

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ELOY P. LEMOS JUNIOR

LORENA DE MELO FREITAS

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-069-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria da decisão. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

PREFÁCIO

Profa. Dra. Lorena Freitas

Prof. Dr. Eloy Jr.

Prof. Dr. Jerônimo S. Tybusch

O CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, tem um papel fundamental de integração e conhecimento do estado da arte das diversas temáticas jurídicas com as apresentações no âmbito dos Grupos de Trabalho que o compõem. Estes trabalhos expressam o andamento dos estudos dos pesquisadores das pós-graduações em Direito e afins de todo país revelando os GTs como a principal dinâmica no evento.

O GT Teoria da Decisão e Realismo Jurídico foi proposto originalmente no Congresso realizado em Novembro de 2014 no PPGCJ da UFPB, expressando as preocupações teóricas do único grupo de pesquisa cadastrado no CNPq com título e objeto sendo o Realismo Jurídico. A manutenção do GT nesta edição do CONPEDI contou com a experiência na coordenação dos trabalhos dos professores signatários deste prefácio e que por ora pretende apresentar aos leitores o resultado agora em forma de livro da discussão científica apresentada no encontro.

Como nosso objeto não é apresentar cada pesquisa/artigo em si que compõem este livro, cuja multiplicidade de temas e abordagens enriqueceram o debate científico, deixamos para o julgamento do leitor a busca do conteúdo no próprio resumo que cada artigo traz.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados permite certamente perceber este GT como uma especialidade em comparação aos tradicionais GTs de Filosofia e Hermenêutica Jurídicas, por exemplo, dando sede própria à problemática em torno da Teoria da norma x teoria da decisão, pragmatismo filosófico e jurídico, Realismo jurídico norte-americano e Realismo jurídico escandinavo, discurso jurídico, judicialização, ativismo judicial e decisionismo.

Assim, apresentamos ao público este livro com 12 capítulos agrupando exatamente os melhores trabalhos submetidos, aprovados e apresentados no XIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, cujo expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados só vem ratificar este compêndio da doutrina nacional em Teoria Geral do Direito.

Os Coordenadores

JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL CASOS RECENTES E POLÊMICOS NO STF

JUDICIALIZATION POLICY AND JUDICIAL ACTIVISM RECENT AND CONTROVERSIAL CASES OF STF

**Jerônimo Vieira de Sousa Neto
Pedro Franco Mourão**

Resumo

O objetivo do presente trabalho é analisar e estudar os fenômenos da judicialização política e do ativismo judicial, notadamente no Supremo Tribunal Federal. Nesse rumo, estuda-se e exemplifica-se as principais diferenças entre os fenômenos, demonstrando que a despeito de bastante similares, os conceitos são distintos. Ademais, é ressaltado que nos últimos anos o STF vem enfrentando e decidindo diversas questões polêmicas, motivo pelo qual são levantadas as maneiras chamadas ações diretas pelos quais referidos temas polêmicos chegam à Corte Suprema. Por fim, como não poderia deixar de ser, são estudados 03 (três) casos recentes que foram submetidos ao crivo do STF, pelas ações diretas, a fim de se verificar se houve, pelo Tribunal, judicialização política ou ativismo judicial.

Palavras-chave: Judicialização política, Ativismo judicial, Supremo tribunal federal, Ações diretas, Casos polêmicos

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this work is to analyze and study the phenomena of political legalization and judicial activism, notably in the Supremo Tribunal Federal. In this course, is studied and exemplified the main differences between the phenomena, demonstrating that despite very similar, the concepts are distinct. Furthermore, is noted that in recent years the STF has been facing and deciding several controversial issues, why manners are raised called direct actions by which these controversial issues come to the Supreme Court. Finally, as it should be, are studied 3 (three) recent cases submitted to the scrutiny of the STF, by direct action, to be ascertained, by the Court, judicialization political or judicial activism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legalization policy, Judicial activism, Supremo tribunal federal, Direct actions, Controversial cases

1. INTRODUÇÃO

Desde meados da última década, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem enfrentando questões polêmicas, por meio das ações diretas¹, que vêm gerando grandes repercussões em todo o território nacional.

No entanto, apesar das decisões tomadas pelo STF no âmbito do controle concentrado ter validade e aplicação em todo o Brasil, há grande discussão acerca de uma suposta judicialização política e um suposto ativismo judicial perpetrado pela suprema corte brasileira, o que segundo alguns juristas acaba por ferir o princípio constitucional da separação dos poderes, estampado no art. 2º da Constituição de República de 1.988.

Estudiosos afirmam que por meio dos referidos fenômenos – judicialização da política e ativismo judicial – o Poder Judiciário estaria ampliando seu poder em relação ao legislativo e ao executivo.

A par disso, o presente trabalho pretende expor por quais meios as questões polêmicas chegam à apreciação do STF, com enfoque exclusivo no controle concentrado de constitucionalidade, bem como, explicar o que é o fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial, com enfoque exclusivo na suprema corte brasileira.

Ao final, será feito o estudo de três casos concretos (julgamentos recentes), onde a presença dos referidos fenômenos foi de alguma maneira constatada.

2. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

A judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos observados em várias sociedades contemporâneas espalhadas pelo mundo. No entanto, o enfoque do presente trabalho é a observância do referidos fenômenos em terras tupiniquins.

Antes mesmo de adentrar ao estudo do que de fato é a judicialização da política e o ativismo judicial, é imprescindível trazer à tona a teoria da separação dos poderes.

¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva).

Referida teoria está consagrada pelo art. 2º da Constituição da República de 1.988 (CR/88), que prescreve de maneira clara que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Na sua formulação clássica, a separação dos Poderes corresponde à forma tripartite, que vem a ser o Poder Legislativo, o Poder Executivo, e o Poder Judiciário. Ao primeiro, corresponderia a função legislativa, que compreende a edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, sendo, portanto, as leis. Ao segundo Poder, a função executiva, se incumbe de resolver os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis. O terceiro e último poder, cumpridor da função jurisdicional, tem como escopo aplicar o direito nos casos concretos, dirimindo conflitos de interesse.

Não é atoa que Montesquieu, idealizador da teoria da separação dos poderes, há tempos já dizia que essa teoria se justifica ao afirmar que “todo homem que tem Poder é levado a abusar dele; vai até encontrar os limites”. Assim, acaso não haja uma separação clara e bem definida de poderes, é bem provável que venha a ocorrer abusos, o que não pode ser tolerado em um Estado Democrático de Direito.

Por isso, a separação dos poderes consagrada pela Constituição da República existe para evitar abusos, de forma que cada poder freie o outro.

É importante frisar além da separação, ou seja, independência entre o executivo, o legislativo e o judiciário, a Constituição ainda é clara ao prescrever que deve haver harmonia entre eles. Noutras palavras, o que a Constituição prega não é a simples divisão dos Poderes, mas sim sua harmonia, ou melhor, sua atuação em conjunto, concorrentemente e ao mesmo tempo independentes, e não de forma isolada, estanque.

No entanto, principalmente na última década, alguns juristas estudiosos sobre o assunto, são contundentes ao afirmarem que vem surgindo – e até mesmo se consolidando – os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, por meio do qual o poder judiciário vem se preponderando sobre os demais poderes, em latente afronta ao princípio da separação dos poderes.

De acordo com alguns doutrinadores, dentre eles o famoso jurista americano Chester Neal Tate (1995), judicialização da política "é o fenômeno que significa o deslocamento do polo de decisão de certas questões que tradicionalmente cabiam aos poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário."

Na mesma linha, o atual Ministro da Suprema Corte Brasileira, Luis Roberto Barroso afirma que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do 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. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2009)

Já o ativismo judicial é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas envolveram a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgamentos atenderam a demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo (BARROSO, 2012).

Tendo por base os ensinamentos supracitados, constata-se que a judicialização da política não se confunde com o famoso “ativismo judicial”, apesar de parecidos.

De fato em ambos os casos – judicialização da política e ativismo judicial – há aproximação entre jurisdição e política. Não obstante, quando se fala em judicialização essa aproximação decorre de necessidade e do próprio modelo constitucional, enquanto em se tratando de ativismo judicial, tal aproximação decorre da vontade do julgador.

Em virtude dessa semelhança, é que o Ministro Barroso afirma que:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e

alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012)

E arremata, salientando que:

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, 2012)

Diante disso, constata-se que a judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos crescentes, em que questões que a princípio caberiam ao poder executivo e/ou ao poder legislativo dispor e apreciar, acabam sendo levadas ao crivo do poder judiciário, que dá sua opinião sobre o assunto, que desde válida, passa a gerar efeitos *erga omnes*, ou seja, para todos.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como dito anteriormente, apesar de já restar clara a distinção entre judicialização e ativismo judicial, é importante destacar que o fenômeno da judicialização “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

Por outro lado, o ativismo judicial é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes.

Não obstante, apesar de poder serem constatados em qualquer instância judicial, o presente estudo direciona seus esforços unicamente para o STF, tendo em vista que os casos concretos a serem estudados mais adiante tratam-se de questões apreciadas pela suprema corte.

No presente estudo, as atenções serão voltadas para a ocorrência dos referidos fenômenos no bojo do controle concentrado de constitucionalidade² exercido pelo STF, por meio das ações diretas, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva).

Antes, porém, é de suma importância tecer alguns comentários sobre tais ações diretas, a fim de saber por qual caminho as questões em que o fenômeno da judicialização e do ativismo judicial são verificados e levados ao STF. Todavia, como o foco do presente estudo não é esgotar as características e nuances que envolvem cada uma das referidas ações, a seguir serão tecidos somente alguns sucintos comentários acerca de cada uma delas, com enfoque maior nas atinentes aos casos concretos que serão estudados adiante, quais sejam, a ADI e a ADPF.

A ADI³ tem por finalidade declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital revestidos de generalidade e abstração, excluindo-se as leis de efeitos individuais e concretos.⁴

Referida ação direta não pode ser proposta por qualquer cidadão. Conforme prevê o art. 103, da CR/88, somente as seguintes pessoas/entidades são legitimados para tanto: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

² O controle concentrado, abstrato, ou por via de ação objetiva retirar do sistema jurídico a lei ou o ato normativo em tese, ou em abstrato, tidos por inconstitucionais.

³ Referências legais: Constituição Federal, artigo 102, I, a. Lei 9868/99. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 169 a 178.

⁴ Somente as normas e os atos dos poderes públicos podem ser submetidos ao controle de constitucionalidade. Já as normas ou atos jurídicos privados, como os acordos, contratos, compromissos fundados na autonomia da vontade, os estatutos de associações, fundações, entre outros, não se sujeitam a esse controle, devendo sua inadequação frente ao texto constitucional ser resolvida pelas vias ordinárias, no âmbito da invalidação.

Após proposta a ADI, nas próprias palavras do STF⁵, o procedimento a ser seguido é o seguinte:

O relator deve pedir informações às autoridades de quem emanou a lei, tais como Presidente da República, Congresso Nacional, para estabelecer o contraditório.

Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos requerentes, o relator poderá ouvir outros órgãos ou entidades. Caso haja necessidade de esclarecimento da matéria, podem ser designados peritos para emitir pareceres sobre a questão ou chamadas pessoas com experiência e autoridade no assunto para opinar.

O Advogado-geral da União e o Procurador-Geral da República devem se manifestar nos autos.

Quando houver pedido de medida cautelar, só poderá haver concessão pela maioria absoluta dos ministros que compõem o Tribunal, ou seja, por 6 votos. Somente em casos de excepcional urgência, a cautelar poderá ser deferida sem que sejam ouvidas as autoridades de quem emanou a lei.

Uma vez proposta a ação, não se admite desistência.

A decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei somente será tomada se estiverem presentes na sessão de julgamento pelo menos oito ministros.

Uma vez proclamada a constitucionalidade em uma ADC, será julgada improcedente eventual Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a mesma lei. Do mesmo modo, uma vez proclamada a inconstitucionalidade em ADI, será improcedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade contra a mesma norma.

Contra a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade em ADC e ADI não cabe recurso de qualquer espécie, com a exceção de embargos declaratórios.

A decisão que declara a inconstitucionalidade tem eficácia genérica e obrigatória, além de ser surtir *erga omnes*, ou seja, a todos, indistintamente. Ademais, referida decisão tem efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, que não podem contrariar a decisão.

Por outro lado, a ADC⁶ tem por finalidade confirmar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. O objetivo da ADC é garantir que a constitucionalidade de referida lei ou ato normativo federal não seja questionada em outras ações judiciais, principalmente por uma eventual ADI.

⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>

⁶ Referência legal: Art. 102, I, da CR/88.

Diferentemente da ADI, a ADC tem por objeto somente leis ou atos normativos federais, ou seja, as normais estaduais não podem ser objeto de ADC proposta no STF.

Os legitimados são os mesmos da ADI e os efeitos são os mesmos da ADI, sendo que o procedimento também é bastante parecido.

Já a ADPF⁷, por meio da qual dois dos casos concretos a serem estudados chegaram ao STF, tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, cabendo também quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

É importante destacar que a ADPF somente pode ser utilizada como última válvula de escape, ou seja, somente pode ser proposta quando nenhuma das outras ações diretas supracitadas, e nem mesmo os recursos ordinários e extraordinários previstos na legislação forem capazes de sanar a lesividade. Noutras palavras, a ADPF constitui instrumento excepcional e extremo, supletivo e subsidiário.

Os legitimados, ou seja, as pessoas/entidades competentes para propor a ADPF são os mesmos da ADI, citados acima.

Quanto ao procedimento de tramitação da ADPF, também é praticamente idêntico ao da ADI. Os efeitos também são os mesmos da ADI, ou seja, a decisão proferida no bojo de uma ADPF tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do poder público.

Em relação aos efeitos, é importante frisar que tanto nas decisões proferidas em ADI ou em ADPF, o STF vem aplicando e adotando a técnica da “interpretação conforme a Constituição”.

Consiste a interpretação conforme a Constituição em declarar o STF qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Constituição, sempre que determinada lei ou ato normativo ofereça diferentes possibilidades de interpretação. Na interpretação conforme a Constituição o que é declarado pelo Tribunal é a maneira mais adequada de interpretar determinada lei ou ato normativo frente a Constituição.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso salienta que:

⁷ Referência legal: Art. 102, §1º da CR/88 e Lei Federal 9.882/99.

É possível e conveniente decompor didaticamente o processo e interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição; 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal. (2009, p. 181-182)

Noutro giro, a ADO decorre da inércia do legislador ou de órgão administrativo que não edita norma ou programa estabelecido pela Constituição.

Noutras palavras, a Constituição exige uma conduta positiva do Poder Público, que se omite, visando garantir a aplicabilidade e a eficácia da norma constitucional. Desse modo, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público omissor.

Diante disso, a ADO tem por objetivo dar eficácia às normas constitucionais dependentes de complementação, diante da inércia do Poder Público, que se abstém da prática de um dever a ele imposto pela CR/88.

Os legitimados e o procedimento a ser observado são os mesmos da ADI.

No tocante aos efeitos, o art. 103, §2º, da CR/88, determina que: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”, ou seja, trata-se de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei ou ato normativo.

Aqui é importante ainda destacar que apesar de a ADO e o mandado de injunção⁸ terem sido instituídos para o controle da omissão inconstitucional, este é instrumento de tutela de direito subjetivo, enquanto aquela tutela direito objetivo. Noutros termos, o mandado de injunção é garantia constitucional individual, e a ADO é ação constitucional de garantia da Constituição.

⁸ CR/88: Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Vale frisar que o mandado de injunção pode ser proposto por qualquer um do povo, enquanto a ADO tão somente pelos mesmos legitimados para a propositura de ADI.

Por fim, ainda sobre as ações diretas, não custa lembrar que o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade é marcadamente objetivo, não comportando partes, litisconsórcio ou assistência, em atenção ao princípio da acessibilidade limitada.

Diante disso, a fim de que a sociedade pudesse de alguma maneira “participar” da formação do convencimento dos Ministros da suprema corte pátria, de modo a conferir maior legitimidade democrática e técnica às decisões proferidas pelo STF, foi editada a Lei 9.868/1999, por meio da qual foram inseridos alguns institutos antes estranhos à jurisdição constitucional brasileira.

Entre esses institutos, tem inegável destaque o *amicus curiae* e a audiência pública, por meio dos quais *experts* sobre temas técnicos postos em pauta nas ações diretas, expõe, até mesmo em plenário, suas mais variadas opiniões.

Extraído da experiência americana, o *amicus curiae* permite que entidades representativas possam levar novos argumentos para o debate a ser travado na corte. Mesmo não consistindo sua participação, em princípio, em assunção de posição a favor ou contra a tese levantada pelo legitimado que provoca a jurisdição constitucional, é inegável que o instituto pode exercer a importante função de auxiliar a corte, seja evitando uma decisão equivocada, seja aprimorando uma posição sustentada por ela. Por sua vez, a audiência pública consiste na convocação de pessoas com experiência e autoridade na matéria levada a conhecimento da corte. O objetivo de sua utilização é tanto esclarecer questões técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, como promover uma jurisdição constitucional mais democrática (MEDINA, 2013).

Feitas tais considerações, adiante será feito o estudo de três casos concretos, que chegaram ao STF por meio de ADI e ADPFs, onde foi constatada a presença dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

4. ESTUDO DE CASOS RECENTES E POLÊMICOS

Após um breve, porém criterioso estudo sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, a chamada e polêmica judicialização do STF, bem como a respeito das possíveis ações

utilizadas para questionar dispositivos de leis e até mesmo as técnicas de julgamento da corte suprema, importa destacar e analisar 3 (três) recentes, importantes e polêmicas decisões do Supremo Tribunal Federal.

4.1. Constitucionalidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias

4.1.1. O Caso

Com o intuito de normatizar e melhorar o assunto a respeito do uso das técnicas de engenharia genética no Brasil foi editada a Lei 11.105, de 24 de março de 2005, a qual revogou a Lei 8.974, de 05 de janeiro de 1995.

Todavia, em 16 de maio de 2005 – apenas dois meses após a entrada em vigor da Lei 11.105/05 – o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510/600 perante o STF.

A famigerada “ADI das Células Tronco”, foi proposta com o propósito de ser declarada a inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança, sob o fundamento de afronta aos princípios constitucionais e fundamentais do direito à vida (CR/88, art. 1º, inc. III) e da dignidade da pessoa humana (CR/88, art. 5º, caput).

Isso porque, o art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/05 prevê a utilização, para pesquisa e terapia, de células-tronco⁹ obtidas de embriões humanos, produzidos mediante fertilização *in vitro*, e que não foram transferidos para o útero materno. Veja-se a redação do dispositivo, *in verbis*:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§1º. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§2º. Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§2º. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

⁹ “As células-tronco embrionárias são aquelas provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). Para se usar estas células, que constituem a massa interna do blastocisto, é destruído o embrião” (FERREIRA, 2007).

Nesse rumo, segundo tese apresentada pelo Procurador-Geral da República, o embrião humano seria uma vida e, portanto, deveria ter a devida proteção constitucional.

Como de pronto se percebe, o Procurador-Geral da República, fundamentou seu pedido na *teoria da fecundação*, segundo o qual, entende-se que o embrião, mesmo fora do útero materno, já seria provido de personalidade jurídica.

Nessa linha de raciocínio, analisando-se o relatório¹⁰ constante do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto na ADI 3510, verifica-se que a petição inicial sustentou:

a) “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Noutro giro, em defesa da constitucionalidade da norma, algumas entidades, na qualidade de *amicus curiae*, pleitearam ingresso na ação.

A despeito de fortes argumentos jurídicos, como a alegação de que a lei resguarda apenas os direitos do nascituro, ou seja, o ser humano já concebido no útero da mãe, foram apresentadas interessantes teses sob o ponto de vista ético e de interesse nacional, destacando-se que segundo a Lei somente poderiam ser utilizados embriões congelados há mais de 3 (três) anos e que nunca seriam implantados em um útero materno, bem como a importância da evolução da medicina.

Como se não bastasse, tendo em vista a relevância social do caso debatido, o Ministro Relator determinou a realização de audiência pública, oportunidade em que “22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas.”¹¹

¹⁰ Íntegra do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 05 de março de 2008.

¹¹ IDEM

Nesse sentido, o Relator em seu voto¹², após a audiência pública, destacou interessante dizer da cientista Mayana Zatz:

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença.

4.1.2. A Decisão do STF

Somente após 3 (três) anos a corte suprema agendou a sessão de julgamento (05 de março de 2008), oportunidade em que foram realizadas as sustentações orais e proferiu voto o Ministro Relator, Carlos Ayres Britto. Após o pedido de vista no Ministro Carlos Alberto Menezes Direito o julgamento foi paralisado, retornando apenas em 28 de maio de 2008 e concluído em 29 de maio de 2008.

Conforme ensinamento do professor e atual Ministro Luis Roberto Barroso, as votações dos 11 (onze) ministros seguiram 3 (três) linhas.

Embora a divulgação do resultado do julgamento pela imprensa tenha feito menção a uma vitória por 6 votos a 5, foram três as linhas de votação seguidas pelos Ministros. (BARROSO, 2012)

A principal corrente, liderada pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto e acompanhada pelos Ministros Carmén Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello, julgou improcedente os pedidos da ADI.

Em criteriosa análise aos fundamentos do voto do Ministro Carlos Britto, vale destacar os seguintes fundamentos: (i) o bem jurídico vida, constitucionalmente protegido, refere-se à pessoa nativiva; (ii) o direito à saúde; (iii) já admitiu-se, mediante a Lei 9.434/97, que a vida

¹² IDEM

finda-se com a morte encefálica, sendo certo que o embrião objeto das normas impugnadas é incapaz da vida encefálica.

Ressalte-se trecho retirado do voto¹³ do Ministro Relator, segundo o qual somente há vida após a fecundação.

(...) não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. (...) Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório.

De outra maneira foi o entendimento do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau.

Referidos Ministros julgaram parcialmente procedente a ADI, defendendo a impossibilidade de destruição dos embriões congelados para realização da pesquisa. Veja-se trecho do voto¹⁴ do Ministro Menezes de Direito:

Destarte, com as razões acima deduzidas, julgo procedente, em parte, a ação direta de inconstitucionalidade para, nos termos que se seguem: 1. no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões “pesquisa e terapia” como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos.

No mesmo sentido, orientou o Ministro Lewandowski: “as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido.”¹⁵

¹³ Íntegra do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 05 de março de 2008.

¹⁴ Íntegra do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 28 de maio de 2008.

¹⁵ Íntegra do voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 28 de maio de 2008.

Doutro norte, por fim, os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes defenderam, com caráter de decisão aditiva, a necessidade de submissão das pesquisas com células-tronco embrionárias a um órgão central de controle subordinado ao Ministério da Saúde.

Concluiu o Ministro Gilmar Mendes¹⁶:

Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº. 11.101/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Sacramentou o Ministro Cezar Peluso: “os embriões congelados não têm vida atual, suscetível de proteção jurídica plena (art. 5º, caput), eliminá-lo não constitui, em princípio, crime, bem ato ilícito menos grave.”¹⁷

4.1.3. Judicialização Política ou Ativismo Judicial?

Muitos juristas e doutrinadores defendem que a declaração de constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias seria um caso típico de judicialização política ou até mesmo ativismo judicial.

Todavia, o presente caso é de autocontenção, ou seja, justamente o contrário do que muitos afirmam. Isso porque, após uma provocação por meio de ADI, o STF simplesmente preferiu dar legitimidade à Lei editada ao invés de declarar inconstitucional o art. 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança.

Sobre a autocontenção leciona Dimitri Dimoules:

A doutrina da autocontenção adota uma concepção modesta do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política anular a vitória da maioria, em nome de considerações subjetivas sobre as “melhores” soluções. Nos EUA,

¹⁶ Íntegra do voto do Ministro Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 28 de maio de 2008.

¹⁷ Íntegra do voto do Ministro Cezar Peluso. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 28 de maio de 2008.

tradicionalmente, os tribunais se consideravam guardiões da letra da Constituição e não árbitros do confronto político. Essa posição mudou no decorrer do século XX, tendo adotado os tribunais em vários casos a postura que muitos doutrinadores apelidam de ativismo judicial. (DIMOULES)

Caso e somente se a ADI fosse procedente, poderia se afirmar uma possível judicialização política, em virtude de interferência no poder legislativo. Mas nunca afirmar tratar-se de ativismo judicial, eis que não se tratou de uma atitude deliberada do STF, muito ao contrário, ele próprio foi provocado.

4.2. Possibilidade e Reconhecimento da União Homoafetiva

4.2.1. O Caso

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132 foi ajuizada em 2008 pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. A ADPF ajuizada pretendia a aplicação da técnica da “interpretação conforme à constituição” aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro), bem como ao art. 1.723 do Código Civil.

Posteriormente, no ano seguinte, a Procuradora Geral da República, Deborah Duprat, ajuizou a ADPF nº. 178.

Ambas as ações, bastante similares, pretendiam, em suma, que o reconhecimento jurídico da união estável fosse estendido às relações homoafetivas. E, justamente por serem similares, foram apensadas e julgadas conjuntamente, sendo recebidas como Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em outras palavras, conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.273 do Código Civil brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição. O que vem repisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção.”

Em brevíssimo resumo, mas deixando claro os principais fundamentos abordados, argumentou-se o número crescente de pessoas assumindo suas relações homoafetivas e a

necessidade de superação do preconceito, mormente pela Constituição Federal vedar expressamente qualquer tipo de discriminação (art. 3º, inc. IV). Ademais, como não poderia deixar de ser, a ADPF indicou como preceitos fundamentais violados o direito à igualdade (art. 5º, *caput*); o direito à liberdade (art. 5º, inc. II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*), todos contidos na Constituição da República.

Em razão da complexidade e relevância do tema, como esperado, foram deferidos o ingresso de 14 *amicus curiae* na causa. Como exposto pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto¹⁸:

A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento.

4.2.2. A Decisão do STF

O início do julgamento das ações se deu em 04/05/2011, oportunidade em que foram realizadas as sustentações orais dos autores e dos 14 (quatorze) *amicus curiae*, bem como proferiu voto o Ministro Relator, Carlos Ayres Britto. O julgamento foi concluído no dia 05/05/2011, com o voto dos demais Ministros da corte suprema.

Inicialmente, o voto condutor do Ministro Relator deferiu o pedido de “interpretação conforme à Constituição” do art. 1.723 do Código Civil.

E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família¹⁹.

¹⁸ Íntegra do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 14 de maio de 2011.

¹⁹ IDEM

Ademais, ressaltou o direito à intimidade e à privacidade das pessoas, a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana. Ainda, destacou a impossibilidade de tratamento discriminatório, nos seguintes termos:

É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).²⁰

Portanto, o Ministro Relator atribuiu ao art. 1.723 do Código Civil “interpretação conforme a Constituição”, para que se exclua qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O resultado do julgamento foi unânime, tendo todos os demais Ministros acompanhado o voto condutor do relator. Houve, contudo, algumas divergências pontuais, como bem explicita o atual Ministro Luis Roberto Barroso.

Com efeito, segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas decorreria diretamente de uma interpretação sistemática e teleológica do art. 226, §3º da Constituição. Embora o resultado seja semelhante, outros Ministros optaram pela solução analógica, por encontrar na matéria uma lacuna normativa.

4.2.3. Judicialização Política ou Ativismo Judicial?

O presente caso é típico do que a doutrina vem chamando de ativismo judicial, uma vez que houve – sim – uma atitude de deliberada expansão dos poderes do Poder Judiciário, seja pela interpretação sistemática e teleológica do art. 226, §3º da CR/88 (Ministro Carlos Ayres Britto), seja por encontrar na matéria lacuna normativa.

²⁰ IDEM

Até mesmo porque, como exposto pelo Ministro Barroso, o ativismo judicial ocorre “mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes”. (BARROSO, 2012)

Encontra-se presente também, não é demais ressaltar, o fenômeno da judicialização política, tendo em vista que se não fosse o “desenho” constitucional brasileiro – que permite o ajuizamento da ADPF – o STF não teria a oportunidade decidir sobre o tema.

4.3 Possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de gestação de feto anencefálico

4.3.1. O Caso

O último caso a ser analisado por este artigo trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, a fim de se realizar interpretação conforme à Constituição dos artigos 124, 126, *caput* e 128, I e II do Código Penal – que tipificam o aborto – com o intuito de se declarar que referidos dispositivos não incidem nos casos de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico.

Os preceitos fundamentais violados, segundo a CNTS, eram o art. 1º, III (princípio da dignidade humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal.

Ademais, pretendia-se o “reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado”²¹.

Em razão da complexidade da matéria, foram convocadas diversas audiências públicas, realizadas em 26/08/2008, 28/08/2008, 04/09/2008 e 16/09/2008, oportunidade que prestaram depoimento os principais especialistas sobre a matéria.

As audiências públicas, como ressaltado pelo próprio Ministro Relator Marco Aurélio em seu voto, auxiliou bastante no julgamento, mormente sobre o esclarecimento do conceito de anencefalia.

²¹ Íntegra do voto do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 11 de abril de 2012.

Conforme palavras do Ministro²²:

A anomalia consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. (...)

A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momentos posterior. A afirmação categórica de que a anencefalia é uma malformação letal funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública.

O atual Ministro Luis Roberto Barroso, representante da CNTS à época, confirmou que por meio das audiências foi possível concluir:

(i) o diagnóstico de anencefalia é feito com 100% (cem por cento) de certeza, sendo irreversível e letal na totalidade dos casos. A rede pública de saúde tem plenas condições de fazer esse diagnóstico, assim como de realizar o procedimento médico de antecipação do parto, caso seja esta a vontade da gestante; (ii) A gestação de um feto anencefálico é de maior risco para a mulher, em especial no que diz respeito a hipertensão, acúmulo de líquido amniótico e pré-eclampsia. Além disso, impor à mulher levar a gestação a termo pode ser gravoso à sua saúde mental; (iii) No Brasil não há registro de transplante de órgãos de um anencéfalo para uma criança viva. O feto com anencefalia não é um doador de órgãos potencial, pois apresenta múltiplas malformações associadas que aumentam o índice de rejeição dos órgãos pelo receptor; (iv) A interrupção da gestação neste caso deve ser tratada como antecipação terapêutica do parto e não como aborto, por inexistir potencialidade de vida. A definição jurídica do final da vida é a morte encefálica. O feto anencéfalo não tem vida encefálica; e (v) Anencefalia não se confunde com deficiência. Não há crianças ou adultos com anencefalia. (BARROSO, 2012)

4.3.2. A Decisão do STF

Com uma decisão liminar já favorável – havia sido deferida para reconhecer o direito das gestantes de se submeterem à antecipação terapêutica do parto, quando atestada por laudo médico a anomalia -, o julgamento de mérito se iniciou em 11/04/2012. Na primeira sessão, após

²² IDEM

sustentação oral, proferiram voto os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmén Lúcia e Ricardo Lewandowski. No dia posterior, computando os votos dos Ministros Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso, chegou-se ao resultado de 8 a 2, julgando-se procedente o pedido da ADPF.

O Ministro Relator, Marco Aurélio, esclareceu que a tipificação penal para o aborto de feto anencefálico não se coadunaria com a Constituição Federal, na medida em que é previsto a proteção à criança e ao adolescente.

(...) revele-se inaplicável a Constituição Federal no que determina a proteção à criança e ao adolescente, devendo a eles ser viabilizado o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ora, é inimaginável falar-se desses objetivos no caso de feto anencefalo, presente a impossibilidade de, ocorrendo o parto, vir-se a cogitar de criança e, posteriormente, de adolescente.²³

Noutro giro, divergindo do voto condutor do relator, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou não ser possível criar uma nova hipótese de isenção de pena, sob pena do STF atuar como “legislador positivo”.

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.²⁴

Prevaleceu, contudo, como já ressaltado, o voto condutor do relator.

4.3.3. Judicialização Política ou Ativismo Judicial?

²³ Íntegra do voto do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 11 de abril de 2012.

²⁴ Íntegra do voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 11 de abril de 2012.

No mesmo sentido do caso abordado no tópico anterior, o reconhecimento do direito das gestantes de se submeterem à antecipação terapêutica do parto coaduna com as teses da judicialização política e ativismo judicial.

Nada mais lógico, na medida em que houve interferência do Poder Judiciário no Legislativo, bem como foi realizada uma interpretação conforme à Constituição para permitir uma espécie de aborto não prevista anteriormente.

5. CONCLUSÃO

Conforme abordado, nos últimos anos, especificamente na última década, diversas questões polêmicas e importantes para a sociedade brasileira estão chegando para decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em decorrência disso, diversos estudiosos vêm afirmando a ocorrência dos fenômenos da judicialização política e do ativismo judicial. Segundo alguns autores e doutrinadores, a suprema corte do país estaria ultrapassando os limites de sua competência ao julgar alguns casos que deveriam ser de competência de outro poder, notadamente o Legislativo.

Por isso mesmo, o presente trabalho buscou, inicialmente, demonstrar as diferenças entre a judicialização política e o ativismo judicial. Apesar de em ambos os casos haver aproximação entre jurisdição e política, a judicialização decorre de necessidade e do próprio modelo constitucional, enquanto em se tratando de ativismo judicial, tal aproximação decorre da vontade do julgador. Por conseguinte, restaram demonstradas as formas com que referidos temas/assuntos polêmicos chegam ao STF, estudando as diversas ações diretas – principalmente a ADI e ADPF – previstas constitucionalmente.

Nesse rumo, conclui-se que se a Constituição Federal do Brasil não permitisse e previsse as diversas formas de ações diretas, bem como os diversos autores possíveis para o ajuizamento das demandas, certamente a suprema corte não seria tão provocada. Portanto, a judicialização política seria inevitável.

Por fim, com o intuito de verificar se de fato o STF ultrapassa os limites da sua competência, a ponto de caracterizar-se ativismo judicial, analisou-se 3 (três) casos recentes e emblemáticos, quais sejam: (i) Constitucionalidade das Pesquisas com Células-Tronco

Embrionárias; (ii) reconhecimento da união homoafetiva; e (iii) Possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de gestação de feto anencefálico.

Mediante a análise dos casos concretos, verificou-se a ocorrência, em 2 (dois) casos, dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, enquanto que no caso primeiro caso – pesquisa com células tronco – ocorreu apenas a autocontenção.

Conclui-se, portanto, que realmente os fenômenos estudados estão presentes nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>. Acesso em 29/01/2015.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2009.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em 30/01/2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal – Direitos Fundamentais e Casos Difíceis.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan/jun. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 15ª ed., 2009.

COSTA, E. V. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania.** São Paulo: 2001.

DIMOULES, Dimitri. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade.** Disponível em http://www.academia.edu/1618915/Ativismo_e_autocontecao_judicial. Acesso em 15/01/2014.

FERREIRA, Alice Teixeira Ferreira. In: DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2007.

Íntegra do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 28 de maio de 2008.

Íntegra do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 05 de março de 2008.

Íntegra do voto do Ministro Cezar Peluso. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 28 de maio de 2008.

Íntegra do voto do Ministro Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 28 de maio de 2008.

Íntegra do voto do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 11 de abril de 2012.

Íntegra do voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 28 de maio de 2008.

MEDINA, José Miguel. **Audiência Pública tornou-se instrumento de legitimidade**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular>; Acesso em 30/01/2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. – 4ª ed. melhor. – São Paulo: Saraiva, 1996.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. **O controle judicial de atos do poder legislativo: atos políticos e interna corporis**. Brasília, 2001.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: _____ (Orgs.).** The global expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

www.boletimjuridico.com.br. Acesso em: 26 jun. 2008. Da prisão como pena preventiva. CELSO LUIZ DRUMMOND MARTINELLI. Boletim Jurídico, Ano V, n. 261.