



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

DÉBORA MARIA SILVESTRE FARIAS

O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
AS IMPLICAÇÕES DAS INGERÊNCIAS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NAS
GARANTIAS INDIVIDUAIS

MOSSORÓ/RN

2018

DÉBORA MARIA SILVESTRE FARIAS

O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
AS IMPLICAÇÕES DAS INGERÊNCIAS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NAS
GARANTIAS INDIVIDUAIS

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas da Universidade Federal Rural do Semi-Árido como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel, no curso de Direito.

Orientador: Hudson Palhano de Oliveira Galvão, Prof. Me.

MOSSORÓ/RN

2018

©Todos os direitos estão reservados à Universidade Federal Rural do Semi-Árido. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do (a) autor (a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996, e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. O conteúdo desta obra tornar-se-á de domínio público após a data de defesa e homologação da sua respectiva ata, exceto as pesquisas que estejam vinculadas ao processo de patenteamento. Esta investigação será base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu (a) respectivo (a) autor (a) seja devidamente citado e mencionado os seus créditos bibliográficos.

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas
da Universidade Federal Rural do Semi-Árido, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A large, empty rectangular box with a thin black border, intended for the cataloging data of the work.

O serviço de Geração Automática de Ficha Catalográfica para Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC's) foi desenvolvido pelo Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação da Universidade de São Paulo (USP) e gentilmente cedido para o Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (SISBI-UFERSA), sendo customizado pela Superintendência de Tecnologia da Informação e Comunicação (SUTIC) sob orientação dos bibliotecários da instituição para ser adaptado às necessidades dos alunos dos Cursos de Graduação e Programas de Pós-Graduação da Universidade.

DÉBORA MARIA SILVESTRE FARIAS

O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
AS IMPLICAÇÕES DAS INGERÊNCIAS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NAS
GARANTIAS INDIVIDUAIS

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas da Universidade Federal Rural do Semi-Árido como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel, no curso de Direito.

Defendida em: ____ / ____ / 2 ____.

BANCA EXAMINADORA

Hudson Palhano de Oliveira Galvão, Prof. Me. (UFERSA)
Presidente

Ulisses Levy Silverio dos Reis, Prof. Me. (UFERSA)
Membro Examinador

José Albenes Bezerra Júnior, Prof. Me. (UFERSA)
Membro Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, razão primeira e sustentáculo da minha vida. A Ele, minha Esperança e Salvação, agradeço por tantas graças inmerecidas. Por me trazer à existência, por sua redenção e inspiração, por seu cuidado constante, por manter meus olhos fitos ao Céu.

Agradeço a Maria, Rainha do Céu, minha Senhora e minha Mãe, por me cobrir com seu manto e apontar-me seu Filho.

Agradeço ao meu bondoso amigo e orientador Hudson Palhano de Oliveira Galvão, por todo encorajamento, material de estudo e orações dispensados a mim. Por ajudar a encontrar o melhor caminho para desenvolver este trabalho e por me dar o suporte necessário para concluí-lo.

Agradeço a Maria Marlúcia Silvestre, minha mãe, por seu exemplo na fé, na esperança e no amor. Por ser fortaleza para minha família, por dar tudo de si para me formar da melhor maneira possível, e permitir e incentivar meus mais audaciosos sonhos.

Agradeço à minha irmã Sara Silvestre Farias, por partilhar comigo o ventre, a infância, os segredos, as dores e os sonhos. Agradeço ainda por perseverar comigo nessa jornada terrena, esperançosa de partilhá-la também no porvir.

Agradeço à minha irmã Iasmin Barbosa Farias, por toda doçura e alegria que me trouxe, e por me lembrar da pureza que não devo abandonar. Agradeço também por me ajudar a olhar mais longe e mais alto, sabendo que vem após mim e comigo.

Agradeço a Romário Kionys de Freitas Dias, meu amado namorado, por ser meu arrimo de tantas formas, por todo amor e cuidado que prodigamente me dispensa, por me ensinar e proteger, por segurar minha mão e me incentivar. Nada disso seria possível sem ele, e o sabe bem.

Agradeço às minhas queridas amigas Andreia Ferreira de Sousa, Laís Pires, Débora Oliveira, Natalyany Nunes, Bia Nóbrega de Sá, Ana Clara Gurgel e Elise Mitra, por

permanecerem em minha vida. Agradeço também ao meu grupo católico e acropolitano de amigos em Mossoró, que me fazem sentir como se tivesse nascido aqui.

Agradeço aos meus professores, chefes de estágios e patrões, por toda experiência vivida, por ajudarem a tornar uma menina ingênua numa mulher em constante crescimento.

Agradeço a Banca Examinadora por se fazer presente e abrilhantar esse momento.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às três mulheres mais extraordinárias que já conheci, e das quais tenho o privilégio de descender. À Maria André da Silva, à Maria da Conceição Silvestre e à Maria Marlúcia Silvestre, minhas bisavó, avó e mãe, este trabalho, que certamente não é digno delas, mas às quais irá, de algum modo, alegrar. Que privilégio o meu poder dizer a elas que concluí esta etapa.

Se, no entanto, pretendemos que a democracia seja uma das formas de governo, então não se deverá nem mesmo dar este nome a esse caos em que tudo é governado pelos decretos do dia, não sendo então nem universal nem perpétua nenhuma medida.

Aristóteles

RESUMO

O presente artigo apresenta a temática ativismo judicial e direitos fundamentais. Aborda os objetivos jurídicos da divisão de poderes e implicações na prática da Suprema Corte Brasileira. Justifica-se por notório sentimento nacional de insatisfação com as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). Metodologicamente realiza-se através do estudo jurídico-filosófico e análise de decisões do Poder Judiciário, em especial, do julgamento do habeas corpus nº 124.306. Revela as conclusões de insegurança jurídica e ruptura legal. Propõe a conversão em Lei do Projeto de Lei (PL) 4754/2016 para modificação da Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079, de 10 de abril de 1950) a fim de tipificar usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Aborto. Tripartição de Poderes. Habeas corpus. Crime de Responsabilidade.

ABSTRACT

This article presents the theme of judicial activism and fundamental rights. Addresses the legal objectives of the division of powers and implications in the praxis of the Brazilian Supreme Court. It is justified by a notorious national feeling of dissatisfaction with the Federal Supreme Court's decisions. Methodologically it is carried out through the legal-philosophical study and analysis of decisions of the Judiciary Power, in particular, the judgment of habeas corpus nº 124,306. Reveal the conclusions of legal uncertainty and legal rupture. It proposes the conversion into Law of Law Project (PL) 4754/2016 for modification of the Law on Crimes of Liability (Law 1,079 of April 10, 1950) in order to typify usurpation of competence of the Legislative Branch or Executive Branch.

Key words: Judicial review. Abortion. Checks and Balances. Habeas corpus. Responsibility Crime.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
3. DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	12
4. O COMPORTAMENTO ATIVISTA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	15
4.1. O HABEAS CORPUS - HC124.306 LRB.....	22
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
REFERÊNCIAS.....	27

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento desse trabalho deve-se à observação de dois fenômenos: (1) a prática do ativismo judicial e (2) a fragilização paulatina dos direitos fundamentais, pelo Judiciário Brasileiro, em especial, o direito à vida, em vista do questionamento que se tem feito acerca do status jurídico da interrupção voluntária da gravidez, doravante chamada de aborto, no Brasil. Além de toda ingerência dos juízes que trabalham para consumir pouco a pouco a legislação vigente que protege a vida, encontra-se no Congresso Nacional um Projeto de Lei do Senado, do ex-senador José Sarney, que altera o Código Penal, inclusive modificando os artigos 124 e 126 do CP/1940 e aumentando as possibilidades de aborto legalizado.

Embora se reconheça os avanços do Judiciário brasileiro num ímpeto de abarcar prerrogativas ilegítimas, tal postura não existe sem enfrentamento por parte do Legislativo, que analisa o PL 4754/2016¹, do deputado Sóstenes Cavalcante, que visa alterar a Lei Dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950) e tipificar a conduta de “usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”, nos termos do relatório do projeto de lei.

2. O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Alexandre de Moraes (2013, p. 28), “Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissoluvelmente combinados.¹ O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho, ‘a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente

¹ CAVALCANTE, Sóstenes. Projeto de Lei (PL) 4754/2016. 2016. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1443910>. Acesso em: 14 set. 2018.

direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)²”. Ressalte-se que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. ”

Aufere-se que legitimidade do governo democrático provém do povo que o estabeleceu. É para ele e através dele, portanto, que são exercidas as autoridades e tomadas as decisões; é atendendo ao senso de justiça e valores dos cidadãos que os juízes aplicam as leis que foram produzidas pelos legisladores eleitos.

Como se pode compreender na doutrina, a proteção jurídica do ser humano em face do Estado está intimamente ligada à conservação da democracia. Tal constatação não é mera divagação dos juristas e filósofos, mas fato observável ao longo da formação dos Estados como os conhecemos hoje, cujos povos escreveram Constituições para garantir a democracia e frear os excessos do Estado. E é o Estado, historicamente, o maior violador de garantias fundamentais, como podemos citar os ultrajes cometidos contra a humanidade realizados durante a Revolução Francesa, a Revolução Russa, o Fascismo Italiano e o Governo Nazista Alemão. Os quatro exemplos apontam para contextos nos quais, governantes respaldados pela lei, exterminaram seus opositores, prenderam quantos fora possível e desapropriaram bens. Nesses casos, além de todo caos instaurado pela violência civil, o Estado é utilizado como arma contra a população e são violados os mais basilares direitos.

3. DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Desde os antigos, é possível encontrar uma preocupação para que, ao formar um Estado, os indivíduos não favorecessem o surgimento de uma autoridade absoluta, que poderia se manifestar como pessoa ou instituição. Para isso, estabelecer-se-iam limites ao governo, a fim de conservar o máximo de liberdades.

Para adentrar adequadamente na teoria da tripartição de poderes, convém antes estabelecermos a definição de poder. Para tanto, recorremos ao filósofo Aristóteles, que no século 4 antes de Cristo, em sua obra (1252a) Política (Πολιτικά, Política), a partir da definição “o homem é um animal cívico (ou político)”, passa a tratar em oito livros sobre alguns temas, dos quais destacaremos as formas de governo.

Ao discorrer sobre a servidão natural, Aristóteles nos aponta os fatos e a experiência, manifestados na natureza, para expor que é bom e útil que existam hierarquias; aquele que manda e quem obedece. Assim, de acordo com o uso feito pelo Estagirita, depreende-se que o poder é a condição de autoridade, de exercício do domínio de um homem sobre si, sobre outro homem ou sobre algo.

Assim como a servidão se expressa na natureza, segundo Aristóteles, ela se expressa também, de forma convencionada, na vida política da cidade. Em suas palavras: “O que convém ao todo convém também à parte; o que convém à alma convém igualmente ao corpo.”.

Muitos séculos depois, no ano de 1681, um dos pais do pensamento liberal, John Locke, escreveu “Dois Tratados Sobre o Governo”, onde tratou não somente da necessidade de divisão entre os poderes no governo, mas destacou a importância do poder legislativo para garantir a produção de leis que protegessem os direitos que o homem tem no estado de natureza e que para conservar, organizou num Estado. Ocorre que, se não somos juízes de nós mesmos, como seríamos no estado de natureza, e se devemos obediência às leis, o ativismo judicial se revela uma prática primitiva que desconsidera a sociedade civil como fonte de legitimidade. O governo deve, portanto, basear-se em a priori nas leis naturais e garantir os direitos fundamentais, que são os pilares dos direitos de segunda geração e todos os outros. Sendo a vida um direito natural, resguardá-lo nas condições de vulnerabilidade como no ventre, na infância e na velhice é dever do governo legitimamente estabelecido.

Em sua obra, ele trabalhou pressupostos de grande valor para o momento político e jurídico atual. Ao refletir sobre o Absolutismo vigente, Locke traz a constatação que, centralizado o poder nas mãos do rei ou de um grupo de pessoas, sem qualquer limite de dado por outro poder, nega-se a comunidade política e a sociedade civil. Tal expressão de poder ilimitado é ilegítima, e dão-se as condições para direito de rebelião, a manifestação do povo contra a opressão do Estado. Ninguém pode, nem mesmo um ministro, na aplicação da justiça, fazer sua própria vontade, pois isso ameaça a liberdade, a vida e a propriedade de todos, a menos que não queira ter seus próprios direitos respeitados. O desrespeito à vontade do povo transforma o governo em seu inimigo.

Já no ano 1748, Montesquieu apresentou sua reflexão acerca da tripartição de poderes na obra *O Espírito Das Leis*, que futuramente serviria de inspiração para que em 1789 fosse produzida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A obra discorre sobre as formas de governo e sobre como as leis se relacionam com tais formas; trata também de temas

como luxo, guerras, liberdade e tributos. Vamos, no presente trabalho, ater-nos à tripartição proposta pelo autor.

No Livro XI, Capítulo IV, de “O Espírito Das Leis”, encontramos o seguinte:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (livro XI, capítulo VI, página 168)

A produção de uma obra reflete sempre um sentimento de seu tempo. Porém, a impressão que “O Espírito Das Leis” passa é que foi produzido para os dias atuais; por isso, inferimos facilmente que o combate ao autoritarismo estatal, necessário no século XVIII, é também indispensável hoje, visto que, “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontrar limites.” (livro XI, capítulo IV, página 166)

No Brasil, a separação dos poderes foi estabelecida já na primeira constituição, outorgada em 1824, a Constituição do Império. Na época, contava com o Poder Moderador, exercido formalmente pelo monarca em exercício. Hoje, sob a Constituição de 1988, resta estabelecida a divisão dos poderes em três, conforme artigo 2º:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

A partir de todo exposto, uma vez analisado o anseio democrático que permeia a tripartição dos poderes e tendo como base o que o Poder Judiciário e o Direito deveriam ser representar, passamos a analisar as práticas da Suprema Corte do Brasil

4. O COMPORTAMENTO ATIVISTA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Ora, os órgãos públicos criados, cada uma para exercer a função a que se destinam, não podem, sem ferir a democracia e ordem, exercer atividades para as quais são incompetentes.

Diante do atual contexto de agigantamento do Poder Judiciário brasileiro, a sociedade e a Academia passam a perceber que o comportamento ativista dos tribunais não é auspicioso ou minimamente conveniente à democracia e nem à forma de governo escolhida constitucionalmente. Incentivado pelos anseios sociais e ciente sua capacidade de realização, o Judiciário tornou-se o principal alvo de expectativas dos cidadãos brasileiros, mas hoje se volta contra eles, buscando definir e moldar o pensamento nacional às ideologias promovidas pelos governos recentes, mesmo diante da manifestação democrática contrária, oriunda dos mais diversos grupos sociais.

Surgem, nesse contexto, as preocupações com as nefastas consequências e, ainda mais grave, testemunha-se sua concretização. Esse momento é o que vivemos: o da observação tardia, permeado pela tentativa de minimizar os danos aos valores basilares da sociedade e às suas instituições; é o momento da conversão. O pêndulo da História volta-se para o outro lado, para a contraposição às atuais práticas dos Ministros da Suprema Corte brasileira, e passamos a buscar aquilo de que abrimos mão pela urgência da satisfação de direitos: o equilíbrio entre os poderes, a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais. É fato que, dada a complexidade social e a tendência à maior atuação estatal, encontramos num contexto de interpenetração entre os poderes

A separação dos poderes foi estabelecida no Brasil sob a guarida da teoria política de Benjamin Constant na Carta Imperial de 1824, quando foi aplicada a existência do 4º poder, exercido pelo imperador, a saber, o Poder Moderador. Considera-se que, inexistindo formalmente o citado poder, ele é absorvido por um dos outros poderes, que se sobrepõe aos demais, exatamente como podemos observar o Judiciário fazer no Brasil. Como exemplo, é possível citar que, no Golpe da República, os militares passaram a exercer o Poder Moderador, ainda que já tivesse deposto o monarca brasileiro. Mais recentemente, o Supremo

Tribunal Federal, doravante chamado de STF, destituiu o Ministro do Trabalho, atribuição essa similar à do Imperador em tempos de existência formal do Poder Moderador. Conforme notícia do Globo Notícias², “O afastamento do ministro e as buscas foram pedidos pela Polícia Federal e autorizados pelo ministro Edson Fachin, relator do caso no Supremo Tribunal Federal (STF)”.

É necessário, nesse momento, refletir sobre o aspecto deontológico do direito: a descrição do dever ser, no judiciário brasileiro, uma vez que adotamos (1) a tripartição de poderes, que figura no artigo 2º da Constituição: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, e (2) a proteção dos direitos fundamentais. É patente que “ativista” é exatamente aquilo que o Judiciário não deve ser, pois não é a postura que lhe compete, ainda mais quando lembramos que, como bem ensina Moreira Alves, a Corte Constitucional é legislador negativo³, pois expurga as leis inconstitucionais. Porém, não é legislador positivo, para produzi-las. Do Judiciário o que se espera é a inércia, pois ele deve aguardar ser provocado para então julgar, dentro da previsibilidade da moldura normativa.

Nos estados democráticos de direito, a justiça é manifesta por meio de normas constitucionalmente estabelecidas. Estas se organizam hierarquicamente, no contexto de soberania nacional, trazendo a Carta Magna como regente dos demais ordenamentos, a fim de garantir a uniformidade do entendimento, a segurança jurídica e a ordem social. A consequência esperada dessa composição é também a proteção dos direitos previstos em leis e costumeiramente ratificados em julgamentos.

O Dr. Ives Gandra da Silva Martins Filho (2018, p. 921-922) recentemente escreveu um artigo no qual explana o que vem a ser o ativismo judicial brasileiro, além de apontar sua natureza ideológica, que abandona a investigação da verdade e da justiça para produzir decisões teratológicas.

A tentação do julgador, de dar a maior efetividade aos princípios, quando estes possuem baixa densidade normativa, impondo obrigações concretas, extraídas exclusivamente dos princípios, quando inexistente preceito de lei que preveja a obrigação, é real e instigante. No

² ¹GLOBO NOTÍCIAS. Brasília, 05 jul. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/policia-federal-faz-buscas-no-gabinete-do-deputado-nelson-marquezelli.ghtml>>. Acesso em: 14 set. 2018.

³Representação n. 1451-7, STF, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Julgamento em 25.05.1988, DJ 24.06.1988.

entanto, tem gerado no sistema, uma proteção fictícia e uma insegurança jurídica que, a nosso ver, não compensam a supervalorização desses princípios.

Essa tentação é a que melhor caracteriza o ativismo judiciário, ou seja, a tentação de um protagonismo maior do Poder Judiciário na conformação do ordenamento jurídico, que não se limita a interpretar e aplicar as leis, mas acaba por inovar no mundo jurídico, paralelamente ao legislador.

Penso que a melhor expressão para sintetizar essa tendência no Judiciário brasileiro atual seria a de “voluntarismo jurídico”, ou seja, à míngua de norma legal específica prevendo a obrigação que se quer impor a um dos litigantes, será a vontade do juiz (e não mais a do legislador plasmada na lei) que criará o direito. Ora, o perigo e a insegurança estão no subjetivismo necessariamente decorrente desse ativismo e voluntarismo: cada juiz extrairá do princípio que mais lhe aprouver, a obrigação que menos se poderia esperar, desnortando o jurisdicionado.

Há mesmo muitos magistrados que, ao invés de confrontar os fatos com as normas legais, para extrair como conclusão de um silogismo jurídico a subsunção do fato à norma, dizem primeiro intuir a decisão que seria a justa e depois buscar fundamentá-la. A impressão que se tem é a de que a decisão é tomada de acordo com a vontade do juiz e depois se busca um discurso jurídico para fundamentá-la.

Definir a decisão judicial sem primeiro aplicar aos fatos a norma, é negar a supremacia constitucional, a divisão de poderes e também significa rejeitar os valores democraticamente construídos e conservados na tradição no nosso povo.

Em seu artigo “A Linguagem Deontológica Dos Valores e Das Normas Jurídicas Em Face Da Hodierna Linguagem Consequencialista Das Decisões Judiciais”, o professor Hudson Palhano de Oliveira Galvão esmiúça as verazes diferenças entre as decisões fundamentadas nas normas e as decisões tomadas de um sentimento ideológico.

As decisões judiciais de outrora eram por excelência o lar da linguagem deontológica, uma vez que nas sentenças dos juízes e nos acórdãos dos tribunais, ao se dirigirem os mais diversos casos

concretos que os processos levavam à sua apreciação, realizava-se a subsunção do fato ao ordenamento jurídico, ou então a aplicação da norma jurídica em vigor sobre aqueles fatos, e assim a decisão judicial era construída e proferida de maneira racional e fundamentada no Direito posto, de maneira que os envolvidos já podiam antever com boa dose de previsibilidade qual seria o provimento jurisdicional vindouro, e mesmo quando isto não ocorria era possível perceber que a nova interpretação normativa apresentada pelo Poder Judiciário, que portanto julgava o caso concreto de modo diferente do que se esperava, estava rigorosamente inserida na moldura normativa, para utilizar a expressão de Kelsen, criada pelo legislador.

Uma nova conjuntura jurídico-política mundial vem se impondo e as decisões judiciais parecem cada vez mais deixarem a linguagem deontológica de lado, e revestirem-se de uma linguagem consequencialista, ou seja, as decisões judiciais, sobretudo aquelas que são proferidas pelos Tribunais Constitucionais, que no caso do Brasil é o STF – Supremo Tribunal Federal, parecem cada vez mais deixar de fundamentar suas decisões na constituição, nas leis e no atos administrativos, ou seja, no Direito posto, edificado sobretudo pelos legisladores que foram eleitos para tanto, mas também por autoridades administrativas, passando então as cortes a respaldarem os julgamentos que proferem nas “expectativas das consequências” daquela decisão. (2018, p. 901-902)

A linguagem utilizada nas decisões traz à tona a intenção ativista do julgador de fazer ver no caso o seu pessoal conceito de justiça, protegido pela inamovibilidade e estabilidade de seu cargo público. As consequências imediatas das decisões, e não a sua harmonia com as leis, com as decisões de outrora ou as consequências tardias, são motivação desse excesso de iniciativa legiferante. Não deve tardar que maiores absurdos se concretizem amparados pelos juízes brasileiros.

As teorias de tripartição de poderes se desenvolveram e se fortaleceram no seio dos países democráticos, intrinsecamente ligadas às propostas constitucionalistas. Porém, o STF, através das ADPF's, assim como o CNJ, que deliberou a respeito do casamento entre pessoas de mesmo sexo, apesar do artigo 226 da CRFB de 1988 e apesar da sua incompetência, tem colocado em risco os primeiros e mais fundamentais direitos, a saber, o direito a vida, e as expectativas sociais de agir dentro da razoabilidade e da legalidade, além de ferirem os limites

constitucionais impostos ao Estado, para que este não venha a se exceder e se torne, no lugar de guardião da justiça, violador.

O caso do Padre Lodi foi um relevante exemplo de como o Estado pode transgredir seus próprios fundamentos e se levantar contra o povo.

Geovana Gomes Leneu fora condenada ao aborto, pelo Justiça de Goiás, através de sentença autorizando o procedimento requerido pela própria mãe, por ser uma criança deficiente, portadora da síndrome de *Body Stalk*. O procedimento já havia sido iniciado, quando Luiz Carlos Lodi da Cruz, padre católico, por ter proposto em 11 de outubro de 2005 um *habeas corpus*, conseguiu evitar a execução. A data do procedimento era 14 de outubro de 2005, porém, enquanto a mulher encontrava-se internada tomou conhecimento da decisão do Tribunal de Justiça de Goiás de atender ao remédio constitucional impetrado em favor da criança.

A criança nasceu e morreu oito dias após a internação, visto que a mãe já tomara a medicação para provocar o parto. Logo em seguida, os pais propuseram uma ação por danos morais na Justiça de Goiás; vencidos nesse grau, recorreram ao Superior Tribunal de Justiça. A Terceira Turma condenou o padre a pagar R\$ 60 mil por ter obstado através de *habeas corpus* o aborto.

A relatora, ministra Nancy Andrighi, no acórdão da decisão referente ao RECURSO ESPECIAL Nº 1.467.888 - GO (2014/0158982-0), ratificou que a ADPF 54 “afastou a possibilidade de criminalização da interrupção da gestação, também na síndrome de *body-stalk*”, e que Luiz Carlos Lodi da Cruz exercitou abusivamente seu direito de ação e tentou impor, por inúria ou perfídia, valores próprios a outrem.

Espantoso é que, nesse caso, o juiz que deferiu o *habeas corpus*, responsável pela interpretação do direito no pedido e aplicador dos seus efeitos, não foi sequer mencionado ou alcançado por qualquer resultado da decisão do STJ. Ora, se Luiz Carlos Lodi da Cruz pediu algo injusto ou ilegal no *habeas corpus*, não caberia à Terceira Turma do STJ condená-lo por fazer o pedido. Cabe à Justiça Brasileira negar ou conceder, no momento da impetração, o que fora requerido. Nesse caso, como um juiz legitimamente constituído concedeu o remédio constitucional, foi o Estado por ele representado que impediu o aborto, não Padre Lodi.

O CNJ votou e aprovou, sob a presidência do Ministro Joaquim Barbosa, a Resolução nº 175 de 2013, que impõe aos cartórios brasileiros a habilitação e celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, além de converterem a união estável homoafetiva em casamento. É válido ressaltar que, durante a votação, a conselheira do órgão Maria Cristina Peduzzi pediu vênias para discordar da forma utilizada para tratar do tema e, brilhantemente,

trouxe à baila o artigo 22, I e XXV da CRFB/1988, para ratificar que a competência é do Congresso Nacional. Na sequência, Joaquim Barbosa afirma não haver a necessidade de criação de nova lei, por parte do Congresso Nacional, para dar eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal que, na ADPF 132 e na ADI 4.277 garantiu tratamento igualitário à união estável entre pessoas de mesmo sexo.

Vale, porém, destacar que o entendimento do supracitado ministro alarga violentamente as competências não apenas do Conselho Nacional de Justiça, mas as suas próprias, para discernir, em desacordo com a Constituição, que cristalina resguarda à União, na forma das Casas Legislativas, a competência para legislar sobre direito civil e registros públicos, que é desnecessário uma atualização legal nos moldes anterior e constitucionalmente estabelecidos.

A divisão de poderes evita o totalitarismo de toga, o exercício arbitrário da autoridade judiciária. É notório que, embora o movimento do CNJ careça de forma adequada e legítima, ele atende às aspirações políticas e sociais de alguns grupos da sociedade; por isso, não foram largamente anunciadas as retaliações e críticas, e pouco se deu a conhecer, por não atender aos interesses dos grupos a que se destinam essas alterações, embora existam exemplos como o do Mandado de Segurança com pedido liminar (MS) 32077 impetrado pelo Partido Social Cristão. O ministro do STF Luiz Fux extinguiu a ação, sem resolução do mérito, pois considerou que Mandado de Segurança não se tratava da via formal adequada. Em seguida, foi protocolada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4966, com o mesmo pedido: a declaração da inconstitucionalidade da Resolução do CNJ de número 175, que resta pendente de apreciação e julgamento no STF.

Um alerta que surge é o seguinte: o que se fará quando os juízes, na prática os verdadeiros condutores desta Nação, passarem a acumular a possibilidade de julgar e legislar como meio de contrariar tais grupos que hoje se beneficiam de sua postura antidemocrática? É sabido que, se não queremos tais armas apontadas para nós, não as devemos criar e apontar para ninguém. Assim também surge a possibilidade de relações humanas que atentam contra os valores que tradicionalmente são valiosos para o povo serem tuteladas pelo Estado, uma vez que compostas por pessoas capazes e ligadas pela afetividade. Sob que pretexto se poderá argumentar contra uma união entre parentes, como casamento entre dois irmãos ou entre pai e filha, ou mesmo entre um número diverso de dois para um casamento civil? Resta claro que, havendo associação de pessoas que pleiteie essa contingência, basta que haja quem defira o pedido no Supremo.

Se os mecanismos utilizados pelos nossos juízes são materialmente satisfatórios para a moral de alguns grupos de nossa época, são também formalmente inconstitucionais e antidemocráticos. Falta-nos refletir se não estamos nos excedendo em nosso materialismo para ver imediatamente satisfeitos nossos interesses às custas dos nossos mais preciosos bens, a liberdade e a vida. Aqui percebemos a necessidade de retornar ao direito compreendendo o que ele deve ser, para atender à justiça.

Outro exemplo de como o Judiciário Brasileiro tem se excedido para legislar e ferir a Constituição, é o caso do impeachment da presidente Dilma Rousseff, a quem foi aplicada metade da pena prevista.

No dia 31 de agosto de 2016 ocorreu o desfecho do processo de impeachment da presidente da República Dilma Vana Rousseff. Para a surpresa dos estudiosos de Direito Constitucional, o Senado votou a pena de forma separada, em dois destaques, utilizando-se do regimento da Casa para agir de forma contrária ao previsto na Carta Magna de 1988, que prevê duas penas conjuntas: a perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. Para manter-se dentro da legitimidade constitucional, fazia-se necessário impor ambas as penas. Porém, o ministro do STF Enrique Ricardo Lewandowski, que exercia o papel de Presidente do Senado na ocasião do julgamento da presidente, valeu-se de uma peculiaridade, a saber, a forma utilizada para votação de projeto de lei, que se faz em bloco com divisão de destaques. Porém, as penas não poder-se-iam votar em destaques por não serem penas independentes, mas duas penas conjuntas. Claramente, a fim de satisfazer outros interesses que não os da justiça nacional, efetuou-se essa aberração jurídica de “fatiar” as penas da condenação por crime de responsabilidade.

Vale notar que, se a presidente Dilma estivesse sofrendo o processo de impeachment durante seu primeiro mandato, ela se encontraria apta a disputar uma reeleição à presidência. Inclusive, neste ano de 2018, já que ela exerceu por duas vezes o cargo de chefe do Executivo, podemos encontrá-la em campanha para uma vaga no Senado, justamente onde correu o processo. Uma situação totalmente descabida.

No Brasil, embora haja indicação doutrinária, previsão constitucional da divisão dos poderes e existência formal nos documentos, nos prédios e nos títulos, é inegável que o Poder Judiciário tem se excedido em suas funções e tolhido do Legislativo a função de produzir o ordenamento legal.

4.1. O HABEAS CORPUS - HC124.306 LRB

Foi aberto um sério precedente jurídico que retifica a eficácia da norma constitucional que garante a proteção da dignidade da pessoa humana, quando a Primeira Turma do STF revogou a prisão preventiva de médicos e funcionários que realizaram um aborto.

O Ministro Barroso proferiu voto favorável à concessão do habeas corpus expressando que:

...é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

Nesse voto, o Ministro Barroso deu sentido contrário à norma constitucionalmente posta, para a enorme surpresa do povo brasileiro, que espera, na aplicação da justiça, ver aplicada ao caso concreto a lei correspondente. O Poder Legislativo, legitimamente formado por gente do povo brasileiro eleita pelo voto, não editou lei que excluísse da incidência da norma penal aquele que provoca aborto em mulher com menos de três meses de gestação; ainda assim, o Poder Judiciário cede ao ímpeto de abarcar mais poder e ingerir nos valores que formam a sociedade brasileira, que elege o Congresso Nacional, que por sua vez edita a legislação.

Vale salientar que o status jurídico do aborto está nesse momento sendo objeto de debates e questionamentos, através da ADPF com pedido de medida cautelar de número 442 ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), utilizando como embasamento suposta violação a direitos das mulheres pela limitação de hipóteses legais de aborto no Código Penal, na mesma linha retórica do voto do Ministro Barroso. Em ambos os casos, o que se observa é a utilização de um apelo emocional, afastado da lógica e próximo das ideologias apregoadas pelo partido.

Visto que através da via legislativa não obteve sucesso, pois o Projeto de Lei 882 de 2015 do Deputado Jean Wyllys não avançou na Casa, por ser incompatível com os valores sustentados pela maioria dos deputados eleitos, os grupos que anseiam pela total liberdade de assassinar crianças no ventre utilizam a mesma estratégia dos juízes ativistas: primeiramente,

escolhem seu objetivo, seu projeto particular para as normas jurídicas nacionais, e só então constroem um discurso que parece dar ao anseio robustez. Tal postura é manifestadamente antidemocrática, pois do Poder Judiciário se espera a aplicação das normas jurídicas postas, produzidas pelo poder competente, sob os auspícios da Constituição Federal que garante a separação dos poderes. Ademais, há que se atender às garantias previstas no Estatuto do Nascituro às crianças em período gestacional.

O STF analisou os requisitos da prisão cautelar, mas também desconfigurou o crime de aborto no primeiro trimestre da gestação, tornando ineficaz os artigos 124 e 126 do Código Penal, sem que se tenha feito o devido exame pelo Congresso Nacional. Não por desconhecimento o faz, mas porque não admite que a inércia alegada no Legislativo é uma verdadeira discordância e rejeição à proposta de legalizar a prática do aborto.

As implicações das decisões favoráveis ao alargamento de possibilidades de aborto não criminoso para a conservação dos direitos fundamentais são devastadoras. Observe-se que ainda que, em tese, não se possa garantir que a vida começa na concepção, é a partir desta que se conta o tempo para requisitar o prazo de 12 semanas para abortar. O período pelo qual se pretende expor o ser humano em gestação ao extermínio é arbitrário e meramente tem a função de ir, passo a passo, dilatando-se para se assemelhar aos países que liberam o aborto a qualquer tempo enquanto o bebê estiver no ventre. Assim, a vida humana em condições de vulnerabilidade encontra-se desprotegida, desamparada pelo escopo legal, e resta a possibilidade de, futuramente, fazer morrer qualquer pessoa humana vulnerável, cuja existência seja, em algum nível, custosa a outrem. Tal possibilidade horroriza quando posta às claras, mas o argumento utilizado para legitimar o aborto encaixa facilmente nas hipóteses de eutanásia sem o desejo do indivíduo ou aborto de crianças, que já é ação vil, por motivos ainda mais baixos, como má formação ou características físicas indesejáveis, como cor da pele e sexo.

Embora seja facilmente rebatido o ativismo judicial para fins de aborto legal, devemos permanecer atentos ao Congresso Nacional, onde se encontra um Projeto de Lei do Senado para alterar o Código Penal, inclusive modificando os artigos que tipificam o crime de aborto, a saber, 124 e 126 do CP/1940.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma análise das práticas da Suprema Corte Brasileira, compreendemos que o Supremo Tribunal Federal, embora se arvore como uma vanguarda esclarecida, tem aprofundado em uma crise de legitimidade devido às decisões antidemocráticas efetivadas por seus ministros. O STF não tem dado vazão aos anseios da sociedade brasileira, mesmo que venha alegar tal motivação. Tem, pelo contrário, coagido os brasileiros a lidar com uma nova moral, imposta por grupos organizados e barulhentos que, não conseguindo satisfazer suas metas de transformação normativa pela via legislativa, tem apelado para o Poder Judiciário, gerando insegurança jurídica e um afastamento entre os valores jurídicos e os demais valores sociais. Tal condição tem criado um ambiente de ameaça aos direitos fundamentais humanos, sendo primordialmente atacado o direito à vida, numa ânsia de alcançar os países que legalizaram o aborto.

Utilizam-se os ativistas de argumentos sofisticados, renunciam à lógica e à uniformidade de pensamento que mantém coeso o povo, para implantar uma nova forma de viver e morrer.

A garantia constitucional dos direitos fundamentais foi concebida para proteger o cidadão do poder do Estado, manter a democracia, a vida e a liberdade. Poder esse que tem se agigantado para contrariar as ideias que lhe deram condição de existir, visto que na teoria montesquiana, a separação dos poderes evita o absolutismo e o sufocamento de um poder pelo outro. O que percebemos no Brasil hoje é que, na medida em que o poder do Estado cresce, os direitos fundamentais dos cidadãos se fragilizam ante leis injustas. Compreendemos que o ativismo judicial é a concentração de poder pelo Judiciário em face dos outros poderes, uma usurpação das competências dos outros poderes a fim de estabelecer um projeto de nação, ainda que custe a legalidade e a razoabilidade.

Apreende-se que o Poder Judiciário, concebido para ser guardião da ordem jurídica, anseia poder um poder cada vez maior, e passa ele a violenta-la, ainda que pareça, ao menos superficialmente, protegê-la.

A forma legal estabelecida para exigir de um Ministro do STF uma postura coerente com a Constituição Federal vigente diz respeito às competências do Senado: no artigo 52, da CRFB/1988, que prescreve que este é competente para processar e julgar ministros do Supremo por crime de responsabilidade.

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Observa-se que atualmente não configura crime de responsabilidade, nos termos da lei, um magistrado do STF julgar contra as normas legais e constitucionais por pura opção, desconsiderando a supremacia da Constituição na pirâmide normativa e a divisão de poderes estabelecida.

Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

- 1- altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal;
- 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa;
- 3 - exercer atividade político-partidária;
- 4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;
- 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções.

Porém, para frear o ativismo judicial, foi proposto o PL 4754/2016, pelo deputado Sóstenes Cavalcante, para alterar a Lei dos Crimes de Responsabilidade. Resumidamente, ele “tipifica crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”. No projeto apresentado, o artigo 1º traz que:

Art. 1º Esta lei acrescenta o inciso 6º ao art. 39 da nº 1.079, de 10 de abril de 1950, para incluir como crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a usurpação de competência do Poder Legislativo.

O que se espera é que, sendo projeto convertido em lei, os senadores da República tenham coragem, honestidade e apego aos valores pátrios, para que não se omitam do seu papel de ratificar para o Supremo Tribunal Federal o alcance de suas competências e o necessário equilíbrio dentre os poderes.

O povo brasileiro tem a urgente missão de escolher bem os membros dos poderes legislativo e executivo, e assim contribuir para que homens e mulheres de valor, que honram o povo que os escolheu, trabalhem em favor da vida, da liberdade, da justiça e do Direito.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Gabriel Garcia Ribeiro de. **O ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO**. 2017. 162 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 1079, de 10 de abril de 1950. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Imprensa Stj. Supremo Tribunal Federal. **Padre é condenado a pagar danos morais por impedir interrupção de gravidez**. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Padre-%C3%A9-condenado-a-pagar-danos-morais-por-impedir-interrup%C3%A7%C3%A3o-de-gravidez>. Acesso em: 24 out. 2016.

"IMPEACHMENT tem duas penas, que devem ser aplicadas ao mesmo tempo". 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-15/penas-impeachment-aplicadas-mesmo-tempo>>. Acesso em: 15 set. 2016.

GALVÃO, Hudson Palhano de Oliveira. A LINGUAGEM DEONTOLÓGICA DOS VALORES E DAS NORMAS JURÍDICAS EM FACE DA HODIERNA LINGUAGEM CONSEQUENCIALISTA DAS DECISÕES JUDICIAIS. **Revista Jurídica Luso-brasileira, Lisboa**, v. 1, n. 5, p.901-902, set. 2018.

GLOBO NOTÍCIAS. Brasília, 05 jul. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/policia-federal-faz-buscas-no-gabinete-do-deputado-nelson-marquezelli.html>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

GLOBO NOTÍCIAS. Goiás, 24 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2016/10/stj-condena-padre-por-impedir-mulher-de-fazer-aborto-em-goias.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre O Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ATIVISMO JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DE PODERES. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, v. 1, n. 5, p.921-922, set. 2018.

MESQUITA, Antônio Pedro. **Aristóteles: Obras Completas**. Lisboa: Biblioteca de Autores Clássicos, 2005.

MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

Regina Bandeira. **Casamento homoafetivo: norma completa quatro anos**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84740-lei-sobre-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-completa-4-anos>>. Acesso em: 10 maio 2017.