

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 E A ADPF Nº 54: A VIDA HUMANA COMO OBJETO DE DECISÃO NOS TRIBUNAIS

JUDICIALIZATION AND THE ADPF Nº. 54: HUMAN LIFE AS AN OBJECT OF DECISION IN THE COURTS

Lília Nunes Dos Santos

Resumo

O presente artigo tem por fim analisar o fenômeno da judicialização da política no Brasil a partir da pesquisa sobre as causas que ensejaram a transferência das decisões políticas, sociais e morais próprias do Parlamento para o Judiciário, abordando também prática do ativismo judicial e os riscos desta nova atuação proativa dos Tribunais, que passaram a fazer deste o superego da sociedade. Fora proposta, ainda, uma reflexão sobre a tendência de judicialização da vida humana ocasionada pelo aumento de demandas particulares pleiteando a autorização para a interrupção da gravidez do feto portador de anomalia letal, com ênfase ao julgamento da ADPF nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica e exploratória. Concluiu-se que, ao proferir decisões autorizativas do aborto quando não previstas no Código Penal, o Judiciário e sua Corte atuam como de legislador positivo e usurpam a competência que é própria e específica do Poder Legislativo. Este protagonismo, se não for acompanhado de controle e limites, atenta contra o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Judicialização da vida, Ativismo judicial, Adpf nº 54, Risco à democracia

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the judicialization phenomenon of policy in Brazil from the research on the causes that gave rise to the transfer of political decisions, social and moral own Parliament to the Judiciary, also addressing the practice of judicial activism and risks of this new proactive role of the courts, which have become of these the superego of society. Out proposal also a reflection on the judicialization trend of human life caused by the increase of particular demands seeking authorization for termination of pregnancy the fetus with lethal anomaly, with emphasis on the judgment of ADPF No. 54 by the Supreme Court. For so much, it used of the method deductivo from bibliographic search and exploratory. It was concluded that, in making decisions authorizing abortion when not specified in the Criminal Code, the judiciary and his court shall play the role of positive Legislator and usurps the competence of the Legislative Power. This leadership, if it was not accompanied of control and limits, attentive against the Democratic State of Right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialisation of life, Judicial activism, Adpf no 54, Risk to democracy

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo de judicialização das relações sociais teve início após a Segunda Guerra Mundial num ambiente de transição dos regimes autoritários para os regimes democráticos, processo este marcado pela transferência de poderes destinados ao Executivo e ao Legislativo para o Judiciário, tendo em vista o grande avanço da justiça constitucional em detrimento da atuação das instituições representativas.

Neste contexto, muitas questões e controvérsias de conteúdo político passaram a ser endereçadas à apreciação das supremas cortes de grande parte dos países ocidentais, as quais passaram a emitir, através de suas decisões, a palavra final, assumindo assim, o papel de protagonistas no cenário histórico e político das atuais democracias.

A partir dos anos 80, o Brasil também passou a ser palco da judicialização da política marcada pela fragilidade das instituições eleitas pelo povo, com o consequente desequilíbrio do sistema de freios e contrapesos que vem deslocando a legitimidade do Estado para o judiciário, de modo que o Supremo Tribunal Federal é chamado a decidir sobre as grandes questões nacionais.

Acrescenta-se ainda a ascensão do ativismo judicial, sob o argumento da retração do Poder Legislativo perante as demandas sociais, traduzido na postura ativista dos magistrados ao interpretar Constituição de modo revisar, invalidar ou suprir normas e atos de outros poderes, o que tem fomentado e incentivado a particularização das demandas.

Cada vez mais se reivindica que o judiciário decida sobre questões políticas, sociais e morais, principalmente, relacionadas a escolhas envolvendo temas controvertidos. Todavia, na atual conjuntura política, o protagonismo do STF tem despertado a reflexão sobre as contribuições e os riscos desta nova tendência para a afirmação e consolidação da democracia.

A crescente atuação do STF, com a consequente ampliação do seu poder decisório representado nas decisões dos *hard cases*, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundanetal nº 54 referente à interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia, tem suscitado questionamentos sobre a possível usurpação da competência do Legislativo pelo Judiciário e a consequente violação do Estado Democrático de Direito.

Esta pesquisa tem por objetivo investigar as causas e riscos destes fenômenos jurídicos como base para o estudo sobre o processo de judicialização das demandas em que se pleiteia a interrupção da gravidez, fazendo um contraponto com as iniciativas de legalização do aborto perante o Congresso Nacional. E, por fim, buscou-se, especificamente, analisar o julgamento proferido pelo STF no bojo da ADPF nº 54.

Para tanto fora utilizado o método dedutivo, iniciando um estudo teórico-doutrinário sobre as causas, o conceito e os riscos da judicialização política e do ativismo judicial para, num segundo momento, tratar de maneira específica da judicialização da vida e do julgamento da ADPF nº 54 como consequência do protagonismo assumido pelo Judiciário brasileiro.

A pesquisa possui caráter exploratório e bibliográfico traduzido na análise crítica de livros e artigos científicos sobre o tema e correlacionados, levantamento dos projetos de lei referentes ao aborto, estudo sobre a legislação pátria aplicável e análise crítica da decisão da Suprema Corte.

Discute-se, portanto, se cabe ao judiciário definir quando existe ou não vida humana e em quais condições a vida deve ou não ser tutelada pelo Estado, ou seja, se o judiciário teria ou não legitimidade para decidir dilemas políticos e morais que definem o eixo moral de uma nação.

1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No regime democrático brasileiro, assim como os demais regimes contemporâneos, a ordem constitucional tem sua origem e legitimação no poder soberano que emana do povo, formando assim o Estado e definindo seus poderes, seus órgãos e respectivas atribuições.

Ao instituir os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a Constituição Federal estabeleceu a independência e harmonia recíprocas entre os referidos poderes como sustentáculo do Estado Democrático. Contudo, esta harmonia só será assegurada se houver respeito à atribuição precípua de cada poder, inclusive as de natureza excepcional, sem que haja eventuais avanços nas funções típicas de um poder pelo outro. (CHAVES, 2013, p. 121)

Além disso, a Carta Magna vai ao encontro da moderna tendência de positivação de princípios constitucionais e de direitos sociais, bem como institui vias de ação, através do controle difuso e concentrado, a serem submetidas à apreciação da Suprema Corte, vinculando os demais poderes às suas prescrições e valorações, o que permite que uma gama de pretensões sejam direcionadas ao Judiciário, ampliando, assim, sua atuação.

A expansão do Poder Judiciário, todavia, não se encontra restrita ao alargamento da jurisdição constitucional, mas decorre, principalmente, do domínio progressivo da produção de políticas públicas e de normas pelos tribunais na tentativa de suprir a ineficiência dos Poderes Legislativo e do Executivo submersos em uma crise de representatividade e legitimidade.

Na obra “O juiz e a democracia: o guardião de promessas”, Antoine Garapon retrata a ampliação dos poderes do Judiciário como consequência da atuação deficitária dos demais poderes, o qual passa a ser a instância responsável pelo resgate dos ideais de justiça da sociedade, como descreve o autor:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. (GARAPON, 1999, p. 48)

Neste contexto, o Judiciário assume não só o papel de guardião das promessas contidas na Carta Magna, mas de protagonista da efetivação dos direitos e garantias constitucionais e da concretização de direitos sociais, ocasionando a reinterpretação da própria aplicação do direito e a expansão do fenômeno jurídico, no qual o Judiciário passa a exercer novas funções, criando, desta forma, situações de choque entre os demais poderes.

O crescimento do papel do Judiciário também é tratado na obra de Ingeborg Maus intitulada “O Judiciário como superego da sociedade órfã”. A autora utiliza-se dos conceitos da psicologia para analisar a relação em que o pai representa o superego do filho, fazendo uma analogia com a relação das instituições políticas e seus administrados.

Diante da crise destas instituições e, portanto, da democracia em si, a sociedade encontra-se “órfã”, e passa a buscar no Judiciário, como terceiro neutro, a compensação pelo déficit das instituições representativas, o qual assume a posição de “pai”, ou novo superego, responsável por gerir seus “filhos” (MAUS, 2000, p. 183-202).

A partir da reflexão proposta por Maus pode-se concluir que o processo de judicilização consiste na transferência da proteção da moralidade pública, única e exclusivamente, para o Judiciário, que, por isso, é erigido como superpoder pela própria sociedade, que passa a entregar as decisões mais relevantes relacionadas à vida política “nas mãos” dos Tribunais.

Isto representa, justamente, o infantilismo¹ que acomete as sociedades contemporâneas que, além de por em questão a objetividade dos valores, faz com que os indivíduos não assumam a direção da vida política, sujeitando-se como massa de manobra ao deixarem de exercer o papel de cidadãos.

¹ Termo utilizado por Ingeborg Maus no seguinte trecho de sua obra: “O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania” (MAUS, 2000, p.185)

Ao se ausentar do processo de construção normativa e dos valores, a sociedade torna-se vulnerável às manobras políticas de alguns representantes eleitos que, estrategicamente, não cumprem com sua função para, deliberadamente, permitir que o Judiciário possa assumi-las. Desta forma, a “consciência” social passa a centralizar-se tão somente na Justiça, ditadora das decisões mais relevantes de uma nação.

Trata-se de um fenômeno que não está relacionado apenas à “desilusão com a política majoritária”, mas também ao fato dos atores políticos preferirem que o Judiciário seja a instância decisória de questões polêmicas, que ainda não foram objeto de acordo moral razoável na sociedade (BARROSO, 2010, p. 7).

O que se vislumbra é uma verdadeira explosão do contencioso, crescimento e multiplicação das jurisdições, que, a cada dia mais se diversificam e afirmam suas autoridades (GARAPON, 1999, p. 24).

Ao definir este processo, Barroso (2010, p. 390 e 391) descreve que “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais: Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

De acordo com o autor, seriam três as grandes causas do Judiciário estar assumindo os papéis contramajoritário e representativo² ao proferir decisões em demandas de natureza política, social e moral (BARROSO, 2014, p. 15).

A primeira causa seria a redemocratização do país, especificamente a partir da promulgação de Constituição de 88, que conferiu poder político ao Judiciário perante os demais poderes para fazer valer a Constituição, e reavivou a cidadania ao ampliar a informação e a conscientização da população, aumentando a demanda pela tutela jurisdicional (BARROSO, 2010, p. 391).

A segunda causa seria a constitucionalização abrangente, tendo em vista que a Constituição passou a tratar de matérias anteriormente destinadas ao processo político majoritário e à legislação ordinária, ampliando as pretensões jurídicas, e consequentemente a possibilidade de ações judiciais (BARROSO, 2010, p. 391).

² Segundo BARROSO, “o primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional¹⁵, pode ser referido como *representativo*. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.” BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: Conferência A conferência foi realizada por ocasião da outorga do título de Professor *Honoris Causae* a Robert Alexy pela Universidade Federal de Minas Gerais. [on line].

O autor elenca ainda como terceira causa a abrangência do sistema brasileiro de constitucionalidade que, por sua natureza híbrida, baseia-se no modelo americano de controle difuso e incidental, e no modelo europeu de controle direto de constitucionalidade, acrescido, ainda, ao extenso rol de legitimados para tal iniciativa perante a Suprema Corte (BARROSO, 2010, p. 391e 392).

A princípio, o agigantamento do Judiciário, que o eleva ao patamar do Legislativo e do Executivo, é considerado positivo para Cappelletti (1993, p. 107) e contribui para o aperfeiçoamento da democracia. Para ele, a independência do Judiciário permite que este resista às decisões circunstanciais da maioria que violem a Constituição, e, por isso, considera que o seu crescimento é necessário ao equilíbrio dos três poderes.

Todavia, a ascensão do Judiciário como elemento essencial para a implementação da democracia, como exposto nas causas elencadas acima, só ocorrerá se sua atuação estiver associada à sujeição de limites e de controle que impossibilitem a extrapolação da sua competência, competência esta, determinada pela Carta Maior e que, constantemente, vem sendo ampliada em detrimento dos demais poderes e em flagrante ofensa à Constituição.

Acrescido à judicialização da política, o protagonismo do judiciário também se verifica em razão do desenvolvimento cada vez maior do fenômeno denominado ativismo judicial, originário da jurisprudência norte-americana, e que, segundo Barroso (2010, p. 394) está associado “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”.

Para Arantes (2004, p. 31), o ativismo judicial “é a disposição dos integrantes das instituições de agir, de tomar iniciativas e de chamar para a si a responsabilidade pela implementação de direitos e pela solução dos grandes conflitos da sociedade”. Nesta busca de soluções o Judiciário invalida normas e atos de outros poderes e supri as omissões de suas decisões.

Segundo Barroso (2010, p. 11) o crescimento da postura ativista do Judiciário brasileiro também estaria relacionada a situações de retração do Poder Legislativo e do consequente hiato existente entre a classe política e a sociedade civil, o qual impede que determinadas demandas sociais sejam efetivamente atendidas, favorecendo, assim, a atitude e a escolha dos magistrados por um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance.

Neste contexto de judicialização da política e de ativismo judicial, merece destaque o protagonismo do Supremo Tribunal Federal ao decidir questões políticas, sociais, morais,

consideradas polêmicas, representadas nos julgamentos dos *hard cases*, expandindo consideravelmente o seu poder decisório.

Assim, o ativismo da Suprema Corte está sendo “construído a partir das mais relevantes decisões”, objetivando não precipuamente a concretização de direitos, “mas o alargamento de sua competência institucional” (VIEIRA, 2012, p. 09). Tal fato se verifica na atuação subsidiária do STF na criação de normas, visto que seu desempenho não mais se restringe à interpretação da Constituição, mas vem se estendendo de maneira excepcional à função legislativa, o que tem sido objeto de aplausos, mas, principalmente de críticas.

Para Barroso (2014, p. 15) ao atender demandas sociais e anseios políticos que não foram satisfeitos pelo Congresso Nacional, o STF estaria desempenhando papel denominado como representativo, o que, inicialmente seria positivo, se este papel estivesse restrito ao desempenho de sua função interpretativa à luz do sentimento social, representatividade que se espera de um poder exercido em uma democracia.

Porém, a judicialização da política vem provocando no cenário brasileiro a alteração do responsável pelas escolhas políticas e sociais, concentrando-as no Poder Judiciário. Esta alteração ocasiona o surgimento de problemas de legitimidade e de comportamentos ativistas.

Neste contexto Chaves (2013, p. 124) sugere as seguintes indagações:

A judicialização da política e o ativismo judicial estariam servindo ao projeto de concretização de direitos fundamentais ou a projetos políticos de expansão do poder Judiciário ou, ainda, a estratégias dos outros poderes, de omissão proposital sobre determinadas questões polêmicas?

Observa-se que, em alguns casos, a Suprema Corte tem se afastado de suas atribuições, tornando-se mais um canal da política majoritária influenciado pela opinião pública ou pela mídia. Esse reiterado afastamento dos contornos constitucionais representa grande risco para a consolidação da democracia.

Ao fazer sua crítica à hipertrofia do Poder Judiciário Alemão e de seu Tribunal Constitucional que, gradativamente, deixaram de ser aplicadores e intérpretes da lei para assumir a posição de última instância da consciência social, Maus sinaliza o grande prejuízo deste processo à soberania popular, e à autonomia dos sujeitos.

A autora alerta, ainda, para dificuldade de controlar uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade. Segundo Maus (2000, p. 187):

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.

Este fenômeno da supremacia judicial alemã retratado por Maus é claramente identificado na atual cenário brasileiro de protagonismo do Judiciário como superego da sociedade. Diante desta realidade, conclui-se com a seguinte indagação proposta pela autora (MAUS, 2000, p. 187): “não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído”?

2 OS RISCOS DA JUDICIALIZAÇÃO

Inicialmente vê-se de maneira positiva o atendimento, pelo Judiciário, das demandas que não foram satisfeitas pelo Parlamento. Por outro lado, tal fato sinaliza as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo que “não deixa de abrir as portas dos fundos para subministração de uma racionalidade finalística, própria da ação política, no campo do direito” (NUNES e TEIXEIRA, 2012, p. 04).

Pode-se defender ainda a judicilização da política, desde que em sintonia com a Constituição, de modo que o Judiciário, buscando a proteção e concretização de direitos fundamentais, possa evitar abusos decorrentes de ações ou omissões dos poderes políticos. As virtudes deste processo são apresentadas por Yepes:

A judicialização parcial da vida política tem, sem dúvida, certas virtudes. Em particular, permite evitar abusos dos órgãos políticos e das maiorias contra minorias estigmatizadas ou indivíduos. Nessa medida, a linguagem dos direitos ocupa um lugar importante nas democracias contemporâneas, e o reconhecimento e a proteção judicial desses direitos, apesar de realizados por órgãos não-majoritários, como o são os juízes e os tribunais constitucionais, devem ser vistos não como limitações à democracia, mas como garantias para suas precondições. Portanto, embora não tenha uma origem democrática, o juiz constitucional cumpre um papel democrático essencial, pois é o guardião da continuidade do processo democrático (YEPES, 2007, 54).

Contudo, Barroso (2010, p. 397) adverte sobre a existência de três objeções à judicialização e ao ativismo, quais sejam: os riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do judiciário.

Inicialmente deve-se destacar que os membros do judiciário não são agentes públicos eleitos, mas desempenham, inegavelmente, poder político quando invalidam atos ou impõem deveres de atuação aos outros dois poderes. Essa possibilidade de sobreposição das decisões judiciais às dos agentes políticos eleitos é denominada dificuldade contramajoritária pela teoria constitucional (BARROSO, 2010, p. 12).

Porém Waldron esclarece que, historicamente a expansão da atuação do Judiciário tem sido objeto de críticas quanto a sua legitimidade democrática e suposta maior eficiência na proteção de direitos fundamentais (WALDRON *apud* BARROSO, 2010, p. 12). Além

disso, Hirschl afirma que a judicialização também é vista como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, ou seja, contra a participação popular e a política majoritária (HIRSCHL *apud* BARROSO, 2010, p.12).

Observa-se que a judicialização acarreta ainda o risco de politização da justiça traduzida pela transferência do debate público para o Judiciário, que, segundo Barroso (2010, p. 14) passa a dar lugar às paixões em um ambiente que deveria ser presidido pela razão. Os juízes trocam a racionalidade da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar caracterizadas por visões políticas contrapostas e concorrentes, o que dá ensejo a decisões políticas e não jurídicas.

Neste contexto em que o Judiciário é chamado a atuar na “transformação estrutural de instituições estatais com respeito aos direitos e princípios democráticos consagrados na Constituição”, Paola Bergallo (*apud* NUNES e TEIXEIRA, 2012, p.2) também sinaliza a tendência de que as soluções judiciais sejam fundadas em critérios de conveniência política em vez de sua eventual compatibilidade com o ordenamento vigente.

Quando o Judiciário abre o horizonte argumentativo para justificativas de caráter político, o tratamento aos direitos fundamentais deixa de estar comprometido com o acesso democrático e qualitativo. Ao imiscuir-se na função de fazer política, perde sua autonomia e o comprometimento com os direitos fundamentais em prol de fins coletivos ou razões de Estado (NUNES e TEIXEIRA, 2012, p. 2).

Esta vulnerabilidade do Judiciário decorre da ausência de controle e de critérios para sua atuação. Segundo NUNES e TEIXEIRA (2012, p. 5):

Não basta a proposição dogmática ou legislativa de códigos posturais se não for possível controlar, ou ao menos fazer menos turva, toda essa complexa articulação dentro da qual se processa a escolha das causas, e em benefício de quem os juízes são autorizados a assumir essa atitude moral mais ousada. Se a seleção das áreas autorizadas do protagonismo permanece fora do alcance de todos os mecanismos de controle, é claro que disso resulta, paradoxalmente, um Judiciário mais vulnerável, menos independente e capaz de ação contramajoritária.

Outra consequência drástica relacionada à Judicialização para é a elitização do debate, a qual exclui os cidadãos que não possuem o domínio próprio da linguagem jurídica e acesso ao *locus* da discussão, quando, na verdade, deveriam participar ativa e diretamente das discussões sociais e políticas de maior relevância para o país, sendo esta elitização consequência da politização da justiça (WALDRON *apud* BARROSO, 2010, p. 14).

Ao refletir sobre os limites da capacidade institucional, Barroso (2010, p. 402), refere-se ao controle recíproco das atividades entre os três poderes como meio de impedir a hegemonia de uma instância em detrimento das outras, esclarecendo que, em caso de

divergência na interpretação das normas, a palavra final é do Judiciário. Porém, essa primazia não significa que toda e qualquer matéria seja decidida em um tribunal, nem legitima a arrogância judicial.

Como limite à atuação hegemônica do Judiciário surgiu na doutrina a ideia de capacidade institucional, que, na definição de Barroso (2010, p. 402) seria o meio de determinar qual, dentre os poderes, estaria habilitado a produzir decisão mais adequada a determinada matéria, pois o juiz pode não ser o agente mais habilitado para decidir sobre temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos complexos.

Existe ainda, segundo a doutrina citada por Barroso (2010, p. 403), o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, decorrentes do impacto de determinadas decisões proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou prestação de um serviço público, visto que o juiz não dispõe de informações, tempo ou conhecimento para avaliar tal impacto, o que recomenda uma posição de cautela por parte do Judiciário, que quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir em todas as questões que são lhe são trazidas.

Exige-se, portanto, uma postura criteriosa desta instituição de modo a avaliar sua capacidade institucional e, conseqüentemente, exercer uma autolimitação espontânea de sua atuação diante de questões em que outra instância seja mais habilitada para resolver ou que causem impactos indesejados para a sociedade.

Diante da reflexão acerca dos riscos da judicialização e, até mesmo, do ativismo judicial, conclui-se que a jurisdição sempre deve ser exercida com o fim de garantir a democracia e não colocá-la em risco. A interpretação constitucional, portanto, não pode suprimir o governo da maioria, nem mesmo o Legislativo de modo a instituir uma ubiquidade que inexistente na Constituição.

Em especial destaca-se a atuação do Supremo Tribunal Federal que cada vez mais flexibiliza a aplicabilidade do controle de constitucionalidade, utilizando-se de princípios supra positivos construídos no curso de sua atividade constitucional de controle das normas, extrapolando assim, os limites de sua competência.

A introdução de proposições morais e valorativas nas decisões proferidas pelo STF, com o fim de legitimá-las, permite que sejam desvinculadas dos preceitos legais e, conseqüentemente, da vontade popular. A utilização, no caso concreto, de argumentos baseados em princípios e carregados de valor moral faz nascer soluções jurídicas que extrapolam as previsões contidas no ordenamento jurídico criando, ainda, um ambiente de insegurança jurídica e, portanto, de mitigação do direito de liberdade. Nas palavras de

Montesquieu (1951, cap.6) "viver-se-ia na sociedade sem conhecer exatamente os vínculos a que se está sujeito".

Ao desvincular-se dos preceitos legais, julgando com base em subjetivismos, sem qualquer controle ou limite à sua atividade, a Corte Constitucional pode ser equiparada ao monarca absoluto que concentra todos os poderes em suas mãos, já que extrapolando a sua competência, adentra nas funções típicas das demais instituições políticas, submetendo-as à Constituição por ela “interpretada”.

Este excesso de liberdade do STF também foi objeto de crítica por Bahia (2005, p.10-12):

A independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional frente aos demais poderes, uma desvinculação à autoridade das leis e da Constituição. A emergência de um Direito suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, além de aumentar, por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor.

Ao erigir o Judiciário como administrador supremo da vontade pública corre-se o risco de retornar ao antigo e ultrapassado paternalismo estatal, em que a figura do “pai” é assumida, desta vez, exclusivamente pelo Judiciário, que passa a ditar os direitos e liberdades dos “súditos” colocando-se acima do exercício da cidadania.

Esta tendência contraria todas as conquistas até aqui alcançadas na implementação da moderna democracia, a qual decorre, justamente, da inversão na relação entre governantes e governados, em que o poder do Estado deriva, originalmente, dos direitos de liberdade dos cidadãos e por eles é limitado. Por ser detentor de direitos originários, o indivíduo é quem deve efetivamente participar das decisões como cidadão cuja liberdade está acima do poder do governo.

Na concepção democrática de Estado inverte-se as relações "naturais", ressaltando a figura dos “filhos”, da qual deriva a figura do “pai”. Não é mais o Estado paternalista que dita às regras, mas o indivíduo na sua liberdade, pois a soberania popular é a manifestação de vontade de cada indivíduo.

Todavia, ao repassar para o Judiciário o protagonismo sobre a vida política e moral, resgatando o paternalismo, renuncia-se à liberdade e ao exercício da própria cidadania, única capaz de fazer valer a vontade popular a partir do consenso, em detrimento de outros interesses.

Esta postura assumida pelo Judiciário, e “legitimada” pela sociedade, que transfere os assuntos políticos que deveriam ser decididos através do voto, para que o sejam por meio

de sentença, é demonstrada nas palavras de Hirschl: “já descrevi esse processo de transição para uma juristocracia” (HIRSCHL *apud* BARROSO, 2010, p.18).

Conclui-se, portanto, que as escolhas entre as diferentes visões próprias das sociedades pluralistas devem ser realizadas por meio da lei, a qual faz dos agentes públicos eleitos os protagonistas da vida política, e não o Judiciário ou sua Corte Constitucional, que, insistentemente, têm buscado impor suas escolhas e vontade, colocando em risco o desenvolvimento da democracia de uma nação.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA HUMANA

Neste arriscado contexto jurídico, não só questões sociais, políticas e morais estão sendo levadas ao crivo do Judiciário, mas também questões referentes ao significado da vida humana e a definição do momento em que ela se inicia são objeto de decisão nos Tribunais.

Dentre os julgados destacam-se o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.150 que permitiu e disciplinou as pesquisas com células tronco embrionárias e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que autorizou a interrupção da gravidez na hipótese de feto portador de anencefalia.

Ao submeter os questionamentos relacionados à identidade do homem ao Judiciário, afasta-se a reflexão complexa e multidisciplinar que tais indagações exigem (análise sociológica, antropológica, filosófica, biomédica), reflexão esta que vai além das soluções apresentadas pelo direito positivo e que exige dos magistrados muito mais do que formação jurídica para que possam responder às seguintes indagações: o embrião é ser humano? O embrião é pessoa humana?

Contudo, é crescente a judicialização do aborto no Brasil, cujo aumento é registrado a partir da década de 90, especificamente na hipótese de aborto seletivo quando diagnosticado alguma anomalia fetal. O aumento de demandas desta natureza se deu ao avanço e difusão das técnicas de diagnóstico pré-natal, principalmente a ecografia, sendo que a primeira autorização judicial para interrupção da gravidez de feto com anencefalia se deu em 1989 no estado de Rondônia, (DINIZ, 2005, p. 4).

A propositura de ações perante o Judiciário solicitando a interrupção da gravidez no caso de anomalia fetal decorre da ausência de previsão, no rol do art. 128 do Código Penal Brasileiro, que exclua a punibilidade do aborto seletivo, razão pela qual a interrupção da gestação, mesmo que o feto seja portador de alguma anomalia, é considerado crime de aborto no presente ordenamento, que, conseqüentemente, criminaliza o aborto eugênico.

Diante da previsão clara e expressa da legislação ordinária no sentido de tutelar a vida humana desde a concepção, independente da existência de alguma doença ou anomalia, tem-se buscado cada vez mais, através da postura ativista do Judiciário, uma reinterpretação da lei com o fim de obter autorização para o aborto seletivo. O aumento dos pleitos particulares fomenta ainda mais o “empoderamento” dos Tribunais.

Embora a ideia de litigância de interesse público “busque uma reforma organizacional com a reparação das violações a direitos constitucionais perpetrados por agentes públicos” (NUNES e TEIXEIRA, 2012, p. 5), verifica-se que em alguns casos, como na hipótese do aborto seletivo, esta interferência é aproveitada como uma oportunidade para judicializar determinadas demandas.

Resta claro que a judicialização da vida humana e a atuação ativista do judiciário, com relação à autorização do aborto nos casos proibidos por lei, configura uma “tentativa de infiltração dos outros sistemas no espaço de credibilidade/isenção judicial como “atalho” para a legitimação material de medidas dificilmente ordenáveis pelas vias democráticas tradicionais” (NUNES e TEIXEIRA, 2012, p. 5).

O grande número de ações individuais requerendo a autorização do aborto de fetos portadores de anomalias que culminou na propositura do ADPF nº 54, onde a questão foi ainda mais debatida, também pode ser explicada por meio da Teoria do Salame originada na Hungria.

De acordo com a Teoria ou Tática do Salame busca-se obter, fatia por fatia, o que nunca se conseguiria em bloco (SCHOOYANS, 2008, p. 7). Esta teoria é perfeitamente aplicável à questão social e política do aborto no Brasil e sua consequente judicialização, visto que todos os projetos de lei referentes à legalização do aborto estão sendo rechaçados pelo Congresso Nacional desde 1.991.

Dentre as projetos de lei destacam-se o PL n. 1135/91³ e PL 176/95⁴ (BRASIL, Câmara Federal, 2001) cujo objetivo era a descriminalização do aborto até o 9º mês de gestação; o PL n. 4403/04⁵ (BRASIL, Câmara Federal, 2004) que tinha por fim a isenção de pena para a prática de aborto terapêutico em caso de anomalia do feto, incluindo a

³ Arquivado em 01/02/2011, conforme andamento disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>.

⁴ Arquivado em 01/02/2011, conforme andamento disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15125>

⁵ Fora apensado ao PL 1135/91 em 22/11/2004, sendo, portanto, arquivado com o mesmo em 01/02/2011, conforme andamento disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>

anencefalia; o PL n.4834/05⁶ (BRASIL, Câmara Federal, 2005) e o PLS n. 227/04⁷ (BRASIL, Senado Federal, 2004) que dispunham sobre a isenção de pena para a gestante e para o médico no caso de aborto de feto com anencefalia.

Todos os projetos de lei descritos anteriormente foram arquivados em 2011. Todavia, no mesmo ano, fora proposto o Projeto de Lei do Senado n. 50/2011 (BRASIL, Senado Federal, 2011) que tem por fim afastar a punibilidade do aborto no caso de feto com anencefalia, se precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. O referido Projeto continua tramitando no Senado e fora encaminhado, no dia 03/02/2015, para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.⁸

Cumprе salientar que, não obstante a dificuldade de aceitação, pelos parlamentares, dos projetos de lei já mencionados, o novo anteprojeto do Código Penal – PLS n. 236/2012⁹ (BRASIL, Senado Federal, 2012), além sugerir, nos artigos 125 e 126, a redução da pena de prisão para o aborto provocado ou consentido pela gestante que, atualmente, é de 1(um) a 3 (três) anos para 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, sugere ainda, no artigo 128 e incisos, a descriminalização do aborto quando o feto for portador de anencefalia ou anomalias graves e incuráveis, bem como a descriminalização do aborto até a 12ª semana se a mulher não apresentar condições psicológicas para ser mãe.

Trata-se de mais uma tentativa de se obter a descriminalização do aborto no país, condicionando, de maneira ampla e subjetiva, a vida de um ser humano, à “preparação psicológica” da mulher para a maternidade. O referido anteprojeto prevê o descarte, tanto da vida humana indefesa e debilitada por alguma enfermidade, quanto da vida humana saudável e em plenas condições de desenvolvimento.

A incoerência do anteprojeto supracitado consiste no fato de atribuir pena de prisão de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos para o crime de aborto, cujo bem jurídico penalmente tutelado é a vida humana embrionária, enquanto, o artigo 389 do mesmo, atribui pena de prisão de 2 (dois) a 6 (seis) anos para o agente que importar, exportar, remeter, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em cativeiro ou depósito, transportar, trazer consigo,

⁶ Arquivado em 01/02/2011, conforme andamento disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=276215>

⁷ Arquivado em 07/01/2011, conforme andamento disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=69514

⁸ O andamento do PLS n. 50/2011 encontra-se disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165

⁹ O andamento do PLS n. 236/20122011 encontra-se disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>.

guardar, entregar a comércio ou fornecer ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, incluídos penas, peles e couros, sem autorização legal e regulamentar.

Sugere-se, portanto, uma verdadeira inversão de valores, ao conferir maior proteção jurídica aos ovos, larvas ou espécimes animais, que ao próprio ser humano indefeso, o nascituro, visto que apenas o transporte ou depósito ilegal de um ovo ou larva, ou ainda, da pena ou a pele de um animal, tem mais relevância jurídica do que a vida humana.

Uma vez que os representantes eleitos pela vontade popular ainda não admitiram a despenalização seja do aborto seletivo ou eugênico, seja do aborto em sentido geral, percebe-se que o Judiciário tornou-se a via alternativa pela qual se busca obter a primeira fatia do salame, a despenalização do aborto dos fetos portadores de anencefalia e, conseqüentemente, o aborto seletivo.

Contudo, o que se pretende é a descriminalização do aborto no Brasil através de estratégias ilegítimas, como tem sido a atuação do Judiciário como legislador positivo, seja nas demandas particularizadas, seja no julgamento da ADPF nº 54 pela Suprema Corte, como será analisado.

4 A ADPF Nº 54 COMO REFLEXO DA JUDICIALIZAÇÃO E A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É de suma importância analisar os contornos e o desfecho do julgamento da ADPF nº 54 neste contexto de judicialização da vida humana como uma estratégia de descriminalização do aborto a partir do Judiciário e do protagonismo de sua Corte Constitucional.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que tramitou no Supremo Tribunal Federal no período de junho de 2004 a maio de 2013, foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ao argumento de que o conjunto normativo representado pelos artigos 124, 126, caput e 128, I e II, do Código Penal seria ato do Poder Público causador de lesão aos preceitos fundamentais da Constituição Federal dispostos nos artigos 1, III, 5, II, 6, caput, e 196, quando incide sobre a hipótese da interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia.

Sendo assim, o pedido principal consistiu na declaração de inconstitucionalidade da incidência do Código Penal na hipótese de “antecipação do parto” de feto com anencefalia, com o fim de impedir a sujeição da gestante e dos profissionais da saúde, que assim procederem, a processo criminal.

A ADPF nº 54 parte do pressuposto de que a permanência do feto com anencefalia no útero materno traz risco de vida para gestante, considerando, ainda, a interrupção da gravidez como “antecipação terapêutica do parto” e como única hipótese possível e eficaz para o tratamento da gestante. Além disso, afirma que durante a gestação do feto com anencefalia não há viabilidade de outra vida, e, portanto, não haveria nascituro cujo interesse se possa eficazmente proteger.

A Corte Suprema deixou de exercer a autocontenção¹⁰ e avocou para si a legitimidade para decidir a questão apresentada pela CNTS, a qual teve como fundamento a análise do conflito de preceitos fundamentais tutelados na Constituição Federal, a saber, o direito à vida do feto com anencefalia e os direitos à dignidade, à liberdade e à saúde da gestante.

Inicialmente fora deferida a liminar, em 01/07/2004, pelo Ministro Relator Marco Aurélio, que autorizou a “antecipação do parto” de fetos portadores de anencefalia e suspendeu os processos que estavam em curso por meio de decisão monocrática. Todavia, a liminar autorizativa fora cassada pelo Pleno, que manteve a suspensão dos processos referentes à questão.

Após debates e reflexões acerca do tema e da admissão de entidades nacionais na qualidade de *amicus curiae*, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 8 votos contra 2, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio¹¹.

A referida decisão passou a ter eficácia em todo o território nacional, permitindo a antecipação do parto de fetos com anencefalia sem a necessidade de processo judicial, bastando que a doença seja certificada por médico habilitado.

¹⁰ Segundo Barroso, “o oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas” BARROSO, 2010, p. 395.

¹¹ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (BRASIL, STF, 2012).

Contudo, não se pode deixar de mencionar que a preservação da vida do nascituro, independente de ser portador de doença congênita letal, é tutelada não só pela Carta Magna, mas também pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pelo Código Civil Brasileiro de 2002, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Observa-se ainda que o legislador ordinário erigiu, expressamente, duas hipóteses que excepcionam a proteção da vida do nascituro, dentre elas se encontra a principal causa de pedir constante na ADPF nº 54, ou seja, o risco de vida para a gestante.

Portanto, uma vez diagnosticado a presença deste risco, não há que se falar em propositura de ação judicial, sendo despicienda a atuação do Judiciário, já que a própria lei afastou a punibilidade nesta hipótese, de modo que, tanto a gestante quanto o médico estão autorizados a fazê-lo.

Ao adotar o princípio hermenêutico de interpretação conforme a Constituição sem que exista qualquer obscuridade ou lacuna na lei, a Suprema Corte atuou como “verdadeiro” legislador positivo, criando uma terceira causa excludente de punibilidade, e indo de encontro ao princípio da supremacia da vontade popular, e, conseqüentemente, da Separação dos Poderes.

O perigo da atual postura assumida pelo STF é verificada nas seguintes palavras de Montesquieu (1951, cap. 6): "em Estados despóticos não há nenhuma lei: o juiz tem a si próprio como lei. Sob a forma de governo republicano a essência da Constituição consiste no fato de que os juízes devem observar a letra da lei".

Neste sentido, a decisão de procedência da ADPF nº 54 traduz e ratifica cada vez mais os processos de judicialização da política e de politização da justiça, diagnosticados como ricos fatais para a legitimidade democrática porque resultam na usurpação política da consciência.

Juízes e tribunais só podem exercer poder criativo e expandi-lo a um nível quase normativo diante de cláusulas constitucionais vagas e abertas, como a dignidade da pessoa humana, quando não houver manifestação do legislador (BARROSO, 2010, p. 404).

Havendo, portanto, lei específica que concretize uma norma constitucional ou disponha de matéria da sua competência, o juiz tem o dever de aplicá-la. Ou seja, “entre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular” (BARROSO, 2010, p. 404).

A interpretação constitucional constitui uma tarefa essencialmente jurídica, de modo que, ao desempenha-la o papel político do juiz não está em substituir funcionalmente as distorções do sistema representativo ou em forjar o consenso nacional, mas em estabelecer o elo democrático entre representantes e representados quando estes estiverem em contínua pressão (GARAPON *apud* NUNES e TEIXEIRA, 2012, p. 7).

Sobre a atuação do Judiciário como legislador positivo Marcelo Cattoni traz as seguintes considerações:

(...) embora a Constituição articule, de forma complexa, questões políticas – éticas, morais e pragmáticas – a questões jurídicas, deve-se corretamente compreender tal articulação de um ponto de vista normativo, constitucionalmente adequado ao Estado Democrático de Direito, de tal modo que a proteção de direitos não fique prejudicada por razões de Estado. Contudo, o Judiciário, para isso, não deve ou necessita, por um lado, assumir erroneamente o papel do poder constituinte permanente, ou, pelo menos, de um legislativo concorrente de segundo grau, ao confundir argumentos de princípio com argumentos de política (Dworkin), normas com valores (Habermas); nem deve ou necessita, por outro lado, abdicar do seu lugar de autoridade democraticamente legitimada, quer cedendo à vontade política dos demais poderes, quer rendendo-se, de modo não mediatizado institucionalmente, a uma formação da opinião pública informal. (CATTONI *apud* NUNES e TEIXEIRA, 2012, p. 7)

Observa-se ainda que decisão de procedência da ADPF nº 54, além de produzir efeitos na esfera particular, possibilitando que a gestante interrompa a gravidez em razão do feto ser portador de anencefalia, a referida decisão produz também efeitos na esfera coletiva.

Esta preocupação foi abordada no trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski quando tratou do risco de que a decisão proferida pela Suprema Corte abra um precedente para legitimar a prática da eugenia no Brasil, viabilizando a interrupção da gestação dos fetos portadores de outras doenças congênitas letais como, por exemplo, acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18.¹²

Diante das consequências já expostas, conclui-se que “uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais” (BARROSO, 2010, p. 405), estando sua atuação restrita às possibilidades e aos limites abertos pelo ordenamento jurídico. Ao extrapolar estas possibilidades e limites, tem-se, portanto, a ilegitimidade da atuação judicial e, consequente, de sua decisão.

¹² Transcrição de trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski, no qual menciona depoimento prestado em audiência pública realizada no STF pelo médico Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. p. 10

O Judiciário tem o dever de fazer valer a Constituição, inclusive em face dos outros poderes, porém ao atuar de maneira contramajoritária, só pode fazê-lo em favor e não contra a democracia. Assim, sendo, o Judiciário, e, principalmente o Supremo Tribunal Federal, devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, de modo que suas decisões respeitem sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito (BARROSO, 2010, p. 405).

Por fim, o que se vislumbrou nos cenários jurídico e político brasileiros, quando a Corte Suprema avocou para si a competência para decidir sobre a interrupção da gravidez dos fetos com anencefalia, julgando procedente a ADPF nº 54, foi a flagrante usurpação da função constitucional específica do Poder Legislativo, de modo que, ao decidir uma questão eminentemente política, atuou como legislador positivo, e o fez em detrimento do direito fundamental à vida do nascituro.

Diante das inúmeras distorções funcionais e violações contidas, não só nesta decisão ilegítima do Supremo Tribunal Federal, mas também em outras decisões desta corte e do judiciário politizado e ativista que vem imperando na sociedade brasileira, não há como ser estabelecido ou, até mesmo mantido, o Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento das democracias ocidentais foi marcado pela forte constitucionalização que favoreceu a judicialização das relações sociais. Especificamente, no caso brasileiro, o Estado Democrático erigiu-se com base no modelo montesquiano de Separação dos Poderes, cuja independência e harmonia recíproca permitem o exercício do controle entre os poderes, salvaguardando as funções específicas de cada um, de modo a impedir interferências e desrespeitos a estas atribuições instituídas e delimitadas pela Carta Constitucional.

Observou-se que vários fatores contribuíram para a origem e avanço da judicialização da política no Brasil. Dentre eles destacam-se a promulgação da Constituição de 1988 em consonância com a tendência moderna de positivação de princípios constitucionais e de direitos sociais, a qual também ampliou a atuação do judiciário instituindo vias de ação e estabelecendo os modelos de controle difuso e concentrado.

Concomitantemente, passou-se a contemplar o cenário de crise de representatividade e legitimidade do Legislativo e do Executivo, que ocasionou a expansão do Judiciário como responsável pela efetivação dos direitos e garantias constitucionais e pela concretização de direitos sociais, assumindo novas funções através de uma postura pró ativa na reinterpretação da aplicação do direito, o que favoreceu o surgimento de conflitos entre os poderes.

Ao adentrar especificamente na questão da judicialização da vida humana e na atuação da Suprema Corte no julgamento da ADPF nº 54, percebe-se claramente a atuação política e ativista do judiciário, visto que as decisões autorizativas da interrupção da gravidez na hipótese de anomalia fetal incurável são a comprovação, no caso concreto, dos danos e violações à independência e harmonia entre os poderes.

Embora as omissões políticas do Legislativo e do Executivo favoreçam o ativismo judicial, atribuindo ao Judiciário a difícil missão de decidir litígios de interesse público, porque não pode escusar-se de sua função; no caso específico das decisões autorizativas do aborto seletivo ou, como alguns costumam chamar, aborto preventivo, sejam as proferidas em processos individuais, seja a proferida no exercício do controle de constitucionalidade abstrato (ADPF nº 54), o que se vislumbra é a usurpação do Poder de legislar pelo Judiciário, que busca legitimar sua decisão através de uma construção hermenêutica de interpretação de princípios, fechando os olhos para as escolhas legítimas do legislador, para fazer surgir nova norma que torna atípica o aborto de fetos portadores de anencefalia, quando sua decisão deveria ter se limitado a aplicação do Código Penal que trata expressamente do aborto como crime.

Não se pode deixar de considerar a grande relevância da expansão do fenômeno jurídico como meio de controlar e impedir arbitrariedades dos demais poderes e de fomentar o desenvolvimento do bem estar social efetivando direitos políticos e sociais.

Neste contexto de aplausos e críticas faz-se necessário potencializar os benefícios e reduzir os riscos, o que só será obtido se houver uma verdadeira cooperação entre os poderes na busca conjunta de soluções para implementação dos direitos e garantias fundamentais, tornando realizáveis as medidas políticas e sociais que ainda não foram efetivadas, mas que ainda são feridas abertas na sociedade.

Diante das carências sociais, é imprescindível a construção de um diálogo institucional para a consumação dos direitos consagrados na Constituição e o consequente desenvolvimento social, político e econômico do país. A construção deste cenário exige a participação efetiva do Judiciário e de sua Corte, para que este percurso seja aplainado pelo encontro da sociedade com o projeto de valores materializados na sua Carta Maior.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In Lúcia Avelar e Antônio Octavio Cintra (orgs.), Sistema Político Brasileiro: uma introdução, 2 ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer e Unesp, 2004

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. In: Revista CEJ, v. 9, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. [on line] Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 17 de julho de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: Conferência A conferência foi realizada por ocasião da outorga do título de Professor *Honoris Causae* a Robert Alexy pela Universidade Federal de Minas Gerais. [on line]. Minas Gerais, 10 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em 27 de junho de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista EMARF - Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Cadernos Temáticos – Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito. Rio de Janeiro: dez. 2010. p. 389 a 406. ISSN 1518-918X.

BRASIL. Câmara Federal. Projeto de Lei 1135/91. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>. Acesso em 25/03/2015.

BRASIL. Câmara Federal. Projeto de Lei 176/95. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15125>. Acesso em 25/03/2015.

BRASIL. Câmara Federal. Projeto de Lei 4403/04. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>. Acesso em 25/03/2015.

BRASIL. Câmara Federal. Projeto de Lei 4834/05. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=276215>. Acesso em 25/03/2015.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 227/04. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=69514. Acesso em 6/5/2013.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 50/2001. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165>. Acesso em 6/5/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgada em 12 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.150. Requerente: Procurador Geral da República. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Julgada em 13/02/2001

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

CHAVES, Vinicius Figueiredo. Possibilidades e riscos da judicialização da política para a consolidação democrática brasileira. [on line]. Revista Direitos Humanos e Democracia. Rio Grande do Sul, v. 1, n.1, p. 116-146, jan. / jun. 2013. ISSN 2317-5389. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/310>> . Acesso em 07 de julho de 2014.

Diniz, D., 2005, “Aborto e inviabilidade fetal: el debate brasileño”, Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311x2005000200032&lang=pt> . Acesso em 27 de jul.2009.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MONTESQUIEU. Vom Geist des Gesetzes (org. por Ernst Forsthoff. Tübingen, 1951, Livro XI.

NUNES, Dierle e TEIXEIRA, Ludimila. Litigância de Interesse Público: Judicialização da política ensaia violação de limites. [on line]. Revista Consultor Jurídico. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-29/judicializacao-politica-ensaia-violacao-limites-normativos>>. Acesso em 10 de julho de 2014.

SCHOOYANS. Michel. Políticas em favor da vida: Uma abordagem geopolítica. In: Conferência realizada no Congresso Internacional: Pessoa, cultura da vida e cultura da morte pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo, 27 de novembro de 2008.

YEPES, Rodrigo Uprimny. La judicializacion de la política en Colombia: casos, potencialidades y riegos. *Sur, Rev.int. direitos human.* São Paulo, vol.4, nº 6, p. 52-59, 2007, ISSN 1806-6445. [on line]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1806644520070001000047lng=en&nm=iso&tlng=es>. Acesso em 08 de abril de 2013.