

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JULIANA BARBOSA CARLETE

ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: O CASO DA ADPF 442

VITÓRIA
2019

JULIANA BARBOSA CARLETE

**ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: O CASO DA ADPF 442**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para conclusão do curso.

Orientador: Profº Dr. Adriano Sant’Ana Pedra.

VITÓRIA

2019

JULIANA BARBOSA CARLETE

**ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: O CASO DA ADPF 442**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV,
como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

Com o constitucionalismo moderno, emergiu-se a teoria da separação de poderes tripartite proposta por Montesquieu, que, no Brasil, é considerada cláusula pétrea. No embate de quem deveria ser o guardião da Constitucional, o Estado brasileiro consagrou ao Supremo Tribunal Federal tal tarefa. Ocorre que, ao longo dos anos, condutas ativistas passaram a ser realizadas pela Corte brasileira, tendo atuado, em diversas situações, como legislador positivo. Visa, em razão disso, observar como o ativismo judicial está atrelado à invasão do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, nos demais poderes. Ressalta-se a preocupação em torno dessas condutas, as quais colocam em risco à democracia. Busca também analisar o pedido formulado pelo Partido Socialismo e Liberdade na arguição de cumprimento de preceito fundamental (442), o qual requer a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, visando legalizar o aborto voluntário até a 12ª semana de gestação. O pedido formulado incorre na preocupação do Poder Judiciário agir de forma ativista, violando a teoria da separação dos poderes e invadindo a esfera do Poder Legislativo. Sendo assim, pretende-se expor os limites da atividade do Tribunal no âmbito de julgamento dessa ação.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Aborto voluntário. Limites da jurisdição constitucional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, princípio e fonte de toda sabedoria, e a Sua Mãe, Maria Santíssima, por todos benefícios e graças que sem mérito algum recebi e que me sustentam a cada dia.

Agradeço à minha mãe Luciana por todo o amor e suporte que me deu para que hoje eu pudesse concluir mais uma importante etapa de minha vida e ao meu pai por todo o apoio. À minha querida avó Maria, a qual sempre se preocupou com a minha educação e não mediu esforços para me ajudar; ao meu irmão por todo o conhecimento repassado e à minha tia Carla, madrinha incansável, que me concedeu todos os recursos possíveis para que eu pudesse superar cada obstáculo em meu caminho e chegar até aqui. À vocês, minha família, serei sempre eternamente grata por tudo o que sou e por tudo o que consegui conquistar.

Agradeço também ao meu namorado Renahn, que com amor e paciência ouviu todas as minhas frustrações e medos, mas não deixou, em nenhum momento, de me apoiar e incentivar para que eu este trabalho pudesse ser finalizado.

Ao meu orientador, Adriano Pedra, que se dispôs desde o começo a me orientar. Muito obrigada pelos ensinamentos.

Por fim, agradeço aos meus amigos da FDV, os quais estiveram ao meu lado durante toda a graduação e me deram sábios conselhos. Em especial, agradeço à Vitória, Bruna, Alanna, Amanda, Ámabili e ao Lenio.

“A Deus, único, sábio, por Jesus Cristo, glória por toda a eternidade! Amém.”

Romanos 16:27

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	9
1.1 A HARMONIA DOS TRÊS PODERES E O SISTEMA DE “ <i>CHECKS AND BALANCES</i> ”	13
1.2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES	16
1.2.2 O Tribunal Constitucional brasileiro e suas funções	19
2 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL	24
2.1 ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL	28
2.1.1 Caso <i>Marbury v. Madison</i>	28
2.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	32
2.3 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E RISCOS À DEMOCRACIA	36
3 CASO <i>ROE V. WADE</i>	41
3.1 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442	45
3.2 LIMITES DE ATUAÇÃO DO STF NO ÂMBITO DA ADPF 442	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

Após o ajuizamento de aguição de descumprimento de preceito fundamental no Supremo Tribunal Federal pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), requerendo a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro, vieram à tona diversas manifestações acerca da procedência ou não dessa ação. Uma delas, dentro do âmbito jurídico, envolve a temática da competência da Corte em julgar essa ação.

Por conta disso, este trabalho não visará entrar nos méritos da possibilidade ou não de descriminalizar o aborto voluntário até a 12^a semana, apesar de ser um tema que merece destaque. De modo contrário, irá analisar a possibilidade jurídica do pedido principal constante na ADPF 442, averiguando a competência do Poder responsável por deliberar sobre o tema e eventuais limites da atividade jurisdicional no Supremo Tribunal Federal no âmbito de julgamento dessa ação.

Sendo assim, no primeiro o tema abordado será o contexto da teoria da separação dos poderes, bem como a sua importância nas Constituições modernas. Para além disso, o capítulo ainda tratará da possibilidade de interferência de um poder no outro, visando equilibrar o sistema através da harmonia e independência dos poderes.

Após, discutir-se-á o papel das Cortes superiores dentro da teoria da separação de poderes, abordando o tema do controle de constitucionalidade abstrato. Ademais, visando englobar tal entendimento no contexto brasileiro, será necessário explanar a organização e as funções constitucionais do Tribunal Constitucional brasileiro.

Já o segundo capítulo dissertará sobre o tema do ativismo judicial como um alargamento das funções do Poder Judiciário e sua origem no caso americano de *Marbury v. Madison*. Além disso, o capítulo ocupará-se de mencionar os diversos casos julgados pelo STF através de uma postura ativista da Corte e de trazer as críticas ao fenômeno do ativismo judicial, especialmente quanto à legitimidade democrática e os riscos à democracia.

Por fim, após da análise de todo o contexto e explanação da teoria da separação dos poderes e do ativismo judicial, o terceiro capítulo aludirá a própria ADPF 442, passando por uma análise de seus fundamentos e pedidos. Contudo, antes de avançar para o último tópico em que se tratará dos limites jurisdicional da Corte brasileira no âmbito do julgamento dessa ADPF, discorrer-se-á acerca do famoso caso americano *Roe v. Wade*, responsável por legalizar o aborto voluntário nos Estados Unidos.

1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A teoria da separação de poderes é de origem moderna, tendo emergido com o constitucionalismo no final do século XVII. Nesse passo, essa teoria é pressuposto do referido movimento e assim está prevista, inclusive, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹.

O art. 16 da supracitada Declaração alude que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição”. Nesta senda, a Constituição e a teoria da separação de poderes passam a ter papel central no Estado Democrático de Direito.

Na visão de Piçarra², houve um impulso para transformar a doutrina da separação de poderes – que é de origem inglesa, em critério do Estado constitucional. Por conta disso, pode-se dizer que Constituição moderna se caracteriza da seguinte forma³:

1) um corpo sistemático de normas; 2) que formam a cúpula da ordem estabelecida – lei suprema; 3) contido (preferencialmente) num documento escrito e solene; 4) versando sobre a organização política basilar de um Estado; 5) estabelecida pelo povo, por representantes extraordinários; 6) cuja finalidade é a limitação do poder em vista da preservação dos direitos fundamentais do Homem.

Considerando que o Estado de Direito é um Estado constitucional⁴, pressupõe-se a existência de uma constituição que deve servir e vincular todos os poderes públicos. Da mesma maneira, é preciso que essa Constituição adote a separação de poderes para que se possa concretizar os Direitos Fundamentais do homem.

¹ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2019.

² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 122.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 239.

Quanto à raiz histórica da teoria da separação de poderes, essa doutrina tem fundamento desde os remotos da Antiguidade³, apesar da separação de poderes daquela época não se assemelhar com a atual. Explica Ferreira Filho⁵:

É verdade que veem alguns, na Política de Aristóteles, uma contribuição específica incorporada pela doutrina da separação dos poderes. Trata-se da sua classificação das funções desempenhadas pelo Estado, que transparece da sistematização das tarefas desempenhadas pelos diferentes órgãos que entre si dividam o Poder em Atenas. Na república ateniense, com efeito, havia uma Assembleia, à qual era deferida a função deliberativa, numerosos magistrados, que detinham o Poder Executivo, e juizes independentes que compunham o tribunal, os heliastas. Essa sistematização identifica três espécies: deliberação, execução e justiça. Em uma generalização. Haveria três funções inerentes à cidade-Estado: a deliberativa, a executiva e a judicial. Essa classificação está, sem dúvida, próxima da que a doutrina da separação dos poderes tomou por base.

Nesse diapasão, verifica-se que desde Aristóteles a ideia da separação de poderes já era discutida, ainda que de forma singela, haja vista que o Estado deveria gozar de três funções: deliberativa, executiva e judicial. Contudo, quanto à origem da teoria clássica concernente à garantia da liberdade individual, a doutrina diverge.

Para alguns autores, Locke seria o responsável por desenvolver a referida teoria em 1668, para outros, não se nega que Locke foi, de fato, o precursor, embora o autor original seja Montesquieu, pois em Locke Montesquieu teria buscado inspiração. Por fim, tem quem defenda a autoria exclusiva de Montesquieu em seu livro “O espírito das Leis” em 1748.

O fato é que, em tese, pode-se resumir três opiniões sobre John Locke e a sua autoria – ou não – da teoria da separação de poderes⁶. A primeira consiste na visão de que Locke foi o autor original, ao passo que a segunda, Montesquieu é o autor exclusivo, tendo Locke sido mero precursor e, por fim, a terceira afirma que em Locke não há nenhuma referência à separação de poderes, apenas uma distinção das funções estaduais.

⁵ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 251-252, nota 3.

⁶ PIÇARRA. op. cit., p. 63, nota 2.

Expõe Tavares⁷, que “pode-se fixar o entendimento de que a separação dos poderes, como teoria política, encontrou realmente sua origem e início na obra de Montesquieu”. Em síntese, defende-se que o critério funcional da divisão foi, pela primeira vez, delineada por Aristóteles, na sua obra Política, a qual foi, em seguida, aprimorada por John Locke em seu livro “Segundo Tratado do governo civil” e, por fim, consagrada por Montesquieu em “O espírito das leis” com sua divisão e distribuição clássica⁸.

Não se pode negar a importância de John Locke em tratar sobre o tema em seu Segundo Tratado do Governo Civil. Alude Ferreira Filho⁹:

(...) Os homens em estado de natureza aceitaram renunciar a liberdade em favor da salvaguarda mútua de suas vidas, de suas liberdades e de seus bens. Para tanto, “é necessária a sociedade política, pois esta suprirá as três deficiências do estado de natureza. Sim, porque neste faltam: ‘Em primeiro lugar, uma lei estabelecida e reconhecida, recebida e aprovada de comum acordo como a norma do justo e do injusto e medida comum que permite resolver qualquer litígio. Em segundo, falta um juiz, reconhecido e imparcial, que tenha autoridade para resolver os litígios segundo a lei estabelecida. Em terceiro, falta frequentemente no estado de natureza, um poder que esteja em medida de apoiar e sustentar uma justa sentença e de levá-la à execução’. Lei, juiz, poder levam às funções que a doutrina da separação dos poderes tornou clássica. **Estão, assim, na obra de Locke, as três funções: a de legislar, a de julgar e a de executar. Entretanto, a divisão que o Mestre inglês propõe afasta-se da separação dos poderes tal qual veio ser conhecida. Com efeito, ele propõe um Poder Legislativo, um Poder Executivo e um Poder Federativo, não um Legislativo, um Executivo e um Judiciário.** (grifo nosso).

Com esses embasamentos, traz-se à tona a divisão clássica proposta por Montesquieu, na qual ele estabelece um sistema de divisão de poderes tripartite. Nesse entendimento, os poderes seriam assim delimitados: o poder legislativo – para elaboração, correção ou revogação das leis, o poder executivo – para coisas que dependem do direito das gentes e o poder legislativo – para constituir o “poder executivo das coisas que dependem do direito civil”, que nada mais é o poder de julgar e punir os crimes¹⁰.

⁷ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 166.

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 373.

⁹ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 253, nota 3.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167-168.

Pode-se afirmar que a divisão de poderes com a inserção do Judiciário no sistema fragmentado das instituições do Estado se inicia com Montesquieu. Apesar de tal concepção, para o autor da teoria, o Judiciário não deveria ter atuação no âmbito político, uma vez que detinha apenas o papel de dirimir conflitos entre os indivíduos e de punir os crimes, sendo meros “juízes boca de lei”.

Pontua-se que, tanto o pensamento de Locke quanto o de Montesquieu, nada mais foram do que uma reação ao absolutismo presente nos séculos XVI e XVII pela necessidade de que o poder freie o poder a fim de evitar o seu uso arbitrário¹¹. Tavares¹², de igual modo, afirma que a ideia norteadora de Montesquieu, assim como a de Locke, foi o pensamento de que “o poder tende a corromper-se onde não encontra limites”.

Nesse viés, Montesquieu foi, em princípio, o primeiro a criar uma estrutura racional durante a construção dessa teoria, inclusive com objetividade científica. No desenvolver de sua teoria, o autor inflama a ideia de que a sociedade deve se organizar de modo em que um poder seja o freio dos outros poderes, visando à garantia da liberdade individual, por isso, conferia ao Legislativo papel predominante – sendo contrário ao absolutismo da época.

Por conta disso, o objetivo da divisão desses poderes é justamente permitir um controle mútuo dos “poderes”, haja vista que o poder precisa ser limitado, por mais legítimo que seja. Canotilho¹³ alude que o princípio da separação de poderes é uma forma de limitação que “assegura uma medida jurídica ao poder do Estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico subjetiva dos indivíduos”.

Além disso, na ideia proposta por Montesquieu, cada órgão do Estado deveria desempenhar funções distintas, sendo, ao mesmo tempo, interdependentes para justamente conter o poder. Dessa forma, a teoria proposta por Montesquieu acabou

¹¹ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 253, nota 3.

¹² TAVARES, op. cit., p. 166, nota 7.

¹³ CANOTILHO, op. cit., p. 244, nota 4.

por se transformar em um princípio essencial da estrutura de organização Estatal, tal como uma verdade axiomática¹⁴.

Por isso, a teoria da separação de poderes, após elevada a *status* de princípio, passou a ser uma doutrina em que é seguida por todos os Estados Constitucionais. Para Bobbio¹⁵, a teoria clássica proposta da separação de poderes é a “que teve maior projeção, tanto que as primeiras constituições escritas, a norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 são consideradas suas aplicações”, ainda que a Constituição americana não traga essa ideia de forma expressa.

1.1 A HARMONIA DOS TRÊS PODERES E O SISTEMA DE “CHECKS AND BALANCES”

Seguindo as considerações de Tavares¹⁶ “uma separação absoluta dos poderes deve ser considerada inaceitável ou impraticável”. Contudo, isso não quer dizer que se deve violar a independência de cada poder ou até mesmo não garantir a sua liberdade de atuação, isso porque, essa independência não resulta no seu isolamento – ou, pelo menos, não deve resultar.

Esse é o motivo pelo qual os poderes devem ser, além de independentes, harmônicos. O esquema clássico da separação de poderes famigerado por Montesquieu, que se divide em três – legislativo, executivo e judiciário, na qual cada poder tem uma determinada função de forma autônoma e independente, no próprio Estado moderno, reafirma a não exclusividade entre as funções, exercendo também funções atípicas.

Pode-se dizer, com isso, que o sistema de *checks and balances* é uma forma de equilíbrio entre os poderes em que há interferência de um poder no outro, visando a garantia da liberdade dos indivíduos contra os abusos de um potencial poder absoluto.

¹⁴ TAVARES, op. cit., p. 164, nota 7.

¹⁵ BOBBIO, Noberto. A teoria das formas do governo. 7 ed. trad. Sérgio Bath. Universidade de Brasília, 1994, p. 136.

¹⁶ TAVARES, op. cit., p. 169, nota 7.

Ademais, imperioso mencionar que os limites de cada poder são definidos e delimitados pela Constituição.

Carlos¹⁷ bem expõe que “uma vez excedidos estes limites, o poder que detém a competência para controle pode conter o outro poder transgressor”. Isso quer dizer que há mecanismos, previstos constitucionalmente, que delimitam a competência típica e atípica de cada poder e, quando não são observados, o poder competente pode conter o outro poder.

Desse modo, diante da teoria do *checks and balances*, tem-se a ideia de autonomia dos poderes, devendo, no entanto, cada um controlar os demais. Isso porque, um poder tem a aptidão de conter os abusos dos outros poderes, trazendo um equilíbrio para todo o sistema, o contrapeso é justamente o fato de que, mesmo com a distinção de suas funções, eles são harmônicos e independentes.

Os objetivos desse sistema são para Carlos¹⁸: “(i) evitar o despotismo; (ii) limitar a autoridade; (iii) garantir as liberdades individuais”. À vista disso, aduz Piçarra¹⁹ que o ponto central do princípio da separação de poderes é o controle, a fiscalização e a coordenação recíprocos.

Já na visão de Moreira Neto²⁰, as funções de controle são agrupadas em quatro: controle de cooperação, de consentimento, de fiscalização e de correção. Assim se dariam, segundo o autor, cada uma delas:

[...] Pela **cooperação**, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto a legitimidade do resultado por ambos visado [...] Pela **fiscalização** o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder

¹⁷CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 140, Jun., 2016, p. 162.

¹⁸Ibid., p. 162.

¹⁹PIÇARRA, op. cit., p. 258-259, nota 2.

²⁰MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 103, p. 05-26, 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181961/000447736.pdf?sequence=1>>. Acesso em 06 mar. 2019, p. 14-18.

interferido com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação [...] Pelo **consentimento**, o Poder interferente, que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade [...] Pela **correção**, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade (grifo nosso).

Por esse motivo, tem-se a ideia de harmonia e independência dos poderes. Em relação à harmonia, essa previsão remete a ideia de que cada poder deve respeito mútuo aos demais poderes, desse modo, dentro das atribuições que são consideradas típicas, por exemplo, do poder Judiciário, não lhe compete o poder de legislar.

No caso brasileiro, bem se sabe, conforme o estipulado pelo art. 2º da Carta Magna brasileira, que os poderes da União devem ser independentes e harmônicos entre si. Assim, pode-se afirmar que foi através desse artigo que o constituinte brasileiro consagrou o “sistema da separação dos poderes” ou “sistema de *checks and balances*”.

Percebe-se, nesse viés, a preocupação da Constituição em manter e garantir a tripartição dos poderes, sem deixar de ressaltar a possibilidade de um poder interferir no outro. Tamaña importância é observada pelo disposto no art. 60, §4º, III da CF/88, que consagra essa separação como uma cláusula pétrea.

Não é incomum, por conta disso que, na esfera, por exemplo, do tribunal constitucional, ele exerça funções como a legislativa, sem, no entanto, violar o princípio da separação de poderes. Cita-se o caso em que é lícito ao Poder Judiciário a edição das normas de seu regimento interno, que seria uma função tipicamente legislativa (art. 96, I, a, CF/88).

Nesse diapasão, Ferraz²¹ (1994, p. 14) comenta que:

Destarte, quaisquer exceções ao parâmetro do princípio formalmente consagrado em uma Constituição, consubstanciado na ‘cláusula de independência e harmonia’ dos poderes, só se justificam se voltadas,

²¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 14.

sempre, para o fim originalmente visado pelo princípio, de separar para limitar.

Em suma, qualquer exceção que a Constituição venha consagrar no princípio da separação dos poderes, deve ser voltada com o fim de limitar o poder político-estadual, em prol, conforme já mencionado, da liberdade dos indivíduos. Assim, a ideia de controle e vigilância recíproca dos poderes evidencia um cumprimento do princípio da separação de poderes e dos deveres constitucionais de cada um.

1.2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES

Considerando a impossibilidade de uma separação absoluta entre os poderes, compreende-se que, no âmbito de cada poder há também o exercício de funções atípicas sem incorrer na violação do princípio de separação dos poderes. No entanto, os limites da atuação desses poderes encontram-se previstos constitucionalmente.

Então, ao reconhecer que “a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder”²², reconhece-se também a sua supremacia como norma fundamental e fonte da validade do ordenamento jurídico²³. Em virtude disso, precisou-se de um sistema de proteção, visando garantir a eficácia e integralidade normativa.

Por conseguinte, surgiu a ideia de se realizar um controle de constitucionalidade, haja vista que a Constituição seria o pressuposto de todo o ordenamento jurídico. Não obstante, careceu-se de definir quem seriam os guardiões da Constituição, ou seja, os responsáveis para realizar esse controle.

²² Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240.

²³ “Com as Constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige os poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais.” STRECK, Luiz Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.101.

Inicialmente, surgiu o controle de constitucionalidade em sua forma difusa a partir do *leading case* “Marbury v. Madison”, julgado na Suprema Corte dos Estados Unidos no início do século XIX. Salienta-se que, quanto a esse controle de constitucionalidade, melhor será tratado no segundo capítulo.

Enquanto nos Estados Unidos o controle já era realizado pela via difusa, na Europa surgiu a teoria do controle de constitucionalidade concentrado. Nesse sentido, Pinto²⁴ expõe que:

A Constituição de Weimar é concluída em 11 de agosto de 1919 e pouco mais de um ano depois, em 1º de Outubro de 1920, foi promulgada a Constituição da República da Áustria. É no título IV da Constituição Austríaca que se insere o Tribunal Constitucional. Nasce o que viria a ser chamado “controle de constitucionalidade concentrado” a ser exercido por um órgão jurisdicional especializado e capaz de decidir sobre a validade das leis em face da Constituição

Assim, o controle de constitucionalidade concentrado, que surgiu na Europa a partir das Constituições de Weimar e Austríaca, ocorreu anos após o controle de constitucionalidade difuso nos Estados Unidos. Nas palavras de Moraes²⁵:

A Constituição austríaca criou, de forma inédita, um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução de casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais.

Esse sistema - que entrega a um Tribunal Constitucional a guarda da Constituição, ou seja, o responsável pela análise de eventual violação de leis e atos normativos – defendido por Kelsen, foi o mais difundido, tanto é que foi aderido à constituição austríaca. Em seu livro *Jurisdição Constitucional*, Kelsen inclui o seu artigo “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*”²⁶ (Quem deve ser o guardião da Constituição?), fazendo clara oposição ao pensamento proposto por Carl Schmitt em seu livro “*Der Hüter der Verfassung*” (O guardião da Constituição).

²⁴ PINTO, Tácito Lívio Maranhão. STF: “...Precipuaemente a Guarda da Constituição...”. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 16, p. 237-316, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/236>> Acesso em: 09 mar. 2019, p. 242.

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 22.

²⁶ KELSEN, op. cit., p. 237-298, nota 22.

Schmitt criticava a criação de um Tribunal Constitucional, pois, quando o Tribunal fosse decidir, ele manifestaria uma função altamente política, transferindo os poderes de legislar para o Judiciário²⁷. Nesse contexto, ele acreditava que o chefe de Estado é quem deveria ser o guardião da constituição, conforme a própria Constituição de Weimar já estabelecia em seu art. 48, isso porque, o Presidente do Reich representaria o centro de um sistema de neutralidade e independência político-partidárias²⁸.

Nas palavras de Schmitt²⁹:

se consideramos a tarefa de um tribunal constitucional como sendo justamente o de dissipar as dúvidas sobre o conteúdo de uma determinação constitucional, o que ele faz [...] não é mais justiça, mas uma relação obscura entre legislação e parecer jurídico.

No entanto, tais apontamentos não implicam dizer que Schmitt era contrário a atuação do judiciário em casos concretos de controle das leis ordinárias frente às leis constitucionais como ocorre no judiciário americano. A sua crítica se resume à contrariedade da criação de um Tribunal Constitucional como “guardião” da constituição, porque, na concepção do autor, a Constituição é uma decisão política de um povo e tem que ser protegida politicamente.

Já Kelsen³⁰ defendia a ideia de que deveria ser criado um órgão independente responsável por anular os atos inconstitucionais, sendo este pensamento perfeito através de um Tribunal Constitucional. Para o autor, entregar nas mãos do Presidente do Reich, como defendia Schmitt, não era o ideal, uma vez que não há como esperar uma neutralidade do Presidente durante o exercício do controle de constitucionalidade³¹.

Da mesma forma, Kelsen não acreditava que o Guardião da Constituição deveria ser o poder legislativo. Alude o pensador a independência do Tribunal Constitucional em

²⁷ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 70.

²⁸ Ibid., p. 207.

²⁹ Ibid., p. 74.

³⁰ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 150, nota 22.

³¹ Ibid., p. 242.

relação ao legislativo é essencial, pois “seria ingenuidade política contar que ele [legislativo] anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional”³².

Nesse contexto, o Tribunal Constitucional seria o órgão mais coerente para decidir acerca da constitucionalidade tanto dos atos do parlamento quanto aos do governo que por ventura tenham sido contestados, especialmente das leis no primeiro caso e dos decretos no segundo³³. Como sua função essencial estaria, então, a anulação de atos inconstitucionais, principal meio de preservar a Constituição.

Com isso, mudou-se o pensamento quanto à divisão clássica de poderes propostas por Montesquieu, na visão de Tavares³⁴ “realmente dentro dos estritos limites da clássica divisão de Montesquieu não haveria lugar para um Tribunal Constitucional”. Isso se dá pelo fato de que a separação de poderes não pode ser pensada conforme a clássica tripartição proposta por Montesquieu, que muito serviu para na época em que foi adotado contra o absolutismo.

Torna-se essencial, portanto, realizar uma releitura da teoria da Separação de Poderes, adaptando o conceito à realidade do Estado no século XXI. A partir da observância desse novo paradigma, permite-se a busca por novas soluções aos problemas cotidianos atuais tanto do Estado quanto da sociedade³⁵.

1.2.2 O Tribunal Constitucional brasileiro e suas funções

Conforme já visto, no ponto de vista da divisão clássica de poderes, a função do Poder Judiciário é apenas de julgar e punir crimes. Contudo, ao longo dos anos, houve uma

³² KELSEN, op. cit., p. 150, nota 22.

³³ Ibid., p. 248.

³⁴ TAVARES, op. cit., p. 17, nota 7.

³⁵ PEDRA, Anderson Sant’ana. O tribunal Constitucional e o exercício da função legislativa stricto sensu para a efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de uma omissão legislativa inconstitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 11, p. 222-256, jan./jun. 2012, p. 225.

ampliação dos poderes judiciais, principalmente a partir da ideia de controle de constitucionalidade.

No âmbito brasileiro, na primeira Carta Magna (1824), apesar dos poderes políticos reconhecidos pela Constituição serem divididos em quatro – legislativo, moderador, executivo e judiciário – já havia surgido a ideia de controle de constitucionalidade. No entanto, atribuiu-se ao poder legislativo a função reservada de elaborar as leis, proceder sua interpretação, suspensão e revogação, além do de guardar a Constituição (art. 13, VIII e IX, Constituição Política do Império do Brasil de 1824).

Assim, o controle de constitucionalidade iniciou-se no Brasil diferentemente do modelo americano e austríaco, pois era realizado pelo poder legislativo/Assembleia Geral. Ocorre que, já na República, a Constituição de 1891 adotou o sistema de controle difuso – assim como os americanos, a partir de Rui Barbosa³⁶.

Nessa esteira, o controle de constitucionalidade no Brasil só poderia ser realizado de forma incidental pelo Poder Judiciário. Apesar de algumas mudanças ao longo das demais Constituições brasileiras a respeito do tema, apenas com a Emenda nº 16/1965³⁷ houve uma alteração mais significativa, haja vista que ela introduziu também o controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, o art. 101 da Constituição de 1934 passou a ter a seguinte redação:

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: [...] k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

Restou para a constituição atual apenas a ampliação da quantidade de legitimados para a propositura de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), sendo eles: Procurador-Geral, o Presidente da República, as Mesas do Senado, a Câmara e as Assembleias Legislativas, o Governador de Estado, o Conselho Federal a Ordem dos

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. Brasília. a. 32. n. 126 abri./jun. 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176316/000497008.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 mar. 2019, p. 88.

³⁷ Ibid., p. 95.

Advogados do Brasil, os partidos políticos com representante no Congresso Nacional e a confederação ou entidade sindical nacional (art. 103, CF/88).

O principal efeito dessa ampliação culminou no enfraquecimento do controle difuso e, conseqüentemente, no fortalecimento do controle concentrado³⁸. Entretanto, o Estado brasileiro, ainda assim, utiliza-se do sistema híbrido de controle de constitucionalidade, guardando características tanto do sistema difuso, quanto do concentrado.

Certo é que, além do controle escolhido, a Constituição de 1988 também adotou o princípio da separação de poderes tripartite, conforme previsto em seu art. 2º, sendo notória a influência da tripartição de poderes desenvolvida por Montesquieu. Quanto a isso, a Constituição não foge em ressaltar as hipóteses em que cada poder poderá exercer funções atípicas, ou seja, as funções típicas dos demais poderes.

De igual modo, o Constituinte também estabeleceu esse princípio como cláusula pétrea (art. 60, §4º, III), por isso, a delimitação dos limites desses poderes é de grande importância para a garantia dessa previsão constitucional. Piçarra³⁹, em seu livro, já expõe as controvérsias existentes acerca do tema, que ele enumera como sendo:

1º distinções entre os conceitos de legislativo, executivo e judicial, para designar quer funções estaduais distintas quer os órgãos que respectivamente as exercem.

2º independência ou imunidade de um órgão estadual, quanto ao(s) seu(s) titular(es) ou quanto aos seus atos, perante a ação ou interferência de outro.

3º limitações ou controle do poder de um órgão estadual mediante o poder conferido a outro órgão de anular ou impedir a perfeição dos atos do primeiro, ou mediante a responsabilização de um perante o outro.

4º participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, da mesma função estadual, em ordem prática de um ato imputável a todos.

5º incompatibilidade de exercício simultâneo de cargos em diferentes órgãos estaduais.

Neste momento, entretanto, já superada a hipótese de interferência dos poderes entre si, analisar-se-á o desempenho regular do exercício do Poder Judiciário a fim de que se tenha uma construção sólida acerca do seu arranjo institucional. Ressalta-se que, inicialmente, a distinção entre as funções legislativa, judiciária e executiva surgiu com

³⁸ MENDES, op. cit., p. 98, nota 36.

³⁹ PIÇARRA, op. cit., p. 12, nota 2.

um viés prescritivo e garantista, visando preservar a liberdade e a segurança individuais e não com a necessidade de descrever de forma exaustiva as funções Estatais⁴⁰.

Nota-se, portanto, que, os três poderes têm suas funções típicas e atípicas, visando a interdependência de um em relação aos demais. A Constituição brasileira, contudo, utilizou-se de disposições esparsas ao tratar da separação dos poderes, furtando-se de apresentar enunciados normativos específicos quanto ao tema.

Quanto ao Poder Judiciário, a Constituição trata de suas disposições gerais nos artigos 92 a 126, especificamente do Supremo Tribunal Federal, a partir do artigo 101. Nesse contexto, infere-se que, tipicamente, o Poder Judiciário tem como competência a realização da função jurisdicional, ou seja, julgar os conflitos com base no ordenamento jurídico pátrio, com isso, o Estado toma para si o poder de solução os conflitos de forma exclusiva e imparcial.

Na opinião de Zaffaroni⁴¹, o Judiciário possui três competências: julgar os conflitos, realizar o controle de constitucionalidade e exercer o seu autogoverno. No entanto, o doutrinador defende uma visão oposta da aqui defendida, que é a a função jurisdicional como função política por sua essência, conforme se vê⁴²:

O sistema entre *cheks and balances* entre os poderes – ou funções, se se preferir – nada mais é do que uma distribuição do poder político. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do estado que não seja político é um contra-senso (SIC).

Analisando a previsão constitucional, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal é formado por onze ministros indicados politicamente, passando primeiramente pela escolha do Presidente da República e seguindo com a aprovação por maioria absoluta do Senado (arts. 84, XIV e 101, p. único, CF/88). Os critérios para essa escolha são

⁴⁰ PIÇARRA, op. cit., p. 247, nota 2.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: RT, 1999. p. 83.

⁴² Ibid., p. 95.

relacionados à idade – ser maior de 35 anos e menor de 65, ao conhecimento e reputação – notório conhecimento jurídico e reputação ilibada.

Frisa-se que esses últimos dois critérios são critérios avaliados pelo subjetivismo, haja vista a indeterminação de seus conceitos, é difícil dizer qual grau de notório conhecimento jurídico se necessita ou o que é reputação ilibada. Nesse segmento, percebe-se uma enorme discricionariedade na escolha dos integrantes do Supremo Tribunal Federal.

Integrantes esses que possuem a responsabilidade de guarda da Constituição. Por isso, julgam os casos de ação direta de inconstitucionalidade e de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de cumprimento de preceito fundamental.

Ademais, possuem competência para julgar, em última instância, os casos que vão de encontro com as normas constitucionais, os recursos ordinários de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção decididos pelos Tribunais Superiores. Possuem também competência originária para julgar as infrações penais comuns contra o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e Procurador-Geral da República e outros elencados no art. 102, CF/88.

2 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial está atrelado ao alargamento das funções do Poder Judiciário, sobretudo, em relação às atividades do Supremo Tribunal Federal sobre os poderes executivo e legislativo. Nesse sentido, ele vem na mão da ultrapassagem⁴³ e invasão das demais funções estatais, além das suas previstas constitucionalmente.

Isso ocorre porque, é incumbido ao Poder Judiciário e, de modo mais específico, ao Supremo Tribunal Federal, conforme já mencionado em outro capítulo, a guarda e a interpretação da constituição. Diante disso, esse poder jurisdicional pode acarretar em uma expansão dessa interpretação, levando à ocorrência, por vezes, do ativismo judicial.

Vale mencionar, entretanto, que a expressão “ativismo judicial” serve, para alguns autores como, por exemplo, Barroso⁴⁴, de forma positiva, para enaltecer um comportamento ativo do judiciário e para outros, como Reverbel⁴⁵, de forma negativa, para criticar o mesmo comportamento.

Seguindo os apontamentos de Reverbel, o ativismo judicial faz com que o juiz adentre no campo político, ultrapassando a seara do direito. Algumas das razões tendentes a justificar ocorra esse ativismo por parte do Poder Judiciário são o “desprestígio da lei,

⁴³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

⁴⁴Para Barroso “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388>>. Acesso em 28 abr. 2019, p. 25-26.

⁴⁵ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**, Rio Grande do Sul, v. 4, n.1, mar. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos (...)”⁴⁶.

Em que pese tais razões, a atuação judicial fora do seu campo de atuação deve ser seguida apenas pelo disposto na Constituição Federal. Afirmar isso não é negar que o Estado Democrático de Direito atual, adjunto do neoconstitucionalismo, trouxe um maior protagonismo ao Judiciário, especialmente quanto à ampliação do seu papel na hermenêutica jurídica.

Entretanto, isso não pode permitir que o magistrado se transforme em legislador, uma vez que ele não é responsável por criar a lei, mas por aplicá-la, seguindo os limites possíveis de sua interpretação. Ensina Ramos⁴⁷:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás em circunstâncias bem delimitadas pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Insta salientar, portanto, que não cabe ao Poder Judiciário criar, por exemplo, políticas públicas, mas tão somente determinar que elas sejam cumpridas, cabendo a ele resolver litígios de feições subjetivas – conflitos de interesses – e controvérsias jurídicas de natureza objetiva – conflitos normativos⁴⁸. Alegar o contrário disso seria afirmar que os magistrados podem legislar, realizando inovações no ordenamento jurídico.

Isso não significa dizer que, nos casos de omissão do Congresso a uma determinação constitucional e de interpretação da lei não cabe a atuação do Poder Judiciário. Ressalta-se que a atuação jurisdicional nesses casos é necessária, primeiro porque deixa-se de cumprir um comando constitucional essencial à garantia dos direitos

⁴⁶ REVERBEL, op. cit., p. 08, nota 45.

⁴⁷ RAMOS, op. cit., p. 116-117, nota 43.

⁴⁸ Ibid., p. 255.

fundamentais e segundo porque é a função por excelência do judiciário a aplicação e interpretação da lei.

Nesse viés, essa expansão do sentido literal do texto é legítima, em um primeiro momento, haja vista que os juízes já deixaram de ser “juízes boca de lei”, passando, ao invés de apenas repetir o texto da lei, a transformá-lo em norma jurídica. Por conta disso, não há negativa de que seja papel essencial do juiz o exercício interpretativo da lei positivada, apenas a asserção de que o judiciário não está apto a ultrapassar os limites de sua função jurisdicional.

A questão não está, portanto, em torno da simples interpretação do texto posto nem sequer acerca da possibilidade de interferência de um poder sobre o outro, uma vez que já superada essa previsão constitucional. A dificuldade se encontra justamente em saber quais são os limites da atividade jurisdicional⁴⁹.

Entender que o papel essencial dos magistrados é acentuadamente criativo é afirmar que função jurisdicional é idêntica à legislativa, ferindo a teoria da separação de poderes. Ademais, menciona-se que o poder judicial não é discricionário e sim vinculado aos dispositivos legais existentes.

Sobre esse assunto, Streck⁵⁰ bem apresenta:

o “drama” da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores. E, para além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista (intérprete lato sensu).

Nesse entendimento, considerando que a teoria da separação de poderes é responsável também pela garantia da eficácia dos direitos fundamentais⁵¹, cabe ao magistrado determinar que as ordens previstas constitucionalmente sejam cumpridas,

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 20.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 41.

⁵¹ PEDRA, op. cit., p. 226, nota 35.

sem, contudo, fazer-se de legislador. Exemplo claro disso é quando, diante de um exposto caso de subsunção do caso ao texto legal, não cabe ao magistrado deixar de aplicá-lo. Isso pois, o juiz é obrigado a aplicar a lei válida, ainda que, para o seu entendimento, não signifique a concretização da justiça⁵².

Ainda nos casos de omissão, é preciso que se tenha bastante cautela, haja vista que apenas diante de normas constitucionais de eficácia limitada é que se defende ser possível a atuação judicial – por mandado de injunção ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nesses casos, a inércia do Poder Legislativo acarreta em uma frustração de eficácia dos direitos constitucionais.

Desse modo, não é diante de qualquer omissão do legislador que se pode ter uma atuação jurisdicional, até porque, “o silêncio legislativo (...) não é necessariamente um problema a ser resolvido, podendo ser uma opção política válida⁵³”. Nesse mesmo sentido, expõem Streck e Barreto⁵⁴:

De todo modo, há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia jurisprudência dos valores pelo STF (ou pelos demais tribunais da República). Não se pode esquecer que, por vezes, o fato de o constituinte não tratar do assunto não possa significar “omissão”; pode ser, na verdade, uma escolha política.

Assim, muitas vezes, o silêncio do legislador é uma escolha política, fundamentada na autonomia da função legislativa, pois não há que se falar em um dever de legislar – exceto naquelas questões previstas constitucionalmente – por parte do Legislativo, pois a ele é dada liberdade de escolher sobre o que irá regulamentar⁵⁵.

⁵² CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado; POLL, Roberta Eggert. Breve ensaio sobre a legitimidade do ativismo judicial no processo penal: limites e consolidação como prática jurídica. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1217-1246, set.-dez. 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6691204.pdf>> Acesso em 29 abr. 2019, p. 1234.

⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e política. **Silêncio do legislador, interpretação e analogia. Jurisdição constitucional e política**. Coordenação Daniel Sarmento, p. 661-673, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 666.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, Rio Grande do Sul: Unisinos, v. 1, n. 2, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>> Acesso em: 27 abr. 2019, p. 80.

⁵⁵ BARCELLOS, op. cit., p. 667.

Consequentemente, a postura do judicial deve ser orientada sempre de forma restrita a não interferir em políticas públicas.

Diante disso, observa-se que se tem uma tensão quanto à tomada de decisões pelo Judiciário em conteúdos nos quais envolvem escolhas tipicamente políticas e, principalmente, a atuação do Judiciário diante da omissão do Poder Legislativo. Ocorre que, a usurpação judicial dos poderes conferidos ao Poder Legislativo, ainda que bem intencionada, constitui, em certos casos, ofensa ao Princípio da Separação de Poderes e à própria democracia.

Streck, Tassinari e Lepper já orientam que “o aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados”⁵⁶. Por isso, é necessário a imposição de limites na atuação do Poder Judiciário.

Isso quer dizer que, não cabe ao Poder Judiciário agir, de forma positiva, na criação de regras normativas, haja vista ser delegação do Poder Legislador – representante da população. Em outros termos, o Judiciário carece de legitimação do voto popular e, por isso, não lhe é dado poder para promover inovações no ordenamento jurídico.

2.1 ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1.1 Caso *Marbury v. Madison*

A famosa decisão do caso “*Marbury v. Madison*” foi a responsável por arquitetar a possibilidade do “*judicial review*”, uma vez que concedeu ao Poder Judiciário a competência de averiguar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 51-61, 2015, p. 59.

aquelas previstas constitucionalmente. Salieta-se que tal caso, berço do controle de constitucionalidade difuso, nasceu a partir de interesses políticos.

Em 1800, ano de eleição nos Estados Unidos, além do até então presidente John Adams – federalista – ter sido vencido pelo republicano Thomas Jefferson, o Legislativo, que era preponderantemente federalista, também foi renovado por uma maioria republicana⁵⁷.

Visando a manutenção do poder através do Poder Judiciário, o presidente derrotado, John Adams, e seus aliados do Congresso aprovaram a uma lei de reorganização do Poder Judiciário, denominada de “*The Circuit Court Act*” em 1801. Essa lei determinou que fosse reduzido o número de Ministros da Suprema Corte Americana e foi responsável pela criação de novos cargos de juízes federais, os quais foram preenchidos pelos aliados de John Adams.

No mesmo ano, antes da posse do presidente eleito Thomas Jefferson, também foi instituída a lei denominada “*the Organic Act of the District of Columbia*”, a qual autorizou o presidente derrotado John Adams a nomear juízes de paz, desde que obtivesse a aprovação do Senado, o que, de fato, aconteceu. Por conseguinte, no seu último dia de governo, John Adams assinou todos os atos de investidura dos novos juízes, deixando para o seu Secretário de Estado, John Marshall, entregá-los aos nomeados.

Ocorre que, em virtude da falta de tempo para tanto, alguns juízes nomeados não receberam os atos de investidura antes que Thomas Jefferson assumisse o poder. Com isso, de ordem de Jefferson, o novo Secretário de Estado apossado, James Madison, não prosseguiu com a entrega dos atos de investidura aos juízes de paz que restavam⁵⁸.

Um dos que não recebera em tempo hábil o ato de investidura, isto é, antes do novo presidente assumir o poder, foi William Marbury, o qual propôs, por conta disso,

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. Saraiva, 2012, p. 20.

⁵⁸ Ibid., p. 21.

perante a Corte Americana, “*writ of mandamus*”, em 1801, requerendo o reconhecimento do seu direito ao cargo. Como fundamento de seu pedido, utilizou-se a lei denominada “*the Judiciary Act*” de 1789⁵⁹.

Barroso⁶⁰ alude que a tensão aumentou principalmente porque “Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la”. Por conta disso, a causa assemelhou-se como uma disputa entre o Poder Judiciário e o Executivo.

Já no âmbito do julgamento da ação proposta na Corte, o ministro Marshall levantou as seguintes questões que deveriam ser consideradas⁶¹:

1. Has the applicant a right to the commission he demands?
2. If he has a right, and that right has been violated, do the laws of his country afford him a remedy?
3. If they do afford him a remedy, is it a mandamus issuing from this court?

Quanto à primeira indagação, se Marbury tinha direito ao cargo, Marshall se baseou na lei “*the Organic Act of the District of Columbia*” de 1801, que permitiu a nomeação de juízes de paz, desde que houvesse aprovação no congresso. Ademais, considerou que havia o ato de investidura, assinado por John Adams, com o selo dos Estados Unidos, nomeando Marbury como juiz de paz do condado de Washington, ressaltando que a entrega formal do documento não era critério de validade do instrumento.

Superada a primeira hipótese, uma vez que se considerou a nomeação de Marbury válida, uma vez que ele teve o seu direito a ser nomeado violado, restava a análise se

⁵⁹ Essa lei foi a primeira legislação americana a tratar acerca da organização do Judiciário Federal e estabelecia que era competência da *US Supreme Court* atuar nesses casos, *in verbis*: “Sec. 13 (...) A Suprema Corte (...) terá poderes para emitir mandados de proibição aos tribunais distritais quando proceder como corte do almirantado e jurisdição marítima, e ‘mandado de segurança’, nos casos justificados pelos princípios e usos da lei, a quaisquer tribunais nomeados ou pessoas que exerçam funções, sob a autoridade dos Estados Unidos”. (UNITED STATES OF AMERICA. **Judiciary Act of 1789**. Disponível em: <<https://www.1215.org/lawnotes/work-in-progress/judiciary-act-of-1789.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019, tradução nossa).

⁶⁰ BARROSO, op. cit., p. 21, nota 57.

⁶¹ “1. O autor tem direito ao pedido requerido? 2. Se ele tiver o direito, e se este direito foi violado, há algum remédio nas leis deste país para assegurá-lo? 3. Se houver um remédio, será uma ordem emitida por esta Corte?” (UNITED STATES. US SUPREME COURT. **Case Marbury v. Madison**, 1803. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em: 20 abr. 2019, tradução nossa).

havia um remédio jurídico que ele poderia utilizar para arguir seu direito, se o “*writ of mandamus*” era a via adequada e se a Corte poderia concedê-lo. Nas palavras de Marshall⁶² “the very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws whenever he receives an injury.”

Dessa forma, o ministro reconheceu que o *writ of mandamus* era o remédio jurídico adequado, pois ele era uma ordem para a prática de um determinado ato, qual seja entregar o ato de investidura a Marbury. Ademais, defendeu que os atos do Executivo, excetuados o de natureza política e os que o ordenamento jurídico tivesse atribuído discricionariedade, eram passíveis de controle jurisdicional.

Quanto a possibilidade da Corte Americana expedi-lo a fim de determinar uma ordem ao Executivo, Marshall invocou o §13º da *Judiciary Act of 1789*, afirmando, de forma inédita, que este dispositivo, na verdade, era inconstitucional, pois não era admissível que uma lei federal pudesse criar hipóteses de competência originária da Suprema Corte fora daquelas estipuladas no art. 3º da Constituição americana. Sendo assim, a Corte apenas poderia julgar procedente o pedido de Marbury com base no §13º da *Judiciary Act of 1789* e, sendo ele inconstitucional, ela não poderia determinar que Marbury fosse instituído no cargo.

A partir de então surgiu o controle de constitucionalidade difuso, conforme Barroso⁶³ bem aponta:

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.

Os argumentos de Marshall se basearam no fato de essa lei não poderia contrariar o previsto constitucionalmente e na superioridade da supremacia da Constituição sobre as outras normas. Como consequência disso, verifica-se o ativismo judicial, no caso, quando a própria Suprema Corte americana, sem qualquer previsão legal, autorizou-

⁶² “A própria essência da liberdade civil consiste certamente no direito de cada indivíduo de reivindicar a proteção das leis sempre que ele sofra uma lesão.” (UNITED STATES. US SUPREME COURT. **Case Marbury v. Madison**, 1803. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em: 20 abr. 2019, tradução nossa).

⁶³ BARROSO, op. cit., 23-24, nota 57.

se a declarar a nulidade de uma lei contrária à Constituição e afirmou ter investidura para ser a intérprete final da Constituição.

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Consoante o exposto, verifica-se que a conduta de ultrapassagem das funções típicas do poder judiciário é frequente no âmbito brasileiro e diversos são os exemplos em que, especialmente, o Supremo Tribunal Federal conferiu decisões ativistas. Antes de citar os exemplos, faz-se necessário identificar critérios de quando uma decisão será ativista.

Para tanto, seguindo o proposto de Progrebinschi⁶⁴, pode-se considerar uma decisão ativista aquela em que o magistrado:

a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.

Ressalta-se, antes de tudo, que, não se nega, em certos casos, condutas ativistas que tiveram resultados positivos e foram aclamadas pela sociedade. Entretanto, há diversas outras que acabaram por suprimir direitos, demonstrando que nem sempre a conduta ativista é positiva.

Quando se permite que se tenha condutas ilegítimas, depois não há como voltar atrás, isto é, dá-se uma “permissão” para o Judiciário legislar em todas as questões de acordo com os seus interesses, que nem sempre serão os mesmos interesses da sociedade. Isso gera um risco muito grande, qual seja: a fragilização da produção democrática do direito, pois o legítimo para elaborar de leis e emendas constitucionais quando estas estiverem maduras e com quórum suficiente para serem aprovadas é o Poder Legislativo.

⁶⁴ POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 17, ago.-dez. 2000, p. 02.

Quanto às decisões ativistas, cita-se a ADC 12⁶⁵ e o RE 579.951-4⁶⁶, que culminaram na edição da súmula vinculante nº 13⁶⁷. Essa ADC foi ajuizada após a edição da Resolução nº 07 do Conselho Nacional de Justiça, a qual proibiu a prática de nepotismo no Judiciário. Em síntese, o STF entendeu que a vedação do nepotismo decorre dos princípios previstos no art. 37, *caput*, da CF/88, não necessitando de edição de lei formal para proibir a sua prática.

Convém mencionar também a Pet. 3388/RR⁶⁸ em que impugnava-se a demarcação das terras indígenas chamada “Raposa Terra do Sol” em virtude de suposto vício na Portaria do Ministério da Justiça e do Decreto do Presidente da República que homologara a demarcação. Apesar de o STF entender pela constitucionalidade da portaria, ele estipulou à Administração Pública dezenove condições para regular a situação – sem que estas estivessem previstas em lei.

Outro caso polêmico foi a edição da Súmula Vinculante nº 11⁶⁹, a qual criou um critério inédito no ordenamento jurídico ao exigir a necessidade de justificativa por escrito da

⁶⁵ “(...) 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II, III, IV, V do art. 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 maio 2019.

⁶⁶ “(...) I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 589.951-4**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>>. Acesso em: 04 maio 2019.

⁶⁷ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em 04 maio 2019.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3388-4**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em 04 maio 2019.

⁶⁹ “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Disponível em:

autoridade para que o réu preso permaneça algemado. Ocorre que, dentre as normas que dispõe sobre o uso de algemas (art. 474, §3, CPP e art. 234, §1º, CPPM), nenhuma delas faz a exigência de ordem escrita da autoridade para o uso de algemas.

Tem-se ainda a ADPF 132⁷⁰ e a ADI 4277⁷¹ que, após o julgamento do STF, alteraram o entendimento de entidade familiar colocado na Constituição (art. 226, §3º). Esse artigo da Constituição menciona claramente que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”⁷².

Martins⁷³, que participou das audiências públicas realizadas pela Assembleia Constituinte, escreveu em seu artigo se opinião os seguintes dizeres:

À luz da denominada "interpretação conforme", estão conformando a Constituição Federal à sua imagem e semelhança, e não àquela que o povo desenhou por meio de seus representantes. Participei, a convite dos constituintes, de audiências públicas e mantive permanentes contatos com muitos deles, inclusive com o relator, senador Bernardo Cabral, e com o presidente, deputado Ulysses Guimarães. [...] **No que diz respeito à família, capaz de gerar prole, discutiu-se se seria ou não necessário incluir o seu conceito no texto supremo - entidade constituída pela união de um homem e de uma mulher e seus descendentes (art. 226, parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º), e os próprios constituintes, nos debates, inclusive o relator, entenderam que era relevante fazê-lo, para evitar qualquer outra interpretação, como a de que o conceito pudesse abranger a união homossexual. Aos pares de mesmo sexo não se excluiu nenhum direito, mas, decididamente, sua união não era - para os constituintes - uma família.** Aliás, idêntica questão foi colocada à Corte Constitucional da França, em 27/1/2011, que houve por bem declarar que cabe ao Legislativo, se desejar mudar a legislação, fazê-lo, mas nunca ao Judiciário legislar sobre uniões homossexuais, pois a relação entre um homem e uma mulher, capaz de gerar filhos, é diferente daquela entre dois homens ou duas mulheres, incapaz de gerar descendentes, que compõem a entidade familiar. Este ativismo judicial, que fez com que a Suprema Corte substituísse o Poder Legislativo, eleito por 130 milhões de brasileiros - e não por um homem só -, é que entendo estar ferindo o equilíbrio dos Poderes e tornando o Judiciário o mais relevante dos três, com força para legislar, substituindo o único Poder

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em 04 maio 2019.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 04 maio 2019.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 04 maio 2019.

⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁷³ MARTINS, Ives Gandra. **A constituição conforme o STF**. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 maio 2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2005201107.htm>>. Acesso em: 04 maio 2019.

que reflete a vontade da totalidade da nação, pois nele situação e oposição estão representadas (grifos nossos).

Diante disso, vê-se que a opção descrita na Constituição “homem e mulher” foi uma opção política à época dos constituintes, cabendo apenas ao Poder Legislativo realizar a alteração. Menciona-se que a união homoafetiva já era permitida, entretanto, não era equiparada à união estável por força do art. 226, §3º da CF/88.

Por fim, é imperioso explanar neste trabalho a ADPF 54⁷⁴ e o HC 124306⁷⁵. A primeira foi responsável por acrescentar a isenção de pena da prática do aborto às mulheres que estivesse grávidas de feto anencéfalo, além das previstas pelo legislador no art. 128 do Código Penal.

Em que pese a maioria dos ministros ter entendido nesse sentido, o então Presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso⁷⁶, contra a procedência da ADPF, assentou que:

Não se pode tampouco (...) pedir a esta Corte que, atuando indevidamente como legislador positivo, tenha a ousadia de criar hipótese de exclusão de punibilidade do aborto, ou de desnaturar-lhe a tipicidade, quando carece de legitimidade e competência constitucionais para tanto

O ministro ressaltou também que se o Congresso não previu essa isenção de pena, seria legítimo aos setores da sociedade que os pressionassem a realizar essa atualização legislativa.

Ademais, mencionou que não há “malabarismo hermenêutico ou ginástica dialética capaz de me convencer o contrário”⁷⁷. O Ministro Lewandowski⁷⁸ também contra a ADPF entendeu que o Supremo carecia de legitimidade para promover a inovação no ordenamento jurídico, pois não eram parlamentares eleitos pelo voto popular, sendo apenas estes os verdadeiros legitimados para fazer tal inovação.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 04 maio 2019.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2019.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 04 maio 2019, p. 412.

⁷⁷ Ibid., p. 386.

⁷⁸ Ibid., p. 245.

Já no HC 124306⁷⁹, a primeira turma do STF afastou a prisão preventiva de uma quadrilha responsável pelo crime da prática de aborto com consentimento da gestante, considerando uma interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal, em que, para os Ministros, não seria tipificado o crime de aborto efetivado até o primeiro trimestre de gestação, inovando o ordenamento jurídico, pois essa previsão não se enquadra em nenhuma norma jurídica do ordenamento jurídico brasileiro.

É necessário pontuar que, ser contrário a prática do ativismo judicial do STF não é ser contrário necessariamente ao teor de todas as suas decisões. Streck, Barreto e Oliveira⁸⁰ advertem acerca da ADPF 178:

Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.

Como bem explanado, a questão está em torno do perigo que a usurpação de competências pode causar, pois, enquanto suas decisões são benéficas, há um aclame ao STF, mas quando não são, não há medida que se possa utilizar para ir contra seu entendimento e, ao permitir o ativismo judicial para um tema, por coerência, deve-se aceitar o ativismo para qualquer outra questão.

2.3 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E RISCOS À DEMOCRACIA

⁷⁹ “(...) Em segundo lugar, 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”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306. RJ**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 04 de maio 2019, p. 01.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, op. cit., p. 79, nota 54.

Diante de todos os exemplos de decisões ativistas tomadas pelo Judiciário brasileiro, é necessário expor as principais críticas dessa conduta. Isso porque, com a crescente demanda de litígios levadas ao judiciário, muitos casos são decididos pela Corte brasileira, fazendo com que o STF assuma para si um poder decisório muito forte.

Vasconcelos⁸¹ aduz que:

O empoderamento do Poder Judiciário ocorre também em virtude da cultura de judicialização de conflitos em sociedades de baixo nível intelectual, econômico e social, como as da América Latina, onde tudo se espera desse Poder.

Percebe-se, com isso, que, muito se espera desse Poder, bem como se fosse o salvador da pátria. Ocorre que, apesar da grande importância do Judiciário, é necessário tecer que a prática do ativismo judicial fragiliza a produção democrática do direito, conforme já detalhado ao longo do trabalho, principalmente em virtude da teoria da separação de poderes.

A atuação ativista do judiciário produz graves efeitos colaterais⁸², porque o judiciário não pode ser o substituto do legislador. Pontuam Streck, Barretto e Oliveira que:

Em um regime democrático, como bem afirma Ronald Dworkin, em *A Virtude Soberana*, é preciso fazer uma distinção entre preferências pessoais e questões de foro de princípio. O judiciário pode intervir – e deve – sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade

É importante mencionar isso, pois há casos em que princípios são utilizados perante a discussão de um tema pelo STF, entretanto, os fundamentos dados pelos Ministros

⁸¹ VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. O Estado de Direito e o Poder Judiciário: relato de uma migração conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 200, p. 154-164, out./dez. 2013, Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502969/RIL200.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 maio 2019, p. 157.

⁸² STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, op. cit., p. 79, nota 54.

revelam, na verdade, argumentos de política e não de princípios⁸³. Frisa-se, assim, que os juízes tem o dever de proferir decisões baseadas no Direito e não na Política, pois “juiz não escolhe, juiz decide”⁸⁴.

Gargarella expõe a preocupação de como é possível que um pequeno número de ministros, os quais são funcionários públicos, podem decidir, em última instância a vontade popular⁸⁵:

¿Cómo puede ser que un minúsculo grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía (como sí lo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (al tener estabilidad en sus cargos, y estar libres, así, del directo escrutinio público) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Parece claro, al menos, que existen problemas en el echo de que la justicia se ocupe de todo tipo de cuestiones constitucionales, como hoy lo hace, y que resuelva tales cuestiones con la autoridad que significa poder decir ‘la última palabra’, como hoy ocurre.

Diferentemente dos representantes do Congresso Nacional, os membros do Poder Judiciário são pessoas não eleitos pelo povo, ainda que, para certos cargos, como o de ministro do STF, por exemplo, exija-se uma escolha e seleção através de um *quórum* mínimo de aprovação. Assim, não é razoável que eles decidam os trilhos a serem seguidos nos casos em que os representantes do povo são quem deveria decidir.

Nesse mesmo sentido, é questionável como um agente público pode ter o poder de sobrepor a sua vontade sobre àqueles que foram eleitos como representantes do povo. Essa indagação resulta na dificuldade de se verificar a legitimidade democrática do Judiciário para proferir determinadas decisões.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Colisão. Brasília, **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, vol. 1, p. 207-222 mai./2013. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/856/595>>. Acesso em: 09 maio 2019, p. 213.

⁸⁴ Ibid., p. 218.

⁸⁵ “Como pode que um minúsculo grupo de juizes, que não são eleitos diretamente pelos cidadãos (assim como os funcionários públicos), e que não estejam sujeitos a avaliações populares periódicas (tendo estabilidade em seus cargos e sendo livres, assim, do escrutínio público direto) podem prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular? Parece claro, ao menos, que existem problemas no fato de que a justiça lida com todos os tipos de questões constitucionais, como acontece hoje, e resolve tais questões com a autoridade que significa ser capaz de dizer ‘a última palavra’, como acontece hoje” (GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/rauldiegues/325058977-gargarellalajusticiafrentealgobiernopdf>>. Acesso em: 08 maio 2019, p. 11, tradução nossa).

Desse modo, *verbi gratia*, não cabe ao Poder Judiciário a implementação de políticas públicas, pois se trata de tarefa dos Poderes Executivo e Legislativo, cujos membros foram eleitos pela sociedade. Quando o ministro toma para si essa função, torna-se um “juiz político”, sem se responsabilizar com a destinação dos orçamentos e dos planos plurianuais.

Ademais, ele não tem para si um plano de governo específico. Questiona-se, então, a possibilidade de o magistrado medir a urgência de um determinado problema social em relação aos demais existentes na sociedade, haja vista que lhes falta conhecimento e informação acerca dos problemas existenciais de políticas públicas.

Até mesmo nas decisões em que o magistrado se fundamenta em estatísticas é discutível se “manejar estatísticas e planejar ações futuras não seria tarefa pertencente ao âmbito da política legislativa”⁸⁶. Diante disso, percebe-se que o ativismo não faz bem à democracia⁸⁷.

Desse modo, Gargarella⁸⁸ propõe que Suprema Corte deveria adotar técnicas de reenvio ao Legislativo no caso em que detectar normas inconstitucionais e contrárias ao ordenamento jurídico. Nesse entendimento, o autor tenta conciliar três aspectos: o diálogo institucional, a proteção contra a inerente falibilidade de tomada de decisões políticas e a defesa do princípio majoritário.

Independentemente da técnica utilizada pela Corte ao proferir uma decisão, o que se visa impedir é que o Judiciário atue como legislador, ainda mais como legislador positivo, sob pena de ferir a previsão constitucional da separação de poderes – cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro. O que mais chama atenção, contudo, são julgamentos dados pelo próprio Supremo Tribunal Federal vedando a prática de atuação como legislador positivo, conforme se vê:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.
RÉGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR

⁸⁶ STRECK, op. cit., p. 213, nota 83.

⁸⁷ Ibid., p. 212.

⁸⁸ GARGARELLA, op. cit., p. 17. p. 174-179.

ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC (13° GL). AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, SUBSTITUINDO-SE AO PODER LEGISLATIVO** NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ADOTADOS NA APROVAÇÃO DAS NORMAS DE PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. DECISÃO COM EFEITOS VINCULANTES. (ADO nº 22, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 22/04/2015, Publicação em 03/08/2015)

(...) **FUNÇÃO DE LEGISLADOR POSITIVO DE QUE NÃO SE REVESTE O PODER JUDICIÁRIO.** (...) 5. **O controle da constitucionalidade das leis não atribui ao Poder Judiciário funções de legislador positivo.** Agravo não provido. (ADI nº 2554 AgR, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 16/05/2002, Publicação em 13/09/2002; grifou-se);

(...) O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. - A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - **Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo** (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), 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 legitimamente definidos pelo Parlamento. **É que, 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.** (RE nº 322.348 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/11/2002, Publicação em 06/12/2002).

Assim, apesar do próprio Tribunal vedar a prática de atuação como legislador positivo, isso acontece. Com isso, há um grande risco à democracia, pois a vontade do legislador, a qual é representada pela vontade do povo, é que deve prevalecer, não a vontade de onze ministros não eleitos através da usurpação de competências com o ativismo judicial.

3 CASO ROE V. WADE

O famoso caso americano Roe v. Wade, julgado em 1973, iniciou-se após o ajuizamento de uma ação judicial⁸⁹ proposta por uma mulher solteira, de nome Norma McCorvey, a qual recebeu posteriormente o pseudônimo Jane Roe, grávida do seu terceiro filho, contestando a constitucionalidade das leis do Texas acerca da criminalização do aborto. No caso em questão, Norma McCorvey afirmava que sua gravidez era fruto de um estupro sofrido e as leis daquele estado impediam-na de abortar, pois só permitiam a prática de aborto no caso de orientação médica, quando há risco de vida da mãe.

Diante disso, Norma McCorvey desejava realizar a interrupção voluntária da gravidez, ou seja, prosseguir com um aborto voluntário, alegando um pretense exercício do direito de privacidade, protegido pela primeira, quarta, quinta, nona e décima quarta emenda. Por conta disso, requereu a declaração da inconstitucionalidade dos artigos 1.191-1.194 e 1.196 do Código Penal do Texas.

A ação foi proposta contra o promotor distrital de Dallas, Henry Wade, buscando uma sentença declaratória de que as leis que restringiam o aborto eram inconstitucionais e uma liminar que impedisse o réu de aplicar os previstos nessas leis. Norma McCorvey alegou que queria realizar o aborto por um médico competente e com segurança, mas não possuía condições de viajar para outros estados – em que o aborto era permitido – para abortar de forma segura.

Duas outras ações foram consolidadas à Roe v. Wade, quais sejam: a do médico licenciado James Hubert Hallfort, que respondia a dois processos pela prática de aborto ilegal e a de um casal, John e Mary Doe, em que a esposa estava realizando um tratamento por distúrbio químico neural e foi aconselhada pelos médicos a não engravidar e não mais tomar contraceptivos, razão pela qual o casal desejava que, caso a Doe engravidasse, pudesse interromper a gravidez de forma voluntária.

⁸⁹ UNITED STATES. US SUPREME COURT. **Case Roe v. Wade**, 1973. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113%26amp>>. Acesso em: 14 maio 2019.

As três ações foram reunidas e decididas conjuntamente no Tribunal do estado do Texas. O tribunal distrital, preliminarmente, asseverou a legitimidade de McCorvey e Hallford, entretanto, não reconheceu a ação interposta por John e Mary Doe. No mérito, entendeu-se que:

The fundamental right of single women and married persons to choose whether to have children is protected by the Ninth Amendment, through the Fourteenth Amendment, and that the Texas criminal abortion statutes were void on their face because they were both unconstitutionally vague and constituted an overbroad infringement of the plaintiffs' Ninth Amendment rights⁹⁰

Nesse entendimento, o Tribunal, apesar de decidir a favor de Norma McCorvey, não decidiu a injunção⁹¹ pleiteada por ela e pelo médico Hallford. Isso significa que, apesar de o Tribunal reconhecer o direito de Roe a abortar no estado do Texas em condições clínicas seguras, não impôs ao estado do Texas uma ordem judicial para que o estado parasse de proibir o aborto voluntário.

Em razão disso, tanto McCorvey e Hallford quanto John e Mary Does apelaram à Suprema Corte dos Estados Unidos. Quando o caso chegou a Corte americana, esta determinou a suspensão do disposto pelo Tribunal do Texas até que ela decidisse o caso, impedindo a execução da sentença, que concedeu a Jane uma espécie de liminar para realizar o aborto voluntário.

Ademais, em virtude do tempo, Roe chegou a dar à luz a sua filha antes do final do julgamento, encaminhando o bebê à adoção. Explica que Morais⁹² que:

⁹⁰ “O direito fundamental da mulher solteira e das pessoas casadas de escolher quando terão uma criança é protegido pela Nona Emenda, por meio da Décima Quarta emenda’ e a lei penal do Texas que proíbe o aborto é nula neste aspecto porque seus artigos são vagos e construídos em uma base imensamente ampla, sob flagrante desrespeito aos direitos dos requerentes amparados pela Nona Emenda.” (UNITED STATES. US SUPREME COURT. **Case Roe v. Wade**, 1973. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113%26amp>>. Acesso em: 14 maio 2019, tradução nossa).

⁹¹ No direito norte-americano, uma “injunction” corresponde a uma ordem judicial a uma pessoa, corporação, ou entidade governamental, para parar de fazer algo e privar-se de o fazê-lo no futuro. LAW.COM: **Legal dictionary**. Disponível em: <<http://dictionary.law.com/Default.aspx?searched=injunction&type=1>>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁹² MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais. **Universitas JUS**, Brasília, n. 18, p. 1-79, jan./jun. 2009. Disponível em:

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, Norma McCorvey recebeu o pseudônimo de Jane Roe e ficou meses sem notícias sobre o caso quando, de repente se surpreendeu com a manchete dos jornais a estampar a decisão dada em 22 de janeiro de 1973. Foram as advogadas Linda Coffee e Sarah Weddington que continuaram a acompanhar o caso em nome de Jane Roe, enquanto o Procurador-Regional Robert C. Flowers substituiu nessa nova fase do processo o procurador do distrito de Dallas, Henry Wade, que havia atuado perante a Corte estadual.

Com isso, em 22 de janeiro de 1973, a Suprema Corte Americana proferiu decisão, por sete votos a dois, declarando inconstitucional qualquer lei nos Estados Unidos que visasse proibir o aborto voluntário, definindo parâmetros a serem seguidos pelos estados ao legislarem sobre o aborto. O voto do ministro Blackmun⁹³ aduz que:

1. A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a life-saving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life [410 U.S. 113, 165] may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother.

Os ministros, desse modo, entenderam que no primeiro trimestre da gestação o aborto voluntário não poderia ser proibido, sendo esta uma decisão exclusiva da gestante, aconselhada por seu médico. Quanto ao segundo trimestre da gestação, a Corte entendeu que também era permitido, mas os estados poderiam regulamentar o

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/733/642>>. Acesso em 17 maio 2019, p. 14.

⁹³ "1. O estatuto criminal do aborto no estado do Texas, que exclui a ilicitude da prática somente quando o procedimento deva ser feito para salvar a vida da mãe, sem considerar o estágio da gravidez nem reconhecer os outros interesses envolvidos, viola a cláusula do devido processo prevista na 14ª Emenda à Constituição dos estados Unidos. (a) Até o primeiro trimestre de gestação, a decisão de abortar e a escolha do procedimento pelo qual será realizado o aborto devem ser deixados ao livre julgamento da mulher grávida e do médico que a atender. (b) Para o estágio subsequente ao primeiro trimestre, o Estado, em razão de garantir a saúde maternal, pode intervir na decisão quanto ao procedimento mais seguro a ser adotado. (c) Após a viabilidade do feto, o Estado pode, em razão de seu interesse em proteger a potencialidade da vida humana [410 ESTADOS UNIDOS 113, 165], se assim achar conveniente, regular, e mesmo proscriver o aborto a não ser que o procedimento seja necessário, segundo um julgamento médico apropriado, para a preservação da vida ou da saúde da mãe." (UNITED STATES. US SUPREME COURT. **Case Roe v. Wade**, 1973. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113%26amp>>. Acesso em: 14 maio 2019, tradução nossa).

exercício deste direito, visando proteger à saúde da gestante, pois um aborto realizado em estágios mais avançados de gestação poderia colocar em risco à vida e à saúde da mulher.

Por fim, entendeu a Suprema Corte que no caso do terceiro trimestre de gestação, período a partir do qual os ministros entenderam já existir viabilidade da vida fetal extrauterina, os estados poderiam restringir o acesso ao aborto, excetuados os casos em que a gravidez oferecesse risco à vida da mulher. Nesse sentido, entendeu-se que a mulher teria o direito de ter respeitada a sua autonomia reprodutiva, não podendo qualquer lei violar a sua liberdade

O argumento fundamental da decisão foi o de que o direito à privacidade, assegurado pela décima quarta emenda, é uma direito constitucional fundamental, amplamente suficiente para compreender a decisão da mulher acerca da interrupção voluntária ou não de sua própria gravidez. Garrow⁹⁴ conta que Roe chegou a se sentir injustiçada por não ter tido benefício da decisão, apesar de ter se tornado, anos após a decisão, ativista pró-vida, totalmente contrária ao aborto.

Merece ressaltar, enfim, que, após 1973, outros casos acerca do tema aborto foram levados à Suprema Corte Americana, levando a restrição do entendimento inicial da Corte sobre os trimestres, como foi o caso da “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey”⁹⁵, julgado em 1992, em que os ministros admitiram proibições ao aborto antes do 3º semestre nos casos em que já pudesse se caracterizar a viabilidade fetal extrauterina.

⁹⁴ GARROW, David. Liberty and sexuality: **The Privacy and Making of Roe V. Wade**. Universidade da Califórnia: 1998. p. 600. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=DImjEIIzTgsC&printsec=frontcover&dq=%22roe+v.%3DWade%22+and+%22reargument%22%3Dand%3Ddouglas&hl=pt-BR#PPA600,M1>>. Acesso em 18 maio 2019.

⁹⁵ UNITED STATES. US SUPREME COURT. Case **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey**, 1992. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833>>. Acesso em: 14 maio 2019

3.1 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442

Antes de iniciar a discussão acerca do que é tratado na APDF 442, é necessário ressaltar o disposto no Código Penal quando se trata do assunto aborto. Em síntese, o Código Penal proíbe o auto aborto (art. 124 do CP), a prática do aborto sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP) e com o consentimento da gestante (art. 126 do CP).

Insatisfeitos com essa previsão infraconstitucional e, acreditando pela incompatibilidade do disposto com a Constituição Federal de 1988, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, requerendo a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940). A relevância do assunto é tamanha que o STF decidiu realizar uma audiência pública para discutir a ADPF 442, a qual obteve mais de 180 pedidos de habilitação de expositor na audiência.

Dos 180 pedidos de habilitação, houve não apenas pedidos de pessoas físicas de potencial autoridade e representação social, mas de organizações não governamentais, sociedades civis e institutos específicos de natureza religiosa e política. No entanto, apenas 40 participantes foram escolhidos para debater o assunto entre os dias 03 e 06 de agosto de 2018⁹⁶.

Destaca-se que esta não é a primeira ação ajuizada no STF sobre o tema descriminalização do aborto, cita-se, por exemplo, outras ações como o HC 84.025/RJ, a ADI nº 3510 e a ADPF 54. O que todas essas ações trazem de semelhança são os argumentos, que, em geral, aludem pela violação dos princípios e direitos fundamentais como a dignidade humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição da tortura ou tratamento

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministra divulga lista de expositores e data para audiência pública sobre descriminalização do aborto.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380450>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

desumano ou degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres, adolescentes e meninas.

A ADPF 442 segue a mesma linha das ações citadas, entretanto, de uma forma mais radical. Ocorre que, o PSOL defende, em sua petição inicial, que qualquer mulher, independente do motivo, por livre vontade, possa interromper a gravidez até a 12ª semana de gestação sem ocasionar também a punição dos profissionais da saúde que realizem o procedimento do aborto.

Argumenta, ainda, que, “o Estado brasileiro torna a gravidez um dever, impondo-a às mulheres, em particular às mulheres negras e indígenas, nordestinas e pobres, o que muitas vezes traz graves consequências ao projeto de vida delas”⁹⁷. Em suma, a questiona qual é a razoabilidade constitucional para que o Estado, de forma coercitiva, proíba o aborto.

O PSOL também traz dados indicando que, segundo a Pesquisa Nacional do Aborto 2016, quinhentos e três mil mulheres teriam interrompido, voluntariamente, a gravidez no Brasil apenas no ano de 2015, ressaltando que o aborto seria um fato da vida reprodutiva das mulheres brasileiras em virtude desses dados. Menciona-se, ainda, que, é declarado na petição que entre a dignidade como valor intrínseco pertencente ao embrião e a dignidade como autonomia na cidadania das mulheres, este deve prevalecer, pois “direito ao aborto é condição para a plenitude de um projeto de vida”.⁹⁸

Acerca da ação, é necessário, da mesma forma, tecer que as manifestações da AGU⁹⁹ e do Congresso Nacional¹⁰⁰ vão de encontro com o pedido formulado na petição inicial da ADPF 442, tendo ambas alegado que a ADPF em questão fere o princípio da

⁹⁷ BRASIL. Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). **Arguição de descumprimento de preceito fundamentação com pedido de medida cautelar, de 06 de março de 2017**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em 18 maio 2019.

⁹⁸ Ibid., p. 39-45.

⁹⁹ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer na Arguição de descumprimento de preceito fundamentação 442**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38121647>>. Acesso em 18 maio 2019.

¹⁰⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Requerimento na Arguição de descumprimento de preceito fundamentação 442**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1650969&filename=REQ+160/2018+CPD>. Acesso em 18 maio 2019.

separação de poderes, pois compete ao Congresso Nacional tratar da legalização ou não do aborto.

Isso porque, o que se quer, na realidade, é a criação de uma hipótese de exclusão do crime de aborto. No entanto, essa criação de nova modalidade de aborto admissível no Brasil depende da alteração do Código Penal, que não pode ser realizada por meio do Judiciário.

À época da propositura da ação, o Partido Socialismo e Liberdade tinha no Congresso Nacional representação de seis parlamentares¹⁰¹. Tal informação é de suma importância, pois pode se indagar o porquê não se tratar do assunto no Congresso Nacional, meio adequado para um debate mais democrático do tema.

O que parece, diante disso, é que o partido em questão por não conseguir reunir um *quórum* adequado para promover a permissão da despenalização do aborto voluntário cometido até a 12ª semana de gestação através do Congresso Nacional, quis realizar as pautas do partido através da via judicial. Afirma-se isso, pois, em 07 de maio de 2008 na CSSF, foi rejeitado por 33 votos a zero o projeto de lei 1135/91 que pretendia legalizar o aborto e, em 09 de julho de 2008, na CCJC por 54 votos contra 4¹⁰².

3.2 LIMITES DE ATUAÇÃO DO STF NO ÂMBITO DA ADPF 442

O ativismo judicial e a descriminalização do aborto são temas de suma importância e relevância social, uma vez que afetam a coletividade em uma perspectiva abrangente, seja direta ou indiretamente. Em razão disso, com o ajuizamento da ADPF 442, é necessário verificar os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal no âmbito desta ação, isso porque, é discutível a atuação do STF diante de casos como esse.

¹⁰¹ BRASIL, op. cit, p. 05, nota 97.

¹⁰² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1135 de 1991**. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>>. Acesso em 18 maio 2019.

Além disso, também é fundamental traçar esses limites, pois eventual invasão do Judiciário sobre os demais poderes pode caracterizar afronta à democracia e diversos princípios constitucionais, especialmente o da separação de poderes. Ressaltando, ainda, que a própria Carta Magna brasileira determina este princípio como cláusula pétrea.

Por isso, tem-se a preocupação com a possível extrapolação de competências, principalmente por parte do Poder Judiciário, haja vista os inúmeros casos de ativismo judicial, apontados ao longo deste trabalho. Analisando os pedidos da ADPF 442, o PSOL requer:

(...) a confirmação da medida liminar e, no mérito, a procedência da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que, com eficácia geral e efeito vinculante, esta Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.

Quanto à possibilidade de o Poder Judiciário declarar a constitucionalidade e inconstitucionalidade ou a recepção e não recepção de uma lei, não há dúvidas, pois, como já visto, cabe a Corte realizar o controle de constitucionalidade abstrato. A questão gira em torno da definição do parâmetro utilizado, qual seja, 12ª semana.

Nesse caso, é questionável qual seria o limite de jurisdição constitucional aplicado a 11 ministros para definir que a vida humana a ser preservada começa a partir da 12ª semana e que, antes desse parâmetro, a Constituição de 1988 não recepcionou parcialmente a lei penal que proíbe o aborto voluntário (art. 124 e 126 do Código Penal). No próprio caso *Roe v. Wade*, a Suprema Corte americana entendeu, inicialmente, pela legalização do aborto voluntário até o segundo trimestre gestacional, utilizando, portanto, critério diferente da 12ª semana.

Ademais, também questiona-se eventual argumento referente a omissão legislativa do tema, haja vista os diversos projetos que já foram apresentados no Congresso Nacional, tanto restringindo as atuais leis abortistas quanto requerendo a sua legalização¹⁰³. A opção legislativa de não aprovar a legalização do aborto voluntário demonstra que “as comissões tendem a ser contra a alteração da conjuntura vigente sobre o aborto”¹⁰⁴.

Diante disso, constata-se que:

[...] a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não <faz> algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo <não fazer>; trata-se, sim, de não fazer aquilo que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado¹⁰⁵.

Isso ocorre, pois, o Legislador não estará em omissão quando ele deixar tratar um tema – haja vista possuir liberdade de escolha acerca do que irá tratar, sendo que a sua não decisão de alterar uma lei é, igualmente, uma forma de decisão política. Ao contrário, o legislador estará em omissão quando não regulamentar uma determinação expressa prevista na Constituição, podendo, apenas nesses casos, o Poder Judiciário suprir essa omissão, atuando como legislador negativo, mas jamais como legislador positivo.

No caso da ADPF 442, portanto, deve-se questionar os seguintes aspectos: a) pode o STF atuar como legislador positivo?; b) ao determinar a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, permitindo o aborto voluntário até a 12ª semana, estará o STF atuando como legislador positivo? c) o Poder Legislativo está atuando

¹⁰³ “Como conclusão parcial desta fase quantitativa, foi verificado que 55% dos projetos sobre o tema de aborto foram apresentados depois de 2003 e apenas 17% deles antes de 1989 (...) Passando, assim, à análise do teor dos projetos (contra ou a favor do aborto), foram feitas algumas novas divisões. Dos cento e cinquenta e sete (157) projetos encontrados, vinte e oito (28) são de temas não relacionados, sendo assim excluídos, restando cento e vinte e nove (129) projetos (...) dos cento e dezenove (119) restantes, setenta e um (71) são a favor e quarenta e oito (48) são contra o aborto. Dos projetos a favor (71), nove (09) estão em tramitação, enquanto que dos projetos contra (48), apenas seis (06). De qualquer forma, tanto a favor quanto contra a percentagem de projetos arquivados sobre o total é igual em ambas: 89%” (SGANZERA, Rogerio. *Aborto e Congresso Nacional: uma análise crítica do cenário legislativo*. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte: Fórum. 2017, ano 17, n. 67, p. 291-320, jan./mar. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24029>>. Acesso em 17 maio 2019, p. 300).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 302.

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra, 1982, p. 331.

de forma omissiva em relação ao tema do aborto voluntário? e d) caso positivo, essa omissão é fruto de um não cumprimento de uma determinação constitucional?! São esses os pontos necessários para avaliar o limite de julgamento dos ministros da Corte nesta ADPF.

Em resposta, e, diante de tudo o que foi abortado, observa-se: a) a impossibilidade do STF atuar como legislador positivo, incorrendo, nesses casos, na prática de ativismo judicial, colocando em risco principalmente o princípio da separação de poderes; b) o STF, caso permita o aborto voluntário até a 12^a semana, estará inovando o ordenamento jurídico, atuando como legislador positivo e invadindo a competência legislativa, responsável pelo amadurecimento das discussões acerca do tema em um ambiente democrático, representado por membros eleitos pelo povo; c) em relação ao tema do aborto, diversos projetos foram apresentados no Congresso Nacional até a presente data, demonstrando que a Câmara e o Senado discutem o tema, que já se encontra regulado pelo Código Penal e d) ainda que fosse caso de omissão, não há uma determinação constitucional determinado que o Congresso legisle especificamente do aborto e, por isso, não cabe ao Poder Judiciário criar uma hipótese de permissão do aborto voluntário até a 12^a semana.

Nesse diapasão, entende-se que Supremo Tribunal Federal, diante da ADPF 442, deverá reconhecer a improcedência da ação por ausência de legitimidade do Poder Judiciário atuar no caso em observância ao princípio da separação de poderes. Além disso, não se pode concluir que a Constituição asseguraria um possível direito de realizar o aborto voluntário, muito menos que o prazo de seria de 12 semanas de gravidez, apenas o Poder Legislativo tem autonomia para isso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Emergiu-se, com o constitucionalismo ocorrido no final do século XVII, a teoria da separação de poderes. Contudo, a raiz história desse princípio data desde a Antiguidade, apesar da evolução ocorrida ao longo dos anos e da origem da teoria clássica ter tido início apenas em Locke e sido aprimorada por Montesquieu em seu livro “O espírito das Leis”.

Nesse sentido, é possível dizer que a teoria tal como proposta por Montesquieu foi a primeira a inserir o Poder Judiciário dentro da divisão dos poderes, a qual foi delineada para ser tripartite. O objetivo dessa divisão foi a permissão de um controle mútuo entre os poderes, limitando-os, haja vista o contexto da época, qual seja: reação ao absolutismo.

Com o tempo, a questão foi sendo debatida, principalmente para determinar qual órgão seria “o guardião” da Constituição. Destacam-se os debates travados entre Hans Kelsen, que defendia que uma Corte Constitucional, parte do Poder Judiciário, deveria ser a guardiã, e Carl Schmitt, que defendia que o chefe de Estado é quem deveria ser o guardião.

Schmitt acreditava que a criação de um Tribunal Constitucional não era o ideal, pois acabaria por transformá-lo em um órgão político, transferindo os poderes legislativos para o judiciário. Entretanto, a ideia proposta por Kelsen foi a que vigorou na maioria dos países, trazendo para Corte o poder de tratar do controle de constitucionalidade abstrato, diferente do modelo americano de controle de constitucionalidade difuso.

Deve-se lembrar, contudo, que a separação dos poderes não foi planejada para ser de forma absoluta, mas para que se tenha um equilíbrio, por isso, os poderes têm entre si independência e também harmonia. Isso quer dizer que cada poder tem suas funções típicas, mas também é lícito que exerçam funções atípicas.

A Constituição brasileira de 1988 trouxe o princípio da separação de poderes como cláusula pétrea (art. 60, §4º, III) e a previsão de harmonia e independência dos poderes em seu art. 2º. Os limites impostos a cada um desses poderes são previstos constitucionalmente e, diante disso, precisou-se de um sistema para proteger toda a integralidade normativa.

Ademais, o Constituinte brasileiro declarou que o Supremo Tribunal Federal seria o guardião da constituição brasileira. No entanto, ao longo dos anos, o controle de constitucionalidade no Brasil ocorreu de formas diversas, iniciando-se com a realização do controle pelo poder legislativo, depois adotando o modelo americano difuso, até chegar aos dias atuais no modelo híbrido de constitucionalidade.

A Corte brasileira é formada por onze ministros indicados de forma polícia por meio da análise de critérios objetivos e subjetivo, os quais passam pela escolha do Presidente da República e necessitam da aprovação da maioria absoluta do Senado. Pode-se dizer que a função típica dessa Corte é o julgamento dos conflitos a partir do ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar uma conduta ativista, ou seja, ampliou suas funções, transpassando os limites constitucionais e violando o princípio da separação dos poderes. Diversos são os exemplos de decisões tomadas pelo STF nesse sentido, invadindo, muitas vezes, a competência do Poder Legislativo.

A origem do ativismo judicial remonta do caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803, quando os próprios ministros da Corte, ainda que sem previsão legal para tanto, declararam a nulidade de uma lei contrária à Constituição, criando, pela primeira vez na história, o controle de constitucionalidade (difuso). Sendo assim, os membros da Corte se autorizaram a dizer que eles poderiam declarar nula uma lei criada pelo legislativo.

O grande problema dessas condutas ativistas é que, embora, em alguns casos, as decisões sejam bem-intencionadas, elas colocam em risco a legitimidade

democrática, gerando riscos à democracia. Isso porque, a atividade legislativa é função típica do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário.

Outro caso americano que adotou essa conduta ativista foi o *Roe v. Wade*, julgado em 1973, em que a Suprema Corte Americana, ainda que sem qualquer previsão constitucional, que a mulher americana teria o direito de abortar voluntariamente até o segundo trimestre de gestação, justificando tal decisão com base no direito à privacidade.

No Brasil, em virtude da polêmica do tema aborto, o partido PSOL resolveu impetrar ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 442) no STF requerendo que a Corte declarasse a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal. Com isso, requer que o aborto voluntário seja permitido até a 12ª semana de gestação.

Pelo fato do autor da ação se tratar de um partido político, questiona-se o porquê de não usar a via legislativa para descriminalizar o aborto voluntário. Verificou-se que há diversos projetos de lei no Congresso Nacional tanto contrário quanto favorável ao aborto voluntário.

Entretanto, o que se observa é a vontade do poder legislativo querer deixar as coisas como elas estão, ou seja, manter a proibição do aborto, excetuando os casos de aborto em que o autor é isento de pena, conforme já previsto em lei. Com isso, foi realizado uma análise para delimitar os limites de atuação do STF no âmbito da ADPF 442, questionando-se os critérios adotados para estipular um prazo de permissão do aborto voluntário até a 12ª semana de gestação.

Assim, entendeu-se que a ADPF deve ser julgada improcedente por ausência de competência do STF para os pedidos formulados, haja vista que o STF não pode atuar como legislador positivo, o legislativo não está sendo omissivo quanto ao tema e não é nem caso de omissão à uma determinação constitucional. O que a ADPF requer, na verdade, é a criação de uma nova isenção de pena além das já previstas em lei, requerendo uma inovação no ordenamento jurídico que compete ao Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e política. **Silêncio do legislador, interpretação e analogia. Jurisdição constitucional e política**. Coordenação Daniel Sarmiento, p. 661-673, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388>>. Acesso em 28 abr. 2019.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. A teoria das formas do governo. 7 ed. trad. Sérgio Bath. Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer na Arguição de descumprimento de preceito fundamentação 442**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38121647>>. Acesso em 18 maio 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Requerimento na Arguição de descumprimento de preceito fundamentação 442**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1650969&filename=REQ+160/2018+CPD>. Acesso em 18 maio 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1135 de 1991**. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>>. Acesso em 18 maio 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 maio 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 04 maio 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 04 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 04 maio 2019.

_____. Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). **Arguição de descumprimento de preceito fundamentação com pedido de medida cautelar, de 06 de março de 2017**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em 18 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306. RJ**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 04 de maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ministra divulga lista de expositores e data para audiência pública sobre descriminalização do aborto**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380450>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3388-4**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em 04 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 589.951-4**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>>. Acesso em: 04 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em 04 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em 04 maio 2019.

CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 140, Jun., 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra, 1982.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado; POLL, Roberta Eggert. Breve ensaio sobre a legitimidade do ativismo judicial no processo penal: limites e consolidação como prática jurídica. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1217-1246, set.-dez. 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6691204.pdf>> Acesso em 29 abr. 2019, p. 1234.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Ed. RT, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/rauldiegues/325058977-gargarellalajusticiafrentealgobiernopdf>>. Acesso em: 08 maio 2019.

GARROW, David. Liberty and sexuality: **The Privacy and Making of Roe V. Wade**. Universidade da Califórnia: 1998. p. 600. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=DImjEIIlZTgsC&printsec=frontcover&dq=%22roe+v.%3DWade%22+and+%22reargument%22%3Dand%3Ddouglas&hl=pt-BR#PPA600,M1>>. Acesso em 18 maio 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAW.COM: **Legal dictionary**. Disponível em: <<http://dictionary.law.com/Default.aspx?searched=injunction&type=1>>. Acesso em: 17 maio 2019.

MARTINS, Ives Gandra. **A constituição conforme o STF**. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 maio 2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2005201107.htm>>. Acesso em: 04 maio 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. Brasília. a. 32. n. 126 abri./jun. 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176316/000497008.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais. **Universitas JUS**, Brasília, n. 18, p. 1-79, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/733/642>>. Acesso em 17 maio 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 103, p. 05-26, 1989.

Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181961/000447736.pdf?sequence=1>>. Acesso em 06 mar. 2019.

PEDRA, Anderson Sant'ana. O tribunal Constitucional e o exercício da função legislativa stricto sensu para a efetivação dos direitos fundamentais em decorrência de uma omissão legislativa inconstitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 11, p. 222-256, jan./jun. 2012.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1988.

PINTO, Tácito Lívio Maranhão. STF: "...Precipualemente a Guarda da Constituição...". **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 16, p. 237-316, jul./dez. 2010. Disponível em:

<<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/236>> Acesso em: 09 mar. 2019.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 17, ago.-dez. 2000.

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

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**, Rio Grande do Sul, v. 4, n.1, mar. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

SGANZERLA, Rogério. Aborto e Congresso Nacional: uma análise crítica do cenário legislativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte: Fórum. 2017, ano 17, n. 67, p. 291-320, jan./mar. 2017. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24029>>. Acesso em 17 maio 2019.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Colisão. Brasília, **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, vol. 1, p. 207-222 mai./2013. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/856/595>>. Acesso em: 09 maio 2019.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

_____.; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 51-61, 2015.

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____.; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, Rio Grande do Sul: Unisinos, v. 1, n. 2, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>> Acesso em: 27 abr. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

UNITED STATES. US SUPREME COURT. **Case Marbury v. Madison**, 1803. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em: 20 abr. 2019

_____. **Case Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey**, 1992. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833>>. Acesso em: 14 maio 2019.

_____. **Case Roe v. Wade**, 1973. Disponível em:
<<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113%26amp>>. Acesso em: 14 maio 2019.

_____. **Judiciary Act of 1789**. Disponível em:
<<https://www.1215.org/lawnotes/work-in-progress/judiciary-act-of-1789.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2019

VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. O Estado de Direito e o Poder Judiciário: relato de uma migração conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 200, p. 154-164, out./dez. 2013, Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502969/RIL200.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 maio 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: RT, 1999.