



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2019

**O ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Igor Miquelito Teixeira – igormiquelitol@hotmail.com^a
Edna Valeria G. GazollaCôbo–evgcobo@gmail.com^b

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa abordar o tema ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal. Dessa forma, será realizado um breve relato histórico sobre a teoria da separação dos poderes ou mais popularmente conhecida como a teoria dos freios e contrapesos. Após, discorrerá sobre o conceito e a evolução dos direitos fundamentais bem como o surgimento do fenômeno do ativismo judicial, demonstrando a relevância do tema ora proposto. Nos últimos anos, a função jurisdicional assumiu contornos mais amplos, conferindo ao Poder Judiciário uma atuação proativa, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, com a crescente necessidade de se preservar os direitos fundamentais e os valores constitucionais, impondo ao Poder Judiciário mecanismos que viabilizem a solução de casos nem sempre passíveis de serem resolvidos pelas leis emanadas pelo Legislativo. Questiona-se se com essa nova atuação, o Poder Judiciário estaria violando o princípio da separação dos poderes ao decidir questões que extrapolem a lei e outros comandos normativos.

Palavras-chave:ativismo judicial; direitos fundamentais; teoria da separação dos poderes.

ABSTRACT

The present research aims to address the theme of judicial activism in the realization of the fundamental rights listed in the Federal Constitution. In this sense, a brief historical report on the theory of separation of powers—also known as the theory of checks and balances—will be made. Posteriorly, the concept and evolution of fundamental rights will be discussed, as well as the emergence of the phenomenon of judicial activism, demonstrating the relevance of the proposed theme. In recent years, the jurisdictional function has taken on wider dimensions, giving the judiciary a proactive role, especially after the advent of the Federal Constitution of 1988, with the growing need to preserve fundamental rights and constitutional values, imposing mechanisms to the judiciary that make it possible to solve cases that cannot always be resolved by the laws issued by the legislative branch. The question is whether the judiciary, with this new action, would be violating the principle of separation of powers in deciding issues that go beyond the law and other normative commands.

Keywords:judicial activism; fundamental rights; theory of separations of powers.

^aBacharel em Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC), Ubá-MG.

^b Professora orientadora. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV).

INTRODUÇÃO

Com a acréscimo a demanda judicial, percebe-se um agigantamento na atuação do Poder Judiciário em que se verifica uma postura cada vez mais proativa a fim de efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, crescendo a discussão acerca do ativismo judicial, tema que vem sendo cada vez mais debatido.

A função do Poder Judiciário atualmente ganha especial relevância, uma vez que a Constituição Federal garante de que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por outro lado, face à inúmeras matérias que não são enfrentadas pelo Poder Legislativo, acabam por levar ao Poder Judiciário o poder de decidir tais questões.

Ante a omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal, para efetivar os direitos fundamentais, vem se valendo dos princípios constitucionais.

Com base no art. 2º, CF/88 é que se baseia a justificativa do presente estudo. Será analisado os riscos do instituto ativismo judicial e a necessidade de limitação dessa prática sob o foco da afronta que ela faz ao Estado Democrático de Direito.

Para se obter uma visão geral do tema ativismo judicial e como ele auxilia ou afeta as questões em que age, far-se-á uma breve introdução histórica de seu surgimento e também da teoria de freios e contrapesos de Montesquieu de forma que se acompanhe sua evolução de forma completa até os dias atuais.

Após, será abordado o tema ativismo judicial no tocante a sua atuação e funcionamento, possuindo como objetivo geral analisar o tema, suas consequências, e os motivos pelo qual ele afronta o Estado Democrático de Direito, devendo ser limitado.

O tema é relevante, pois contribui para melhor compreensão do ativismo judicial exercido pelo órgão máximo da Justiça Brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Este trabalho de pesquisa, realizada pelo método hipotético-dedutivo, utilizando-se de fontes bibliográfica, envolvendo o uso de doutrinas e legislação pertinente, principalmente a Constituição Federal de 1988, objetivando a análise do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.

1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como corolário do Estado Moderno, o princípio da separação dos poderes configura como um dos mais importantes princípios do Estado Moderno.

Na Grécia antiga, Aristóteles já formava os embriões da teoria de Charles-Louis de Secondar ou Barão de Montesquieu, ao expor as primeiras ideias de divisão dos poderes do Estado.

O princípio da separação dos poderes resultou da união dos esforços de vários filósofos como também Jon Locke. No entanto, a melhor versão que se apresentou na formulação da separação dos poderes foi a elaborada por Montesquieu, no célebre “O espírito das leis”, publicado em 1748. O qual tinha real ideia do perigo representado por um governo autoritário, como se pode aferir na seguinte citação (MONTESQUIEU, 2008, p. 19):

O despotismo é primitivo em tudo, inclusive na técnica governativa. Nele, o chefe centraliza em si todo o poder e o transmite todo aos Ministros ou a um Ministro, de maneira primária, mais ou menos desordenada. Montesquieu bem focalizou a transmissão de poder no Despotismo. A essa técnica os nossos escritores políticos denominam, com propriedade, verticalismo, pressões verticais.

Sendo o Despotismo arbitrário por natureza, nada o modera. Só o que o detém às vezes é a religião [...].

O Despotismo identifica-se por essas características, que se resumem no seu princípio dinamizador – o Temor. Não interessa a denominação do Governo ou do governante. Montesquieu identificou como Governo Despótico as Monarquias portuguesa e espanhola. E na América Latina as Repúblicas, muitas são despotismos.

A divisão do poder do Estado em funções especializadas (especialização funcional) e a sua atribuição a órgãos independentes (independência orgânica) possibilitaram a limitação do poder em razão da sua incompletude: o poder não mais se apresentaria absoluto, mas limitado pelo próprio poder.

Como decorrência da própria separação e da independência das funções desenvolvidas, Montesquieu configurou um sistema de freios, composto pela faculdade de estatuir e pela faculdade de impedir, que possibilitava a interação e o controle recíproco entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

A teoria do sistema de freios e contrapesos surgiu, devido ao problema de que todas as atribuições do Estado se concentravam em uma única pessoa. Ao se colocar uma gigantesca quantidade de poder em uma única pessoa, toda a sociedade se colocava ao julgo de certo e errado, vantajoso e desvantajoso e do tolerável e intolerável de um déspota vindo de uma longa ou breve linhagem. Suas ações não encontravam barreiras podendo ir contra todo e qualquer anseio da população.

Conforme menciona Montesquieu (2010 apud QUEIROZ, 2015, p.17):

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

A ideia da tripartição dos poderes foi tão bem-sucedida que, em diversos países no mundo, foi implementada.

O Brasil teve algumas Constituições, desde a época do Brasil Império, na qual nossa primeira Carta Magna, que repartiu em quatro partes os poderes entre os três já idealizados por Montesquieu. Foi introduzido o Poder Moderador, o qual tinha a funcionalidade de moderar os outros três poderes e era de competência exclusiva do Imperador.

Já a segunda Constituição Brasileira Republicana extinguiu o poder moderador e a monarquia. A próxima da linha da sequência, em 1934, houve outra evolução, mas logo foi substituída pela “polaca” de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, com um viés autoritário, que foi quebrada em 1946 devido ao fim da segunda guerra mundial e o declínio dos Estados Fascistas, logo após foi substituída pela Constituição de 1967 que vigorou na época do regime dos militares. Por fim, é promulgada a Constituição de 1988 de Constituição cidadã.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 2º,¹ protegido como cláusula pétrea (art. 60, §4º, CF/88), está o princípio da tripartição dos poderes como pode ser visto a seguir.

Como dito acima, a separação dos poderes está protegida por um grau de rigidez máximo, as chamadas cláusulas pétreas, conforme previsto no art. 60,² §4º, II, CF/88. Isso significa que não pode ser objeto de proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação dos poderes, estabelecendo um dos preceitos fundamentais do Estado.

Assim, cada poder tem sua autonomia para exercer suas funções sem ser coagido de forma tirana ou covarde por outro, mas há formas de um exercer um controle sobre as ações realizadas por outro que extrapolem o bom senso ou que fira a Legislação Magna.

O Poder Executivo tem função atípica de legislar, visto que pode apresentar medidas provisórias, sancionar ou vetar leis vindas do Poder Legislativo e, também, indicar Ministros que formam a Suprema Corte do país. Em contrapartida, o Poder Legislativo pode derrubar os vetos presidenciais e, até mesmo, cassar o seu mandato. Por fim, o Poder Judiciário possui em

¹Art. 2º, CF São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²Art. 60, CF §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir; II o voto direto, secreto, universal e periódico.

seus Tribunais o poder de declarar leis inconstitucionais, quando elas ferirem de forma expressa a Constituição do país.

Como todos os poderes possuem suas funções típicas e atípicas, dar-se-á um enfoque maior no Poder Judiciário que possui funções como as de julgar demandas e interpretar a legislação para que seus julgados realizem os anseios da população que vá ao seu encontro.

Por outro lado, suas funções atípicas são a de elaborar leis, ou seja, podem legislar sobre o funcionamento interno dos Tribunais e também podem gerir a administração de seus recursos desde que sejam destinados de forma legal.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direitos fundamentais, segundo Vasconcelos (2017, p. 121), é:

Não é uma tarefa fácil apresentar um conceito sobre o que vêm a ser os direitos fundamentais. Numa tentativa simplória, poderíamos conceituá-los como direitos que extraem sua força do princípio da soberania popular e na regência de bens inatos do indivíduo que são essenciais à sobrevivência humana, limitando por consequência a atuação do Estado. É, portanto, a salvaguarda dos particulares. Assim, conclui-se que quando falamos em direitos fundamentais tratamos das disposições inseridas em determinado ordenamento jurídico que reconhecem e garantem o mínimo existencial do ser humano, rechaçando desta forma os abusos perpetrados pelas autoridades públicas, limitando o poder do Estado. São disposições que resguardam legalmente a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, pode-se conceituar os direitos fundamentais como princípios constitucionais, ou seja, estão presentes na Constituição principalmente nos artigos iniciais, mas não se deve crer que os princípios fundamentais estejam elencados apenas na carta magna, já que todos os ramos do Direito Brasileiro possuem seus próprios princípios sendo usados cumulativamente com os presentes na constituição.

Os titulares dos direitos fundamentais são a população em geral, não sendo possível a distinção entre seus integrantes sob hipótese de qualquer forma ou por qualquer motivo.

Tanto que os direitos fundamentais estão extremamente protegidos dentro da constituição federal, pois estão nas denominadas cláusulas pétreas, as quais não podem ser alteradas ou suprimidas sobre qualquer hipótese, apenas há possibilidade de ampliação do rol de cláusulas pétreas.

Ensina Vasconcelos (2017, p. 122):

É indubitável que os direitos fundamentais não estão arrolados de forma taxativa no art. 5º e em seus incisos; muito pelo contrário, também estão presentes fora do referi-

do dispositivo, o que implica dizer que se admitem os direitos decorrentes ou implícitos. Canotillo chama tais direitos, já reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, de direitos análogos, por exemplo a anterioridade tributária. Tanto é assim que o § 2º do art. 5º é uma verdadeira cláusula de abertura, pois dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em razão do teor do art. 60, § 4º, da Constituição, os direitos e garantias individuais são elevados à categoria de cláusula pétrea, e por isso não se permite proposta de emenda tendente a abolir tais direitos, restando apenas a possibilidade de ampliá-los. Com efeito, o Estado tem limitação para atuar em normas constitucionais que trabalham com direitos fundamentais. Nem por emenda essas matérias poderão ser enfraquecidas.

Cabe também salientar que tais direitos se desenvolveram ao longo da história e foram sendo ampliados com o decurso do desenvolvimento social do ser humano. São divididos em três gerações, basicamente.

A primeira geração se iniciou em meados do século 17 e basicamente consistia em liberdades públicas negativas, ou seja, uma menor atuação do estado na vida particular do indivíduo.

A segunda geração surgiu após a primeira guerra mundial, pois com toda a devastação causada pelo conflito, fez com que houvesse a necessidade do Estado possuir uma postura ativa de modo a garantir direitos para a população como, por exemplo, saúde e educação, sendo um Estado que prestasse assistência para os desamparados.

Já a terceira geração é uma proteção mais voltada ao coletivo, ou seja, que ultrapassa o indivíduo, sendo uma proteção mais voltada ao corpo da sociedade.

Conforme Vasconcelos (2017, p. 124), os direitos fundamentais têm como características:

Historicidade: conforme visto anteriormente, os direitos fundamentais vêm-se formando ao longo da história, evoluindo com o decorrer dos tempos, de acordo com as necessidades humanas da época. Universalidade: são extensíveis a todas as pessoas, sem exclusão de raça, cor, sexo, idade, etnia etc.

Inalienabilidade: os direitos fundamentais, não integram o patrimônio do indivíduo, não são passíveis de serem comercializados. É de se dizer que não possuem conteúdo econômico. Imprescritibilidade: não se extinguem pelo não uso e não são adquiridos pelo decurso do tempo. Irrenunciabilidade: não podem ser objeto de renúncia. Permite-se o seu não exercício temporário, mas nunca sua renúncia. Limitabilidade: tais direitos, em regra, não são absolutos. Por vezes, o exercício de um direito fundamental esbarra noutro, não sendo possível cogitar-se a prevalência de um ou de outro, em virtude da aplicação do princípio da unidade da Constituição. Na lição de Luís Roberto Barroso, “o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas”.¹ Entre várias soluções possíveis, o intérprete deve utilizar-se do regime da cediência recíproca; em outras palavras, uma norma deve dar espaço à outra de forma recíproca, sem se esvaziar o conteúdo delas.

Concorrência: é possível o acúmulo de direitos fundamentais em um mesmo titular. Citamos o clássico exemplo do jornalista que exerce ao mesmo tempo os direitos de informação, opinião e comunicação.

3. O ATIVISMO JUDICIAL

A criação da Constituição de 1988 conferiu aos poderes uma opção de realizar atos de outro em decorrência da teoria do sistema de freios e contrapesos como o poder de legislar de forma esporádica conferida ao Poder Executivo para legislar e ao Poder Judiciário o poder de “controle” constitucional, transformando-o em um protetor da Carta Magna.

A forma de controle constitucional presente na atual Constituição Federal, trata-se de uma mistura entre o modelo norte americano notadamente mais similar ao controle de constitucionalidade difuso e o austríaco que se assemelha mais com o controle de constitucionalidade concentrado. Estes possuem suas peculiaridades, mas com o decorrer de um exacerbado número de Constituições que já regeram o país, ocorreu um aperfeiçoamento que culminou em uma evolução do instituto do controle constitucional. Por fim são adotados os dois modelos com ênfase no austríaco.

E como o ilustre Ministro Barroso (2012) define em suas palavras:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...]. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia 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.

Após trazer à baila o conceito de um grande doutrinador, debruçar-se-á neste tão delicado tema, no qual dividem opiniões, tanto de doutrinadores quanto de operadores do direito, o qual pode ser visto como a solução para os mais diversos problemas ou apenas uma fonte de insegurança jurídica.

No âmbito brasileiro, pode-se observar a forma de agir dos magistrados, sendo que alguns aplicam a lei de forma precisa, sem buscar nenhuma inovação e outros colocam os princípios fundamentais força o bastante para que sobreponha certas matérias do ordenamento jurídico.

Por assim dizer, os juristas que demonstram certo grau de ativismo acabam por realizar interpretações próprias dos princípios, da constitucionalidade das leis e da maneira que os princípios preenchem as lacunas criadas por legislações mal redigidas e ou principalmente ambíguas ou inconstitucionais em todo ou em alguns pontos.

É extremamente difícil dizer se este fenômeno jurídico é salutar ou não, visto que grandes desigualdades foram sanadas por ações pautadas no ativismo judicial que atenderam uma parcela significativa de brasileiros que eram esquecidos pelo legislativo no tocante aos seus anseios.

O Poder Judiciário é um poder autônomo, independente e imparcial, ao qual incumbe consolidar os princípios e direitos fundamentais indispensáveis às relações jurídicas, cabendo-lhe solucionar conflitos, administrar a justiça, mediante aplicação das leis.

O Supremo Tribunal Federal é um órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião da Constituição, conforme previsto no art. 102 da CF, cabendo-lhe fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos; garantir a separação dos Poderes; defender a supremacia dos direitos fundamentais, dentre outros.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem desempenhando um papel cada vez mais proativo na sociedade brasileira, proferindo decisões sociais e políticas, repercutindo na vida dos brasileiros, caracterizando o ativismo judicial.

O questionamento que se faz é qual a legitimidade destas decisões e também até que ponto o ativismo judicial não gera uma interferência entre os três poderes.

Passa-se a analisar um caso considerado ativismo judicial no Brasil, o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, na qual o STF autorizou o aborto de fetos anencéfalos ao considerar que a conduta não se enquadraria nos tipos penais previstos nos artigos 125 e 126 do código penal, apesar da inexistência de qualquer situação autorizadora no art.128, apenas excluiria da prática do crime nos casos de risco de vida para a gestante e quando a gravidez é decorrente de estupro e há consentimento da gestante ou seu representante legal, se incapaz.

Nesse sentido, destaca trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski, o qual votou contrariamente à procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental (BRASIL, 2012):

Cumprе sublinhar que essa propositura, a qual busca estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos seja isento de punição – tarefa, seja-me permitido insistir, totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional -, continua sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional.

Acontece que o Ministro foi voto vencido na ação, que foi julgada procedente, com fundamento na prevalência de argumentos sociológicos, filosóficos, humanitários e biológicos, de modo que se constitui uma verdadeira corte legislativa.

3.1. Principais críticas ao ativismo judicial

Pode-se afirmar que o ativismo judicial consiste em uma participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais, assumindo um papel de protagonista na sociedade brasileira.

O Poder Judiciário deixou de ser um mero aplicador da lei e passou a preencher as omissões legislativas, interpretar constituição para dar aplicabilidade aos seus dispositivos, a declarar inconstitucionalidade e, até mesmo, a determinar a realização de políticas públicas.

Ocorre que esse comportamento do Poder Judiciário e sua atitude proativa gera algumas críticas entre os estudiosos do direito.

Primeiramente, cumpre observar que não há apenas críticas negativas, uma vez que alguns entendem que o ativismo judicial realizado pelo STF seja aspecto positivo, já que atende a demandas da sociedade.

Pode-se citar alguns casos emblemáticos no STF: a descriminalização do aborto de feto anencefálico, o reconhecimento da união homoafetiva e a execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância. Todos os citados casos sustentam que a atuação do STF implica na usurpação flagrante e das competências e atribuições do Poder Legislativo.

Neste caso, não se vê apenas o ativismo judicial mostrando seu lado mais vantajoso e nobre, mas a geração de insegurança jurídica e também uma interferência no Poder Legislativo.

É imprescindível que exista uma harmonia entre os Poderes, principalmente, quando da atuação do Judiciário ao interpretar a Constituição, ao suprimir omissões legislativas, pautado nas necessidades da sociedade e, principalmente, nos princípios constitucionais para que não se submetam ao que vier a ser determinado pelo Poder Judiciário.

É possível perceber, então, que o Poder Judiciário absorveu completamente as atribuições do Poder Legislativo, fato este que causa muita preocupação, pois traz insegurança jurídica e enfraquecimento na democracia, podendo servir de base para arbitrariedades, ainda que sob a alegação de serem por boas causas.

Nesse sentido, o professor Tesheiner (2008) afirma que:

[...] uma sociedade de homens livres deve ser governada por leis, e não por homens, ainda que juízes. Trata-se, em suma, de substituir decisões judiciais discricionárias (decisões predominantemente políticas), por decisões vinculadas ao sistema jurídico (decisões predominantemente jurídicas). Observe-se que “poder”, no sentido mais próprio da expressão, é poder discricionário. O juiz que obedece à lei não exerce verdadeiro poder. Defere ou indefere o pedido do autor, em obediência a um dever. Certo, a lei, porque geral e abstrata, não se ajusta a todas as situações de fato, motivo por que, em casos excepcionais, deve-se admitir o afastamento de uma regra legal. Na generalidade dos casos, porém, deve, sim, o juiz, ser a boca da lei, decidindo de

conformidade com o sistema jurídico, e não de acordo com seus sentimentos ou sua ideologia, em suma, de acordo com a sua vontade.

Assim sendo, o ativismo judicial deve ser estudado e verificado com cautela, a partir de uma interpretação fundamentada da Constituição, sob pena da invasão direta, flagrante e chapada nas competências dos outros Poderes, notadamente do Legislativo.

Deste modo, o ativismo judicial pode ocasionar a acomodação do Poder Legislativo em face do trabalho realizado pelo Poder Judiciário de proporcionar mudanças no mundo do direito que deveriam ser realizadas pela via legal após debates e manifestações da sociedade.

CONCLUSÃO

Não resta dúvida que é uma matéria controversa que permite vislumbrar tanto as maravilhas quanto os pesadelos de tal comportamento dos magistrados. Por isso mesmo que o ativismo vem ganhando relevância na presente discussão e trazendo alguns avanços ao reconhecer da união homoafetiva ou o aborto de fetos anencéfalos, mas não se pode aceitar o ativismo pelo fato de que a insegurança jurídica que ele pode causar gera um perigo real de dano ao princípio dos três poderes.

Diante de omissões legislativas, para a concretização dos direitos fundamentais e efetivação das políticas públicas, o Poder Judiciário vem assumindo uma função cada vez mais proativa, já que, muitas vezes, para efetivar os direitos dos cidadãos, é necessário que o julgador ultrapasse a mera aplicação da lei, com a finalidade de garantir o direito resguardado pelo texto constitucional.

Como forma de deixar a presente discussão menos abstrata pode-se observar a ADPF-54, a qual trata da descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, a arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 54 basicamente criou uma excludente de ilicitude para o crime de aborto para as gestantes que tivessem em seu ventre um feto que sofresse de tal deficiência congênita, há qual é totalmente letal, inexistindo possibilidade de cura ou qualquer outra forma de se manter uma sobrevida da criança fora do ventre materno. Este caso é um bom exemplo, pois a suprema corte utilizando-se apenas dos princípios criou uma excludente de ilicitude para o tipo penal de número 128 do código penal que trata do crime de aborto. Não resta dúvida de que o Poder Judiciário acabou por legislar fugindo de sua competência originária, criando um direito por assim dizer, mas ocorre que da mesma forma que pela maioria dos votos esta excludente de ilicitude foi criada de igual forma ela também

pode ser extinta e assim irá gerar não só danos pela quebra da segurança jurídica, mas também dor e sofrimento para a população que tinha como uma forma de amparo tal excludente de ilicitude. Por fim o que realmente deveria ter sido feito era a criação de uma lei que tratasse de atender os anseios da população no tocante a essa questão específica.

Sendo assim o ativismo muitas vezes é uma necessidade, mas não é a melhor forma de se garantir direitos.

É possível colocar essa ação dos julgadores como um remédio muito forte, que em minúsculas doses pode reverter algumas doenças muito graves, mas que dependendo da dose pode vir a matar o doente, esta pode ser uma boa analogia para retratar o risco de se cair em um grave caso de insegurança jurídica por se confiar exacerbadamente em um poder que se quer foi votado, o como é o caso do Brasil que sua Suprema Corte é escolhida por indicações políticas, algumas das quais foram indicadas por governantes que respondem a diversos processos de corrupção, ou são suspeitos de terem cometido tal crime.

Dessa maneira, o ativismo judicial pode até alcançar bons resultado diante da inércia do Legislativo, mas o ativismo judicial não pode ser considerado legítimo em razão da afronta a separação dos três poderes, em que o Poder Judiciário realiza uma função que não é sua, causando insegurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, L. R. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002. 320 p.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal**. Garante a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2012]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

QUEIROZ, V. S. **O controle de constitucionalidade das medidas provisórias**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

TESHEINER, J. M. R. Juiz bouche de loi – Em Defesa de Montesquieu. **Revista Páginas de Direito**, v. 8, n. 788, 2008.

VASCONCELOS, C. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.