



O PROTAGONISMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA À LUZ DO JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO HABEAS CORPUS 118.533: ATUAÇÃO INTERPRETATIVA VERSUS ATUAÇÃO INTERVENTIVA

Bruna dos Passos Rodrigues¹
Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto²

RESUMO: O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, concebida a partir do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre os limites e a legitimidade da atuação da Jurisdição Constitucional na atualidade. No decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento de pontos importantes que permeiam a temática, como o seguinte problema: pode o Poder Judiciário adentrar nas atribuições dos demais poderes (Legislativo e Executivo) no sentido de dar interpretação diversa às normas elaboradas pelo legislativo e as políticas públicas executadas pelo Executivo? Se sim, qual o fundamento que legitimaria tal atuação? Para tanto, foram estudados temas como um breve aporte teórico acerca do que seriam o ativismo judicial e a judicialização da política, para, ao final, realizar-se uma análise do Habeas Corpus 118.533, através do qual o Supremo Tribunal Federal retirou o caráter hediondo da conduta criminosa de tráfico privilegiado de entorpecentes, concluindo-se que o Poder Judiciário, ao realizar a interpretação das leis age dentro de suas funções, uma vez que tem como principal tarefa atribuir às normas interpretação à luz da constituição, partindo, para tanto, de uma atuação construtiva e colaborativa para com os demais poderes, visto que tem por objetivo interpretar a lei conforme os preceitos e princípios insculpidos no texto constitucional, visando, acima de tudo, a concretização de direitos e garantias fundamentais asseguradas aos cidadãos.

Palavras-chave: Judicialização; Atuação Interventiva; Atuação interpretativa; Habeas Corpus 118.533; Tráfico Privilegiado de Drogas.

ABSTRACT: This work presents the results of a literature search, designed from the deductive method to approach purposes, and monographic, the procedural basis of the limits and legitimacy of

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2008-2012), advogada e mestranda em Direito Constitucional e Políticas Públicas pelo Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - RS - UNISC (CAPES 5). Especialista em Direito Processual Civil, pela Rede LFG – Anhanguera/SP. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC, coordenado pela Profa. Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Advogada. E-mail: advpassosrodrigues@gmail.com

² Mestrando em Direito Constitucional e Políticas Públicas pelo Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - RS - UNISC (CAPES 5), com Bolsa Capes. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Advogado. Email: lacvasconcelos@terra.com.br



the work of the Constitutional Jurisdiction today. During the work, he sought to clarify important points that permeate the theme, as the following problem: can the Judiciary entering the duties of other powers (legislative and executive) to give a different interpretation to the rules enacted by the legislative and public policies executed by the executive? If yes, what is the foundation that would legitimize such action? Therefore, subjects were studied as a brief theoretical basis of what would be the judicial activism and the legalization of politics, for in the end, be carried out an analysis of Habeas Corpus 118,533 through which the Supreme Court removed the hideous character the criminal conduct of privileged drug trafficking, concluding that the Judiciary Power, to perform the interpretation of the laws acts within its functions, since its main task assigned to the standards the correct interpretation in the light of the constitution, starting to Therefore, a constitutive and collaborative action towards the other powers, since it aims to interpret the law according to the precepts and principles sculptured in the Constitution, aiming, above all, the realization of fundamental rights and guarantees provided to citizens.

Keywords: legalization; Interventional performance; interpretative activity; Habeas Corpus 118,533; Privileged Drug Trafficking.

1 Introdução

O presente estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, realizada com base no método dedutivo (fins de abordagem) e monográfico (fins procedimentais) sobre os limites e a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional na atualidade.

Para tanto, será feito um breve aporte teórico acerca das diferenças existentes entre os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, instituiu um amplo e completo sistema de direitos individuais e coletivos, inaugurando, com isso, um novo espaço de debate, através do qual, por meio de uma cidadania participativa, busca-se a concretização e efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Assim, tem-se que a consequência lógica de uma cidadania participativa é justamente a ampliação da atuação do Poder Judiciário, visto que com direitos assegurados e instrumentos adequados capazes de concretizá-los, o Judiciário é chamado a fim de evitar a violação e/ou omissão dos demais poderes públicos. Nesse sentido, tem-se que a Judicialização é muito mais um resultado do modelo constitucional adotado pelo país, do que uma deliberada atitude do Poder Judiciário,



tendo um Supremo Tribunal Federal assumido uma postura de protagonista frente à inoperância dos demais poderes (embora não a reconheça), visando, acima de tudo, a concretização de direitos fundamentais.

Outrossim, ao assumir o papel de protagonista, tem o STF agido positivamente e construtivamente na efetivação de direitos até então previstos na legislação, porém, ainda não efetivados, seja pela inoperância do Poder Executivo ante a falta de políticas públicas, seja pela ausência do Legislativo, ante a falta de iniciativa para alteração e/ou modificação de leis via processo legislativo perante os órgãos competentes.

Com base nisso, ao final e ao cabo, a fim de evidenciar o protagonismo assumido pela jurisdição constitucional brasileira, bem como sua atuação junto à construção e efetivação de direitos, é que se analisa o caso do Habeas Corpus 118.533, através do qual o supremo analisa a questão da aplicação ou não da lei dos crimes hediondos ao crime de tráfico privilegiado de entorpecentes.

2 Limites e Legitimidade da Jurisdição Constitucional Brasileira: atuação interventiva versus atuação interpretativa/construtiva e ativismo judicial versus judicialização

A atuação da Jurisdição Constitucional é um dos temas mais invocados nos tempos modernos quando se fala em Constitucionalismo Contemporâneo. A evolução da sociedade implica diretamente na forma de agir dos tribunais, o que faz surgir fenômenos, como por exemplo, o da judicialização e o do ativismo judicial (ALVES, LEAL, 2015). Tem-se, com isso, necessário, desde já, deixar claro que se entende que a judicialização nada mais é do que uma característica e uma consequência do próprio Constitucionalismo Contemporâneo.

Para tanto destaca-se que a judicialização tem como significado uma larga repercussão tanto política como social de modo que algumas matérias são decididas pelo Poder Judiciário “[...] e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral” (Barroso, 2012, p.03). Já o ativismo judicial, está intimamente ligado a ideia de intervenção e interpretação por parte do Poder Judiciário junto a atuação dos demais poderes, tendo, como principal objetivo, a concretização de direitos e garantias fundamentais



expressos na constituição. Para tanto tem-se ainda outro entendimento acerca da ação atuante do Poder Judiciário, onde se destaca que:

O cumprimento da função política na atividade judicante se dá numa dimensão muito mais ampla que a de controlar os outros poderes. Ela se verifica quando, no exercício da jurisdição, busca-se dar efetividade aos direitos fundamentais (sociais), por meio de uma postura “ativista (do magistrado), progressista, evolutiva e reformadora, a saber interpretar a realidade da sua época e conferir as suas decisões um sentido construtivo e modernizador, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor” (Leite, 2009, p. 81), atuando como agente copartícipe em redistribuir os direitos e a justiça social (VASCONCELOS, 2015, p. 119)

Tem-se que, atualmente, a atuação da jurisdição constitucional vai muito além de apenas apreciar a Constituição Federal em seus aspectos formais, para, assim, garantir a sua inviolabilidade e preservação, consoante ocorria no passado enquanto da vigência do modelo de estado liberal. Hodiernamente, em tempos de estado democrático, a atuação da jurisdição constitucional vai muito além da garantia da ordem constitucional, ganhando espaço na medida em que se exige do Poder Judiciário não somente uma atuação garantidora perante a CF, e sim um agir pró-ativo no sentido de concretização dos direitos e garantias previstos no texto constitucional (LEAL, 2007).

Nesse diapasão, o atual modelo de Estado exige do Poder Judiciário uma atuação construtiva e criativa, ou seja, o desempenho de um papel valorativo na criação de conteúdos tidos como fundamentais, de modo que:

Isso se deve pela atuação criativa que exerce o intérprete, pela atribuição de sentido aos conceitos jurídicos indeterminados e pela realização de escolhas entre as soluções possíveis, mas também em razão de suas decisões afetarem o equilíbrio entre os poderes, em função do controle que exercem sobre eles (RIOS, SILVA E MANDALOZZO, 2010, p.13)

Ocorre que, é a partir dessa construção de atuação da jurisdição constitucional que começam a emergir questões relacionadas aos limites e a legitimidade da atuação da mesma. É justamente em decorrência desse novo modelo determinante de agir assumido pela jurisdição constitucional que surgem situações problemas tais como: não estaria o poder judiciário extrapolando suas funções típicas e legislando? E mais, não estaria o Poder Judiciário, por meio desse novo modelo de agir em se tratando de jurisdição constitucional, sendo paternalista, na medida em que chama para si a responsabilidade de dizer o que é a Constituição



de um estado? Ainda, não estaria o poder judiciário sendo prepotente, na medida em que legitima sua atuação de dizer o que é a constituição em sua própria autoridade enquanto corte suprema?

É a partir dos questionamentos postos acima que Mônia Clarrissa Henning Leal (LEAL, 2007) apresenta o seguinte questionamento: considerando-se os aspectos materiais e valorativos que identificam o Estado Democrático de Direito, como pode ser legítima a atuação da jurisdição constitucional sem se violar o princípio da separação dos poderes e, mais do que isso, sem se violar aquilo que, na esfera legislativa é determinado segundo o critério - presumidamente mais democrático - da vontade da maioria, característica tradicional da democracia representativa? (LEAL, 2007)

Nesse sentido, tem-se que em um contexto democrático a compreensão das funções de estado de forma estanque, em sua concepção clássica de divisão de poderes, vai em sentido contrário ao atual pensamento jurídico, propondo que a jurisdição constitucional deve ser compreendida e aplicada a partir de uma perspectiva compartilhada, no sentido de ampliação dos espaços democráticos, a fim de não operar sob a ótica da exclusão, mas sim sob o enfoque da inclusão. E mais, a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional não reside no debate entre as correntes procedimentalista e substancialista, mas sim naquilo que hoje denomina-se de "jurisdição constitucional aberta", teoria na qual ambas as correntes não são tratadas como excludentes entre si, mas como elementos interdependentes e integrados, sustentando, ao final, a necessidade de ser a jurisdição um meio para o exercício da cidadania e do debate público (LEAL, 2007).

Em meio a essa temática, é importante saber que a noção de constituição como documento jurídico de um estado é uma criação da modernidade, no sentido de vincular a noção de poder aos preceitos do direito. Além do mais cabe salientar que o reconhecimento da força normativa da Constituição se deu no período pós-segunda guerra mundial a idéia de jurisdição constitucional e legitimidade da jurisdição constitucional ganhou relevo nos debates, vez que surge no cenário global uma latente preocupação dos estados com a garantia dos direitos humanos, incumbindo aos tribunais constitucionais de cada estado chamar para si a responsabilidade de preservar a constituição e garantir a concretização dos direitos lá previstos.



Neste sentido tem-se que o reconhecimento normativo da Constituição como bem salientado anteriormente ocorre com a expansão da cobertura constitucional e ainda com a constitucionalização dos direitos sociais, além dos direitos civis e políticos, dando a ideia da força normativa da Constituição, que vai dar subsídios para maior efetividade das normas protetoras de direitos fundamentais, reforçando o poder-dever do Judiciário de garanti-los (SANTOS, 2010). Tem-se ainda que :

[...] sobreveio à 2ª Guerra Mundial e teve início na Alemanha e na Itália. Vale dizer que às normas constitucionais foram atribuídas o *status* de norma jurídica, e não mais de um documento essencialmente político, de aplicação discricionária. Passaram a ser normas dotadas de imperatividade, como todas as normas jurídicas, e protegidas por mecanismos próprios de coação. Esse debate¹³ só chegou ao Brasil na década de 80, visto que o país padecia de patologias ligadas ao autoritarismo (RIOS, SILVA E MANDALAZZO, 2010, p.04)

Assim, tem-se que é no estado liberal, a partir da revolução francesa de 1789, que se inaugura a "era das constituições", rompendo-se de vez com o sistema feudal até então vigente, o qual pregava que o poder concentrado nas mãos de poucos era uma vontade divina. Nesse contexto, mediante a queda do feudalismo, emerge a noção de que o estado nada mais é do que uma criação decorrente de um pacto celebrado entre homens livres e iguais, os quais delegam a ele, Estado, as funções de proteção e garantia de suas liberdades e direitos (LEAL, 2007).

Nesta senda, pode-se extrair a idéia de que o estado é legitimado pelo povo na medida em que este delega a ele a função de garantir a sua liberdade e o pleno gozo dos direitos, fazendo com que o estado exista para servi-lo e garantir sua vida em comunidade. Assim o estado liberal, então, inaugura a idéia de que o homem é anterior ao estado, e, com isso, inverte a perspectiva de garantias de direitos dos cidadãos e dos deveres do estado, o qual passa a ser regido por dois princípios, quais sejam, o princípio da distribuição e o princípio da organização (LEAL, 2007).

A primeira parte da premissa de que se o homem é anterior ao estado, sua liberdade, então, deve ser ilimitada, sendo o poder do estado de invadi-la é limitado, ou seja, decorrendo o pensamento de que "[...] ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que não é proibido e, ao Estado, somente aquilo que é permitido (LEAL, 2007, p.08). Do exposto, é possível inferir que o estado liberal trata o próprio estado como um "mal necessário", o qual não pode interferir sem limites na vida dos indivíduos,



devendo intervir somente quando e se necessário. Aqui, a autoridade do indivíduo enquanto cidadão é a regra e a intervenção estatal é a exceção.

Nesse contexto, pode-se dizer que o estado liberal tem como marca o positivismo e o legalismo, onde o estado somente poderia atuar caso existisse lei anterior autorizando-o, trazendo, assim, uma supremacia do poder legislativo em detrimento dos demais poderes do estado, assumindo o poder judiciário um papel extremamente discreto e reduzido na medida em que o juiz era proibido de interpretar a lei, devendo-se restringir apenas a aplicá-la do modo em que pensada e posta pelo legislador, período este em que o juiz ganhou o famoso apelido de "boca da lei", o que pode se concluir que nesta época o magistrado era restrito a não ter qualquer atividade criativa, no que dizia respeito interpretar e aplicar a norma ao caso em concreto (LEAL, 2007).

Ainda na vigência do estado liberal foi possível verificar-se, no âmbito do direito norte americano, a existência de um controle de constitucionalidade, a partir da idéia de que cabe ao judiciário salvaguardar a constituição, no qual todo e qualquer juiz é capaz de afastar a aplicação de uma norma considerada contrária à constituição. Assim, desenvolveu-se a figura do ativismo judicial, o que, em singelas palavras, resume-se a uma atuação ativa do poder judiciário na preservação da constituição (LEAL, 2007).

Por seu turno, a Europa, ao contrário dos americanos, permaneceu cultuando a idéia de vinculação do judiciário a lei, somente vindo a mudar seu posicionamento no início do século XX com o início das discussões acerca do estado de bem-estar social. Nesse contexto, resta latente a idéia de que as constituições tiveram, em seu início uma concepção muito distinta, quando se fala em continente americano e europeu. Nos Estados Unidos desde sempre se teve a prerrogativa de não se aplicar uma lei quando esta mostrava-se desconforme com a constituição, o que já não ocorria na Europa, uma vez que, em virtude do próprio regime de estado vigente à época, por mais de um século, rechaçava-se a idéia de não aplicabilidade de leis em virtude de desconformidade da mesma com a constituição (NOVAIS, 2012).

É somente após a segunda grande guerra que as constituições passam a ser concebidas sob uma perspectiva comunitária, ou seja, como sendo o reflexo dos valores da sociedade-comunidade que a adota, passando a serem constituições políticas (passam a englobar os princípios de legitimação do poder) e não somente estatais (apenas a organização e os limites do estado). Compreende-se então que o



“[...] Campo constitucional é, por conseguinte, ampliado para abranger toda a sociedade, e não só o Estado” (LEAL, 2007, p.31)

Nesta seara, em um contexto de desigualdades gerado pela noção de igualdade formal trazida pelas constituições, os movimentos sociais começam a reclamar uma atuação mais efetiva do estado no sentido de garantir uma igualdade material, uma igualdade prática, onde não apenas ficasse garantido que todos são iguais perante a lei, mas que o estado conseguisse garantir essa igualdade na prática, assegurando a todos a efetivação e o pleno gozo de seus direitos, é que surge o estado de bem estar social, orientado pelo princípio da igualdade social, através do qual o estado não poder mais ser visto como um mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais. Destaca-se ainda que o Estado Social de Direito, também chamado de Estado de Bem- Estar, se vincula com a ideia da “[...] construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que referem a busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal” (MAAS, 2011, p.22).

Tem-se, com isso, que foram através dos trágicos episódios de violações de direitos ocorridos na segunda grande guerra, que geraram um forte movimento de resgate das noções de democracia e de dignidade da pessoa humana, uma vez que visível a grande preocupação do legislador no momento da elaboração da constituição, no período pós-guerra, com os ditos direitos humanos, aqueles universais e invioláveis, visto que trazem consigo a noção de zelo com direitos que transcendem o critério da maioria, ou seja, desmascaram a igualdade formal até então predominante nas constituições antecessoras, uma vez que protegem aqueles que, por algum motivo, não podem integrar essa maioria (LEAL, 2007)

Outro aspecto importante de se observar é que a jurisdição constitucional tem seu maior avanço e desenvolvimento dentro do continente europeu justamente em países nos quais os regimes totalitários foram os mais cruéis. Isso se justifica, dentre outros fundamentos, pelo fracasso dos regimes positivistas que tentaram serem impostos pelos ditadores. Ainda, importante ressaltar que as constituições abertas são inovadoras quanto à extensão de seu alcance, uma vez que toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela constituição em sua base principiológica, ao passo que, no passado, previam direitos os quais somente atingiam certa parcela da população, de modo que “[...] sua estrutura permite uma aferição de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita”



(LEAL, 2007, p. 40) Para tanto é com o Estado Democrático de Direito que se percebe a importante concretização dos direitos, o que provoca um novo deslocamento dos poderes, para o Poder Judiciário, passando a ter um papel essencial na efetivação e na proteção dos direitos (LEAL, 2007).

Entretanto, tal característica acaba por ensejar uma forte atuação por parte do Poder Judiciário, a fim de que este interprete a constituição e, com isso, defina a extensão e o alcance de cada direito lá previsto em face do caso concreto. Nesse diapasão, deixa a constituição de ser apenas um documento garantista e limitador do poder, bem como uma mera declaração de intenções políticas, para assumir o papel de um documento no qual se expressam os valores mais sagrados e intangíveis de um povo, podendo ser equiparada a expressão máxima caracterizadora do estado democrático de direito.

Assim, tem-se que são duas as principais características da sociedade contemporânea capazes de definir a idéia de constituição aberta, sendo a primeira delas a diferenciação social e a segunda o pluralismo, motivos pelos quais não seria razoável entender-se o ordenamento jurídico constitucional como sendo um sistema normativo completo e fechado, caracterizado pela ordem e pela unidade, visto que é necessária a constante integração do texto constitucional com a realidade fática (LEAL, 2007). Em outras palavras, é certo que o período democrático consagrou a noção de constituição aberta como sendo esta o documento máximo de um estado pautado em uma base principiológica capaz de refletir os valores mais caros de um determinado povo. Entretanto, é justamente o caráter aberto da constituição que enseja uma atuação efetiva e criativa dos tribunais, os quais precisam interpretar a constituição para, com isso, dizer o alcance e/ou o limite de cada direito frente ao caso concreto.

Tal sistema justifica-se pelo fato de que a história já mostrou que o mero Estado de Direito formal não é suficiente para assegurar direitos, uma vez que não passam de meras cláusulas gerais sem eficácia prática. Nesse contexto, a atuação interpretativa dos tribunais, e, por conseqüência sua grande capacidade construtiva, vem no sentido de fortalecer e consagrar direitos fundamentais, tendo como referência central a dignidade da pessoa humana, princípio este que pode ser entendido como o mais importante dos princípios de uma nação.

Em contrapartida a esse movimento construtivo dos tribunais, surgem alguns problemas, a exemplo deles, o fato de o Poder Judiciário, por vezes, extrapolar suas



funções de provedor do controle de constitucionalidade e acabar por legislar. No que se refere a esse aspecto tem-se que a interpretação conforme, que se inclui entre os tipos de sentenças interpretativas, entende que um preceito legal somente pode ser declarado inconstitucional quando não tenha relação com nenhum dispositivo da constituição. Tal entendimento tem por prerrogativa a preservação das leis e o respeito para com a atividade desenvolvida pelo poder legislativo, uma vez que a declaração de nulidade ou inconstitucionalidade de uma lei deve ser a última alternativa a ser alcançada pelos tribunais constitucionais. Ou seja, é justamente com o intuito de preservar as leis emanadas pelo legislativo que os tribunais constitucionais precisam interpretá-las para que estas se amoldem ao texto constitucional e sejam aplicadas de forma correta para que não seja tida como inconstitucional. Assim, a interpretação conforme consagra e concretiza a supremacia da constituição, respeitando a atividade legislativa, não havendo, portanto, que se falar em extrapolação de funções por parte do poder judiciário.

Contudo há quem entenda que na verdade a interpretação conforme, pode sofrer inúmeras críticas, pelo fato de haver uma imposição da melhor interpretação pelo tribunal, de modo que “[...] correr-se-ia o risco de um certo autoritarismo hermenêutico em detrimento de outras interpretações igualmente constitucionais, já que estes contornos são, muitas vezes, tênues e imprecisos” (LEAL, 2007, p.83).

Como base no exposto, tem-se que a grande questão é entender a atuação da jurisdição constitucional sob uma perspectiva de cooperação e não de competição e atrito com os demais poderes do estado (legislativo e executivo), vez que não pretende o poder judiciário, a partir da interpretação das normas, criticar ou até mesmo esvaziar a atuação legislativa. Muito pelo contrário, tem-se que a atuação da jurisdição constitucional vem a somar na medida em que tem por objetivo aclarar as normas, bem como torná-las amplamente aplicáveis e garantidoras de direitos, a fim de que tais normas possam de fato ser a expressão e a concretização de tudo o que consta previsto na constituição, esta última entendida como sendo a expressão máxima dos valores mais caros à sociedade que a adota. Em outras palavras, a atuação interpretativa/construtiva da jurisdição constitucional busca a concretização dos preceitos e direitos fundamentais elencados pelo povo que a legitima.

Nesse sentido, em se tratando de Estado de Direito, não há nada mais importante do que a garantia dos direitos fundamentais, como a liberdade, a



segurança social, a privacidade, o trabalho, dentre tantos outros, sendo função primordial da constituição garanti-los e, por sua vez, do tribunal constitucional do país resguardá-los, efetivá-los e intervir quando verificada qualquer situação de violação, seja por parte do estado ou de particulares (REIS, 2012).

Por fim, nos dias atuais, é inegável o caráter político assumido pelos tribunais constitucionais, vez que tal fenômeno decorre da própria natureza das funções para que são chamados a desempenhar, bem como pela modalidade de designação de seus membros, que é política, normalmente por indicação dos poderes executivos e legislativos do país, e, ainda, pela dinâmica de duração do mandato, que em regra é vitalícia. Derradeiramente, tem-se que a politização da jurisdição constitucional acentua-se quando se atribui aos tribunais constitucionais a função de fixar os limites de sua própria atuação, isto é, fixar a sua competência, e, ao mesmo tempo, fixar o alcance dos efeitos de suas próprias decisões (NOVAIS, 2012). Ademais, é evidente que a atuação do Poder Judiciário está condicionada a demonstração de que a lei viola, transcende, suprime, altera ou afronta algum direito esculpido como fundamental.

Assim, tem-se que a constituição é o documento limitador máximo da atuação de todos que a ela se submetem, inclusive o Poder Judiciário, pois representa o conjunto de valores e ideais mais caros de um povo, sendo indispensável a atuação dos tribunais constitucionais no sentido de garantir a inviolabilidade do direitos lá previstos, bem como sua efetiva concretização, agindo sempre que se verificar ameaça ou afronta a direitos fundamentais, inclusive em face do próprio estado, quando for este a figura violadora.

3 Análise do Habeas Corpus nº118.533: a retirada do caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado de entorpecentes pelo STF a partir de uma interpretação à luz da constituição:

O HC 118.533 foi interposto pela defesa dos apenados visando à retirada do caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado de entorpecentes, uma vez que tal alteração implicaria na modificação das datas estabelecidas para a concessão de benefícios previstos na lei de execução penal. Inicialmente, faz-se necessário mencionar que o crime de tráfico de drogas está previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, tendo sido equiparado a hediondo por força de disposição contida na



Lei 8.072/2006, condição esta que torna mais severo o cumprimento da pena, bem como a concessão de benefícios, uma vez que a legislação estabelece períodos mais longos de privação de liberdade para a obtenção de saídas e progressão de regime, por exemplo.

A discussão posta nos autos do HC acima mencionado cinge-se a análise da incidência da hediondez quando se tratar de crime de tráfico privilegiado de entorpecentes, este previsto no artigo 33, caput, §4º da referida lei de drogas. Nessa hipótese, a própria lei prevê a possibilidade de redução da pena quando o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Assim, no HC analisado, os réus foram condenados a pena privativa de liberdade de 07 anos e 01 mês de reclusão em regime fechado pelo crime de tráfico privilegiado de entorpecentes, tendo o juízo de primeiro grau expressamente em sentença afastado o caráter hediondo da conduta criminosa (STF, 2016).

À época dos fatos, o Ministério Público recorreu da sentença buscando o reconhecimento judicial da hediondez, sustentando, em síntese, que a lei 8.072 quando equipara o tráfico de drogas aos crimes hediondos, não aponta nenhuma ressalva quanto ao crime de tráfico privilegiado, vez que a redução imposta pelo parágrafo quarto do referido artigo trata-se de mera causa de redução de pena, não constituindo novo tipo penal, tão pouco altera em nada a reprovabilidade e a gravidade da conduta de traficar drogas, motivos estes pelos quais o referido delito é equiparado a hediondo, conforme previsão expressa contida na lei.

A sentença de primeiro grau foi mantida pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso, sendo, posteriormente, reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, aplicando o entendimento majoritário da corte e os preceitos da lei dos crimes hediondos, reconheceu a hediondez do crime de tráfico privilegiado de drogas. É em meio a esse cenário que a matéria chega ao STF, o qual tem a missão de, á luz da constituição, dizer o direito do caso, isto é, aplica-se ou não a lei dos crimes hediondos ao tráfico privilegiado de drogas (STF, 2016).

O julgamento se estendeu por anos, tendo a matéria sido afetada ao plenário do Supremo em virtude da repercussão geral do caso, sendo que, por maioria, os Ministros do STF, no último dia 24 de junho de 2016, acolhendo o parecer da Procuradoria Geral da República, decidiu pela retirada do caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado de drogas ao argumento de que o intuito da



Lei dos Crimes Hediondos é punir com maior severidade àqueles que cometem crimes graves e de alta reprovação social, a exemplo do tráfico de drogas cometido no âmbito de organização criminosa e/ou por agente reincidente e com maus antecedentes - artigo 33, caput da Lei 11.343/06 (STF, 2016).

Nesse diapasão, havendo previsão expressa na própria legislação de reprimenda menos gravosa para aquele que, à época do cometimento do crime, era primário, de bons antecedentes e não integrava organização criminosa, inobstante ao fato de tal conduta não constituir novo tipo penal, não pode a este ser estendida a reprimenda trazida pela hediondez. Em outras palavras, a própria Procuradoria Geral da República (PGR) entendeu que a lei dos crimes hediondos carecia de interpretação conforme à constituição, uma vez que necessária sua aclaração consoante os preceitos e princípios insculpidos na carta magna, em especial, o princípio da dignidade humana, vez que não parece razoável conferir tratamento tão severo àquele que a própria lei optou por tratar de forma mais branda em virtude das circunstâncias do caso.

Entretanto, como o objeto de análise não era em si a matéria ventilada no HC, mas sim a atuação da Jurisdição Constitucional frente ao caso, resta clara a atuação construtiva do STF no sentido de, a partir da interpretação da norma (Lei 8.072 e Lei 11.343) promover concretização e efetivação de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, aclarando e trazendo à tona o verdadeiro espírito do dispositivo legal. Além do mais não havendo que se falar em afronta ao princípio da separação dos poderes e tão pouco em extrapolação de funções por parte do poder judiciário, tem-se que a atuação do STF tornou a aludida norma adequada e conforme para com a constituição, sem a necessidade de invalidá-la.

4 Conclusão

O presente ensaio se propôs a analisar a postura do STF dentro do processo de judicialização da política atualmente existente no Brasil, frente aos mais diversos casos de violação e/ou não efetivação de direitos fundamentais que a ele são submetidos. Para tanto, como ponto de partida, analisou-se à legitimidade do poder judiciário para tal atuação, bem como a fixação dos limites dessa atuação, chegando-se, por fim, a conclusão de que sua atuação construtiva parte da necessidade de aclaração das normas à luz dos preceitos e princípios insculpidos no



texto constitucional. Em outras palavras, tem-se que é obrigação do poder judiciário dizer o sentido da norma sob a perspectiva da constituição, sendo que, para atingir tal objetivo, torna-se indispensável à interpretação da referida lei, vez que seu sentido constitucional esta nela contido, precisando, apenas, ser trazido a tona.

Por fim, com base nas idéias trazidas, propõe-se que a atuação da jurisdição constitucional não seja vista sob a ótica da disputa, mas sim sob a perspectiva da cooperação, visto que não é a intenção do poder judiciário esvaziar as atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo, mas sim, colaborar para que as garantias e direitos assegurados pela constituição sejam concretizados em sua plenitude. Com base nisso, a fim de verificar na pratica a postura adotada pelo STF, bem como sua atuação junto à construção e efetivação de direitos, é que se analisou o caso do Habeas Corpus 118.533, através do qual o STF interpretou a lei dos crimes hediondos sob a ótica da constituição, aclarando à comunidade jurídica que a lei, em sua essência, embora não previsto expressamente no texto legal, não tinha por intuito conferir ao tráfico privilegiado de entorpecentes o mesmo tratamento conferido ao tráfico de drogas praticado por réu reincidente e/ou integrante de organização criminosa, este último, crime grave e que exige reprimenda mais severa que os demais, motivo pelo qual é equiparado aos hediondos.

Assim, é possível compreender-se que o STF interpretou a lei dos crimes hediondos para lhe atribuir o verdadeiro sentido da norma sob o prisma constitucional, erradicando qualquer dúvida acerca da impossibilidade de conferir ao tráfico privilegiado de drogas o caráter hediondo, uma vez que não era essa a intenção do legislador, bem como pelo fato de que tal interpretação afronta direitos e garantias fundamentais caros à ordem constitucional vigente no país, em especial a dignidade humana do apenado, o qual terá sua liberdade restringida por muito mais tempo do que o legitimado pela lei.

Referências

ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Hennig, "Judicialização e Ativismos Judicial. O Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

ALVES, Fernando Roberto Schnorr; MEOTTI, Francieli, "Garantidor dos Direitos Fundamentais: uma análise da PEC nº 33 a partir da discussão do papel da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito", In: ALVES, F.D.; LEAL,



M.C.H.; MAAS, R.H. (Org.), *Jurisdição Constitucional Aberta. Uma análise da PEC 33*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.

BARROSO, Luís Roberto, "Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática", *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, núm. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 14 de julho de 2016.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

Disponível em:

<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 08 Out. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 118.533*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4432320>. Acesso em 09 de outubro de 2016.

BRASIL, Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em 17 de julho de 2016.

BRASIL, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 17 de julho de 2016.

CASTILHOS, Sérgio Luiz de; CASTILHOS, Tânia Mariza Garcia de, "Jurisdição Constitucional Aberta: a legitimidade da sua atuação frente aos Direitos Fundamentais, a Democracia e o Estado Democrático de Direito", In: ALVES, F.D.; LEAL, M.C.H.; MEOTTI, F.F. (Org.), *A Jurisdição Constitucional Brasileira. Perspectivas e Desafios*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig, "Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática", Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2007.

_____, "La Jurisdicción Constitucional Entre Judicialización Y Activismo Judicial: ¿Existe Realmente "Un Activismo" o "El" Activismo?", *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, núm. 2, p. 429-453, 2012. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200011. Acesso em 17 de julho de 2016.

MAAS, Rosana Helena. *O Amicus Curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: a repercussão do instituto na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF sobre a lei da biossegurança*. 2011. 201 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

MAZZARDO, Luciane de Freitas; SOVERAL, Raquel Tomé, "Norma e Jurisdição Aberta e a atuação interpretativa do Poder Judiciário: uma análise do direito



fundamental à razoável duração do processo", In: ALVES, F.D.; LEAL, M.C.H.; MEOTTI, F.F. (Org.), A Jurisdição Constitucional Brasileira. Perspectivas e Desafios, São Paulo, Letras Jurídicas, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis, "Direitos e Justiça Constitucional em estado de Direito Democrático", Coimbra, Coimbra Editora S.A, 2012.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; SILVA, José Robson da; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. A atuação do poder judiciário frente ao estado constitucional de direito. Revista Jurídica da Faculdade da União, v. 1, 2010. Disponível em:
<<http://www.veros.adv.br/publicacoes/A%20ATUACAO%20DO%20PODER%20JUDICIARIO%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONAL%20DE%20DIREITO.pdf>>
Acesso em: 09 Out. 2016.

SANTOS, Aline Sueli de Salles. Que Boca é esta? Limites e possibilidades das novas audiências públicas na legitimação da democracia do STF. Observatório da Jurisdição Constitucional. ISSN 1982-4564 Ano 3, 2009/2010.

VASCONCELOS, Antônio Gomes. Audiência Pública no Exercício da jurisdição no estado constitucional democrático. Revista Direito em Debate. Disponível em:
<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate> Acesso em: 09 Out. 2016.