disponível em: <Http://www.folhadodelegado.jex.com.br/artigos+de+outros+autores/ativismo+judicial+sumula+vinculante+n+11+do+stf+e+proporcionalidade> Acesso em 28. Out. 2011

VILELA, Hugo Otávio Tavares. **O ativismo judicial e o jogo dos três poderes.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2912, 22 jun. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19387>>. Acesso em: 30 out. 2011.