

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

## **DAS DECISÕES MANIPULATIVAS: UM OLHAR CRÍTICO AO PAPEL CRIATIVO DOS TRIBUNAIS FRENTE AO ATIVISMO JUDICIÁRIO**

*ON MANIPULATIVE DECISIONS: A CRITICAL LOOK AT THE CREATIVE ROLE OF COURTS IN FRONT OF JUDICIAL ACTIVISM*

**Joaquim Pedro de Oliveira Volante<sup>1</sup>**  
**Ferdinando Scremin Neto<sup>2</sup>**  
**Bruno Smolarek Dias<sup>3</sup>**

### **RESUMO**

No presente artigo busca-se compreender, por meio de análise doutrinária, jurisprudencial e legal, o papel ultrapassado do Tribunal Constitucional como Legislador negativo, no âmbito de recentes decisões manipulativas, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, além de exercer o papel de legislador negativo, também exerce atividade hermenêutica da Lei, podendo adicionar, substituir ou retrain parte do texto de lei visando a conformação constitucional. Será analisado, a partir da doutrina, a linha tênue entre a decisão manipulativa e o ativismo judicial, a partir da fundamentação da decisão manipulativa, demonstrando uma brecha potencialmente danosa ao Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisões Manipulativas, Ativismo Judicial, Democracia, Papel Criativo, Hermenêutica.

### **ABSTRACT**

In this article, we seek to understand, through doctrinal, jurisprudential and legal analysis, the outdated role of the Constitutional Court as negative Legislator, within the recent adherence of manipulative decisions, since the Federal Supreme Court, in addition to the role of negative legislator, also has the role over the hermeneutic possibility of the law, being able to add, replace or withdraw part of the law text for its constitutionality to be maintained. From the doctrine, the fine

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Processual Civil (UNIPAR). Advogado. E-mail: <joaquimpeps@gmail.com.>

<sup>2</sup> Juiz de Direito no Paraná. Especialista e laureado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Mestrando em Direito Processual e Cidadania. Aprovado em concursos públicos para Juiz Substituto nos Estados de Alagoas, Paraná e São Paulo. Foi Delegado de Polícia em Mato Grosso, Analista processual do MPU, Técnico Judiciário do TRF-4. Leciona na graduação em Direito da Uniguaçu, na pós-graduação em processo penal da Faculdade Maringá, no Curso Damásio e na Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Atuou como Advogado. Aprovado em diversos concursos públicos em todos os níveis (federal, estaduais, municipais). Lecionou junto à SENASP/MJ em cursos voltados ao aperfeiçoamento de policiais civis em todo o País. Autor de artigos e capítulos de livros em diversas obras jurídicas publicadas pela editora Juruá. Instagram: @prof\_ferdinandoscremin.

<sup>3</sup> Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Positivo (2004) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008). Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - SC (2014), ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho - Portugal (2012). Doutorado em co-tutela com a Università degli Studi di Perugia - Itália. Atuou como Coordenador do Curso de Direito da Universidade Paranaense - Unipar Campus Francisco Beltrão (2010-2014), professor titular da Universidade Paranaense e temporário da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE. Leciona na graduação, pós-graduação e no Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense (UNIPAR). Email: <professorbruno@prof.unipar.br>

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

line between the manipulative decision and the judicial activism will be analyzed, from the grounds of the manipulative decision, demonstrating a gap potentially harmful to the Democratic Rule of Law.

**KEY WORDS:** Manipulative Decisions, Judicial activism, Democracy, Creative Role, hermeneutics.

## **INTRODUÇÃO**

A introdução das sentenças manipulativas (ou modificativas) demonstra a necessidade de um controle abstrato mais efetivo, a partir da análise de uma sociedade complexa que se modifica a cada instante, buscando aferir se é necessário que a Constituição se faça valer de maneira mais completa, trazendo estabilidade, coerência e constitucionalidade para as regras jurídicas vigentes após a Constituição Federal de 1988.

Se de um lado é certo que todo texto de lei terá sua imprecisão, bem como lacunas a serem preenchidas pelo intérprete, uma vez que conceitos abstratos só podem ser observados a partir da realidade, é igualmente correto que a adequação da regra jurídica ao caso concreto construirá a norma jurídica aplicada ao caso concreto.

Ultrapassando-se o papel de legislador negativo pelo Supremo Tribunal Federal e adentrando numa modalidade de jurisdição constitucional, há, agora, o papel, de, também, a alteração dos sentidos ou dos efeitos das normas impugnadas, podendo ser classificadas como sentenças normativas, interpretativas, aditivas, substitutas.

Ao passar pelos efeitos de cada sentença modificativa (ou manipulativa) será ressaltado a preocupação doutrinária com esse novo papel do Supremo Tribunal Federal que não necessariamente é ativista, entretanto, como veremos ao longo do artigo, o *ativismo judicial* é fenômeno interpretativo, podendo estar presente nas decisões manipulativas, criando um precedente perigoso e fazendo o papel de legislador positivo, usurpando a competência originária do Legislativo.

### **1. DAS SENTENÇAS NORMATIVAS**

Em apertada síntese, as sentenças normativas ocasionam a edição de uma norma geral e vinculante pelo Poder Judiciário.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Isto porque, em regra, o Judiciário atua como legislador negativo, na medida em que, enquanto o Poder Legislativo cria normas (legislador positivo), o Judiciário retira do sistema as que são incompatíveis com a Constituição, razão pela qual se justifica o termo legislador negativo.

Assim, nas sentenças normativas, o Judiciário acaba “legislando” e criando normas.

### **1.1 Sentenças Interpretativas**

Nas sentenças interpretativas o Judiciário, frente a uma norma que possui inúmeras interpretações discrepantes, resolve proferir uma interpretação que esteja de acordo com a Constituição Federal.

A propósito, a interpretação conforme a Constituição é expressamente prevista na Lei n. 9.868/1999 (Lei da ADI, da ADO e da ADC). São exemplos de sentenças interpretativas: a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Nas palavras polissêmicas, o Tribunal confirma a validade de uma interpretação entre as possíveis, dizendo-a “de acordo”, “conforme” a Constituição. Ela é muito parecida com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, até mesmo porque essa última hipótese também leva em conta palavras polissêmicas.

Na técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial, o texto da norma questionada se mantém íntegro – por isso fala-se “sem redução de texto”. O que é retirada é a interpretação que divergiria da Constituição.

A diferença mais marcante entre elas é que, na interpretação conforme faz-se juízo positivo de constitucionalidade, enquanto na declaração de inconstitucionalidade parcial, como o próprio nome sinaliza, esse juízo é negativo.

Também existe uma consequência prática que difere a declaração de inconstitucionalidade parcial da interpretação conforme a Constituição, que é a cláusula de reserva de plenário, esta exigida na primeira hipótese, visto que na

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

interpretação conforme apenas ratifica-se a constitucionalidade, já presumida em razão do devido processo legislativo.

De modo que, para se dizer que a norma é constitucional, não é necessário o pronunciamento exclusivo do Plenário do Tribunal, somente na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é obrigatória a observância da cláusula de reserva de plenário.

## 1.2 Sentenças aditivas

Nas sentenças aditivas, o Judiciário acaba adicionando uma hipótese não prevista na lei. Esse tipo de decisão está sendo muito utilizada pelo STF, embora não seja explicitamente assumida sua utilização.

Podem-se citar alguns exemplos:

- a)** decisão que permitiu o direito de greve aos servidores públicos: no MI 708, o STF abandonou a postura clássica, de adoção da teoria não concretista no mandado de injunção, para permitir que servidores públicos fizessem greve, usando os parâmetros da lei de greve dos trabalhadores (iniciativa privada) em atividades essenciais – STF, MI 708;
- b)** decisão que permitiu a interrupção da gestão em fetos anencefálicos: na prática, o STF adicionou uma hipótese na qual o aborto deixa de ser crime. Lembro que no CP só se permitia a interrupção da gestação em caso de perigo de morte para a mãe (aborto terapêutico) ou se a gravidez fosse decorrente de estupro (aborto sentimental). Na prática, é como se o Código Penal tivesse a terceira hipótese, para fetos anencéfalos (STF, ADPF 54);
- c)** decisão que deferiu o direito ao saque do FGTS fora das hipóteses legais: nesse caso, o STJ permitiu que a mãe de um portador de HIV sacasse os valores do FGTS. Acontece que a Lei n. 8.036/1990 estabelece hipóteses taxativas, entre as quais, por exemplo, se o trabalhador tivesse uma doença grave, mas não seus filhos (STJ, RESP 249.026).

Deste modo, as sentenças aditivas reconhecem a falta de uma hipótese normativa, elemento necessário para que a norma esteja em conformidade com a Constituição. Uma vez declarada a ausência, o próprio tribunal adiciona o conteúdo normativo faltante, tacitamente já contido no ordenamento jurídico. Em outras palavras, a omissão é suprida pela própria corte constitucional, sanando o vício de imediato, determinando que o preceito seja aplicado incluindo aquilo que lhe faltava.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

### 1.3 Sentenças substitutivas

Nas sentenças substitutivas, como o nome sugere, o julgador substitui determinado trecho de uma lei pelo de outra, em situações nas quais se entenda inconstitucional a aplicação da norma em sua integralidade.

Na prática, embora seja vedada a combinação de leis, visto que formaria uma *Lex Tertia*, a combinação acontece em algumas situações.

Um caso bastante emblemático foi a decisão da Corte Especial do STJ que entendeu ser possível a combinação de leis para aplicar a pena do tráfico de drogas ou do crime de contrabando para condenados pelo crime do artigo 273<sup>4</sup> (e seus parágrafos) do Código Penal.

Isto porque, há alguns anos (1997, 1998), veio à tona um caso de falsificação de remédios diversos, destacando-se os destinados ao tratamento de câncer.

Em função da pressão social, o Congresso Nacional editou a Lei n. 9.677/1998, prevendo nova redação e penas para os crimes de falsificação de medicamentos, inclusive, a pena mínima foi fixada em 10 (dez) anos e a máxima em 15 (quinze).

Contudo, o preceito primário do tipo penal era tão amplo que permitia interpretações discrepantes, como por exemplo a tipificação de falsificação de “xampu”.

Assim, o STJ entendeu que a pena prevista no artigo 273 do CP era excessiva e utilizou, para essas situações, a sanção prevista para o tráfico de drogas (artigo 33 da Lei n. 11.343/2006) ou para o contrabando (artigo 334-A do CP), ambas bem mais baixas do que a original (STJ, HC 239.363).

Ou seja, o Tribunal entendeu que a aplicação da pena expressamente prevista para o crime seria inconstitucional. Então, aproveitou-se um pedaço do artigo 273

---

<sup>4</sup> Art. 273 -Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

(descrição do delito, preceito primário) e outro pedaço da Lei Antidrogas ou do crime de contrabando (só a pena, preceito secundário).

Entende-se, destarte, ter havido clara combinação de leis, mas somente em março de 2021, cerca de 23 anos após a edição da Lei n. 9.677/1998, a questão foi apreciada pelo STF. Na referida ocasião, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da aplicação do preceito secundário (pena) do artigo 273 do Código Penal à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária (ANVISA).

Para resolver a situação, acabou-se reprimando o preceito secundário do artigo 273, na redação originária (antes da modificação em 1998). Com isso, a pena acabou reduzida para reclusão de um a três anos e multa (STF, RE n. 979.962).

## **2. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE**

Ao contrário das sentenças normativas, nas quais o Judiciário atua como legislador positivo, nas sentenças transitivas ocorre uma espécie de “negociação” com a Supremacia da Constituição.

Percebe-se que em nosso ordenamento jurídico foi adotada a teoria da nulidade, segundo a qual ao se declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, este deveria ser retirado do ordenamento como se nunca tivesse existido, em que pese subsistirem algumas exceções.

A primeira é a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, uma espécie de situação em que é deflagrada a inconstitucionalidade sem a aplicação de qualquer efeito prático, ou seja, praticamente efeitos meramente declaratórios.

Foi o que aconteceu no julgamento da ADI 2.240, que se voltava contra uma lei do estado da Bahia que criou o município de Luís Eduardo Magalhães, em claro desrespeito às regras do artigo 18, § 4º<sup>5</sup>, da Constituição. Nesse caso, o STF

---

<sup>5</sup> Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

aplicou a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, pois, embora tenha afirmado a inobservância das regras constitucionais, manteve a lei questionada pelo prazo de 24 meses (STF, ADI 2.240).

Mais à frente, com o advento da EC n. 57/2008, foram convalidados os municípios criados de forma irregular, numa estranha espécie de correção do defeito congênito na norma de criação irregular dos municípios, por meio de uma decisão política do parlamento – no caso, a promulgação da EC.

## **2.1 Modulação temporal de efeitos**

O artigo 27 da Lei n. 9.868/1999 diz o seguinte: *Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

O referido dispositivo regulamenta a modulação temporal de efeitos, também chamada de decisão de calibragem. Esse mecanismo permite o afastamento da regra geral, que seria a decisão com efeitos retroativos (*ex tunc*), podendo o STF fixar outro momento a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade produzirá os efeitos. Para que isso aconteça, é necessária a presença dos requisitos da segurança jurídica ou do excepcional interesse social.

Aplicada a modulação, a eficácia da decisão pode se operar dali em diante (eficácia prospectiva ou *ex nunc*) ou mesmo a partir de um momento futuro (eficácia para o futuro). Enquanto para a declaração de inconstitucionalidade é necessário o quórum de maioria absoluta – seis ministros –, para se fazer a modulação, exige-se o voto de oito ministros do Tribunal, o que equivale a dois terços dos membros.

---

Constituição. [...] § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Além disso, embora tenha nascido na Lei da ADI, a modulação pode ser feita em quaisquer das ações do controle concentrado. Ou seja, ela também é cabível na ADPF, por exemplo – que é regida por outra norma, a Lei n. 9.882/1999.

Percebe-se ainda que o STF vem aplicando essa técnica também no controle difuso de constitucionalidade (STF, RE 553.223), inclusive, a *priori*: a modulação temporal pode ser feita igualmente no juízo de recepção/ revogação das normas anteriores à Constituição.

## **2.2 Inconstitucionalidade progressiva ou norma “ainda” constitucional ou norma em trânsito para a Inconstitucionalidade**

Trata-se da técnica de flexibilização do controle de constitucionalidade, aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em situações onde circunstâncias fáticas vigentes sustentam a manutenção das normas questionadas dentro do ordenamento jurídico ainda que por algum tempo.

Podem-se citar vários nomes para a mesma técnica: norma em trânsito para a inconstitucionalidade, norma a caminho da inconstitucionalidade, inconstitucionalidade progressiva, constitucionalidade *rebus sic standibus* e norma “ainda” constitucional.

Partindo-se para os julgados do STF, verifica-se que o Tribunal usou a inconstitucionalidade progressiva, por exemplo, na questão do prazo em dobro para a Defensoria Pública.

Na ocasião, o fundamento utilizado foi que a Defensoria Pública ainda não tinha a mesma estrutura oferecida ao Ministério Público e declarou que o prazo em dobro para o processo penal, previsto na LC n. 80/1994 e na Lei n. 1.060/1950, não feria o princípio da paridade de armas (*par conditio*).

No entanto, em momento posterior, quando a Defensoria estivesse devidamente aparelhada, a distinção dos prazos previstos para ela e para o MP dentro do processo penal geraria uma discriminação indevida (STF, HC 70.514).

## **3. DAS CRÍTICAS ENFRENTADAS PELOS TRIBUNAIS**

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Na Doutrina, a *justificativa* para que seja possível as sentenças modificativas, tanto aditivas quanto substitutivas, deriva da necessidade de dois requisitos fundamentais para serem admitidas: a) uma decisão de inconstitucionalidade prévia (seja por omissão ou pelo que a lei prescreve) e; b) a decisão manipulativa deve ser oriunda diretamente do texto constitucional, isto é, o efeito aditivo decorre da hipótese constitucionalmente vinculada<sup>6</sup>

Isso porque o papel de Legislador negativo realizado pela Corte Constitucional já fora ultrapassado, uma vez que:

(...) a atividade do supremo não mais consiste em anular de forma geral um ato legislativo. Posicionar a jurisdição constitucional como um legislador negativo retirar-lhe-ia todas as possibilidades de proferir as sentenças interpretativas como aquelas que versariam sobre a possibilidade hermenêutica da lei e não sobre o texto de lei em si, algo irrealizável se o controle de constitucionalidade se restringir a um aspecto formal<sup>7</sup>

Não obstante, não se quer dizer que o fenômeno das sentenças modificativas seja *discricionário*, uma vez que:

(...) tanto nas sentenças interpretativas quanto nas sentenças aditivas, o conteúdo decisório já está presente no sistema, como corolário lógico da ordem constitucional, competindo ao tribunal apenas anunciá-la ao prolatar sentença. Se a norma não estiver previamente traçada no ordenamento, competirá ao legislador estabelecê-la. (...) assim é que não se pode *equiparar a atividade da corte à do legislador*, vez que o complemento introduzido ou explicitado, além de efeito indireto da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, não deriva da sua imaginação, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais.<sup>8</sup>

Entretanto, alguns cuidados devem ser tomados quanto à fundamentação de tais decisões, devendo ser analisados o *como* e *porquê* dessas adições, substituições

---

<sup>6</sup> ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [Livro eletrônico]. p. RB-3.83.

<sup>7</sup> ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [Livro eletrônico]. p. RB-2.16.

<sup>8</sup> JONER; Gabriel. Sentenças interpretativas e aditivas: (in)aplicabilidade no âmbito do Direito Tributário. **Revista dos Tribunais**, Vol. 975/2017, p. 355-381, Jan/2017, DTR/2016/24994.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

ou supressões ocorrem perante o papel dos Tribunais Constitucionais, sobretudo. Conforme explicita Georges Abboud<sup>9</sup>:

Convém ressaltar que a fixação da eficácia não é ato discricionário do Supremo, tal como presente ao longo da obra; em verdade, a fixação dos efeitos da ineficácia da lei em razão da inconstitucionalidade deve ser realizada com intensa fundamentação e não possuir caráter discricionário, existindo hipóteses em que a limitação deve obrigatoriamente ser feita, enquanto em outras serão expressamente proibidas

Não obstante, devemos levar em consideração o voto do Relator, Ministro Celso de Mello, na ADO 26 (criminalização da homofobia por analogia), ao descrever a *impossibilidade* de criar uma conduta típica penal por decisão judicial, bem como a inviabilidade do exercício da função legislativa pelo Poder Judiciário:

Não cabe, pois, ao *Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo* [...], para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento. Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - *passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.* [...] por oportuno, que a reserva de lei [...] traduz postulado revestido de função excludente, de caráter negativo (que veda, nas matérias a ela sujeitas, como sucede no caso ora em exame, quaisquer intervenções, a título primário, de órgãos estatais não legislativos)<sup>10</sup>

Portanto, pelo voto do Relator, a decisão proferida na ADO 26 não configuraria, *per si*, no conceito de sentenças aditivas (uma vez que a técnica interpretativa ao vocabulário racismo foi empregado)<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [Livro eletrônico]. p. RB-2.16.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Relator Celso de Mello. Diário de Justiça n. 01/07/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

<sup>11</sup> THAMAY, Rennan Faria Kruger; SEIXAS, Bernado Silva de. A supressão de omissão inconstitucional por meio de interpretação constitucional: A ADO 26 e o MI 4.733. **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, A. 2, v. 1, n. 1, jan/jun 2020, p. 33-56. p. 47.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Essas ferramentas são sensíveis, andando em linha tênue a uma legitimidade vinculada à fundamentação judicial (Art. 93, X) e bem assim à segurança jurídica, sendo essa pedra fundamental ao Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>.

Por isso o Judiciário deve considerar, ao realizar a modulação de efeitos das sentenças modificativas, as *consequências* da decisão judicial, ponderando se e como devem (ou não) modular tais efeitos<sup>13</sup>.

Outro ponto a ser levantado, em uma questão sensível, foi a utilização da sentença aditiva no julgamento do Caso ADPF 54/DF (Abordo de fetos anencefálicos). Tanto o Procurador-Geral, quanto os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Carlos Velloso e Ellen Gracie que:

(...) o dispositivo penal interpretado gozava de univocidade de significado, de forma que, além de não caber interpretação conforme a Constituição, que necessariamente envolve definir, entre sentidos possíveis, aquele mais compatível com o Texto Constitucional, ainda eventual sentença de procedência importaria em clara atividade *legiferante* penal pela Corte<sup>14</sup>

Neste caso, o pedido formulado pelos autores tinha por escopo a interpretação conforme a Constituição aos Arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, 'de modo a torná-los compatíveis com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais a liberdade e à saúde da gestante, e, assim, afastar a ilicitude da interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico'<sup>15</sup>.

O ato foi criticado pelo Ministro Eros Grau, pois para ele o Supremo Tribunal Federal estaria *rescrevendo o Código Penal* e agindo como verdadeiro legislador positivo, destacando, assim como o Ministro Cezar Peluso, que o tema era de

---

<sup>12</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [Livro eletrônico]. p. RB-3.90.

<sup>13</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [Livro eletrônico]. p. RB-3.90.

<sup>14</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **As sentenças manipulativas aditivas – Os casos das cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF**. **Revista de Processo**. Vol. 246/2015, p. 403-427, Ago/2015. DTR/2015/13225. p. 11.

<sup>15</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **As sentenças manipulativas aditivas – Os casos das cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF**. **Revista de Processo**. Vol. 246/2015, p. 403-427, Ago/2015. DTR/2015/13225. p. 10.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

competência legislativa e não judiciária, uma vez que por meio dela criava-se *terceiro tipo excludente de ilicitude*<sup>16</sup>.

Em todo caso, a ferramenta, em si, é vinculada aos parâmetros constitucionais e devem ser amplamente fundamentados em *razões jurídicas* e não na vontade, moralidade ou ideologia do intérprete. A questão do aborto é pauta de direito moral, e, portanto, diz respeito a toda a sociedade organizada, havendo inequívoca divergência moral entre os pares, sendo que o *locus* adequado a esse debate é a arena política, e não o Poder Judiciário.

Preleciona Luiz Guilherme Marinoni que:

Isso significa, em outras palavras, que não se pode criar uma teoria da autoridade, legitimada pelos valores democráticos, com base na justiça da decisão ou com base nos direitos, quando o problema, longe de estar no direito, está num simples desacordo razoável e racional a respeito da solução a ser dada a uma questão que é, essencialmente, das pessoas. Na verdade, é descabido tentar resolver um problema que diz respeito à teoria da autoridade com base num argumento que pertence à teoria da justiça, ao menos quando não se deseja excluir o fator democracia como componente essencial à sua resolução.<sup>17</sup>

O Supremo Tribunal Federal anda em linha tênue quando se depara com a tarefa de cumprir a Constituição e dar a imagem de *aristocracia togada*, caso em que a vontade do intérprete impera sobre os preceitos constitucionais, sendo utilizados como mera aparência de direito, utilizando-se de ferramentas argumentativas conhecidas como *ativismo judicial*.

Saliente-se aqui que o *ativismo judicial* não é uma atitude dos tribunais, conforme definição trazida pelo Ministro Luís Roberto Barroso<sup>18</sup>, para quem:

(...) escolhe de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (...) associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na

---

<sup>16</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas – Os casos das cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**. Vol. 246/2015, p. 403-427, Ago/2015. DTR/2015/13225. p. 11.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021 [Livro Eletrônico]. p. RB-3.1

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. p. 7-8.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

concretização dos valores e fins constitucionais, com maior inferência no espaço de atuação dos outros dois poderes

Define-se para tanto ativismo judicial 'toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema'<sup>19</sup>.

Ainda, o ativismo judicial é intrinsecamente ligado à política, uma vez que existe um 'compromisso maior' com realizações políticas-ideológicas, um 'amanhecer dourado' onde separa-se totalmente da legalidade vigente sem que exista, necessariamente, uma razão jurídica para ser realizado, mas, sim, apenas motivos políticos do próprio intérprete.

Trata-se de fenômeno intrínseco voltado à atividade interpretativa do magistrado, não sendo, necessariamente, uma atitude do tribunal quanto à interferência ou não nos outros poderes, mas sim, a *interferência* mediante fatores *políticos, morais ou ideológicos* que são *estranhos* à Constituição Federal. É da cultura de justificação que nasce o Estado Democrático de Direito, não mais atos de autoridade, onde é a vontade do intérprete que se sobrepõe ilegitimamente a autodeterminação de uma sociedade inteira<sup>20</sup>.

Tratar-se-á, na sequência, do *ativismo judicial* como fenômeno *argumentativo* e não *atitude do tribunal*.

### 3.1. Do ativismo judiciário

---

<sup>19</sup> ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1008/2019. Out/2019. p. 3

<sup>20</sup> PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. p. 674.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

É inegável que o Supremo Tribunal Federal, atualmente, por constatação empírica, concentra mais poderes que quaisquer outros tribunais constitucionais do mundo<sup>21</sup>, conforme explicita Georges Abboud<sup>22</sup>:

(...) além de realizar controles difuso e abstrato (inclusive podendo julgar ação declaratória de constitucionalidade, o STF possui diversos processos de competência originária e pode, ainda, produzir diversos provimentos vinculantes com eficácia erga omnes, como decisões sobre repercussão geral, súmula vinculante e as cautelares monocráticas que, não raras vezes, suspendem, na integralidade, leis democraticamente aprovadas

Como delineado alhures, o ativismo judicial difere do chamado *judicial review* (controle de constitucionalidade) tipicamente americano, uma vez que o fenômeno *argumentativo*, cerne do presente capítulo, é questão fulcral ao debate da fundamentação da decisão judicial, e não propriamente às ferramentas utilizadas pelo Poder Judiciário nas mais diversas instâncias, a incluir o Supremo Tribunal Federal, elencadas em legislação constitucional e infraconstitucional.

O Ativismo judicial, acima de tudo, revela-se genuíno desapego à legalidade vigente e ao ordenamento jurídico em si (e sua própria legitimidade), tornando-se espaço de fidelização e realização *política, moral ou ideológica* do intérprete — o que é diversamente diferente do papel interpretativo e criativo do magistrado em relação à norma jurídica.

Conforme explicita Sérgio Cabral dos Reis<sup>23</sup>:

O ativismo, normalmente associado ao desrespeito à separação de poderes, é o resultado de um desejo ou ato de vontade do órgão judicante de modificar, solipsisticamente, a realidade social circundante, e, nessa perspectiva, a expressão “ativismo judicial”, compreendida restritivamente, representa um rótulo negativo, pois – diferentemente da expressão “autocontenção judicial” (judicial restraint), que rende deferência ao legislador democrático – encontra-se ligada à ideia de que o Poder Judiciário, para cumprir a

---

<sup>21</sup> O Supremo do Brasil é o mais poderoso do mundo. **Revista Valor**, 27 de novembro de 2013. disponível em: [[www.valor.com.br/politica/3353336/o-supremo-do-brasil-e-o-mais-poderoso-do-mundo](http://www.valor.com.br/politica/3353336/o-supremo-do-brasil-e-o-mais-poderoso-do-mundo)]. Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

<sup>22</sup> ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [Livro eletrônico]. p. RB-3.2.

<sup>23</sup> REIS, Sérgio Cabral dos. **Do ativismo judicial como comportamento antidemocrático e enfraquecedor da deliberação política**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Vol. 123/2021, p. 141-163, jan-fev, 2021. DTR/2021/270. p. 3.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Constituição, pode invadir a competência institucional reservada aos demais poderes estatais.

Complementa, ainda, Georges Abboud que:

(...) o Judiciário não pode decidir da forma que quiser. A aplicação da lei não é uma opção do juiz. O senso de justiça de cada magistrado não constitui fundamento legítimo para motivação da decisão (...) o Judiciário tem o dever de demonstrar os fundamentos jurídicos que o fizeram decidir desta ou daquela maneira. Desse modo, ainda que o juiz considere injustas as figuras, por exemplo, da revelia, da usucapião, da prescrição – apenas para ficarmos nesse exemplo – deverá aplicá-las quando for o caso, porque são contempladas na legislação vigente que, por sua vez, vinculam sua atividade decisória.<sup>24</sup>

Significa dizer que a lei deve ser aplicada de acordo com a própria lei — e não em relação aos valores e arquétipos de quem está julgando<sup>25</sup>. Outro detalhe importante é que o Tribunal não pode ser mais célere, 'justo' ou 'ideológico' a respeito de *quem* ou *o quê* está sendo julgado<sup>26</sup>.

Conforme explicita José Mario Wanderley Gomes<sup>27</sup>, em relação à discricionariedade do Presidente do Supremo Tribunal Federal e a *possibilidade* de escolher quais processos (e de quem) serão julgados:

Da mesma forma, a ausência de constrangimentos institucionais e a ampla margem de definição subjetiva do que seria "urgente" permitem que o Presidente exerça total seletividade quanto ao que deve, ou não, ser decidido naquele momento *sui generis* ou relegado ao momento posterior (quando será apreciada por outro membro do Tribunal), sendo o timing decisional um fator importante para compreensão da racionalidade das decisões tomadas, bem como daquela envolvendo os casos não decididos (em autorrestrrição silenciosa).

---

<sup>24</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [Livro eletrônico]. p. RB-3.42.

<sup>25</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. Habeas Corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: Pesquisa empírica e dados estatísticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 172/2020. p. 323-352, Out/2020. DTR/2020/12764. p. 345.

<sup>26</sup> GOMES, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Aparelhamento da corte? Uma análise atitudinal da relação entre indicação partidária e comportamento decisório no Supremo Tribunal Federal (STF) **Revista de Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. Santo Ângelo, v. 19, n 35, p. 109-125. Set./dez. 2019.

<sup>27</sup> GOMES, José Mario Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do presidente do STF durante o recesso judicial e férias. **Revista Brasileira de Políticas públicas**, Uniceub, Volume 8, nº 2, agosto 2018: Dossiê especial: indução de comportamentos "neurolaw": Direito, psicologia e neurociência. p. 747

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Do mesmo modo, urge demonstrar que a *seletividade judicial* não tem muito a ver com o 'excesso de demandas processuais' ou garantias, mas sim da existência de 'uma seleção institucional realizada pelos agentes do sistema de justiça, quando a quem será julgado e punido e quem poderia esperar pelo processo'<sup>28</sup>.

O massivo poder discricionário e *concentrado* encontra respaldo na separação de poderes da República, bem como na própria noção de Estado de Direito ou até mesmo o Estado Democrático de Direito.

Isso porque a forma de como a concepção do *rule of law* foi desenvolvida pelos *founding fathers* americanos significava entender a separação entre a autoridade legal e a autoridade política, incluindo, aqui, a vinculação dos juízes à lei, não podendo os magistrados proferir decisões *contra legem* ou amparadas em *ideais de justiça* do intérprete<sup>29</sup>.

O Tribunal *ativista* fortalece o agigantamento do Poder Judiciário, com potencial de transformá-lo, como adverte a doutrina, em "*Frankeinstein*"<sup>30</sup>:

(...) o fortalecimento do Judiciário por meio da constitucionalização pode, em última instância, criar um cenário institucional indesejável para as elites dominantes e seus eleitores. Além disso, grupos de oposição ou minorias também podem aprender a usar a nova estrutura constitucional para promover suas preferências políticas, apresentando-as como reivindicações de Direitos. Pelo menos em teoria, uma vez ampliadas as suas competências, existe o risco de que os tribunais se transformem no monstro de Frankenstein: órgãos de decisão imprevisíveis e autônomos, cujos julgamentos são contrários aos interesses e expectativas dos defensores da sua nova roupagem institucional."

Esse risco tem o potencial de despertar *efeito contrário* à pretensa 'proteção aos direitos fundamentais', porquanto os tribunais, ao se depararem com ativismo judicial, podem em última análise corroer de vez os valores democráticos, ao invés

---

<sup>28</sup> GOMES, José Mário Wanderley; CARVALHO, Ernani. Pretores condenando a casta? A atuação do supremo tribunal federal no julgamento do 'foro privilegiado' **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Vol. 8, 2021. p. 20

<sup>29</sup> EKINS, Richard; FORSYTH, Christopher. **Judging the Public Interest**: The rule of law vs. The rule of courts. Londres: Policy Exchange, 2015. p. 24

<sup>30</sup> HIRCHL. Ran. **Rumo à juristocracia**: As origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: Editora E.D.A, 2020. p. 292-293.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

de protege-los, minando a própria autoridade ao ponto de não terem os seus comandos obedecidos pelos demais poderes<sup>31</sup>.

Esse fenômeno pode ser observado em caso recente, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, de que foi relatora a eminente Ministra Rosa Weber, por meio do qual determinou-se a suspensão do pagamento das emendas do 'orçamento secreto' do Poder Legislativo (sancionado pelo Poder Executivo) em novembro<sup>32</sup>. A decisão foi confirmada em Plenário por 8 votos a 2.

Nesse contexto, o Poder Legislativo, no dia 30 de novembro de 2021, alterou o Projeto de Resolução das Emendas RP9 (Orçamento Secreto), de modo que, apesar do texto exigir a identificação dos parlamentares a partir de 2022, manteve o sigilo sobre os nomes dos solicitantes das emendas de 2020 e 2021<sup>33</sup> (modificando, assim, os requisitos de transparência exigidos na decisão prolatada nas ADPF de nº 850, 851 e 854).

No dia 6 de dezembro de 2021 a ministra Rosa Weber liberou a retomada da execução orçamentária das Emendas RP9 (Orçamento Secreto)<sup>34</sup> ante a pressão do Congresso Nacional em não cumprir a decisão judicial. Naquele momento havia risco concreto de crise institucional entre os poderes, com potencial de comprometer a credibilidade e força institucional do Poder Judiciário.

A conclusão é evidente: quanto mais o Supremo Tribunal Federal, atuando como Corte Constitucional, invadir de maneira indevida e sem razão jurídica suficiente a independência dos demais poderes, tanto mais poderá gerar instabilidade

---

<sup>31</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing**: legal globalization and the subversion of liberal democracy. New York: Oxford University Press, 2021. p. 84-90.

<sup>32</sup> STF Mantém Decisão que suspendeu execução de emendas de relator. **Consultor Jurídico**. 10 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-10/stf-mantem-decisao-suspendeu-execucao-emendas-relator> Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

<sup>33</sup> Congresso aprova regulamentação do 'orçamento secreto' para 2022. **Consultor Jurídico**. 30 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-30/congresso-aprova-regulamentacao-orcamento-secreto-2022> Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

<sup>34</sup> FALCÃO, Márcio. **Rosa Weber Libera pagamento das emendas do 'orçamento secreto'**. G1. 06 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/12/06/rosa-weber-libera-execucao-das-emendas-do-orcamento-secreto.ghtml> Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

institucional, com sérios riscos ao Estado Democrático de Direito e ao postulado da segurança jurídica.

Entende-se, portanto, que o ordenamento jurídico não pode ficar refém de *uma moralidade, ideologia ou senso de justiça* do interprete em sobreposição aos comandos normativos da Constituição Federal e ao espírito oriundo do poder constituinte originário.

## **CONCLUSÃO**

Os riscos do ativismo judicial no âmbito de decisões manipulativas são reais, com potencialidade danosa ao Estado Democrático de Direito, porquanto a moralidade ou vontade do intérprete podem comprometer a legalidade vigente e as balizas democráticas construídas ao longo da evolução jurídica no País.

Em outras palavras, o ativismo judicial sacrifica a *legalidade* ao prestigiar a vontade do intérprete, isto é, o seu sendo de justiça, moralidade ou ideologia. O ativismo inova o sistema jurídico de maneira ilegítima, usurpando o poder constitucional.

De modo que o emprego das decisões manipulativas, empregada para a calibração da constitucionalidade das leis, exige cautela e fundamentação adequada, não sendo um ato meramente discricionário dos Juízes Constitucionais, porquanto a eficácia da decisão em sede de controle abstrato é vinculativa, isto é, de aplicação imperativa, sendo, outrossim, imperioso fixar os limites objetivos da manipulação da regra jurídica<sup>35</sup>.

A doutrina encontra certa resistência com a aplicação das decisões manipulativas, especialmente na seara tributária, uma vez que o princípio da legalidade estrita é basilar a todo o universo do direito tributário<sup>36</sup>. E também na seara Constitucional, ao tratar-se da ADO 26, objeto de grande polêmica nos âmbitos jurídico e político, assim como na ADPF 54/DF ao tratar de nova excludente de ilicitude para o crime

---

<sup>35</sup> ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [Livro eletrônico]. p. RB-2.16.

<sup>36</sup> JONER; Gabriel. Sentenças interpretativas e aditivas: (in)aplicabilidade no âmbito do Direito Tributário. **Revista dos Tribunais**, Vol. 975/2017, p. 355-381, Jan/2017, DTR/2016/24994.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

de aborto, caso em que, entende-se, agiu como verdadeiro legislador positivo — usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo.

A utilização de decisões manipulativas exige prudência e ponderação do Supremo Tribunal Federal, e deste modo não deve a Corte Constitucional inovar o ordenamento jurídico; é preciso, ao revés, sopesar as consequências das suas decisões (ética consequencialista), na esteira do que preceituamos Arts. 20 a 23 da LINDB, a fim de que não reverberem efeitos mais deletérios do que os oriundos da inconstitucionalidade da norma impugnada.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [Livro eletrônico]

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ativismo Judicial**: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais*. Vol. 1008/2019. Out/2019. p.3

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. p. 7-8.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2240**. Relator Eros Grau. Diário de Justiça n. 03/08/2007. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Relator Celso de Mello. Diário de Justiça n. 01/07/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Relator Gilmar Mendes. Diário de Justiça n. 30/08/2007. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 70.514**. Relator Sydney Sanches. Diário de Justiça n. 27/06/1997. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708**. Relator Marco Aurélio. Diário de Justiça n. 30/10/2008. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 979.962**. Relator Roberto Barroso. Diário de Justiça n. 14/06/2021. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1231349114/recurso-extraordinario-re-979962-rs>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 553.223**. Relator Joaquim Barbosa. Diário de Justiça n. 01/07/2014. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=501176&pgI=1&pgF=100000>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 239.363**. Relator Sebastião Reis Júnior. Diário de Justiça n. 10/04/2015. Disponível em <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=29205491&tipo=5&nreg=201200764901&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150410&formato=HTML&salvar=false>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1.Turma). **Recurso Especial n. 249. 026**. Relatora Denise Arruda. Diário de Justiça n. 02/08/2007. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/28112021-A-pandemia-que-se-arrasta-ha-40-anos-e-a-luta-pelos-direitos-dos-portadores-de-HIV.aspx>

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **As sentenças manipulativas aditivas** – Os casos das cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. Revista de Processo. Vol. 246/2015, p. 403-427, Ago/2015. DTR/2015/13225.

Congresso aprova regulamentação do 'orçamento secreto' para 2022. **Consultor Jurídico**. 30 de novembro de 2021. Disponível em:

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

<https://www.conjur.com.br/2021-nov-30/congresso-aprova-regulamentacao-orcamento-secreto-2022> Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy**. New York: Oxford University Press, 2021.

EKINS, Richard; FORSYTH, Christopher. **Judging the Public Interest: The rule of law vs. The rule of courts**. Londres: Policy Exchange, 2015.

FALCÃO, Márcio. **Rosa Weber Libera pagamento das emendas do 'orçamento secreto'**. G1. 06 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/12/06/rosa-weber-libera-execucao-das-emendas-do-orcamento-secreto.ghtml> Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm. 2018, pág. 1.705.

GOMES, José Mário Wanderley; CARVALHO, Ernani. Pretores condenando a casta? A atuação do supremo tribunal federal no julgamento do 'foro privilegiado' **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Vol. 8, 2021.

GOMES, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Aparentamento da corte? Uma análise atitudinal da relação entre indicação partidária e comportamento decisório no Supremo Tribunal Federal (STF) **Revista de Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. Santo Ângelo, v. 19, n 35, p. 109-125. Set./dez. 2019.

GOMES, José Mario Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do presidente do STF durante o recesso judicial e férias. **Revista Brasileira de Políticas públicas**, Uniceub, Volume 8, nº 2, agosto 2018: Dossiê especial: indução de comportamentos "neurolaw": Direito, psicologia e neurociência.

HIRCHL. Ran. **Rumo à juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: Editora E.D.A, 2020. p. 292-293.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

JONER; Gabriel. Sentenças interpretativas e aditivas: (in)aplicabilidade no âmbito do Direito Tributário. **Revista dos Tribunais**, Vol. 975/2017, p. 355-381, Jan/2017, DTR/2016/24994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021 [Livro Eletrônico].

O Supremo do Brasil é o mais poderoso do mundo. **Revista Valor**, 27 de novembro de 2013. disponível em: [[www.valor.com.br/politica/3353336/o-supremo-do-brasil-e-o-mais-poderoso-do-mundo](http://www.valor.com.br/politica/3353336/o-supremo-do-brasil-e-o-mais-poderoso-do-mundo)]. Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

REIS, Sérgio Cabral dos. Do ativismo judicial como comportamento antidemocrático e enfraquecedor da deliberação política. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Vol. 123/2021, p. 141-163, jan-fev, 2021. DTR/2021/270.

STF Mantém Decisão que suspendeu execução de emendas de relator. **Consultor Jurídico**. 10 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-10/stf-mantem-decisao-suspendeu-execucao-emendas-relator> Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

THAMAY, Rennan Faria Kruger; SEIXAS, Bernado Silva de. A supressão de omissão inconstitucional por meio de interpretação constitucional: A ADO 26 e o MI 4.733. **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, A. 2, v. 1, n. 1, jan/jun 2020, p. 33-56. p. 47.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. Habeas Corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: Pesquisa

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

empírica e dados estatísticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 172/2020. p. 323-352, Out/2020. DTR/2020/12764.

RECEBIDO EM 01/2022

APROVADO EM 04/2022