O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Gledson MARQUES¹; Brunella Pereira Batalha PASITTO²

RESUMO

O ativismo judicial ganhou notoriedade com o advento da Carta Cidadã, a qual entregou à coletividade um rol de direitos e garantias individuais esparsos pelo seu corpo normativo, que por vezes dependem de uma atuação posterior do poder constituinte derivado, efetivando materialmente a vontade soberana do povo. Desde então, o Poder Judiciário, em virtude da inércia do Poder competente tipicamente, vem sendo conclamado à tal tarefa, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, devido à sua posição constitucional e ao caráter balizador de suas decisões, de observância obrigatória pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública. Portanto, o objetivo geral do presente trabalho é demonstrar a ilegitimidade da Corte Suprema em proferir decisões de viés normativista, invadindo a função típica do Poder Legislativo.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Constituição Federal. Supremo Tribunal Federal. Direitos e Garantias Individuais. Princípio da Separação de Poderes

ABSTRACT

Judicial activism gained notoriety with the advent of the Citizen Charter, which gave to the collectivity a set of rights and individual guarantees spared by its normative body, which sometimes depend on a later action of the constituent power derived, materially effecting the sovereign will of the people. Since then, the Judiciary, due to the inertia of the typical competent authority, has been called to this task, above all the Federal Supreme Court, due to its constitutional position and the characterizing of its decisions, mandatory compliance by the Judiciary and Public administration. Therefore, the general objective of the present work is to demonstrate the illegitimacy of the Supreme Court in rendering decisions of normativista bias, invading the typical function of the Legislative Power.

Key words: Judicial Activism. Federal Constitution. Federal Court of Justice. Individual Rights and Guarantees. Principle of Separation of Powers.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduado em Direito na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – FACISA, Itamaraju-BA, Gledson.caires@icloud.com.

² Graduada em Direito na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – FACISA, Pós – Graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – FACISA. Itamaraju-BA, brunellabatalha@hotmail.com.

É cediço que, segundo o princípio da separação de poderes do Estado, haverá distribuição de funções típicas e atípicas a serem exercidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Tais funções devem ser exercidas de forma harmônica, para consolidar a disposição constitucional.

Nesse diapasão, incumbe ao Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, ápice deste Poder, além de outras atribuições previstas no Texto Constitucional, a precípua tarefa de ser o guardião da Lei Maior pátria, além de julgar diversas ações, que acabam por descambar na análise minuciosa dos fatos jurídicos, resultando em decisões que acabam por afetar a vida de toda sociedade.

No entanto, quando as supramencionadas decisões criam novos contornos aos dispositivos legais, transmutando o sentido o qual o legislador quis implantar à norma-regra, ou, mais gravemente, criam novas possibilidades, antes não previstas em sede de autorização legal, fruto de elucubrações filosófico-jurídicas, tem-se uma atuação do Pretório Excelso como *legislador positivo*, atuação esta rechaçada por grande parte da doutrina, dado que o intérprete jurídico deve comportar-se como *legislador negativo*, de modo a não invadir a esfera responsável pela produção legiferante. Assim, o Poder Judiciário estaria atuando além dos limites constitucionais, realizando um ativismo judicial?

A presente pesquisa tem como finalidade consubstanciar a ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal para emanar decisões de cunho normativo³ – como vem fazendo há algum tempo, sob o pretexto de proteger os direitos fundamentais –, usurpando a função típica do Poder Legislativo e ainda, balizando os limites hermenêutico-jurídicos que envencilham a competência do Tribunal Máximo constitucional.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 BREVE HISTÓRICO E CONCEITO

A origem do ativismo judicial, embora de difícil apontamento, tem como denominador comum a jurisprudência norte-americana, no caso *Dred Scott v. Sanford*,

³ Atentar-se para a questão das Súmulas Vinculantes, introduzidas no ordenamento pátrio através da Emenda Constitucional nº45/2004, verbetes jurídicos emanados de acordo com a Lei nº 11.417/2006, de observação obrigatória pelas instâncias judiciárias inferiores e pela Administração Pública.

1857, para manter a política de segregação racial que os setores ultra conservadores impunham naquele momento histórico.

Em relação ao Brasil, a tendência ativista do Poder Judiciário ganhou notoriedade com o advento da Constituição de 1988, apelidada de “*Constituição Cidadã*”, por prever não somente diversos direitos fundamentais afastados no período ditatorial, mas também os meios de exercê-los através de suas respectivas ações, ganhando contorno significativo o Supremo Tribunal Federal, por caber a esta Corte a tarefa de proteger a *Lex Mater*.

Assim, o ativismo é próprio dos ordenamentos nos quais se adotam uma constituição principiológica e dirigente, tendo ainda como característica marcante o controle de constitucionalidade nos moldes europeus.

O tema ora em comento alcançou prestígio no ordenamento jurídico brasileiro especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando a *Carta cidadã* entregou à sociedade diversos direitos fundamentais previstos em normas de eficácia limitada⁴, as quais demandam uma atuação positiva do legislador, de modo a efetivá-las e torná-las passíveis de exercício por todos aqueles que se subsumam ao caso concreto.

Faz-se mister esclarecer que o ativismo judicial, ocorre, por vezes, para preencher a lacuna gerada pela inércia política daqueles que têm o dever constitucional de implementar medidas capazes de concretizar a vontade do Poder Constituinte, quando previu determinados direitos somente possíveis após uma atitude político-positiva, ou, ainda, age na própria imprevisão daquele Poder Originário. Assim, a postura ativista é utilizada como uma medida de maior efetividade à atividade legiferante, seja originária ou derivada.

É da sapiência de todos que o juiz não pode se eximir de sua precípua tarefa de julgar a lide alegando lacuna normativa. Nesse sentido, deverá preenchê-la valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, conforme preceitua o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Contudo, ao cumprir este mandamento, não lhe é lícito exceder os limites constitucionais impostos, respeitando sempre o princípio institutivo da separação das

⁴ Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que dependem de uma regulamentação e integração por meio de normas infraconstitucionais. Curso de Direito Constitucional Positivo, 2005.

funções do poder do Estado; deve, assim, erigir os direitos fundamentais ao status supralegal que lhes é conferido, sem que, com isso, tenha que inovar no ordenamento.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Embora sejam ordinariamente utilizados como sinônimos, *cedição* é, que ativismo judicial e judicialização apresentam características próprias, sendo essencial distinguir os institutos em tela, para a compreensão da pesquisa proposta.

A judicialização significa que, cada vez mais, o Poder Judiciário tem sido chamado a uma participação mais ativa na vida política da sociedade, ora concretizando direitos, ora imiscuindo-se na implementação de políticas públicas, de modo que ganha contornos ainda mais clarividentes de agentes políticos modificadores da sociedade, como os princípios institucionais decorrentes do sistema clamam. A sua face pode ser revelada nas ações concernentes ao direito à saúde, conquanto multiplicam-se os mais diversos pedidos nessa seara. Sendo assim

Não há dúvidas que a judicialização decorre do aumento da democracia e da inclusão social, representados pela positivação dos direitos sociais e pela difusão da informação e da consciência cidadã. No entanto, também é fruto das debilidades do Legislativo, ao manter a indefinição do arcabouço legal, e do Executivo, por atuar na ausência de definição de normas ou parâmetros que impeçam as instituições estatais, por serem tão precárias, de se responsabilizar pela peregrinação dos usuários em busca da atenção à saúde (FLEURY, 2012, p.159).

Conforme o pensamento supracitado pode-se elencar basicamente dois pressupostos que subsidiam a judicialização: o *aumento da democracia*, decorrente dos valores empreendidos na Constituição Federal, bem como do fortalecimento do sufrágio universal, e a independência necessária do Ministério Público, do Poder Judiciário e da Advocacia, instituições importantes para a soberania popular; e a *debilidade do Poder Legislativo*, face ao caráter limitado de algumas normas constitucionais originárias que delegam a esse Poder a regulamentação de determinado direito e não o faz.

A judicialização mostra-se efetiva devido ao caráter mandamental das decisões judiciais, visto que pela via ordinária legislativa inúmeros fatores influenciam o processo de nascimento das leis, de modo que o ativismo torna-se ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais.

Carvalho Filho (2010, p. 11) afirma que “em ambos os casos, há uma aproximação entre jurisdição e política. Essa aproximação decorre de necessidade, quando se está diante de judicialização, e de vontade, quando se trata de ativismo”.

Dessa forma, em que pese tenham pontos de contato, tratam-se de institutos diversos, embora transitem pelo mesmo campo. Enquanto a judicialização decorre de um fato, o ativismo se sobressai a partir de uma atitude, uma opção do julgador em colmatar uma lacuna, embora, por vezes, invada a esfera de outro Poder do Estado. Da judicialização advém o ativismo, pois, com o aumento do número de ações que buscam no Poder Judiciário a efetivação de direitos fundamentais, como o direito à saúde, cresce também a atitude político-realizadora dos juízes.

2.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PRECEDENTE DO ATIVISMO

O neoconstitucionalismo surge como uma resposta a esse fracassado *Estado Legislativo de Direito*, fundamentado na ideologia nazista (2012, p. 59), dentro do qual, diversas barbáries foram cometidas, amparadas tão somente pela letra fria da lei, trazendo um novo paradigma a ser seguido: o Estado Constitucional de Direito.

Um Estado só encontra legitimação em sua Carta Constitucional, não apenas por ser a norma fundamental daquele Estado, mas por ser a esteira axiológica, da qual defluem todos os demais princípios e valores, tendo como pilares supraprincípios, garantidos em diversos documentos universais. Deve, assim, obedecer não apenas a vontade da lei, mas ao primado maior que são os direitos fundamentais, frutos do jusnaturalismo.

O Estado Constitucional de Direito deve assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, a pluralidade de ideias, a separação dos poderes estatais, a democracia, a prestação de direitos sociais, dentre outros princípios característicos de uma constituição programática e dirigente.

Nesse ínterim, o movimento do neoconstitucionalismo

Também provocou uma mudança de postura dos textos constitucionais contemporâneos. Com efeito, se no passado as Constituições se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, as Constituições do pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de valores (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e opções políticas gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas – como a obrigação de o Estado prestar serviços na área da educação e saúde (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 39 – 40).

É nessa exata medida que o fenômeno do ativismo judicial encontra precedente: no reconhecimento de sua posição concretizadora de direitos fundamentais e políticas públicas que amparam tais direitos. O juiz torna-se um agente político transformador, parte inseparável de um sistema, utilizando-se dos mais diversos recursos interpretativos para preencher lacunas consequentes da imprevisão legislativa ou, ainda, não raramente, substituem o Poder Público na realização de políticas.

Em tal ponto, deve convergir para uma decisão que respeite os princípios constitucionais impostos. Embora altruísta, a decisão judicial não deve invadir a competência dos governantes democraticamente eleitos, aos quais são depositados não somente os votos eletivos, mas a esperança de uma nação em ter leis justas e efetivas.

2.4 LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A pretexto de realizar os diversos direitos e garantias presentes na Norma Fundamental, diversas Cortes Supremas agem como verdadeiro legislador positivo, ultrapassando os limites constitucionais da sua função, atraindo para si a tarefa política delegada àqueles que são eleitos pelo voto democrático dos cidadãos.

Destarte, cumpre, preliminarmente, averiguar o fenômeno à luz do princípio da segurança jurídica, dado que o ativismo, sob o prisma da sociedade – e da Constituição – representa uma ameaça à democracia, relegada, neste ângulo, ao arbítrio argumentativo dos magistrados, especificamente ao dos ministros das Cortes Constitucionais.

Nos dizeres de Inocêncio Mártires Coelho (2015, p. 1317), parece estar condenada ao esquecimento a concepção Kelseniana de Legislador Negativo, haja vista diversas sentenças de cunho normativo proferidas pelas Supremas Cortes transitarem fora do caminho que lhes é reservado, de modo que sob o argumento de otimizar o Texto Constitucional, emitem normas de caráter geral e vinculante, tal qual àquelas espécies produzidas pelo Poder Legislativo competente, assumindo categoricamente uma postura legislativa.

2.5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: DOS RISCOS DA INTERPRETAÇÃO AO CRIATIVISMO JUDICIAL DO DIREITO

O processo de modificação da *Lex Mater* nasce da dialética entre o Direito e a sociedade, sendo aquele o reflexo dessa, de modo que, na medida em que as relações sociais evoluem, o conjunto normativo deve acompanhar naturalmente tais mudanças, sob pena de tornar-se letra morta no tempo.

É certo que essas mudanças não são repentinas, sendo diluídas no decorrer dos anos, fruto do trabalho diuturno dos juízes e tribunais – precipuamente o Supremo Tribunal Federal, guardião constitucional – sempre atentos às mudanças societárias, ressignificando o texto normativo fundamental. Portanto,

ao exercer a jurisdição constitucional [...], o Judiciário interpreta a Constituição e, nesse mister, existe a possibilidade de atribuir à letra da *Lex Legum* novos sentidos, conteúdos ainda não ressaltados, mudando a substância dos comandos prescritos pelo legislador, sem afetar-lhes a forma [...]. Embora seu texto permaneça inalterado, as disposições constitucionais vão lenta e insensivelmente modificando-se, sem mudar uma vírgula sequer, mas assumindo significados novos, sob a influência das exigências da evolução social. [...] Sem dúvida, nenhum Texto Magno, por mais sábio e perfeito, preservará sua autoridade perpetuamente. Haverá um momento em que a diferenciação dos fatos, em contraste denso com o texto judicioso, porém superado, acarretará a renovação total do instrumento basilar (BULOS, 1996, p. 57).

Há ainda que se atentar para os riscos da interpretação de não se tornar inconstitucional ou criativista, o que poderia ser denominado de *mutação inconstitucional*. A mutação inconstitucional seria o fenômeno de ressignificação do texto normativo, transmudando o seu sentido, de modo a abarcar situações ora não previstas, não fazendo uma interpretação extensiva, mas agindo de modo substitutivo ao legislador.

A criação judicial do Direito tem a atenção de importantes juristas e inspira diversas obras a seu respeito. Há uma infundável celeuma acerca da sua existência, e, além disso, sobre a possibilidade de fazê-lo. Sendo o magistrado um ser político, poderia e deveria criar judicialmente o direito, para não somente realizar a vontade substancial da lei, como, principalmente, colmatar a inércia legislativa e efetivar direitos fundamentais.

Deduz-se que até mesmo os defensores da possibilidade de criar judicialmente o direito, como uma faceta do ativismo, impõe cautela à atividade, limitando-a no sentido de respeitar determinados dogmas próprios de países que adotam como sistema jurídico-normativo o *civil law*, com uma constituição rígida, a qual traz não somente

dispositivos de limitação do poder do Estado, mas princípios organizacionais e instituidores de tarefas a ser realizadas por este ou aquele Poder.

2.6 PRINCÍPIOS SENSÍVEIS AO ATIVISMO

2.6.1 O princípio democrático

O conceito de Democracia, conforme a própria etimologia da palavra revela, nos traz um conceito de dissolução do Poder no seio popular. Contudo, só pode ser entendido sobe um enfoque de contexto histórico e constante evolução no tempo, sendo um

Instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história (SILVA, 2005, p. 125 – 126).

A democracia nos traz a participação direta e indireta dos cidadãos, não havendo qualquer tipo de exclusão censitária, capacitária, racial, dentre outros critérios, sendo permitido inclusive o voto dos analfabetos e dos relativamente incapazes, aqueles que, completados os dezesseis anos, possuam título eleitoral.

Constitucionalmente, esse *standard* está inserido em seu texto no parágrafo único do art. 1º, quando reclama que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente, ou indiretamente através de seus representantes eleitos, sendo típico das Constituições promulgadas.

Dado à luz pelo voto popular, o “poder”, ou, assim por dizer, a função político-administrativa (ao Poder Executivo) e a função legislativa (ao Poder Legislativo), é entregue aos governantes e parlamentares eleitos com a nobre missão de implementar políticas públicas e entregar diplomas legislativos representativos da fatia da população que os elegeu, atendendo assim aos anseios sociais das classes votantes, esperançosas de uma gestão ativa e transparente por parte dos administradores da coisa pública, e uma atuação participativa e proativa dos legisladores.

Não obstante, quando tais representantes eleitos não cumprem a sua tarefa constitucional, caberá ao Poder Judiciário colmatar tal inércia? Existe um prazo fatal para exercê-la?

Por decerto, cabe sim ao Poder Judiciante a tarefa de exigir o cumprimento dos mandamentos da Constituição da República, garantir o mínimo existencial para que a sociedade viva dignamente, bem como fiscalizar os outros Poderes para que respeitem os direitos dos cidadãos. Contudo, nas palavras de Barroso (2008), em entrevista concedida ao Portal Jurídico CONJUR, tal qual existe o colesterol “do bem” e o “do mal”, assim o é o ativismo. Coexistem duas espécies: uma, que é responsável por efetivar direitos, e outra, que inova o ordenamento, substituindo o trabalho do Poder Legislativo, bem como aquele delegado ao Poder Executivo.

Conclusivamente, tem-se ainda que, por falta de previsão constitucional, e assim não poderia ser diferente, face às peculiaridades do trabalho legiferante – que demanda tempo de maturação das ideias, oitiva das sociedades por meio de grupos representativos, bem como o respeito aos aspectos do processo legislativo – não existe prazo para o Legislador cumprir a sua tarefa, de modo que, de acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, havendo lacuna normativa o juiz “decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, Decreto-Lei 4.657 de 1942, art.4º), não significando, contudo, que inovará no ordenamento jurídico.

5.3 A TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO PODER DO ESTADO E O CHECK AND BALANCE SYSTEMS⁵: TRACEJANDO OS LIMITES DE CADA FUNÇÃO

Após um longo processo evolucionário conceitual de diversos estudiosos, o barão de Montesquieu sistematizou, em sua famosa obra *O Espírito das Leis*, de forma definitiva a Separação dos Poderes, tal qual se conhece, com a separação relativa das funções e o mútuo controle dos órgãos. (MONTESQUIEU, 1748)

Desse modo, o Poder Legislativo possui em regra, a função típica de legislar e fiscalizar; o Poder Judiciário, a função de julgar as lides, aplicando o Direito aos casos concretos; por fim, ao Poder Executivo, incumbe a função de administração. Todos os órgãos possuem funções atípicas, as quais são essenciais para atribuir equilíbrio e harmonia na execução das funções estatais.

A tripartição dos Poderes do Estado, importante princípio do Estado Democrático de Direito, envencilha a ideia de divisão de competências, de modo que

⁵ Em tradução livre, trata-se do “Sistema de Freios e Contrapesos.

nenhum Poder se torne absoluto ou preponderante, e haja um consequente inter-relacionamento entre estes, descambando na necessária fiscalização mútua. Assim preceitua o art. 2º da Constituição da República, quando prevê que os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si, sendo típico dos Estados Federados.

5.3.1 O Supremo Tribunal Federal como Arena de Decisões Ativistas. Breve Exame acerca de Algumas Decisões Manipulativas Emitidas pelo Supremo Tribunal Federal

Órgão do Poder Judiciante, o Supremo Tribunal Federal é a mais alta corte de Justiça do país, acumulando a tarefa de proteger a Constituição, possuindo ainda algumas competências recursais. Como guardião da Constituição Federal, é o detentor da última palavra no controle concentrado de constitucionalidade, aferindo a compatibilidade, material e formal, da norma com a *Lex Mater*, expurgando o que contrariar o disposto na mais nobre lei do país e os tratados incorporados ao ordenamento jurídico com força de emenda constitucional ou de leis ordinárias.

É na arena do Supremo Tribunal que a mais variada gama de imbróglis descambam, cabendo aos onze Ministros o debruçamento sobre questões importantes, modificando a vida de toda a sociedade que se enquadre na situação.

Adendo à problemática, as Súmulas Vinculantes⁶, introduzidas pela EC 45/2004, foram alvo de diversas críticas, pois trazem a palavra final vinculativa em determinada matéria, não raramente regulamentando situações de fato e de direito, v.g. Súmula Vinculante 33⁷, a qual estendeu as regras do Regime Geral de Previdência, no que concerne à Aposentadoria Especial, ao servidor público, enquanto não editada lei complementar específica reclamada pela Carta Constitucional.

Caberia assim à Suprema Corte editar uma súmula vinculante sobre determinada matéria ou o direito deveria ser suplicado e concedido pela via ordinária, analisando o caso concreto, sem as amarras de um verbete de aplicação obrigatória?

⁶ O instituto da Súmula Vinculante foi introduzida no ordenamento pela EC 45/04, a reforma do Poder Judiciário, como resposta à falta de segurança jurídica nas relações processuais e à morosidade enfadonha que a tramitação do pleito encontrava frente aos impasses jurisprudenciais em todas as áreas do Direito. Trata-se de verbete discutido e formulado, nos termos das Lei 11.417/2006, pelo Supremo Tribunal Federal, com vistas à pacificar determinada matéria alvo de divergências interpretativas. Possui força vinculante em relação ao Judiciário e aos órgãos da Administração Direta e Indireta, cabendo Reclamação ao Pretório Excelso em caso de descumprimento.

⁷ Súmula Vinculante nº33: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Não que aqueles que se sentissem lesados pela inércia legislativa devessem ficar à mercê da vontade parlamentar, mas é necessário se discutir se é, ou não, competência do Poder Judiciário colmatar a lacuna neste caso.

Maximizar direitos previstos na Carta Magna de 1988 é um mandamento, necessário à realização de preceitos fundamentais adotados axiologicamente pelo ordenamento jurídico brasileiro. Inovar, do ponto de vista jurídico, é atividade contrária à própria Constituição, como em uma doença autoimune, na qual um sistema de defesa ataca o próprio sistema.

Todo esse cenário, aliado a uma postura criativista, acabou por “permitir, não raras vezes, a transformação da Corte em verdadeiro legislador positivo, [...] ou ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo” (MORAES, 2011, p. 2).

Nesse feita, faz-se imprescindível discutir sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que tratou sobre o aborto dos fetos portadores de anencefalia⁸. O Supremo Tribunal Federal, neste caso, adotou uma postura ativista ao permitir a interrupção da gravidez sob o argumento de que os anencéfalos definiam-se como “seres sem vida” e que não cometeria crime quem assim o fizesse.

Ocorre que, em virtude do princípio da legalidade da lei penal, não há menção expressa ao aborto do feto anencéfalo, havendo apenas outras situações autorizadas legalmente. Assim, como poderia uma corte judicial criar mais uma hipótese de aborto, haja vista a necessidade de discussão e votação no Congresso Nacional - tal como manda a Constituição Federal, quando define ser competência privativa da União legislar sobre Direito Penal - seguindo todas as exigências do processo legislativo?

Ao custo de construções e interpretações tendenciosas e puramente dogmáticas, as denominadas sentenças de perfil aditivo tratadas em capítulo anterior, o Pretório Excelso não só usurpou a função do Poder Legislativo, como também atentou contra os princípios da Separação de Poderes – ou Funções do Estado para aqueles que criticam a expressão – e da Democracia.

Embora de cunho altruísta, a decisão ativista acrescentou uma possibilidade jurisprudencial, ao texto legal, de interrupção da vida intrauterina, sem que houvesse possibilidade de haver audiências públicas, discussões e votações no âmbito do

⁸ Define-se anencefalia como uma “malformação decorrente do não fechamento do neuroporo anterior do tubo neural do embrião, o que implica na ausência ou formação defeituosa dos hemisférios cerebrais” (CYPEL, 1977, p. 62).

Parlamento, Poder Constituinte Derivado, competente para alterar as leis, aumentando o rol de possibilidades frente ao perfil cambiante da sociedade.

Sob a mesma lógica argumentativa, é viável vislumbrar a permissão, por meio jurisprudencial, para a interrupção da vida dos que estão em estado vegetativo, “legalizando” o homicídio assistido nessas situações, denominado eutanásia, visto que nesses casos, a vida, a longo prazo, é inviável.

Assim conclui-se que nesse caso concreto a Suprema Corte pátria adotou uma postura ativista, prolatando uma sentença manipulativa que autorizou uma prática abortiva não prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Pela via jurisprudencial, burlou-se o processo legitimador do qual defluem as leis que regem as mais diversas situações que exsurtem da vida em sociedade, optando o julgador por ultrapassar a barreira democrática do pleito eleitoral.

Ademais, é importante ressaltar que não é a única decisão da referida corte que descumpra texto legal e constitucional, sob a alegação de interpretação. Na arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, em que se discutiu a possibilidade de casamentos homoafetivo, visualiza-se, outrossim, o rompimento de princípios essenciais a manutenção do Estado Federativo.

Na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, houve a busca pela equiparação da união homoafetiva à preconizada pela norma civilista. Assim rege o Código Civil em seu art. 1.723: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

É certo que o Direito deve refletir o produto das relações sociais, como o ser humano interage uns com os outros, e como estes reagem ao fruto dessas mesmas relações societárias, pois “norma social que é, o direito não surge à toa na sociedade, mas para satisfazer as imprescindíveis urgências da vida. Ele é fruto das necessidades sociais e existe para satisfazê-las, evitando, assim a desorganização” (NETO, 2009, p. 412).

Sob esse espectro, não há outra conclusão lógica que não o reconhecimento jurídico de uma realidade social posta, reflexo das relações contemporâneas. Por conseguinte, em votação unânime, foi reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, sendo aplicada a *interpretação conforme*⁹ para tanto.

⁹ A Interpretação Conforme à Constituição é aquele método no qual na análise dos efeitos de determinada norma deve ser dado um resultado de compatibilidade com a Carta Maior.

Em que pese ter sido dada uma Interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil vigente, para não ser extirpado do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade – pois essa é a intenção do método em questão, salvaguardar uma norma da declaração de inconstitucionalidade –, a Constituição atual, em seu art. 223, §3º, rege: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o *homem* e a *mulher* como entidade familiar [...]” (grifos nossos).

Conquanto seja humanista a decisão Suprema Corte brasileira, em especial por reconhecer uma situação posta na sociedade, merecedora de atenção e maximização dos seus direitos, como fazer uma interpretação conforme à Constituição, se a mesma norma diz que é “reconhecida a união estável entre homem e mulher [...]”?

Factual é que os nobres ministros não se pautaram apenas no artigo em conteúdo. Primaram pelo pluralismo de ideias, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, da razoabilidade e pelo conceito doutrinário moderno de *família*.

Ao reverso, o texto constitucional pátrio traz um conceito de constituição de família que é literal, não abrindo margem para interpretações, pois “a interpretação conforme a Constituição possui, evidentemente, limites. Não pode forçar o significado aceitável das palavras dispostas no texto nem pode desnaturar o sentido objetivo que inequivocamente o legislador quis adotar” (BRANCO, 2015, p. 98).

No caso em tela, seria mais plausível uma Emenda Constitucional – conquistada com a pressão da sociedade, por meio de suas entidades representativas – até para dar mais legitimidade e responsabilidade ético-democrática ao reconhecimento da união homoafetiva, visto que a Carta Fundamental deve ser a mais expansiva possível no que diz respeito ao reconhecimento de direitos, e estes devem ser entregues por aqueles que estão no Poder para representar os cidadãos que os investiram na função.

Por fim, há que salientar mais uma decisão em que o Supremo Tribunal Federal excede sua função típica prevista Constitucionalmente. Em sessão de julgamento na data de 23 de junho de 2016, no julgamento do Habeas Corpus nº 118533, impetrado pela Defensoria Pública da União, no qual se discutia a hediondez do crime previsto no

Consequentemente, o aplicador buscará o que o legislador quis dizer sob a ótica constitucional, abarcando situações outrora não previstas. Por esta interpretação, o intérprete pode alargar ou restringir o sentido da norma supostamente inconstitucional para adequá-la ao ordenamento [...]” (DORNELES, 2006, p. 1).

art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), assentou o plenário do Supremo Tribunal que o tráfico privilegiado não possui tal natureza, contrariando dispositivos constitucionais e legais, beneficiando o direito de liberdade do réu frente a diversos outros direitos societários.

Dispõe a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, XLIII, que a lei “considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, [...]”. Como se denota, a Carta Constitucional delegou ao legislador ordinário a tarefa de definir os crimes de natureza hedionda, que assim o fez através da Lei 8.072/1990, equiparando o tráfico de entorpecentes àqueles. O legislador, no âmbito da Lei 11.343/2006, não deixou margens à interpretação no que diz respeito à desclassificação do tipo penal, não trazendo circunstâncias para tal, apenas trazendo a hipótese do tráfico privilegiado, em seu art. 33, §4º, não significando com isso a retirada da sua hediondez, apenas reduzindo a pena a ser aplicada.

Malgrado tenha sido a decisão proferida no âmbito de um Habeas Corpus, não gerando com isso efeito erga omnes, cria-se o precedente jurídico, através de uma figura delitiva não existente no Direito Penal pátrio. A decisão foge do rigor técnico da norma penalista, tendo inafastável cunho político de esvaziamento dos cárceres, problema notório no Brasil e no mundo, não tendo, contudo, a pretensa Corte Suprema competência para a resolução da celeuma, devendo ser resolvida no âmbito das políticas públicas (DE MORAES ARAÚJO et al, 2016, p. 31).

Em decisão ultra recente, o Superior Tribunal de Justiça cancelou a súmula 512 de sua competência, a qual afastava a possibilidade de retirada da hediondez do tráfico privilegiado, para acompanhar o entendimento da Suprema Corte brasileira.

Portanto, em uma única decisão, o Pretório Excelso – de modo acertado no que concerne à razoabilidade e à proporcionalidade – ferindo a harmonia e a separação de poderes, invade a competência do Poder Legislativo, quando cria uma espécie não reconhecida de um fato típico. Fere também a atribuição do Poder Executivo, visto que tenta resolver no âmbito judicial um problema de políticas públicas, na prevenção do crime, e um problema estrutural, quando não consegue aplicar de forma humana as penas previstas no Código Penal.

3 CONCLUSÃO

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou para a sociedade a quebra de um regime político ditatorial e opressor, o qual, sob a legitimação de um ato institucional fascista, sucumbiu diversos direitos fundamentais individuais e coletivos.

O referido documento constitucional trouxe ainda os princípios fundamentais, dentre os quais o princípio democrático – quando em seu art. 1º, parágrafo único, diz que todo o poder emana do povo – e o princípio da separação das funções do poder, contido em seu art. 2º. Elencou ainda, em uma lista não exaustiva, os direitos e garantias individuais, presentes no festejado artigo quinto da Carta Cidadã.

Nesse bojo, tem-se uma Constituição programática, que traz uma série de deveres e metas a ser cumpridas, de modo que os direitos fundamentais sejam respeitados e realizados, sob pena de essa mesma Constituição ser considerada uma norma semântica¹⁰, a qual representaria um mero “pedaço de papel”.

Por conseguinte, necessária é uma equilibrada e harmônica relação entre os Poderes, de forma que se fiscalizem e permitam que os direitos da pessoa humana, centro irradiador de todos os direitos, sejam efetivados.

Dessa forma, não incumbe à Constituição Federal apenas elencar tais direitos, mas fazê-los realizadores e assertivos, quando o objetivo é proporcionar a todos uma vida justa e igualitária. Para o alcance da proposta, devem atuar os Poderes conjuntamente, empreendendo aquilo idealizado pelo legislador constituinte originário. Deve atuar o Poder Executivo, implementando as políticas públicas; o Poder Legislativo, fiscalizando, com o auxílio do Tribunal de Contas, e entregando à sociedade leis justas, que efetivem o que foi previsto na “Lei Fundamental” de 1988; bem como deve atuar o Poder Judiciário, quando provocado, pacificando a coletividade.

Ademais, o Poder Judiciário não tem o condão de, tipicamente, substituir a vontade do legislador, quando este não atua. Embora seja incumbido de realizar os direitos fundamentais, não lhe é permitido atravessar as linhas fronteiriças da interpretação, perante o risco de migrar do criativismo para o ativismo judicial, comportando-se como legislador positivo.

Face à sua posição de guardião constitucional, definida pela própria Carta Fundamental, o Supremo Tribunal Federal tem os holofotes midiáticos voltados para si,

¹⁰ As Constituições semânticas são, nos dizeres de Pinto Ferreira (1999, p. 13), “simples reflexos da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo”.

acompanhando ansiosos pelas suas decisões, pois são balizadoras das deliberações judiciais das instâncias inferiores, as quais influenciarão o corpo social em sua totalidade¹¹. Dependendo do efeito atribuído, inclusive, serão de observância compulsória por todo o Poder Judiciário e pela Administração Pública.

Sendo assim, é notória a sua atuação em favor da sociedade, contudo, quando um de seus julgados exarcebam os limites da interpretação judicial, descambando no ativismo, tem-se uma atividade legiferante anormal por parte do Pretório Excelso, muito criticada por especialistas no assunto.

Conquanto tenha o dever jurídico de proteger a Carta Magna pátria, deve observar, também, o necessário equilíbrio entre os Poderes, de forma que não capitaneie uma “ditadura judicial”, devendo respeitar os limites entre a interpretação e o ativismo, não ferindo assim o princípio democrático.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 18, abril, maio, junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acessado em 23 de ago de 2016.

_____. **entrevistado** pela Revista Jurídica CONJUR em 2008. Disponível em: <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/112078/entrevista-luis-roberto-barroso-advogado-constitucionalista>>, acessado em 05 de out de 2016.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Presidência da República\Casa Civil. Disponível em:

¹¹ Como exemplo do citado, pode ser apontada a recente decisão da Suprema Corte pátria, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 4983/CE, que declarou a inconstitucionalidade de norma estadual que regulamenta a atividade de “vaquejada”, devido ao tratamento cruel a que são submetidos os animais na prática esportiva. Assim, uma decisão judicial impactou em uma atividade cultural praticadas em diversos estados brasileiros, importando em uma adequação de comportamento de toda a sociedade.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 17 de ago. 2016.

_____. Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Publicado no DOU de 09.09.1942, retificado no DOU de 08.10.1942 e no DOU de 17.06.1943.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Pet nº 11796 / DF** (2016/0288056-2). Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=Pet%2011796>>. Acessado em 25 de nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54 / DF**. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>>. Acessado em 01 de out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132 / DF**. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acessado em 02 de out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 118533 / MS**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=161264778&tipoApp=.pdf>>. Acessado em 07 de out. 2016.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Elaboração e reforma das Constituições**. RDA - Revista de Direito Administrativo 203: 75-106, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Alceu: revista de comunicação, cultura e política. v.5. n.9. p.105-113. Jul./Dez. 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: Juspodvim, 2012.

CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Malformações cerebrais**. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1977.

DE MORAES ARAÚJO, Fernando Henrique et al. **Tráfico De Drogas: Razões Fático-Jurídicas de sua Hediondez**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trafficodrogas-hediondez.pdf>>, acessado em 01 de nov de 2016.

DORNELES, Tatiana Poltosi. **O controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1528>. Acesso em 29 de set 2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Brasília: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LEMIRE, R. J.; BECKWITH, J. B.; WARKANY, J. **Anencephaly**. New York: Raven Press, 1978.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquemático**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 106/107. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67946/70554>> Acesso em: 18 de set. 2016.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.