



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

SUZANA ALVES DE QUEIROZ TORRES

**A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, APÓS A CONSTITUIÇÃO DE
1988, NA SOLUÇÃO DOS “CASOS DIFÍCEIS” A PARTIR DO PENSAMENTO DE
RONALD DWORKIN E DOS PROCESSOS DE ATIVISMO JUDICIAL E
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

**BRASÍLIA
2012**

SUZANA ALVES DE QUEIROZ TORRES

**A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, APÓS A CONSTITUIÇÃO DE
1988, NA SOLUÇÃO DOS “CASOS DIFÍCEIS” A PARTIR DO PENSAMENTO DE
RONALD DWORKIN E DOS PROCESSOS DE ATIVISMO JUDICIAL E
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharel em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Luciana Barbosa
Musse

**BRASÍLIA
2012**

SUZANA ALVES DE QUEIROZ TORRES

A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988, NA SOLUÇÃO DOS “CASOS DIFÍCEIS” A PARTIR DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN E DOS PROCESSOS DE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Luciana Barbosa Musse.

Brasília, de de 2012

BANCA EXAMINADORA

Professora Orientadora: Prof^ª. Dra. Luciana Barbosa Musse

Professor (a) Examinador (a) 1

Professor (a) Examinador (a) 2

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por estar comigo todos os dias e sem o qual nada disso seria possível;

Ao meu amado esposo, Diogo, pela compreensão e por todo apoio;

Ao meu anjo, a minha avó e mãe Adélia, pela pessoa a qual me tornei;

Ao meu pai, Hidelbrando, in memoriam;

Aos meus familiares, em especial à minha mãe, Maria Lúcia, e a minha irmã, Patrícia, por todo apoio e carinho;

À minha mestre e orientadora, Prof^a Dra. Luciana Musse, pela dedicação e carinho ao longo desse trabalho e como professora de Filosofia do Direito foi a minha fonte de inspiração nessa pesquisa;

Aos meus queridos amigos e professores do UniCEUB, do Ministério da Educação e do Superior Tribunal Militar.

O império do direito é definido pela atitude [...]. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado.

Ronald Dworkin

RESUMO

O objetivo dessa pesquisa é analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), após a Constituição Federal de 1988 (CF/88), na solução dos casos difíceis a partir da perspectiva do pensamento de Ronald Dworkin e dos processos de Ativismo Judicial e Judicialização da Política. Será demonstrado por meio da análise jurisprudencial-técnica, do reconhecimento da união estável homoafetiva e da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, e da pesquisa bibliográfica e documental, de que forma as ideias de Dworkin são verificadas na atuação do STF e se essa atuação é caracterizada como Ativismo Judicial ou Judicialização da Política.

Palavras-chaves: Supremo Tribunal Federal. Ronald Dworkin. Judicialização da Política. Ativismo Judicial. União homoafetiva. Anencefalia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|----------------|--|
| ADC | Ação declaratória de constitucionalidade |
| ADI | Ação direta de inconstitucionalidade |
| ADO | Ação direta de inconstitucionalidade por omissão |
| ADPF | Arguição de descumprimento de preceito fundamental |
| Art | Artigo |
| CF/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| CC/2002 | Código Civil Brasileiro de 2002 |
| CP | Código Penal |
| STF | Supremo Tribunal Federal. |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| 1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO | |
| 1.1 Judicialização da Política no Brasil | 12 |
| 1.2 Causas da Judicialização no Brasil | 14 |
| 1.2.1 <i>Democracia</i> | 14 |
| 1.2.2 <i>Constituição abrangente</i> | 14 |
| 1.2.3 <i>Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade</i> | 15 |
| 1.2.3.1 <i>Controle exercido no Poder Executivo</i> | 16 |
| 1.2.3.2 <i>Controle exercido no Poder Legislativo</i> | 17 |
| 1.3 O papel do Supremo Tribunal Federal na Judicialização da Política no Brasil .. | 17 |
| 1.4 Ativismo Judicial no Brasil | 18 |
| 1.4.1 <i>O Ativismo e o Princípio da Separação dos Poderes</i> | 19 |
| 1.4.2 <i>O Ativismo e os Direitos Políticos</i> | 22 |
| 2 “CASOS DIFÍCEIS”- PARÂMETROS JUSFILOSÓFICOS | |
| 2.1 A atividade interpretativa na contemporaneidade | 24 |
| 2.2 O pensamento de Ronald Dworkin | 26 |
| 2.2.1 <i>Divergência quanto aos fundamentos do Direito</i> | 26 |
| 2.2.2 <i>A Teoria da Integridade no Direito</i> | 31 |
| 2.2.3 <i>A intenção do legislador</i> | 32 |
| 3 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SOLUÇÃO DE CASOS DIFÍCEIS: O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA | |
| 3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132: Reconhecimento da União Estável Homoafetiva | 34 |
| 3.1.1 <i>O reconhecimento da união estável homoafetiva na visão do relator - Carlos Ayres Britto</i> | 34 |
| 3.1.2 <i>O reconhecimento da união estável homoafetiva a partir do pensamento de Ronald Dworkin</i> | 36 |

| | |
|---|----|
| 3.1.3 <i>A atuação do STF como decorrência do processo de Judicialização da Política</i> | 37 |
| 4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SOLUÇÃO DE CASOS DIFÍCEIS: A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO | |
| 4.1 ADPF nº 54: Interrupção de gravidez de feto anencéfalo | 40 |
| 4.1.1 <i>A interrupção da gravidez de feto anencéfalo sob a ótica do Relator - Marco Aurélio Mendes de Farias Mello</i> | 40 |
| 4.1.2 <i>A interrupção da gravidez de feto anencéfalo sob a ótica do voto do Ministro Ricardo Lewandowski</i> | 42 |
| 4.1.3 <i>A interrupção da gravidez do feto anencéfalo a partir do pensamento de Ronald Dworkin</i> | 44 |
| 4.1.4 <i>A atuação do STF como decorrência do processo de Ativismo Judicial</i> | 46 |
| 5 A ATUAÇÃO DO STF: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU ATIVISMO JUDICIAL? | 48 |
| Conclusão | 51 |
| Referências | 54 |

INTRODUÇÃO

Os conflitos entre os direitos dos membros das sociedades ocidentais contemporâneas são cada vez mais variados e em muitas situações não encontram respostas nas normas jurídicas. Nesse contexto, torna-se cada vez mais importante a atuação de um Poder Judiciário forte e independente que seja capaz de resolver essas questões difíceis.

No Brasil também é crescente a atuação do Poder Judiciário, o que leva à reflexão se essa atuação é caracterizada como Ativismo Judicial ou Judicialização da Política. A história política brasileira revela que o Poder Legislativo “evita” determinados assuntos polêmicos e dessa forma a sociedade em busca de uma solução para suas demandas, as levam para o Poder Judiciário. No entanto, para resolver essas questões, o Judiciário muitas vezes adota uma postura tida como “ativista” de forma a dar uma resposta a essa sociedade pois, tal postura, em alguns casos, exorbita os limites da função jurisdicional adotados pela Constituição.

A proposta deste trabalho é analisar o que vem a serem os processos de Ativismo Judicial e Judicialização da Política e de que forma o Poder Judiciário, em especial, o STF vem atuando após a CF/88. Para compreender a importância da função institucional do STF, é necessário entender o contexto filosófico que está por trás da solução dos casos difíceis que são levados a julgamento pela corte e de que forma o Direito vem sendo interpretado nos dias de hoje para solucionar esses casos.

Nesse contexto, a democracia representativa exerce um papel importante, na medida em que, a sociedade, ao conhecer melhor os seus direitos, busca a efetivação deles recorrendo ao Poder Judiciário, tendo em vista que, aparentemente, o Poder Legislativo não tem cumprido o seu papel constitucional de forma eficiente. Mas, essa função da democracia teve como marco histórico a CF/88, pois essa Carta Magna alterou significativamente as instituições políticas, jurídicas e sociais brasileiras ao prever diversos direitos e garantias fundamentais bem como fortalecer essas instituições.

Dessa forma, no primeiro capítulo serão analisados os processos de Judicialização da Política e Ativismo Judicial no contexto constitucional brasileiro. No caso da Judicialização, serão expostas as causas desse processo no Brasil, de forma a se concluir que tal fenômeno é consequência do modelo político e constitucional brasileiro.

Na reflexão do processo de Judicialização, será exposto brevemente o conceito de Jurisdicização, de forma a demonstrar que além dos órgãos do Poder Judiciário, o Estado brasileiro instituiu as chamadas funções essenciais à justiça, com destaque para o papel do Ministério Público e da Defensoria Pública. Tais instituições atuam de forma dinâmica, sem a necessidade de provocação, ao contrário do Poder Judiciário, e, por essa razão são, também, ao lado do Poder Judiciário, atores importantes no processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais. (ASENSI, 2012)

O Ativismo por sua vez, é um processo por meio do qual o Poder Judiciário atua além dos “seus limites normativos” propostos pelo constituinte originário, de forma a adentrar na esfera de competência dos outros poderes, em especial do Poder Legislativo.

No segundo capítulo será analisado alguns aspectos do pensamento de Ronald Dworkin bem como a sua teoria do direito como integridade. Será demonstrado que para esse jusfilósofo o julgador deve levar em conta os princípios e a integridade do direito como se esse fosse interpretado em analogia a um “romance em cadeia” (Dworkin, 2007), em que cada novo capítulo deve ter coerência com o anterior. Assim, o Direito deve ser interpretado de forma a ser considerar o passado e o futuro com o objetivo de se encontrar a resposta verdadeira que conjugue princípios de justiça, equidade e devido processo legal (Dworkin, 2007). Partindo dessas ideias, será analisada se na atuação do STF é identificado esse pensamento de Dworkin.

Pela análise de Dworkin, se verificará que quando há concordância quanto aos fundamentos do direito a solução é clara, mas nos casos difíceis há divergência quanto a esses fundamentos. Dessa forma, a solução desses casos é obtida a partir de um

processo argumentativo por meio do qual os princípios devem ser levados em consideração.

Ao final, no terceiro capítulo, serão discutidos dois casos de grande repercussão e importância julgados recentemente pelo STF, quais sejam o reconhecimento da união estável homoafetiva e a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, e com propósito de verificar se são casos difíceis e se esta corte vem atuando de forma mais ativista ou de acordo com o novo arranjo institucional brasileiro, tendo em vista que, percebe-se uma atuação intensa do Judiciário na decisão de assuntos polêmicos que deveriam ser levados ao Poder Legislativo de uma forma nunca vista antes na história brasileira.

Ante o exposto, a metodologia de pesquisa terá o objetivo de demonstrar por meio da análise jurisprudencial-técnica, do reconhecimento da união estável homoafetiva e da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, e da pesquisa bibliográfica e documental, de que forma as ideias de Dworkin são verificadas na atuação do STF e se essa atuação é caracterizada como Ativismo Judicial ou Judicialização da Política.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

1.1 Judicialização da Política no Brasil

O século XX foi marcado pela ampliação do Poder Judiciário em todo o mundo ocidental desenvolvido. Nesse contexto, é destaque a atuação dos tribunais constitucionais, pois sendo a constituição a norma superior da qual emana o fundamento de legitimidade das normas infraconstitucionais, todo o sistema jurídico deve se compatibilizar com essa Constituição (CARVALHO, 2004).

Exemplo desse processo de expansão do Poder Judiciário pode ser verificado nos Estados Unidos, onde aquele Poder ficou em evidência após esse país ter se tornado a maior potência econômica do planeta. Na Europa, após a II Guerra Mundial, também houve um crescimento dos tribunais constitucionais (CARVALHO, 2004).

Antes dessa expansão do Judiciário, o Estado estava preocupado em manter a formal separação entre os Poderes até momento em que sofreu profundas modificações com o novo papel desse Poder e passou a considerar a Constituição como instrumento político na efetivação dos direitos fundamentais (PEIXINHO, 2008).

Interessante notar que o próprio governo passou a se preocupar em não violar a constituição, tendo em vista que, em grande parte dos países democráticos do ocidente, o tribunal constitucional serve como instrumento de controle dos demais poderes políticos. Esse novo paradigma favoreceu a participação do Poder Judiciário nas decisões políticas (CARVALHO, 2004).

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), inspirada na ampliação do Poder Judiciário ocorrida no ocidente, especialmente na Europa e nos Estados Unidos, contribuiu de forma decisiva para o processo de Judicialização, pois valorizou esse Poder como nunca antes havia ocorrido nas constituições anteriores (MACEDO FILHO, 2009).

Antes da CF/88, existia uma resistência à atuação do Poder Judiciário em questões políticas. Por outro lado, com o advento da CF/88, modificaram-se profundamente as diretrizes das cartas anteriores, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, ocorrendo uma forte valorização da cidadania e da soberania popular. A Carta de 1988 possibilitou também o fortalecimento dos princípios, sejam aqueles explícitos ou implícitos, o que contribuiu para que o Poder Judiciário se tornasse protagonista na solução de questões políticas (MACEDO FILHO, 2009).

O juiz torna-se então esse personagem central na efetivação dos direitos fundamentais o que traz modificações não só jurídicas mas também econômicas, políticas e sociais¹. (PEIXINHO, 2008).

Nesse contexto, o processo de Judicialização surge da concepção de um Poder Judiciário ativo na efetivação de direitos, o que se contrapõe a antiga ideia desse Poder como um agente inerte, apenas reproduzindo a lei (ASENSI, 2012). Contudo, há que se levar em conta que as pressões da sociedade, sejam movimentos sociais ou grupos de interesse, impulsionam o processo de Judicialização, pois estes grupos consideram a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário como fator para a realização de seus objetivos (CARVALHO, 2004).

Dessa forma, considerando esse cenário, o parâmetro abordado nessa pesquisa será o do processo de Judicialização da Política no Brasil, em especial na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) após a CF/88, que nada mais é do que a atuação do Poder Judiciário no controle dos demais poderes políticos bem como em sua atuação jurisdicional na solução de casos complexos, visando à efetivação dos direitos fundamentais, que lhe são submetidos, quer em decorrência de omissões legislativas ou falta de regulamentação legal de direitos (CARVALHO, 2004), o que de acordo com Ronald Dworkin (2002) são chamados “casos difíceis”.

¹ Entre as modificações econômicas, por exemplo, podemos citar a atuação do STF ao determinar que o Poder Público deva custear os medicamentos de alto custo não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. (Brasil, 2012, a)

1.2 Causas da Judicialização no Brasil

Partindo da classificação proposta por Luis Roberto Barroso, três são as causas para o fenômeno da Judicialização no Brasil, quais sejam: (1) a democracia, (2) a constituição abrangente e (3) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Vejamos em que consiste cada uma:

1.2.1 Democracia

A Democracia revela um regime político no qual emana a vontade do povo, configurando-se em um processo de afirmação do povo e dos direitos fundamentais que vão sendo conquistados ao longo da história (SILVA, 2011).

No Brasil, a redemocratização teve como marco principal a CF/88. Após essa constituição, as garantias da magistratura foram recuperadas e o Judiciário passou de órgão técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político (BARROSO, 2012).

Com essa redemocratização, a sociedade adquiriu mais consciência de seus direitos e dessa forma houve uma maior busca do Judiciário para a proteção desses interesses (BARROSO, 2012). Sobre esse assunto, destaca-se que o Poder Judiciário só atua mediante provocação. Por essa razão, o Estado criou as chamadas *funções essenciais à justiça* entre as quais o Ministério Público e a Defensoria Pública que atuam de forma dinâmica, sem a necessidade de provocação, contribuindo para a garantia dos direitos da sociedade. Nesse contexto, surge, **para além da judicialização**, a idéia de *Jurisdicização da política e das relações sociais*, na medida em que deve ser reconhecida a importância das instituições essenciais à justiça na efetivação dos direitos e garantias fundamentais (ASENSI, 2012).

1.2.2 Constituição abrangente

A CF/88 é analítica e prevê inúmeras matérias. Dessa forma, se a constituição prevê, por exemplo, o direito ao ensino fundamental, é possível ir ao Judiciário e exigir

tal direito levando o debate sobre ações concretas ou políticas públicas para efetivar tal direito (BARROSO, 2012).

Paulo Bonavides (2011) fala em constituição prolixa, enquadrando a brasileira de 1988 nessa classificação, que seriam aquelas que trazem matérias que não teriam conteúdo constitucional propriamente dito, mas regulamentam matérias que poderiam caber às leis complementares e que por opção do constituinte originário são previstas formalmente com vistas a terem garantias que só a constituição pode oferecer. Expõe, ainda, esse autor, *in verbis*:

“As Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente das seguintes causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a convivência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social.”

Dessa forma, partindo da ideia de Paulo Bonavides (2011), pode-se concluir que o constituinte originário optou por conferir maior proteção a diversos direitos da sociedade, prevendo-os na constituição com vistas a resguardar uma maior efetividade desses direitos em relação àquela que teriam se estivessem previstos somente na legislação infraconstitucional.

1.2.3 Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

O tema controle de constitucionalidade, em razão das suas diversas peculiaridades, não será objeto de estudo nesse trabalho. No entanto, considerando que tal temática é apontada por Barroso como uma das causas da Judicialização da Política no Brasil, é fundamental entender, em linhas gerais, o que vem a ser esse processo bem como em quais situações o Judiciário o exerce em relação aos demais poderes.

O controle de constitucionalidade no Brasil é misto e possui características dos modelos do sistema europeu e americano. Do sistema americano temos o controle difuso, por meio do qual o juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei ao caso

concreto, na situação de inconstitucionalidade. Em relação ao sistema europeu, temos o controle por ação direta, o que possibilita que certos assuntos sejam levados diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Destaca-se, ainda, que o direito de propositura é amplo, podendo órgãos, entidades públicas e privadas, sociedades de classe de âmbito nacional e confederações sindicais, ajuizar ações diretas (BARROSO, 2012).

Para entender de que forma o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade sobre os demais poderes, serão abordados alguns exemplos, conforme segue descrito:

1.2.3.1 Controle exercido no Poder Executivo

No Brasil, pode-se elencar como principais atividades do Poder Executivo a função de chefia de Estado e de Governo, a participação na função legislativa e a sua função típica, a administrativa (RAMOS, 2010, p. 153). Ocorre que, essas atividades são passíveis de controle jurídico pelo Poder Judiciário, nos termos da Constituição Federal.

No tocante à função de governo, esta se desenvolve principalmente por meio dos programas de governo os quais estão relacionados ao plano político e, por essa razão, o controle judiciário não seria possível. Ocorre que, tais programas de governo por vezes se manifestam por meio de diplomas legais que não veiculam normas gerais e abstratas, mas tão somente o planejamento governamental. Dessa forma, trata-se de atos formalmente legislativos, porém materialmente governativos, os quais se submetem ao controle pelo judiciário não pelo conteúdo, mas sim pela forma que se apresentam (RAMOS, 2010, p. 154-155).

Em relação à participação do Poder Executivo na produção legislativa, destaca-se que no controle sobre o veto presidencial a projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 66, §1º, da CF/88, em que pese as razões do veto poderem versar sobre matéria jurídica, como no caso de inconstitucionalidade, é impossível dissociar a questão de mérito dessa questão jurídica em face da natureza

política do órgão que exerce esse veto. No entanto, não se pode afastar a fiscalização do Poder Judiciário que pode, por exemplo, reconhecer a intempestividade do veto ou a invalidade em caso deste não estar devidamente motivado (RAMOS, 2010, p. 158).

1.2.3.2 *Controle exercido no Poder Legislativo*

No tocante à função atípica do Poder Legislativo, destaca-se à prestação Jurisdicional no processo e julgamento do Presidente da República em crimes de responsabilidade. Nesses casos, o julgamento compete ao Senado Federal, nos termos da constituição, após autorização da Câmara dos Deputados. Por se tratar de sanção de natureza político-administrativa não cabe ao Poder Judiciário se manifestar quanto ao mérito. No entanto, na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente na década de 90, após o processo de *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Melo, firmou-se o entendimento de que existe um grau mínimo de controle constitucional no que concerne ao princípio do devido processo legal, ou seja, em requisitos de cunho formal tais como ampla defesa, contraditório, etc. (RAMOS, 2010, p. 157).

1.3 O papel do Supremo Tribunal Federal na Judicialização da Política no Brasil

No Brasil, o processo de Judicialização pode ser verificado pela atuação do Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Constituição de 1988, principalmente por meio do Controle de Constitucionalidade previsto na Carta Magna (CARVALHO, 2004).

O caso brasileiro é especial em comparação com os outros países ocidentais. A atuação do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, tem sido de grande destaque, alcançando o espaço das seções de política, economia, ciências e polícia, dos jornais. Acrescente-se a isso à transmissão direta dos julgamentos pela TV Justiça, contribuindo assim para a transparência, democracia e controle social das ações da corte, o que é bem peculiar, tendo em vista que em quase todo o mundo os tribunais julgam em audiências reservadas e a portas fechadas (BARROSO, 2012).

1.4 Ativismo Judicial no Brasil

O Ativismo judicial é uma interferência mais intensa do Poder Judiciário no espaço de atuação dos outros poderes (BARROSO, 2012), ou seja, consiste na ultrapassagem dos limites normativos substanciais da função Jurisdicional (RAMOS, 2010, p. 138).

Essa transposição de limites da função jurisdicional pode vir a prejudicar o Estado Democrático de Direito, na medida em que prejudica o princípio da Separação dos Poderes (RAMOS, 2010, p. 22).

O Ativismo surge normalmente da atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos bem como da omissão legislativa. Há certa desconfiança da atuação das cortes constitucionais, em razão de suas decisões não serem passíveis de revisão por outros órgãos constitucionais, haja vista que estes tribunais se situam na cúpula do Poder Judiciário (RAMOS, 2010, p. 24).

A análise do Ativismo Judicial em face da constituição está diretamente relacionada às peculiaridades de interpretação e aplicação do texto constitucional. O exame do ativismo com foco na constituição deve abranger todas as situações que envolvam a aplicação da Carta Magna pelo Poder Judiciário, seja no controle de atos do legislativo ou atos do executivo. Importante mencionar que o ativismo em sede de controle de constitucionalidade pode alcançar o direito de duas formas: seja pela alteração normativa da constituição e alteração, simultaneamente ou não, da legislação infraconstitucional, nesse último caso, por exemplo, na indevida declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (RAMOS, 2010, p. 139-142).

Contudo, é importante deixar claro que a função de controle exercida pelo Poder Judiciário, nos termos e nos limites da interpretação constitucional, é essencial para a garantia do Princípio da Separação dos Poderes e do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de José Afonso da Silva (2011):

“Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca de um equilíbrio necessário à realização do bem da

coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.”

O Ativismo, nesse contexto, somente ocorrerá quando forem ultrapassados esses termos e limites da interpretação constitucional, ou seja, quando o Poder Judiciário intervir na esfera de competência de outro Poder.

Partindo do conceito de que o ativismo judicial se configura como a ultrapassagem, pelo Poder Judiciário, dos limites normativos substanciais da função jurisdicional estabelecidos na Carta Magna, faz-se necessário estabelecer um parâmetro de análise desse fenômeno no Brasil (RAMOS, 2010, p. 138).

Dessa forma, nesse trabalho, o ativismo será abordado com foco na atuação do Poder Judiciário, em especial do STF, após a CF/88. Nesse momento serão analisadas as principais características e implicações do Ativismo Judicial. Ficará para o Capítulo 03 a análise de 2 casos concretos que foram levados à Corte Constitucional brasileira para julgamento, com vistas a verificar se a atuação do STF se configura ou não como ativista.

1.4.1 Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes

No Brasil, o Princípio da Separação dos Poderes está consagrado no art. 2º, da Constituição de 1988, o qual dispõe que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É tão importante tal princípio, que a Carta Magna o consagrou como cláusula pétrea, em seu art. 60, § 4º, III, *in verbis*:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes; (grifo nosso).” (BRASIL, 2012, b)

Para entender o Princípio da Separação dos Poderes, deve-se entender o que é *poder*. O poder é um fato da vida social, ou seja, pertencer a um grupo social é saber

que esse grupo pode exigir certas atitudes visando a determinados fins. Nesse contexto, o Estado é o grupo social máximo o qual detém o poder político que é superior a todos os demais poderes sociais. Esse poder político caracteriza a Soberania do Estado em um contexto externo e a Supremacia em um contexto interno (SILVA, 2011, p. 106-107).

O Estado se manifesta por meio dos seus órgãos, quer constitucionais ou administrativos, sendo que os constitucionais exercem o poder político. Esse poder político se manifesta mediante funções, quais sejam a executiva, legislativa e a jurisdicional. No entanto, o poder político é uno, indivisível e indelegável, mas a sua manifestação é que se desdobra em três funções (SILVA, 2011, p. 108).

Dessa forma, conclui-se que quando se fala em “Separação dos Poderes” o que a CF/88 expressa é que as funções do Estado são repartidas em três e não o Poder, que é uno e pertence ao povo, mas exercido pelo Estado por meio dos agentes públicos a quem esse povo conferiu legitimidade para tal tarefa.

Especialmente a partir da obra o *“espírito das leis”*, do pensador francês, Montesquieu, o Princípio da Separação dos Poderes se tornou conhecido. Tal princípio consiste na atribuição das principais funções do Estado às estruturas orgânicas independentes entre si, de forma a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico exercerá tais funções predominantemente (RAMOS, 2010, p. 111-113).

Ocorre que, as funções do Estado admitem, em certo grau e nos termos expressamente previstos na Constituição, o compartilhamento delas entre os Poderes, contudo sempre haverá um *núcleo essencial* de função que não é passível de ser exercido a não ser pelo Poder competente (RAMOS, 2010, p. 116).

Dessa forma, quando se fala em ativismo judicial, tal fenômeno consiste na ultrapassagem dos limites da função jurisdicional em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e até mesmo da função de governo. Isso não quer dizer que o Poder Judiciário não possa exercer funções

atribuídas a outros poderes, pois isso é possível desde que respeitado os limites impostos pela Constituição. Mas, o que ocorre no ativismo, é uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário com invasão ao núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes (RAMOS, 2010, p. 117).

O Ativismo pode vir a ter uma perspectiva positiva em relação ao atendimento das demandas da sociedade que não foram reguladas pelo legislador. Por outro lado, a perspectiva negativa é a visibilidade das dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo, o que mostra que a necessidade de Reforma Política é uma grande necessidade do país (BARROSO, 2012).

No entanto, essa “demanda social” que foi efetivada pela atuação Ativista do Poder Judiciário na busca de justiça social e igualdade, pode não refletir a vontade da maioria do povo que elegeu os membros do Poder Legislativo confiando que as questões relevantes fossem debatidas e discutidas somente pelo Parlamento, o que leva a conclusão de que o Ativismo afeta a Separação dos Poderes, na medida em que o *núcleo essencial* de função (RAMOS, 2010), está sendo exercido pelo Poder Judiciário.

Contudo, deve-se levar em consideração que as censuras ao Ativismo Judicial também ocultam o fato de que o Judiciário, em regra, só atua sob provocação e que o Ativismo também se desenvolve diante da insatisfação dos cidadãos pela falta de tratamento legal para os variados conflitos que se multiplicam a cada dia (CARDOSO, 2012).

Como exemplo, podemos citar que o Supremo Tribunal Federal, ao longo de mais de 20 anos de promulgação da Constituição de 1988, decidiu questões importantes e julgou favoravelmente mandados de injunção e ações de inconstitucionalidade por omissão e reconheceu vários direitos constitucionais não regulamentados por lei, entre estes podemos citar a aposentadoria especial para os servidores (garantida pelo § 4º, III, art. 40, CF), o aviso prévio proporcional (art. 7º, XXI, CF) e o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII) (CARDOSO, 2012).

1.4.2 O Ativismo e os Direitos Políticos

O direito democrático de participação do povo no governo, por meio dos seus representantes, forma o que se denomina de direitos políticos que são o conjunto de normas que regulam a forma de atuação da soberania popular (SILVA, 2011, p. 345).

No Brasil, existem direitos políticos expressamente reconhecidos pela Constituição. Porém, a história do Brasil é marcada por desrespeitos à lei, principalmente pelo Poder Executivo. Contudo, após a CF/88, verifica-se um maior respeito a esses direitos (CARVALHO, 2004).

Pode-se falar em direitos políticos ativos e passivos, no entanto, essa fragmentação não consiste em uma divisão, mas modos de exercício dos direitos políticos. Assim, os direitos políticos ativos seriam aqueles que definem quem pode votar, ou seja, o eleitor e a sua atividade e o passivo cuida do quesito elegibilidade, qual seja, a possibilidade do cidadão ser eleito (SILVA, 2011, p. 347).

Em relação ao Poder Judiciário, a legitimidade das decisões dos membros desse Poder, embora estes não sejam eleitos pelo voto popular, encontra duas justificativas, uma de natureza normativa e a outra filosófica (BARROSO, 2012).

A razão normativa decorre do poder conferido ao Judiciário pela Constituição, em especial para o STF. Em regra, os membros do Judiciário estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte e pelo legislador. No entanto, tal atuação não é puramente mecânica, haja vista que na medida em que o julgador atribui sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, acaba tornando-se, em muitas situações, co-participante do processo de criação do direito (BARROSO, 2012).

Já sob o fundamento filosófico a constituição deve estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância de poder. No entanto, a democracia não pode ser resumida ao princípio majoritário, mas deve proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade da maioria. Isso não quer dizer suprimir a política e o governo da maioria e

nem o papel do Legislativo, mas devem ser observados os valores e os fins da constituição e, em isso sendo atendido, cabe à lei fazer as escolhas entre as alternativas que caracterizam a sociedade pluralista (BARROSO, 2012).

Dessa forma, os juízes e tribunais só atuam com racionalidade no momento em que são capazes de fundamentar racionalmente suas decisões com base na lei maior (BARROSO, 2012).

Nesse contexto, uma vez caracterizado o Ativismo Judicial, a atuação do Poder Judiciário fere os direitos políticos na medida em que essa atuação não é legitimada pela sociedade. Ao votar, o povo confia que questões fundamentais para a nação brasileira serão discutidas pelo Legislativo e em consequência irão refletir o comportamento social.

2 “CASOS DIFÍCEIS”- PARÂMETROS JUSFILOSÓFICOS

2.1 A atividade interpretativa na contemporaneidade

Nos séculos XIX e XX predominou o pensamento formalista segundo o qual a norma possui um significado próprio anterior à aplicação e interpretação do juiz. Em outros termos, o juiz tradicionalmente não interpreta a lei, mas tão somente a aplica (PALOMBELLA, 2005, p. 272-273).

Dessa forma, quando as normas eram claras não havia necessidade de atividade interpretativa, no entanto, quando havia ambigüidade ou obscuridade a interpretação consistia em esclarecer o significado do texto, ou seja, as normas já possuíam um significado prévio. Assim, diante de casos difíceis, a interpretação era considerada um esclarecimento voltado a verificar o sentido do texto que já existe, o que já foi considerado como interpretação exata (PALOMBELLA, 2005, p. 273).

No entanto, atualmente existe a hipótese de que tal concepção meramente descritiva estaria errada ou insuficiente. Até mesmo o jusfilósofo Hans Kelsen admite que o direito possa ser interpretado e que essa interpretação não é apenas uma descrição da norma, mas sim uma atividade volitiva do julgador que leva à decisão de atribuição de certo significado (PALOMBELLA, 2005, p. 273).

Assim, a interpretação está contida em todo o ato de aplicação da lei e não é possível a aplicar a lei sem interpretá-la (PALOMBELLA, 2005, p. 274).

Diante do caso concreto, uma norma que apresenta indeterminações exigirá do intérprete que a atividade interpretativa possa se dar no sentido de escolha de um significado dentre as várias possibilidades encontradas dentro do espaço interpretativo. Dessa forma, a interpretação enquanto atividade é inevitável mesmo diante de casos “claros”, pois o intérprete ao considerá-los “claros” pode apenas não intervir no sentido de escolher as múltiplas possibilidades dentro de um espaço interpretativo (PALOMBELLA, 2005, p. 274).

No entanto, o processo interpretativo não pode ser apenas entendido como escolhas dessas possibilidades, que sofrem influência da cultura, dos valores e princípios do contexto em que se encontra o julgador mas, na atividade interpretativa, deve ser levado em consideração os limites do intérprete, os motivos e justificação das conclusões bem como as características do raciocínio jurídico (PALOMBELLA, 2005, p. 277-279).

A interpretação nos leva a pensar em problemas com relação à transformação do direito e sua estabilidade, no caso do direito posto e do direito que se conforma a valores, do direito enquanto decisão e do direito como fato moral. Nesse sentido, a obra de Ronald Dworkin é importante para entender essa questão, pois a atividade do juiz não pode ser uma invenção do direito e nem uma simples reprodução dos limites postos pelas normas (PALOMBELLA, 2005, p. 326).

Partindo dessa ideia, essa pesquisa também tem o escopo de compreender o contexto jusfilosófico que embasa as conclusões a que chega o STF, quando julga os casos difíceis, e, por essa razão, escolheu-se aqui, sem a pretensão de esgotar o tema, estudar o filósofo Ronald Dworkin em razão de seu pensamento acerca da importância dos princípios na solução desses casos difíceis, bem como a sua teoria do Direito como Integridade.

A obra de Dworkin nasce nos Estados Unidos e as características do constitucionalismo americano são importantes para entender o pensamento desse filósofo. Nos EUA a constituição é garantida pela Corte Suprema que é bastante atuante em decidir com bases em princípios (constitucionalmente justificados) na solução de controvérsias mais relevantes e difíceis para o sistema. Dessa forma, Dworkin mostra que não só as normas é quem compõem o sistema, mas os princípios também (PALOMBELLA, 2005, p. 329).

2.2 O pensamento de Ronald Dworkin

2.2.1 *Divergência quanto aos fundamentos do Direito*

Há uma dimensão moral nos processos judiciais. Dessa forma, é importante entender de que maneira os juízes decidem as causas, o que eles pensam sobre o que é direito e quando discordam sobre isso é importante entender essa divergência (DWORKIN, 2003, p. 5-4).

Em um primeiro momento, convém entender o que são “proposições jurídicas” (DWORKIN, 2003, p. 6), quais sejam as várias afirmações e argumentações que as pessoas fazem sobre o que a lei permite, proíbe ou autoriza, como por exemplo, “a lei não prevê indenização para danos provocados por companheiros de trabalho” (DWORKIN, 2003, p. 6). A sociedade em geral, bem como os juristas e juízes, pressupõem que certas proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas em razão de outras proposições que oferecem o que se denomina “fundamentos” (DWORKIN, 2003, p. 7) do direito (DWORKIN, 2003, p. 6-7).

Contudo, a divergência quanto aos fundamentos do direito é problemática. Quando os juízes decidem um caso importante, diz-se que estariam criando um “novo direito” (DWORKIN, 2003, p. 8). Porém, os juízes apresentam esse “novo direito” (DWORKIN, 2003, p. 9) como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se corretamente interpretado. Alegam que, na verdade, essa nova formulação é a correta observância dos verdadeiros fundamentos do direito. Dessa forma, o debate público acerca da questão se os juízes “descobrem ou inventam” (DWORKIN, 2003, p. 9) o direito poderia ser resolvido, pelo menos caso a caso, se todos estivessem de acordo quanto ao que é o direito e não houvesse divergência teórica sobre os fundamentos do direito (DWORKIN, 2003, p. 8-9).

Os filósofos concordam que a divergência quanto aos fundamentos do direito é problemática, e que os advogados e juízes estariam de acordo quanto a esses fundamentos, sendo então tal temática uma simples questão de fato dos fundamentos

do direito. Na verdade, o direito pode ser entendido a partir das decisões tomadas no passado pelas instituições jurídicas (DWORKIN, 2003, p. 10).

Por exemplo, se alguma instituição jurídica decidiu que há indenização por danos causados por colegas de trabalho então essa decisão é o direito. Se tal decisão for contrária, também será o direito. Então o direito pode ser obtido através de pesquisa de casos passados, sendo que tal busca deve ser realizada por quem tem conhecimento e sabe onde achar tal informação, o que para um leigo poderia ser difícil. Assim, o direito existe como uma simples questão de fato, pelo que existe e não pelo que ele deveria ser. Dessa forma, se advogados e juízes divergem teoricamente sobre o que o direito deve ser, então, na verdade estão divergindo sobre questões de moralidade e fidelidade e não sobre o direito (DWORKIN, 2003, p. 11).

Do ponto de vista do leigo dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, há a opinião daqueles que concordam que os juízes devem apenas aplicar o direito, mesmo que não gostando da solução, e, a partir do momento em que eles apontam as suas opiniões políticas são considerados maus juízes. Essa seria a questão da fidelidade. De forma contrária, há quem rejeita o juiz que simplesmente aplica a lei e que o bom juiz seria aquele que prefere a justiça à lei. Essas duas teses, na verdade são formuladas a partir da ideia de que o direito é uma simples questão de fato (DWORKIN, 2003, p. 11).

No entanto, não se justifica dizer que o direito é uma simples questão de fato dependente de decisões passadas e sem considerar a moralidade. Na verdade, a questão da fidelidade é substituída pela ideia de reparação, de onde surge o dilema segundo o qual o que fariam os juízes na ausência de uma lei? Deveriam apenas preencher as lacunas ou decidir democraticamente? São perguntas que encontram várias opiniões (DWORKIN, 2003, p. 13).

Deve-se ter em mente que o direito é um fenômeno social e que a sua prática é argumentativa. Na verdade a discussão do direito se desenvolve por meio das discussões das proposições jurídicas que adquirem sentido através da reflexão e conseqüente argumentação. Para Dworkin é interessante compreender o argumento

jurídico formal do juiz pela sua importância no entendimento do que vem a ser a prática jurídica (DWORKIN, 2003, p. 19).

Para refutar a tese do direito como simples questão de fato, Dworkin analisa alguns casos práticos ocorridos nos Estados Unidos. Um desses casos, o Elmer (DWORKIN, 2003, apud *Riggs vs Palmer*, 115, Nova York, 506, 22 N.E.188, 1889) dizia respeito ao neto que assassinou o avô para poder herdar os seus bens. Ocorre que, não havia nas leis que regulavam as sucessões nos Estados Unidos nenhuma disposição proibindo o neto de herdar em testamento por ter matado o seu avô. Dessa forma, a defesa de Elmer argumentou que se o Tribunal não aplicasse o direito estaria violando um testamento válido e substituindo esse direito por suas convicções morais (DWORKIN, 2003, p. 20).

Apesar dos juízes não divergirem quanto ao que falava a lei, não concordavam, no entanto, quanto à verdadeira natureza do direito e sobre a forma como a legislação deveria ser interpretada. Assim, Dworkin indaga como podem esses juízes divergirem quando a lei é clara, mas não concordam sobre o que ela realmente significa. Entre os juízes que decidiram o caso, houve um juiz, chamado Gray, que entendeu que a lei deveria ser interpretada da forma como se apresentava, não havendo exceções. Dessa forma, Elmer deveria receber a herança, tendo em vista que o testamento era válido e de acordo com a lei (DWORKIN, 2003, p. 22).

Para esse juiz, quem faz o testamento deve ter o conhecimento do que a lei diz. Não dá para saber o que o avô de Elmer decidiria acaso soubesse que o seu neto iria matá-lo, pois essa hipótese não foi dada a ele. Ainda que Elmer tenha tentado matar o avô, este poderia mesmo assim fazer o testamento em favor de seu neto. O que ocorre na verdade é que os testadores devem ter segurança naquilo que fazem, ou seja, ao conhecerem a lei devem ter a certeza de que essa lei vai ser cumprida. Além disso, segundo defendeu o juiz em questão, estar-se-ia punindo Elmer além do previsto por seu crime, tendo em vista que a punição por delitos deve ser prevista em lei (DWORKIN, 2003, p. 23).

Por outro lado, o juiz Earl, representando a maioria, defende que se deve levar em conta a intenção do legislador ao criar a lei, de sorte que essa intenção é parte da lei, fazendo inclusive distinção entre “letra da lei” e a lei propriamente dita. Explicando melhor, o legislador não previu que assassinos não poderiam herdar por se tratar de uma questão óbvia. Seria absurdo pensar que, ao fazer a lei, o legislador tenha pensado nessa hipótese. Isso não quer dizer que se o legislador não previu é porque a lei não poderia ter outras consequências. Seria radical pensar dessa forma, pois não dá para se prever todas as consequências que uma lei pode vir a ter (DWORKIN, 2003, p. 24).

Argumenta também o juiz Earl que, no processo de interpretação da lei, deve ser levado em conta o contexto histórico do que se denomina de princípios gerais do direito, ou seja, é importante se atentar para os princípios de justiça adotados em outras áreas do direito. Dessa forma, o legislador ao editar uma lei considera um complexo de relações mais amplas, leva em atenção o direito como um todo bem como os princípios tradicionais de justiça. Esse magistrado deu como exemplo o princípio, retirado de outro contexto, de que ninguém pode se beneficiar do próprio erro e dessa forma a lei que rege as sucessões deveria estar em sintonia com tal preceito (DWORKIN, 2003, p. 24-25).

A posição do Juiz Earl prevaleceu e dessa forma Dworkin analisa esse caso considerando que a controvérsia foi sobre a natureza da lei, sobre aquilo que ela queria dizer (DWORKIN, 2003, p. 25).

O positivismo jurídico do ponto de vista do direito como uma simples questão de fato, pode-se dizer que, se essa concepção filosófica estivesse correta, então a divergência sobre os fundamentos do direito no caso Elmer não seria verdadeira. Nesse exemplo, não havia precedentes julgados anteriormente e dessa forma os advogados concordariam que não haveria nenhum direito a se descobrir. Verifica-se que o juiz Gray em sua argumentação afirmou que a lei deveria ser interpretada mesmo a despeito de suas evidentes falhas. O positivista ao admitir que Gray quis afirmar a natureza do direito, deve também concordar que o ponto de vista desse juiz acerca dos fundamentos do direito foi polêmico em todo o tribunal (DWORKIN, 2003, p.47).

Os juristas ao falarem em “direito” podem utilizar essa expressão de forma diferente o que pode explicar porque eles discordam em casos difíceis. Cada um enxerga os fundamentos da regra principal de uma forma diferente e dessa forma essas diferenças se manifestam nesses casos difíceis. No caso Elmer discutiu-se não só a divergência que torna uma proposição jurídica verdadeira, mas também a sua essência (DWORKIN, 2003, p. 52).

De acordo com o pensamento de Dworkin, percebe-se que os fundamentos do direito nem sempre são enxergados da mesma forma pelos juízes. Não há problema quando há consenso entre esses fundamentos, o que seria até mais fácil de se lidar. Contudo, as relações em sociedade são complexas e não há como o ordenamento jurídico prever todas as hipóteses possíveis dessas relações.

Haverá casos em que um precedente pode ser utilizado, contudo em outros não. O que Dworkin busca demonstrar é que o direito é uma prática argumentativa e que nos casos difíceis sempre haverá divergência quantos aos fundamentos do direito, pois só haverá esses casos quando não se encontrar uma resposta “clara” no ordenamento jurídico.

Contudo, os casos difíceis não são verificados apenas quando não há uma resposta “clara” na lei, mas também na hipótese em que o juiz deve descobrir qual é o direito das partes mesmo quando não há nenhuma regra normatizando esse caso. É errado dizer que os juízes legislam quando vão além das decisões políticas tomadas por outras instituições haja vista que deve ser levada em conta a distinção fundamental entre argumentos de política e argumentos de princípio (Dworkin, 2002, p. 127-129).

Sobre esse assunto, os argumentos de política fundamentam as decisões políticas que visam proteger interesses coletivos enquanto os argumentos de princípio justificam a decisão política de um indivíduo ou de determinado grupo. Dessa forma, nos casos difíceis Dworkin (2002) entende que as decisões judiciais devem ser decididas com base em princípios, pois o julgador não deve ser pressionado pelas demandas da maioria política (Dworkin, 2002, p. 132;134).

Como bem argumentado pelo juiz Earl, no caso anteriormente citado, o legislador ao editar as leis considera que existem princípios gerais implícitos na elaboração dessas normas. Esse pensamento se mostra bastante coerente, na medida em que existem princípios de justiça que são aceitos de uma forma mais ampla e o legislador os observa em sua atividade legislativa. As leis são feitas em benefício da sociedade e para a sociedade, e dessa forma, espera-se que um mínimo de equidade e boa fé sejam levados em consideração na elaboração dessas normas.

Com relação ao caso Elmer, restou bem demonstrado que haverá situações em que os princípios deverão ser levados em consideração. Ora, em muitos casos nem tudo o que é legal é moral. Na situação em tela, o testamento era válido e estava dentro dos preceitos legais, no entanto não era moral. Como atribuir uma herança a alguém que matou o próprio avô? É um tanto indigesto aceitar tal tese, até para o positivista mais convicto. Percebe-se assim a importância dos princípios na resolução de casos difíceis aonde a lei não consegue por si só alcançar.

2.2.2 A Teoria da Integridade no Direito

A teoria da integridade no direito não se preocupa com a questão acerca se os juízes criam ou inventam o direito, mas, por outro lado, expõe que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que levam em conta elementos do passado e do futuro em conjunto e não isoladamente, como se o direito fosse apenas relatos de fatos do passado ou programas instrumentais voltados para o futuro. Segundo essa teoria, as proposições jurídicas são verdadeiras se decorrem dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, pois estes oferecem a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 271-272).

O direito como integridade propõe que os juízes decidam os casos difíceis considerando o produto da interpretação de outros casos que afirmam terem interpretado com sucesso. A história nesse contexto é importante na medida em que o enfoque contemporâneo do direito como integridade necessite voltar ao passado para melhor ser compreendido. No entanto, não se pretende reproduzir os ideais ou

objetivos práticos dos políticos que criaram o direito no passado, mas sim justificar o que eles fizeram, embora em algumas situações seja necessário incluir o que eles disseram, mas por outro lado, o direito como integridade pretende explicar que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios voltados para o futuro (DWORKIN, 2007, p. 274).

Para se entender a complexidade de se decidir um caso difícil na perspectiva do direito como integridade, Dworkin (2007) propõe a comparação com um “romance em cadeia”, no qual deve ser imaginado que um grupo de escritores deve escrever um romance em série. Cada romancista deve escrever um novo capítulo da melhor maneira possível e interpretando o que escreveu o romancista anterior e esse capítulo é juntado ao romance para ser utilizado pelo próximo escritor e assim sucessivamente. Espera-se que o romance forme um todo unificado da melhor forma possível (DWORKIN, 2007, p. 276).

Dessa forma, o direito como integridade pede que o julgador ao decidir os casos que lhe são postos, considere, na medida do que for possível, que o direito é composto de princípios de justiça, equidade e do devido processo legal e, por essa razão, a situação de distintas pessoas possa ser justa e equitativa de acordo com as mesmas normas de modo a atingir a ambição da integridade, qual seja a de ter uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2007, p. 291).

2.2.3 A intenção do legislador

Dworkin (2007) tem um personagem imaginário, o juiz Hércules, o qual aceita a teoria do direito como integridade e, para explicar a relação dessa teoria com as leis, expõe que Hércules tratará o Congresso, e não os precedentes judiciais, como o autor anterior do romance em cadeia. No entanto, esse autor tem responsabilidades e poderes diferentes de Hércules, que por sua vez vai encarar o seu papel como o de um colaborador criativo que ajuda a desenvolver o sistema legal iniciado pelo Parlamento (DWORKIN, 2007, p. 377).

Dworkin (2007) chama de ponto de vista do locutor a intenção que os legisladores tiveram no momento que criaram a lei, sendo essa intenção um princípio enraizado à prática jurídica. No entanto, o ponto de vista de Hércules é diferente na medida em que entende que não há “um estado de espírito” na intenção dos legisladores, mas sim um momento político importante para a aprovação da lei. Quando o legislador editou a lei estava a interpretar a história daquele momento e quando o julgador vai aplicar a lei deve decidir o que ela declara em seu contexto atual (DWORKIN, 2007, p. 380).

No entanto, os debates legislativos que cercaram o momento de criação da lei devem ser levados em consideração, desde que da forma correta. Hércules respeita a integridade do texto legal e pode considerar essa história legislativa, principalmente se o Estado não enganou o público e se decisões cruciais foram tomadas naquela ocasião. Dworkin, (2007) cita, inclusive, que a prática jurídica norte-americana considera algumas declarações do propósito legislativo como especialmente importantes para decidir como uma lei deve ser interpretada (DWORKIN, 2007, p. 409-414).

Assim, o personagem imaginário interpreta não só o texto da lei, mas a sua história e todo o processo que é anterior a sua criação para encontrar a resposta verdadeira para os casos difíceis.

3 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SOLUÇÃO DE CASOS DIFÍCEIS: O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.

3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132: Reconhecimento da União Estável Homoafetiva

Em decisão histórica, o STF, em julgamento da ADI nº 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da ADPF nº 132, proposta pelo governador do Rio de Janeiro, reconheceu, em votação unânime, a união estável para casais do mesmo sexo, conhecida como união homoafetiva, e a equiparou a união estável heterossexual. (BRASIL, 2012, c)

Para os fins propostos nessa pesquisa, é suficiente a análise do voto do relator, o Ministro Carlos Ayres Britto, conforme se passa a expor.

3.1.1 O reconhecimento da união estável homoafetiva na visão do relator - Carlos Ayres Britto

A ADPF nº 132 – RJ, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e a ADI nº 4.277 – DF, proposta pela Vice-Procuradora Geral da República, em exercício no cargo de Procurador-Geral da República, foram colocadas em pauta para julgamento do Plenário do STF. No entanto, foi verificado que as duas ações tinham convergência de objetos e, dessa forma, o relator converteu a ADPF em ADI e, nessa condição a recebeu em par com a ADI nº 4.277 – DF. O objeto das referidas ações consiste em submeter o art. nº 1723 do CC/2002, qual seja “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família”, à técnica da interpretação conforme à Constituição (BRASIL, 2012, d).

No mérito, o Ministro destaca que a CF/88 vedou expressamente o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre homem e mulher e, intencionalmente, não obrigou, mas, também não proibiu o uso concreto da sexualidade humana. Dessa forma, conclui-se então, que o uso de tal sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa e, por essa razão, assim como é proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina e feminina é também proibido discriminar as pessoas em função da respectiva preferência sexual (BRASIL, 2012, d).

Assim, a preferência sexual é um direito fundamental e um bem de personalidade sendo uma emanção direta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Além desse princípio, temos o princípio constitucional da liberdade o qual se concretiza no direito à intimidade e à privacidade, pois não há nada tão íntimo ou privativo do que a escolha individual da sexualidade (BRASIL, 2012, d).

No que concerne à equiparação com os casais heterossexuais, o Ministro argumenta que a CF/88 protege cinco institutos jurídicos, quais sejam, a família, o casamento civil, a união estável, o planejamento familiar e a adoção, mas com ênfase especial na família que é tratada em primeiro lugar, conforme o art. 226, caput, da CF/88. Na sequência cita os dispositivos constitucionais que tratam dos demais institutos jurídicos mencionados anteriormente, destacando que a família não é atrelada aos casais heterossexuais e nem a formalidades cartorárias, celebração civil ou religiosa, mas tão somente a ideia de que a família é uma instituição privada, voluntariamente constituída por pessoas adultas e que se relacionam entre si, a sociedade e o Estado (BRASIL, 2012, d).

Verifica-se assim, que a CF/88 atribui um sentido aberto à família sendo esse núcleo próprio para que os indivíduos desenvolvam relações amorosas, afetivas e protetivas de forma a possibilitar o crescimento espiritual de seus integrantes e de maneira a se tornar base da sociedade e merecedora de proteção do Estado, não importando para tanto quem são os membros dessa família (BRASIL, 2012, d).

Dessa forma, em resumo, o voto do relator consistiu:

“Pelo que dou ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.” (BRASIL, 2012, d)

3.1.2 *O reconhecimento da união estável homoafetiva a partir do pensamento de Ronald Dworkin*

Parcela da sociedade brasileira é formada por famílias constituídas por casais homoafetivos os quais não tinham os seus direitos reconhecidos em razão da ausência de legislação sobre esse assunto. No entanto, a CF/88 prevê uma série de direitos fundamentais abstratos de que são titulares todos os indivíduos e por essa razão não há justificativa razoável para que os casais homoafetivos não sejam reconhecidos formalmente como família pelo Estado e adquiram direitos em consequência disso.

Nesse contexto, a ação levada a julgamento pelo STF é um “caso difícil”, pois não existia norma legal reconhecendo a união estável homoafetiva e de acordo com Dworkin (2002), mesmo nos casos em que não há norma, o juiz deve encontrar o direito das partes. Ressalta-se que, antes dessa decisão, a jurisprudência admitia a existência de mera sociedade de fato, negando-se assim a relação afetiva existente, e as conseqüências jurídicas dessa sociedade eram disciplinadas no campo do direito das obrigações, o que gerava diversos efeitos, entre os quais o afastamento dos direitos sucessórios (DIAS, 2007, p. 185).

No cenário em que o STF julgou a ação, não havia nenhuma lei regulamentando a união homoafetiva. O que tinha para ser analisado era o CC/2002, que em seu artigo nº 1723 regulamentava a união estável heterossexual, bem como o art. 226, § 3º da CF/88, e, quanto a essas disposições legais, não havia nenhuma dúvida. Ocorre que, assim como no caso *Riggs vs Palmer* (DWORKIN, 2003), o STF não concordou quanto à forma de interpretação e a natureza dessa legislação, considerando o sistema de

princípios e direitos previstos na CF/88. Nesse ponto, partindo do pensamento de Dworkin (2003) houve divergência quanto os fundamentos do direito.

Dworkin (2003) expõe que há uma dimensão moral nos processos judiciais e que os princípios devem ser levados em consideração no julgamento de casos difíceis. Assim, percebe-se que o STF entendeu que essa dimensão moral estaria materializada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da não discriminação em razão do sexo, os quais são previstos constitucionalmente.

Com relação à teoria do direito como integridade, “no romance em cadeia” (DWORKIN, 2007) o autor do capítulo anterior a ser interpretado pelo STF foi o legislador. O Congresso Nacional ao formular a CF/88 e o CC/2002 provavelmente não quis reconhecer a união estável homoafetiva, porém não se pode levar somente esse aspecto como preponderante na análise, haja vista que esse legislador também consagrou uma série de direitos e princípios na CF/88 que são incompatíveis com a ideia de não se reconhecer essa união.

Dessa forma, o direito como integridade informa que, em que pese se possa considerar o momento político que as decisões parlamentares foram adotadas, também deve ser levado em consideração o atual momento em que o STF julgou esse caso e conjugar esses dois elementos com vistas a buscar a resposta verdadeira que contemple princípios de justiça, equidade e devido processo legal (DWORKIN, 2007).

Diante do exposto, conclui-se que o reconhecimento da união homoafetiva foi um caso difícil e que o STF buscou a resposta verdadeira e o direito das partes ao interpretar o CC/2002 e a CF/88 em favor dos casais homoafetivos com observância da teoria do direito como integridade de Dworkin (2007).

3.1.3 A atuação do STF como decorrência do processo de Judicialização da Política

Em um primeiro momento não seria difícil enquadrar a atuação do STF como decorrente do processo de Ativismo Judicial ao se considerar que o legislador que editou a CF/88 e o CC/2002 reconheceu a união estável somente para o homem e a

mulher bem como o casamento civil. Se fosse outra a ideia, ele teria utilizado o termo “indivíduo” ou “pessoa”.

Também é correto afirmar que seria mais legítimo se o Congresso Nacional, representante da vontade soberana do povo, fosse o único responsável por regulamentar a união homoafetiva, haja vista que refletiria com mais exatidão o contexto histórico e político da sociedade atual.

Esse sem dúvida seria o ideal, mas a análise é mais complexa do que parece. O mesmo legislador que previu o casamento e a união estável entre homem e mulher também incluiu na constituição uma série de princípios e direitos fundamentais que se compatibilizam com o reconhecimento da união estável homoafetiva. Vejamos o que diz as referências constitucionais mencionadas pelo relator, *in verbis*:

[...]

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (BRASIL, 2012, b).

Embora nenhum direito seja absoluto, é coerente que a expressão da sexualidade é um aspecto da vida privada e da intimidade da pessoa humana, sendo esses direitos assegurados pela constituição. Além disso, é compatível com a CF/88 a liberdade, a igualdade e a não discriminação em nenhuma de suas formas.

Ademais, a própria CF/88 ampliou o conceito de família, ao equipar a família constituída pelo casamento, como base da sociedade e merecedora da especial proteção do Estado, à união estável entre o homem e a mulher, assim como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (MONTEIRO; SILVA, 2010, p. 18). Assim, o legislador não adotou a ideia de restrição quanto à formação da família, mas, pelo contrário, ampliou esse conceito.

Por essas razões, o CC/2002 e a CF/88 admitem a interpretação dada pelo STF não havendo razões para que se diga que este tribunal atuou além da sua esfera de competência e, uma vez que fora provocado, este tribunal teve que dar uma resposta, haja vista que vínculos jurídicos, sejam afetivos ou patrimoniais, estavam sendo formados pelos casais homoafetivos e o ordenamento jurídico tinha o dever de assegurar esses direitos.

Em outros termos, a atuação do STF decorreu dos próprios mecanismos escolhidos pelo constituinte originário e é decorrência do processo de Judicialização da Política na medida em que se efetivou direitos previstos constitucionalmente.

4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SOLUÇÃO DE CASOS DIFÍCEIS: A INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO.

4.1 ADPF nº 54: Interrupção de gravidez de feto anencéfalo

Em abril de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a ADPF nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, acerca da interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Na ação em questão prevaleceu o voto do relator, o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2012, e).

Para os fins propostos nessa pesquisa, serão analisados os votos do Ministro relator, Marco Aurélio, com vistas a verificar as principais razões que levaram o STF a julgar a procedência do pedido, e do Ministro Lewandowski, em razão do seu entendimento ser compatível com a análise desse trabalho.

4.1.1 *A interrupção da gravidez de feto anencéfalo sob a ótica do Relator - Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*

Primeiramente, o relator destaca que até o ano de 2005 os juízes e tribunais de justiça autorizaram cerca de 3 mil interrupções gestacionais em razão do diagnóstico de inviabilidade do feto sobreviver após o parto e que, por esse motivo, se faz necessária a manifestação do STF sobre esse assunto. Expõe, ainda, que o Brasil é o 4º país no mundo com casos de fetos anencéfalos (BRASIL, 2012, f).

Na sequência, delimita o objeto em exame qual seja a interpretação conforme a constituição dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do CP, (BRASIL, 2012, f), *in verbis*:

“Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

[...]

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

[...]

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” (BRASIL, 2012, g)

Salienta o Ministro que não se trata de retirar tais disposições legais do mundo jurídico, mas tão somente de declarar a inconstitucionalidade de interpretação que impeça “a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado”. Além disso, expõe que o STF não está a julgar a descriminalização do aborto (BRASIL, 2012, f).

Argumenta o relator que de um lado estão os direitos individuais da mulher, especialmente os sexuais e reprodutivos e do outro estão os da sociedade em proteger os seus membros sejam aqueles que já nasceram ou ainda estão por nascer. Entre os princípios e direitos constitucionais envolvidos identifica-se a dignidade da pessoa humana, o usufruto da vida, a liberdade e a autodeterminação (BRASIL, 2012, f).

Na fundamentação, Mello, com base na medicina, aborda em que consiste a anencefalia e, no momento em que discorre acerca do direito à vida do feto com tal diagnóstico, conclui que não se pode invocar esse direito ao referido feto, uma vez que não há potencialidade de vida, conforme demonstrado em seu voto, e conseqüentemente não há ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois não há ninguém para nascer por haver inviabilidade de vida. Aponta, ainda, que o aborto é crime contra a vida e nesse caso não é configurada tal conduta em razão de não haver bem jurídico a ser tutelado (BRASIL, 2012, f).

Alega também que, na época em que foi criado o Código Penal, a medicina não tinha recursos suficientes para diagnosticar a anencefalia e que o legislador é o mesmo da época, haja vista que incluiu a excludente de ilicitude de aborto no caso de estupro, podendo-se então concluir que estava a proteger a honra e a saúde mental da mulher (BRASIL, 2012, f).

Ao discorrer sobre os direitos da mulher, em um primeiro momento aponta o direito a saúde e, apoiado na comunidade científica, argumenta acerca da existência de fatores consistentes de que a gravidez de feto diagnosticado com anencefalia tem mais riscos quando comparada à gestação normal, além dos efeitos psicológicos que aquela pode ocasionar. Em seguida, é exposto o direito à privacidade no sentido de que cabe a mulher e somente ela sopesar sentimentos e valores quanto à manutenção ou não da gravidez e que não compete ao Estado intrometer-se nesse assunto, mas, tão somente cabe a este propiciar o apoio necessário, seja médico ou psicológico (BRASIL, 2012, f).

Dessa forma, considerando o princípio da proporcionalidade, não se mostra adequado proteger o feto com anencefalia que nem sequer tem viabilidade de vida em detrimento dos direitos da mulher e do enorme de sacrifício de obriga-la a manter a gestação, sendo que tal ato pode ser considerado tortura ao afastar da mulher o mínimo de autodeterminação e liberdade. O relator expõe que, ainda que se admita o direito à vida do feto anencéfalo, tal direito poderia ser ponderado em face da dignidade da pessoa humana, da liberdade sexual, da autonomia, da liberdade, da saúde e integridade física, psicológica e moral, da mulher (BRASIL, 2012, f).

Assim, com base em todos esses argumentos, consistiu o voto do relator, *in verbis*:

“julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124,126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.” (BRASIL, 2012, f)

4.1.2 A interrupção da gravidez de feto anencéfalo sob a ótica do voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Ao fim do breve relatório acerca do objeto, o Ministro Lewandowski cita que, na época do ajuizamento da ação, o Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, opinou pela improcedência da ação (BRASIL, 2012, h).

Argumenta o Ministro que o legislador infraconstitucional enumerou taxativamente duas únicas hipóteses de aborto que não são puníveis, quais sejam as

dos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal, que tratam respectivamente do aborto necessário, em caso de risco de vida da gestante, e do aborto decorrente de estupro, desde que consentido pela gestante (BRASIL, 2012, h).

Na sequência afirma que não se pode dizer que na época de promulgação do Código Penal Brasileiro não existiam métodos para identificação de fetos com malformação, haja vista que era possível esse diagnóstico àquela época. Expõe o Ministro que o “Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo” considerando os instrumentos de que dispõe a Medicina poderia ter alterado o Código Penal, no entanto o manteve intacto (BRASIL, 2012, h).

Ao falar acerca do método de interpretação conforme a constituição, discorre que, tal técnica é importante na medida em que é preferível interpretar uma lei de acordo com a Carta Magna do que retirá-la do mundo jurídico ao declarar a sua inconstitucionalidade. Contudo, conforme cita o Ministro, tal método encontra barreiras intransponíveis, quais sejam:

“[...] de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele.” (BRASIL, 2012, h)

Dessa forma, o STF só pode atuar como legislador negativo, ou seja, com a finalidade de retirar do mundo jurídico normas contrárias à Constituição. O Judiciário, que não foi legitimado pelo povo para editar leis, não pode atuar como legislador positivo criando normas como se membros do Congresso Nacional fossem (BRASIL, 2012, h).

Com relação ao Congresso Nacional, argumenta Lewandowski que no Parlamento a discussão acerca do aborto encontra uma grande divisão, o que demonstra que na sociedade brasileira não há consenso sobre tal assunto. Por essa razão, a legislação não foi alterada e por isso não pode o intérprete ampliar as hipóteses de excludente de ilicitude para o aborto (BRASIL, 2012, h).

Alega o membro do STF que ao se permitir a interrupção da gestação de fetos com anencefalia poderia surgir um precedente para situações semelhantes. Para confirmar tal premissa, relata, *in verbis*:

“[...] uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina. Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas de centena patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas.” (BRASIL, 2012, h).

Ademais, há na legislação infraconstitucional proteção ao nascituro, em especial no Código Civil que pode também ser interpretado conforme a Constituição com vistas a proteger os direitos do feto. Interessante o relato que o Ministro faz acerca da Portaria nº 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde, a qual diz que, embora o feto com anencefalia possua um sistema nervoso central incompleto, ele reage a estímulos externos e sente dor, fato que preocupa os médicos (BRASIL, 2012, h).

Prossegue argumentando que no Congresso Nacional existem projetos de leis acerca do assunto em questão e salienta a complexidade do tema e a dificuldade de regramento de tal matéria, e por essa razão tal temática não deve ser discutida pelo Judiciário (BRASIL, 2012, h).

Em síntese, consistiu o voto do Ministro:

“Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto dito terapêutico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, **julgo improcedente o pedido.**” (BRASIL, 2012, h)

4.1.3 A interrupção da gravidez do feto anencéfalo a partir do pensamento de Ronald Dworkin

Assim como no caso da união homoafetiva, trata-se aqui também de um “caso difícil”, pois não existe nenhuma legislação que admita a interrupção de gravidez de feto diagnosticado com anencefalia e dessa forma, de acordo com o pensamento de Dworkin (2002), o juiz deve buscar encontrar o direito das partes mesmo quando não

há normas. O que existe são as excludentes do art. 128, I e II do CP que tratam taxativamente do aborto em caso de risco de vida à gestante bem como do aborto em caso de estupro. Ocorre que, assim como no caso *Riggs vs Palmer* (DWORKIN, 2003) e no reconhecimento da união estável homoafetiva já analisado, o STF não concordou quanto à forma de interpretação e a natureza dessa legislação, considerando o sistema de princípios e direitos previstos na CF/88. Nesse ponto, partindo do pensamento de Dworkin (2003) houve divergência quanto os fundamentos do direito.

Dworkin (2003) explica que há uma dimensão moral nos processos judiciais que deve ser levada em consideração no julgamento de casos difíceis e que o direito é uma prática essencialmente argumentativa. Analisando o pensamento desse jusfilósofo, conclui-se que o julgador não pode simplesmente com base em princípios abstratos, ainda que constitucionalmente justificados, decidir um caso difícil, mas a partir da boa argumentação jurídica conjugada com os princípios.

Da mesma forma que no caso da união homoafetiva, “no romance em cadeia” (DWORKIN, 2007) o autor do capítulo anterior a ser interpretado pelo STF foi o legislador. O direito como integridade diz que, em que pese se possa considerar o momento político que as decisões parlamentares foram adotadas, também deve ser levado em consideração o atual momento em que o STF julgou esse caso e conjugar esses dois elementos com vistas a buscar a resposta verdadeira que contemple princípios de justiça, equidade e devido processo legal (DWORKIN, 2007).

Na atuação do STF nesse caso difícil, verifica-se a ideia de aplicação dos princípios tais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, em especial a sexual, da autodeterminação bem como a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Contudo, a argumentação do STF não se mostra consistente, não podendo se falar em direito como integridade. Pela análise do voto do relator, não se vislumbra a adequada interpretação da legislação e a correta contextualização do momento em que a lei foi criada com o atual contexto.

Em um primeiro momento, o relator expõe que o feto com anencefalia não merece proteção jurídica por não ter expectativa de vida e que, portanto, a interrupção

da gravidez nesses casos não é aborto. Argumenta que o legislador de hoje é o mesmo da época em razão da busca em proteger os direitos individuais da mulher. (BRASIL, 2012, f)

O relator construiu sua tese jurídica de que o feto não merece proteção jurídica por não ter viabilidade de vida e dessa forma desconsiderou o verdadeiro sentido da norma jurídica vigente bem como o seu contexto histórico e político.

O Ministro Lewandowski (BRASIL, 2012, h), por outro lado, concluiu que o legislador enumerou taxativamente as hipóteses que permitem o aborto sendo que tanto na época em que foi criado o CP quanto hoje a medicina poderia identificar a anencefalia. Dessa forma, a interpretação da lei é restritiva e não ampliativa, e, no contexto histórico e político vigente o sentido da lei é o mesmo, basta verificar a divisão que existe dentro do Congresso Nacional acerca de tal assunto o que em consequência reflete a própria sociedade. (BRASIL, 2012, h)

Assim conclui-se que, em que pese o STF tenha levado em conta a ideia dos princípios explorada por Dworkin (2003), não se pode dizer o mesmo quanto a ideia do direito como integridade em razão da falta de coerência da decisão com o texto legal e o contexto histórico e político vigente e do época de promulgação do CP.

4.1.4 A atuação do STF como decorrência do processo de Ativismo Judicial

Não se pode falar em Judicialização da Política pois o STF não atuou dentro dos limites da função jurisdicional nem tampouco efetivou direitos, pois, considerando o voto do relator, os direitos do feto nem sequer foram contemplados, somente os da mulher. Mesmo no caso de excludente do aborto em caso de estupro, por exemplo, os direitos do nascituro não são afastados como no caso em questão, o que só mostra a incoerência da decisão do STF.

A decisão do STF é decorrente do processo de Ativismo Judicial pois este tribunal atuou como legislador positivo (BRASIL, 2012, h) ao construir jurisprudencialmente uma terceira excludente de ilicitude relacionada ao artigo 128 do

CP quando tal legislação era claramente restritiva e só admitia duas exceções, quais sejam aborto quando a vida da mãe está em risco e em caso de estupro.

Além disso, essa decisão do STF pode servir de precedente para situações semelhantes, pois de acordo com a Organização Mundial de Saúde existem outras doenças em que a possibilidade de sobrevivência é nula ou muito pequena (BRASIL, 2012, h).

Assim, uma decisão como essa não é coerente com o Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que o Judiciário adentrou na esfera de competência do Legislativo e prejudicou a vontade soberana do povo na medida em que o interesse de um grupo minoritário prevaleceu sobre a vontade da maioria.

No caso em questão, não há nem como se falar em inércia do Poder Legislativo, pois conforme o voto do Ministro Lewandowski (BRASIL, 2012, h) há projetos de lei em tramitação no Congresso que só não foram aprovados até o momento em razão da complexidade que envolve o tema.

Por essas razões, no caso em questão, há uma perspectiva negativa do Ativismo Judicial na medida em que além de atuar fora de suas competências constitucionais, a decisão do STF não se mostrou suficientemente fundamentada. Não se pode negar que o Ministro relator Marco Aurélio (BRASIL, 2012, f) considerou amplamente o conhecimento da ciência médica acerca desse assunto, mas, por outro lado, o Ministro Lewandowski (BRASIL, 2012, h) também, o que só demonstra que na área médica há diferentes opiniões sobre o assunto.

Assim, em que pese o STF tenha sido provocado da mesma forma como no caso da união homoafetiva, esse tribunal ultrapassou os limites admitidos pela interpretação e pelos princípios constitucionais. Por essa razão, nesse caso em específico, o STF poderia não ter julgado o mérito, pois criar uma nova hipótese de interrupção de gravidez é uma atribuição que pertence ao núcleo essencial (Ramos, 2010) de função do Poder Legislativo, a quem a sociedade atribuiu legitimidade para a edição das leis.

5 A ATUAÇÃO DO STF: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU ATIVISMO JUDICIAL?

Em regra a atuação do STF é caracterizada pelo processo de Judicialização da Política sendo o Ativismo Judicial exceção. Com o aumento da importância do Poder Judiciário, especialmente na Europa e nos EUA, a CF/88 consagrou esse Poder como verdadeiro instrumento político de efetivação dos direitos fundamentais.

Para se ter uma ideia da demanda de processos que chegam até o STF, considerando apenas o controle concentrado de constitucionalidade, qual seja, aquele em que a ação é proposta diretamente no STF, segue os dados abaixo: (BRASIL, 2012, i).

Tabela - Estatísticas STF – Controle Concentrado

| | |
|---------------------|-------|
| ADI – 1988 a 2012* | 4.744 |
| ADO – 2008 a 2012* | 18 |
| ADC – 1993 a 2012* | 30 |
| ADPF – 1993 a 2012* | 256 |

Fonte: STF, 2012, dados obtidos até agosto*/2012.

Com relação ao controle difuso, as estatísticas do STF mostram que somente no ano de 2012 (até 31 de agosto), foi distribuído um total de 3.389 recursos extraordinários (BRASIL, 2012, i).

O STF se depara com uma demanda tão grande de processos que, em relação ao recurso extraordinário, por exemplo, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Legislativo criou uma série de mecanismos de gestão processual para o Poder Judiciário como um todo e entre esses surgiu a repercussão geral (FUCK, 2010).

Trata-se de um verdadeiro filtro que permite ao STF escolher causas mais relevantes, sendo que os dois principais objetivos da repercussão geral são o julgamento de importantes matérias pelo STF e o efeito multiplicativo que evita que esse tribunal julgue diversas vezes a mesma matéria (FUCK, 2010).

Em relação ao controle concentrado, podemos citar como exemplos, nos últimos anos, da atuação do STF no âmbito das ações diretas questões como a pesquisa com células-tronco (ADI nº 3.150) e vedação de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC nº 12) e no que concerne às ações individuais, assuntos como a quebra de sigilo judicial por Comissão Parlamentar de Inquérito, uso de algemas e a questão da demarcação de terras indígenas como Raposa/Serra do Sol, entre tantos outros exemplos (BARROSO, 2012).

Destaca-se também o julgamento em mandado de injunção acerca do direito de greve dos servidores públicos onde o STF entendeu que a inércia do Poder Legislativo não poderia justificar a não efetivação de um direito fundamental, qual seja, o direito de greve (PEIXINHO, 2008).

Nessas referidas ações, o STF foi provocado e por isso teve que se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. A mais alta corte do país não tem alternativa diante de tais situações, pois uma vez preenchidos os requisitos de cabimento, o tribunal deve se manifestar (BARROSO, 2012), conforme previsto na CF/88, a exemplo dos art. 102, I, a; III, a, b, c e d; § 1º, *in verbis*:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93.)”

(BRASIL, 2012, b).

Dessa forma, verifica-se que a Judicialização da Política é uma consequência do modelo constitucional brasileiro a partir de 1988, por meio do qual são estabelecidos os

mecanismos de atuação do Poder Judiciário com vistas a assegurar a democracia, os direitos e garantias fundamentais bem como o Princípio da Separação dos Poderes.

Ante o exposto, conclui-se que após a CF/88 a função do STF tem sido muito importante para a sociedade brasileira na medida em que a CF/88 passa a ter maior legitimidade com a atuação daquele tribunal, o que caracteriza o processo de Judicialização da Política.

CONCLUSÃO

Nas palavras de Ronald Dworkin (2007), o direito é uma prática argumentativa. Dessa forma, o objetivo principal dessa pesquisa foi analisar a maneira como o STF tem decidido questões sensíveis e importantes para a sociedade brasileira, tais como a união homoafetiva e a interrupção da gravidez de feto com anencefalia.

Partindo do processo de Judicialização da Política, verificou-se que tal fenômeno faz parte do cenário internacional, no que tange aos países do mundo ocidental. No Brasil, tal fenômeno foi consagrado pela CF/88 apresentando-se como decorrência de um arranjo institucional pautado, sobretudo, na democratização do controle de constitucionalidade.

O Ativismo Judicial por sua vez é um processo caracterizado pela ultrapassagem da função principal do Poder Judiciário, sendo que o Poder mais atingido por essa postura é o Legislativo, na medida em que aquele Poder extrapola os limites interpretativos propostos pela CF/88, a qual teve a sua criação legitimada pelo povo.

Para ilustrar esses dois processos, foram analisados nessa pesquisa dois casos difíceis, quais sejam, o reconhecimento da união estável homoafetiva e a interrupção da gravidez de feto com anencefalia, julgados recentemente pelo STF e de que forma o processo de Ativismo e Judicialização se materializaram nas decisões do STF.

Além desses parâmetros, verificou-se o contexto jusfilosófico dessas duas decisões do STF a partir do pensamento de Ronald Dworkin. Deve-se notar como as ideias de Dworkin foram confrontadas com a forma de atuação do STF. Primeiramente, identificou-se que essas ações consistiam em casos difíceis em razão de não haver norma regulamentando essas questões. Contudo, havia legislação acerca da união estável entre casais de sexos distintos e no caso do aborto havia norma prevendo as hipóteses em que não seria crime essa conduta. Verifica-se que na atuação do STF em análise dessas legislações houve divergência quanto aos fundamentos do direito. Dessa forma, surge a indagação sobre o “que a norma pretende dizer?” e “qual é o alcance do bem jurídico tutelado pela norma?” Por exemplo, no caso da união

homoafetiva, o que o CC/2002 e a CF/88 pretendiam realmente dizer? Qual o alcance do bem jurídico tutelado por essas normas? Em razão de não existir norma regulando a união homoafetiva, o CC/2002 e a CF/88 podem ser considerados?

Sobre esse assunto, o STF encontrou a resposta verdadeira através da argumentação jurídica e concluiu que os casais homoafetivos também devem ser protegidos como entidade familiar assim como devem ter os mesmos direitos assegurados às outras entidades familiares e a que é mais semelhante é a união heterossexual, por isso houve a interpretação do CC/2002 e da CF/88.

Na perspectiva de Dworkin, acerca do direito como integridade concluiu-se que, no caso da união homoafetiva, no contexto político em que foi editada a CF/88, o legislador pretendeu ampliar o conceito de família e dessa forma deixou margem para interpretação do art. nº 226 da CF/88 bem como do art. nº 1723 do CC/2002, no sentido de permitir ao julgador tutelar outras entidades familiares que fossem surgindo com o passar do tempo. Além disso, conjugando a ideia de ampliação do conceito de família com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da não discriminação em razão do sexo, não há razões para excluir os casais homoafetivos do âmbito de proteção da CF/88 e do CC/2002.

Já no julgamento da interrupção da gravidez do feto diagnosticado com anencefalia, o STF buscou a resposta que nesse caso julgou verdadeira. No entanto, os argumentos apontados pelo STF não se mostram consistentes. Nessa situação, o bem jurídico tutelado era apenas o aborto em caso de estupro e de risco de vida para a gestante. No contexto político em que foi editada a norma, o legislador enumerou taxativamente as hipóteses de aborto e no contexto político em que a norma foi aplicada também permanece a mesma ideia de restrição. Ademais, o STF afastou os direitos do nascituro, sendo que nem na área médica há consenso acerca da vida do anencéfalo.

No caso em questão, houve uma verdadeira criação jurisprudencial de 3ª hipótese de interrupção de gravidez, o que não poderia ter sido admitido, pois o STF adentrou na esfera de competência do Legislativo.

Contudo, caso como esse é exceção. A atuação do STF é caracterizada pelo processo de Judicialização da Política, o que é bem refletido pela crescente demanda de processos que chegam todos os dias a esse tribunal. Na verdade, essa atuação do STF é consequência da vontade do Poder Constituinte Originário que quis, como nunca antes na história, que o Poder Judiciário se tornasse um verdadeiro instrumento político na efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde*. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100004&script=sci_arttext > Acesso em: 18 jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 24 abr. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, a. Supremo Tribunal Federal. *Notícias do STF (STF decide que o Poder Público deve custear os medicamentos de alto custo)*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125> > Acesso em: 10 dez. 2012

_____, b. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < www.planalto.gov.br > Acesso em: 29 abr. 2012.

_____, c. Supremo Tribunal Federal. *Notícias do STF (STF reconhece a união homoafetiva)*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&caixaBusca=N> > Acesso em: 05 set. 2012

_____, d. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277 (voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Brito)*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf> > Acesso em: 18 jun. 2012.

_____, e. Supremo Tribunal Federal. *Informativo mensal nº 18, abr. 2012 (ADPF nº 54)*. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo_mensal_abril_2012.pdf > Acesso em: 05 set. 2012.

_____, f. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54 (voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello)*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204710&caixaBusca=N> > Acesso em 05 set. 2012.

_____, g. *Código Penal Brasileiro: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: < www.planalto.gov.br > Acesso em: 05 set. 2012.

_____, h. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54 (voto proferido pelo Ministro Enrique Ricardo Lewandowski)*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204750&caixaBusca=N>> Acesso em 06 set. 2012.

_____, i. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>> Acesso em: 01 out. 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. *Falta de Ativismo no Congresso Nacional*. Disponível em: <<http://revistavisajuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 18 jun. 2012.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 23, p. 115-126, Nov. 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FUCK, Luciano Felício. O Supremo Tribunal Federal e repercussão geral. *Revista de Processo*, ano 35, n. 181, mar. 2010.

MACEDO FILHO, Cícero Martins de. *Ativismo Judicial*. Revista Jurídica Consulex, ano XIII, n. 304, set. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil 2: Direito de Família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEIXINHO, Manoel Messias. *O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/3/3>> Acesso em: 01 out. 2012.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros 2011.