



CÂMARA DOS DEPUTADOS
CENTRO DE FORMAÇÃO, TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO PROFISSIONAL EM PODER LEGISLATIVO

ANDRÉIA MATIAS ARAÚJO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO
CONGRESSO NACIONAL:
UMA ANÁLISE DA ADPF 132/RJ E DA APDF 54/DF NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL E NA CÂMARA DOS DEPUTADOS**

Brasília
2018

ANDRÉIA MATIAS ARAÚJO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO
CONGRESSO NACIONAL: UMA ANÁLISE DA ADPF 132/RJ E DA APDF
54/DF NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NA CÂMARA DOS
DEPUTADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para à obtenção do grau de Mestre no Curso de Mestrado Profissional do Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor.

Orientador: André Rehbein Sathler Guimarães

Área de Concentração: Poder Legislativo

Linha de Pesquisa: Processos Políticos do Poder Legislativo

Brasília
2018

Autorização

Autorizo a divulgação do texto completo no sítio da Câmara dos Deputados e a reprodução total ou parcial, exclusivamente, para fins acadêmicos e científicos.

Assinatura: _____

Data: ___/___/___

Araújo, Andréia Matias.

A judicialização da política e os direitos fundamentais no Congresso Nacional [manuscrito] : uma análise da ADPF 132/RJ e da APDF 54/DF no Supremo Tribunal Federal e na Câmara dos Deputados / Andréia Matias Araújo. -- 2018.

118 f. : gráfs.

Orientador: André Rehbein Sathler Guimarães.

Impresso por computador.

Dissertação (mestrado) -- Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), 2018.

1. Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). 3. Direitos e garantias individuais, Brasil. 4. Ativismo judicial, Brasil. 5. Judicialização da política, Brasil. 6. União civil entre pessoas do mesmo sexo, Brasil. 7. Aborto, Brasil. I. Título.



CÂMARA DOS DEPUTADOS
Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento
Programa de Pós-Graduação
Mestrado Profissional em Poder Legislativo

FOLHA DE APROVAÇÃO

Título: A Judicialização da política e os Direitos Fundamentais no Congresso Nacional: uma análise da ADPF 132/RJ e da APDF 54/DF no Supremo Tribunal Federal e na Câmara dos Deputados

Autor (a): Andréia Matias Araújo

Área de concentração: Poder Legislativo

Linha de pesquisa: 2 - Processos Políticos do Poder Legislativo

Dissertação submetida à Comissão Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre** em Poder Legislativo.

Dissertação aprovada em 24 de maio de 2018.

Prof. Dr. André Rehbein Sathler Guimarães
Presidente da Comissão (Câmara dos Deputados)

Prof. Dr. Leonardo Augusto de Andrade Barbosa
Membro (Câmara dos Deputados)

Prof. Dr. Christine Oliveira Peter da Silva
Membro (Ceub)

Dedico esse trabalho a minha mãe, pelo amor e incentivo durante toda a vida e por ter me dado todas as oportunidades para que eu pudesse alçar voo e alcançar os meus sonhos; e à minha irmã, pela inspiração e pelo carinho sejam quais forem as minhas escolhas.

Agradecimentos

Agradeço aos meus familiares, colegas de trabalho e amigos, por todo apoio e inspiração durante esta etapa.

Agradeço ao professor e servidor aposentado da Câmara dos Deputados, João Ricardo Carvalho de Souza, por ter me guiado nos passos iniciais deste trabalho e me ajudado a construir os alicerces de minha pesquisa.

Agradeço ao meu orientador André Rehbein Sathler Guimarães, por toda a paciência e disposição em sanar minhas dúvidas e em aceitar assumir um projeto já em andamento.

Agradeço aos membros das bancas de qualificação e de defesa, Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, Christine Oliveira Peter da Silva e Ricardo de João Braga pelas valorosas contribuições.

Agradeço aos servidores e estagiários da Biblioteca do Senado Federal, pelo auxílio na busca e disponibilização das publicações jornalísticas envolvendo os temas deste estudo.

“Até a virtude precisa de limites”.
Montesquieu

RESUMO

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário brasileiro tem atuado de forma crescente nas esferas de competência tradicionalmente atribuídas aos outros Poderes, fomentando discussões acerca da judicialização da política e do ativismo judicial. Este trabalho objetiva analisar a matéria do ponto de vista tanto do Judiciário quanto do Legislativo, por meio da análise de dois acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, da produção legislativa antes e após tais decisões, bem como da opinião pública e da mídia sobre esses temas. Tendo em vista a sua grande repercussão na mídia e o amplo debate dessas ações pela sociedade, foram selecionadas como objetos de estudos a ADPF nº 54/DF, que trata da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, e a ADPF nº 132/RJ, que diz respeito à união homoafetiva. A partir desses elementos, será possível verificar, em ambos os casos, a ausência de produção legislativa, o que pode ser motivado pela ausência de consenso sobre essas matérias na sociedade, bem como a atuação do Judiciário em caráter contramajoritário.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial; Judicialização da Política; Direitos Fundamentais; União Homoafetiva; Aborto; Feto Anencéfalos.

ABSTRACT

In recent decades, the Brazilian Judiciary has increasingly interfered within the sphere of competence traditionally assigned to the other Branches of Power, fostering academic discussions on judicial activism and judicialization of politics. This research aims to analyze this subject from the point of view of both the Judiciary and the Legislative Branches. For this purpose, an analysis of two judgments delivered by the Brazilian Supreme Court will be carried out. Furthermore, data on the legislation production, as well as the media and public opinion on these subjects will be collected. Due to its great repercussion in the media and the wide-ranging debate on these themes, the rulings selected were ADPF 54/DF, which discusses the abortion of anencephalic fetuses, and ADPF 132/RJ, which concerns same-sex marriage. From these elements, it was found, in both cases, the absence of legislative outputs before and after the trials, which is possibly caused by the lack of a consensus in society. Therefore, the Judiciary Branch has been acting in a countermajoritarian character.

Keywords: Judicial Activism; Judicialization of Politics; Fundamental Rights; Same-sex Marriage; Abortion; Anencephalic Fetuses.

LISTA DE FIGURAS

Gráfico 1 - Homossexualidade é justificável? (2005-2009).....	66
Gráfico 2– Homossexualidade é justificável? (2010-2014).....	67
Gráfico 3 – Notícias de união homoafetiva a cada ano.....	70
Gráfico 4 – Posicionamento da mídia sobre o tema união homoafetiva.....	71
Gráfico 5 – Aborto é justificável? (2005-2009).....	86
Gráfico 6 – Aborto é justificável? (2010-2014).....	86
Gráfico 7 – DataSenado: Aborto de Fetos Anencéfalos.....	87
Gráfico 8 – Notícias de aborto de anencéfalo a cada ano.....	88
Gráfico 9 - Posicionamento da mídia sobre o tema aborto de feto anencéfalo.....	89

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Proposições sobre união homoafetiva apresentadas na Câmara dos Deputados desde 01 de janeiro de 2006 por ementa, autor, partido e UF.....	59
Quadro 2– Situação das proposições na Câmara dos Deputados.....	60
Quadro 3 – IBGE: Registro Civil - número de casamentos de 2013 a 2015.....	68
Quadro 4 – Proposições sobre fetos anencéfalos apresentadas na Câmara dos Deputados desde 01 de janeiro de 2004 por ementa, autor, partido e UF.....	84
Quadro 5 – Situação das proposições na Câmara dos Deputados.....	84
Quadro 6 – Pesquisa Nacional de Saúde: abortos realizados em 2015.....	88
Quadro 7 - Posicionamento do STF, Câmara dos Deputados, opinião pública e da mídia sobre os temas estudados.....	91

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, JUDICIÁRIO E ATIVISMO.....	16
1.1 <i>Considerações iniciais</i>	16
1.2 <i>Direitos fundamentais</i>	17
1.3 <i>Judiciário e Supremo Tribunal Federal, o “guardião da Constituição”</i>	23
1.4 <i>Judicialização da política e ativismo judicial</i>	34
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO PARLAMENTO: ESTUDO DE CASOS.....	47
2.1 <i>União homoafetiva</i>	47
2.1.1 <i>União homoafetiva no Judiciário - ADPF 132/RJ</i>	47
2.1.2 <i>União homoafetiva no Legislativo</i>	58
2.1.3 <i>Perspectiva da mídia e da sociedade acerca do tema</i>	64
2.2 <i>Interrupção da gravidez de fetos anencéfalos</i>	72
2.2.1 <i>Interrupção da gravidez de fetos anencéfalos no Judiciário - ADPF 54/DF</i> 72	
2.2.2 <i>Interrupção da gravidez de fetos anencéfalos no Legislativo</i>	83
2.2.3 <i>Perspectiva da mídia e da sociedade acerca do tema</i>	85
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS	95
APÊNDICE	103

INTRODUÇÃO

A judicialização de temas relevantes e consequente expansão do campo de atuação dos magistrados não ocorre apenas no Brasil. É fenômeno mundial, podendo ser observado em países de tradição anglo-saxônica e, também, romano-germânica, encontrando-se evidências em quase todos os continentes (BARROSO, 2011). Trata-se, portanto, de assunto de grande abrangência, que, em decorrência do desenho institucional brasileiro tem alcance e sentido expandido.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário passou a atuar em esferas tradicionalmente atribuídas ao Legislativo (CARVALHO FILHO, 2010), o que culminou a crescente judicialização de diversas matérias. Isso ocorre, em certa medida, devido ao sistema de controle de constitucionalidade adotado, que traz diversos instrumentos, difusos e concentrados, os quais possibilitam o controle da produção legislativa pelo judiciário (BARROSO, 2011). Por outro lado, o próprio Legislativo cria condições para que o Judiciário assumira determinadas questões, delegando decisões delicadas. Tem-se o que se chama de judicialização da política, da qual decorre nova relação entre os Poderes, exigindo maior interação e cooperação entre eles (VIANNA, 2013).

Nesse contexto, em que os tribunais expandem suas atividades, sob o pretexto de defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito, observam-se crescentes questionamentos acerca do seu papel e da legitimidade das atividades por eles realizadas quando da análise de determinadas ações. Se, por um lado, é possível tecer críticas à sua legitimidade para tomar decisões de caráter político, por outro, o Supremo Tribunal Federal vem ampliando seu campo de atuação em resposta a demandas advindas da própria sociedade, já que atua apenas quando provocado.

Por ser um tema atual, cujas causas e consequências no Parlamento ainda restam controversas, tem sido bastante debatido pelos teóricos da Ciência Política e do Direito. Por sua vez, muitas das questões levantadas são vagas, pois reproduzem uma crítica ao ativismo sem considerar a estrutura institucional em que os Poderes estão inseridos (CLÈVE; LORENZETTO, 2016).

Nesse contexto, considera-se relevante identificar a relação entre a atividade desempenhada pelo órgão máximo do Judiciário brasileiro e a atividade legislativa típica das Casas Legislativas, no que se refere à concretização de certos direitos fundamentais. Procura-se, no presente estudo, a partir de dados concretos acerca das

atividades legislativa e judicial, responder a questionamentos acerca da relação institucional entre Judiciário e Legislativo e compreender as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal adota postura proativa em relação a determinadas matérias que envolvem direitos fundamentais, à luz da relevância dos direitos em questão e da produção legislativa sobre a matéria. Frise-se que não se objetiva criticar ou defender determinada postura do Judiciário, porém apresentar reflexão acerca de sua atuação e da sua relação com as atividades típicas do Poder Legislativo.

Assim, por meio da análise da produção legislativa antes e após duas decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal, classificadas por aquele tribunal como “Casos Notórios”, as quais tiveram ampla repercussão na mídia e que envolvem direitos fundamentais, procura-se contribuir para a compreensão do tema ativismo judicial. Em outras palavras, o objetivo geral da presente pesquisa é avaliar se o Judiciário, ao reconhecer novos direitos fundamentais nos casos selecionados (união homoafetiva e aborto de fetos anencéfalos) apenas assegurou direitos aos cidadãos, diante de uma omissão do Legislativo, ou extrapolou suas competências constitucionalmente estabelecidas.

Nessa linha, procura-se, de modo específico, compreender se o Judiciário, em questões de direitos fundamentais e quando não há aprovação pelo Legislativo de legislação reconhecendo direitos pleiteados por grupos minoritários foi ativista ao reconhecer o direito à união homoafetiva e a descriminalização do aborto de fetos anencefálicos. Assim, busca-se, partindo de dois casos concretos, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2012, do Distrito Federal (BRASIL, 2012) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, de 2011, do Rio de Janeiro (BRASIL, 2011b), traçar um panorama geral sobre o tema, bem como sobre as relações entre o Judiciário, o Legislativo e a sociedade.

Os temas selecionados tiveram grande repercussão na mídia, sendo objeto de amplo debate na sociedade antes e na ocasião do seu julgamento pelo STF, e ainda hoje despertam inúmeros debates. Por esse motivo, foram classificados por esse tribunal como “Casos Notórios”¹ e estão disponibilizados no endereço eletrônico do STF no campo “Pesquisas Prontas”, sendo a Coordenadoria de Análise de Jurisprudência do tribunal o órgão responsável pela seleção e classificação dos acórdãos que, na visão da

¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisas prontas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarResultadoPesquisaJurisprudenciaFavoritaCasoNotorio.asp>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

Corte, tiveram “grande notoriedade” no cenário brasileiro. Cabe ressaltar que o fato de esses acórdãos do STF terem sido selecionados pelo próprio Tribunal demonstra o alcance e importância que o debate desses temas têm na sociedade brasileira, motivo pelo qual também foram selecionados para esta pesquisa.

O estudo proposto pauta-se, inicialmente, em pesquisa bibliográfica acerca dos temas direitos humanos, controle de constitucionalidade, judicialização da política e ativismo judicial. Foram selecionados livros publicados sobre os assuntos, e, principalmente, artigos de revistas jurídicas, estudos acadêmicos, dissertações de mestrado e teses de doutorado porventura existentes, bem como material disponibilizado na *internet* em endereços eletrônicos especializados para possibilitar a construção de uma base teórica sólida sobre o assunto.

Adota-se um viés qualitativo, em que não se propõe enumerar o fenômeno ou realizar análise estatística dos dados disponíveis, mas sim compreendê-lo com mais profundidade sob a perspectiva dos sujeitos participantes da situação examinada. Outra característica desse tipo de estudo é que os interesses se definem na medida em que ele se desenvolve e os dados descritivos são obtidos, dando-se menos ênfase às pressuposições apriorísticas (GODOY, 1995a). A abordagem qualitativa procura compreender o objeto com base no contexto no qual está inserido, por meio de uma perspectiva integrada, partindo de questões amplas e esclarecendo-as ao longo do estudo. Há pelo menos três métodos de investigação que podem ser usados a partir desse enfoque, a saber: a pesquisa etnográfica, a documental e o estudo de caso (GODOY, 1995b).

O enfoque adotado é o estudo de precedentes constitucionais. Para tanto, foram selecionadas duas decisões do Supremo Tribunal Federal de ampla repercussão na mídia e na sociedade, dentre acórdãos disponibilizados no endereço eletrônico da Suprema Corte, classificados como “Casos Notórios”, que envolvem direitos humanos. Os casos selecionados para análise, com os respectivos temas, foram a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2012, do Distrito Federal (BRASIL, 2012), que trata da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, de 2011, do Rio de Janeiro (BRASIL, 2011b), que reconheceu a união homoafetiva.

A escolha dos dois acórdãos entre os demais casos notórios se deu uma vez que ambos envolvem direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, que é tida por alguns autores como alicerce dos direitos fundamentais e do

Estado Democrático de Direito. Além disso, tratam-se de temas relevantes e tiveram grande repercussão na mídia. Por se tratarem de questões sensíveis na sociedade, esses acórdãos ensejaram um grande debate na ocasião de seus julgamentos, despertando o interesse do Legislativo acerca do tema e dos próprios Ministros do STF em realizar um debate mais minucioso. Por esse motivo, e pelo conteúdo e abrangência do que foi debatido e decidido, são acórdãos indicados para avaliar o ativismo.

Na tentativa de responder aos questionamentos acima expostos, o presente trabalho analisa a existência, ou não, de produção legislativa acerca dos temas selecionados na Câmara dos Deputados, antes e após julgados paradigmas do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a opinião pública e da mídia sobre esses temas. Esses elementos definem o contexto no qual atuou o STF, elemento importante para se definir se o seu papel foi proativo ou reativo, embora se reconheça que há outras variáveis que podem intervir na relação entre essa instituição e o Legislativo.

Estão descritos, nos capítulos 2.1.1 e 2.2.1, os casos avaliados e, a partir do inteiro teor dos acórdãos, procura-se observar o que levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer consequências jurídicas à união homoafetiva e à possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, ainda que tais soluções não estejam previstas expressamente no ordenamento jurídico.

Consta, ainda, dos capítulos 2.1.2 e 2.2.2, um levantamento dos projetos de lei e de emenda constitucional apresentados na Câmara dos Deputados ao longo dos anos sobre essas matérias, utilizando-se a base de dados disponibilizada pela Câmara dos Deputados para consulta das proposições propostas/em trâmite. Já nos itens 2.1.3 e 2.2.3, está a análise de pesquisas de opinião pública e notícias de jornais realizadas ao longo desse período, bem como uma análise do posicionamento da mídia de forma “neutra”, “contrária” ou “a favor” dos temas selecionados.

Por meio desse levantamento, busca-se investigar se o posicionamento da mídia e da opinião pública influenciaram a não-produção legislativa nos casos mencionados, o que ensejou a atuação do STF. Com base nessa comparação, bem como nos demais elementos, será possível verificar o protagonismo ou não do Supremo Tribunal, bem como se ele exerceu de fato postura contramajoritária nos acórdãos em estudo.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, JUDICIÁRIO E ATIVISMO

1.1 Considerações iniciais

A origem e evolução dos direitos fundamentais é um assunto tão rico que poderia, por si só, ser tema dessa dissertação. Contudo, o objetivo ao discorrer sobre a matéria é tão somente fornecer um plano de fundo para a compreensão dos tópicos que serão abordados. Ao questionar a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal tem atuado de forma aparentemente proativa e ativista ao tratar dessas matérias, logo surge outra pergunta: o que são esses direitos, a quem cabe protegê-los e por que eles são tão importantes?

Para responder a essas questões, vai-se cuidar nesse tópico da origem e evolução desses direitos, que estão intrinsecamente ligados ao constitucionalismo, já que, apenas com a sua consagração pelas primeiras constituições é que se reconheceu expressamente nos textos legais a existência de novas necessidades básicas do ser humano. Contudo, isso não quer dizer que antes disso não houvesse diversos debates teóricos acerca da existência de direitos básicos do ser humano, como será visto a seguir (SARLET, 2011).

Desde já, é possível adiantar que o direito constitucional é construído a partir da resposta que comunidades políticas concretas dão para problemas que são universais, de modo que não existe noção pré-concebida acerca desses direitos. E, como se tratam de conceitos abertos, o seu significado e extensão não são os mesmos para todos em uma sociedade.

Cabe frisar que não se pretende nessa brevíssima exposição histórica trabalhar de forma detalhada a obra de cada um dos autores mencionados e os posicionamentos das correntes teóricas citadas, mas apenas traçar um panorama simplificado que demonstre como os direitos fundamentais surgiram e foram se moldando através dos séculos, bem como a suas diferentes concepções, até chegar ao patamar em que se encontram.

1.2 Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais que existem hoje são resultados de conquistas após um lento processo que permeia a história, a política e a filosofia. As primeiras doutrinas que mencionaram a existência desses direitos tiveram como precursor o jusnaturalismo, para o qual o ser humano possuiria, pelo simples fato de existir, alguns direitos considerados naturais. Isso não significa que desde a Antiguidade ou na Idade Média valores como a liberdade, igualdade e dignidade humana não estivessem já presentes na filosofia, ainda que de forma por vezes pouco expressiva ou diversa da concepção atual (SARLET, 2011).

São Tomás de Aquino, por exemplo, discorreu acerca de igualdade (dos homens perante Deus), da existência de um direito natural e também de dignidade humana já na Idade Média. Baseado em suas ideias, outros filósofos e autores posteriormente defenderam, entre outras, a concepção de que o ser humano teria um valor inato, próprio, que seria inalienável, incondicionado e fruto de sua personalidade (SARLET, 2011).

Foi, contudo, a partir do século XVI que a doutrina jusnaturalista lançou as bases para que surgisse, séculos mais tarde, uma doutrina jurídica de proteção de direitos humanos básicos. No continente europeu, é possível citar diversos teóricos jusnaturalistas², entre eles os espanhóis, que reconheceram serem os direitos naturais expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana, ou os alemães, que já debatiam sobre a existência de direitos à personalidade como o direito à vida, à integridade corporal e à imagem, bem como sobre ideais de igualdade humana e soberania popular (SARLET, 2011).

A partir do século XVII até o XVIII, verifica-se o desenvolvimento da ideia de direitos naturais inalienáveis e submissão das autoridades a eles³. John Locke, ao desenvolver os alicerces do que ficaria conhecido como doutrina contratualista, foi um dos primeiros a reconhecer aos direitos naturais do homem, eficácia oponível aos detentores de poder, embora vislumbrasse apenas nos cidadãos, e não em todos os indivíduos, a condição de sujeito para tal imposição. De qualquer modo, o teórico lançou

² Sarlet (2011), menciona, de forma expressa, os trabalhos dos espanhóis Vitoria y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez, bem como dos alemães Hugo Donellus e Johannes Althusius.

³ Ideias trabalhadas pelo holandês Hugo Grócio. Na Inglaterra, John Milton discorreu sobre autodeterminação, tolerância religiosa e liberdade de manifestação, ao passo que Thomas Hobbes ao teorizar acerca de direitos naturais, o fez sob uma perspectiva mais favorável aos regimes monárquicos então no poder. Mencione-se, ainda, Lord Edward Coke. (SARLET, 2011)

as bases para que posteriormente autores como Rousseau, Thomas Paine e Kant, no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, desenvolvessem a teoria dos direitos naturais do indivíduo, de cunho contratualista (SARLET, 2011).

Na esfera do direito positivo, observa-se que o constitucionalismo moderno surgiu após as revoluções liberais do século XVIII, ou seja, a Independência dos Estados Unidos, em 1776, e a Revolução Francesa de 1789. Porém, é possível citar, já no século XIII, com a elaboração da Carta Magna, a recepção de direitos, liberdades e deveres individuais tidos como precursores dos direitos fundamentais (ALMEIDA, 2014).

Frutos das revoluções liberais, tanto a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (e posteriormente a Constituição dos Estados Unidos de 1787), na América, quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, tiveram influência do pensamento jusnaturalista e reconheciam, ao ser humano, a titularidade de direitos naturais inerentes a todos os homens, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis (SARLET, 2011).

A evolução no campo da positivação desses direitos culminou com a sua posterior adoção nas constituições liberais-burguesas e com o consequente surgimento do Estado de Direito, caracterizado pela submissão do poder estatal aos direitos nelas contidos, chamados de 1ª dimensão ou geração (ALMEIDA, 2014). Sua característica é o cunho individualista, tratando-se de direitos de proteção do indivíduo frente ao poder estatal, ou, nas palavras de Sarlet,

[...] mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por esse motivo apresentados como direitos de cunho 'negativo', uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, 'direitos de resistência ou de oposição perante o Estado' (SARLET, 2011, p. 46-47).

Entre esses direitos, estão o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, bem como aqueles relacionados à participação política, embora em sua maioria não tivessem o significado que têm hoje. A igualdade, por exemplo, deve ser entendida apenas como igualdade formal, perante a lei, bem diferente da igualdade material que existe nos dias atuais (SARLET, 2011). Nos dizeres de Tavares:

No entendimento liberal, o indivíduo não é somente um cidadão que divide um pacto social com seus companheiros, mas também é um sujeito de direitos contra o qual o Estado não pode impor sua vontade sob a alegação de representar a vontade da maioria. Essa segurança vai

além do direito de falar e se expressar livremente, e de se associar e organizar, representa acima de tudo o direito de se ver livre do medo e da repressão (TAVARES, 2011, p. 27).

Faz-se pertinente trazer, neste ponto, a divisão empregada por T. H. Marshall (2002) em sua obra “Cidadania e Classe Social”. Ao descrever três elementos do conceito de cidadania, o autor traz um histórico aprofundado da evolução dos direitos fundamentais.

Segundo T. H. Marshall (2002), o primeiro elemento da cidadania seria o civil, relacionado às liberdades individuais, ao direito de ir e vir, de propriedade, aos direitos contratuais e ao direito à justiça. Esses direitos equivaleriam aos de 1ª dimensão, entre os quais está também o que o autor chama de elemento político, que seria o exercício do poder político. Além desses, o autor traz também o elemento social, que se refere a valores de bem-estar, de participação, e de levar uma vida de acordo com padrões que prevalecem na sociedade (MARSHALL, T.H., 2002). O que ele chama de direitos sociais equivaleriam à 2ª dimensão de direitos fundamentais, que serão abordados adiante.

T. H Marshall (2002) esclarece que esses elementos, durante sua evolução histórica, sofreram um processo duplo, de fusão e separação. Assim, é possível identificar períodos de formação de cada um deles: os direitos civis no século XVIII, os políticos no século XIX, e os sociais no século XX. Nas palavras do autor:

Os direitos políticos se seguiram aos civis, e a ampliação deles foi uma das principais características do século XIX, embora o princípio da cidadania política universal não tenha sido reconhecido senão em 1918. Os direitos sociais, por outro lado, quase que desapareceram no século XVIII e princípio do XIX. O ressurgimento destes começou com o desenvolvimento da educação primária pública, mas não foi senão no século XX que eles atingiram um plano de igualdade com os outros dois elementos da cidadania (MARSHALL, 2002, p. 23).

Com relação aos direitos civis, o autor explica (MARSHALL, 2002) que sua formação é caracterizada pela adição gradativa de novos direitos àqueles já existentes e a liberdade passou a se tornar elemento chave do conceito cidadania. Para ele, esses direitos desenvolveram-se por serem indispensáveis a uma economia de mercado. Nesse sentido:

[...] os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo. Davam a cada homem, como parte de seu *status* individual, o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica, e tornaram possível negar-lhes a proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo (MARSHALL, 2002, p. 27).

Segundo T.H. Marshall (2002), dava-se a garantia ao indivíduo de adquirir a propriedade, se pudesse, e protegê-la. Contudo, sem os direitos sociais que possibilitariam o exercício desses direitos por uma parcela maior de pessoas, verificavam-se desigualdades gritantes. Da mesma forma, a igualdade existia, mas não estava ao alcance da maior parte dos indivíduos.

O autor explica, com relação aos direitos políticos, que eles consistiram não na adoção de novos direitos, mas sim na doação desses direitos a novos setores da população. Porém, mesmo assim as desigualdades impediam que os indivíduos expressassem o seu livre exercício do voto (MARSHALL, 2002). Já os direitos sociais surgiram em um contexto de redução de diferenças de classes, mas acabaram adquirindo novo sentido, de remodelar a forma de agir diante das desigualdades sociais (MARSHALL, 2002).

Com relação a esses últimos, equivalem aos direitos de 2ª dimensão. São, em suma, os direitos econômicos, sociais e culturais. Os graves problemas econômicos e sociais que tiveram origem com a Revolução Industrial, fizeram surgir vários questionamentos acerca da necessidade de tutelar outros direitos que a liberdade e igualdade pura e simples não protegiam e, mais ainda, da necessidade de o Estado agir de forma ativa na realização da política social, ao invés de apenas abster-se de interferir na autonomia individual (SARLET, 2011).

Além disso, passou a ser defendida uma ação estatal que diminuísse as desigualdades, o que culminou na constitucionalização de direitos como a assistência social, saúde, educação e trabalho, buscando a transição das liberdades formais para as materiais, ou, em suma, atua no que se chama de esfera da igualdade (SARLET, 47-48). Para Sarlet,

[...] os direitos da segunda geração podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (SARLET, 2011, p. 48).

Nesse sentido, o Estado social se propõe a fazer muito mais coisas do que o Estado liberal. A Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, na Alemanha, foram as precursoras na adoção desses direitos (ALMEIDA, 2014).

Posteriormente, os avanços tecnológicos propiciaram o surgimento de novas necessidades humanas, à medida que eram tuteladas as já existentes e se

promoviam mudanças no tecido social. Surgiram relações sociais e jurídicas antes inexistentes, o que culminou em uma sociedade massificada (BITTAR FILHO, 2005).

Tanto os direitos de 1ª quanto os de 2ª geração tem como titular o indivíduo, seja na condição de participante de determinado grupo (os chamados direitos sociais) ou apenas de sujeito (os direitos individuais e de propriedade). Contudo, a partir dessas mudanças sociais, fez-se necessário tutelar também os direitos de fraternidade ou solidariedade, que formaram a 3ª dimensão de direitos fundamentais, e caracterizam-se por serem direitos de titularidade coletiva ou difusa (BESSA, 2009).

Em suma, na 3ª dimensão estariam os direitos coletivos ou massificados, ou seja, aqueles que transcendem o indivíduo e cujos titulares passam a ser pessoas indetermináveis ou indeterminadas (ALMEIDA, 2008). Também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, derivam das mudanças profundas na sociedade, já mencionadas neste capítulo.

Os direitos transindividuais ou coletivos *lato sensu* surgiram a partir da constatação de que não bastava ao Estado tutelar os interesses individuais públicos ou privados. A partir do momento em que se tornou difícil ao indivíduo o acesso à justiça e à reparação das lesões sofridas, tornou-se necessário proteger outra espécie de direitos, os direitos de 3ª dimensão, que surgiram a partir de reflexões sobre novos temas, como o desenvolvimento, a paz, o meio-ambiente, o direito do consumidor, e que se referem a questões que atingem à sociedade como um todo (BESSA, 2009).

Assim, os conflitos passaram a assumir um caráter intersubjetivo, e não mais individualista como fora outrora no ápice do liberalismo. Nesse sentido,

A proteção e a tutela conferida ao interesse coletivo de índole moral emerge da valorização e do reconhecimento das novas categorias de interesses jurídicos de feição *transindividual*, característicos da sociedade de massas, de relações e conflitos igualmente multiplicados em dimensão coletiva, cujo tratamento tornou-se imprescindível ao próprio equilíbrio e desenvolvimento social (MEDEIROS NETO, 2004, p.102).

O Estado assume novo papel, comprometido com a problemática social. O direito coletivo *lato sensu* é o instrumento por meio do qual ele promove essa transformação da realidade social e garante à coletividade e, em última análise, ao indivíduo, acesso à proteção efetiva (ALMEIDA, 2003).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) dispõe sobre alguns dos direitos de terceira dimensão no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. O primeiro de seus capítulos trata dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”,

mencionando-os expressamente. A inserção dos Direitos Coletivos como direitos fundamentais foi um grande passo dado pela Carta, pois incluiu em sua esfera de proteção todas as espécies de direitos coletivos (ALMEIDA, 2008).

Cumprir esclarecer, acerca dos direitos transindividuais, que eles podem ser classificados em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os direitos difusos caracterizam-se por sua indivisibilidade e pela indeterminação de seus titulares – pessoas indeterminadas ou indetermináveis (MAZZILLI, 2012). Já os direitos coletivos são aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, pertencentes a um grupo determinável de pessoas (categoria de pessoas), ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base” (BESSA, 2009, p. 6). Por sua vez, os interesses individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum, compartilhados por grupo de pessoas determináveis ou determinadas, e cujo objeto da pretensão é divisível. Apesar de não possuírem a mesma transcendência dos outros interesses transindividuais, os direitos homogêneos fazem parte desse grupo, pois constituem um trato coletivo a direito já prestigiado por instrumentos individuais (MAZZILLI, 2012).

Quando se fala em tutela de interesses transindividuais, fala-se, ainda, em proteção de inúmeros outros direitos, em conferir a eles efetividade. A eficácia dos direitos fundamentais é tema de importância ímpar. Sejam eles individuais ou coletivos, conforme a Constituição Federal, no artigo 5º, parágrafo 1º, as normas que dispõem acerca de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis. Os interesses coletivos *lato sensu*, em último grau, são reflexos dos valores comuns projetados por cada membro que integra a coletividade, o qual os compartilharia com os outros indivíduos.

Nesse contexto, entram em debate, além das questões coletivas, discussões acerca de manipulações genéticas, aborto, do direito de morrer com dignidade, de mudar de gênero ou, até mesmo, de estabelecer uma relação homoafetiva, constituindo família. Nessa esteira,

[...] cumprir reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011, p. 53).

Em outras palavras, boa parte desses direitos em processo de reivindicação envolvem novas facetas do princípio da dignidade humana, encontrando-se vinculados novamente à proteção de bens fundamentais contra ingerências do Estado e

de particulares. Tais direitos poderiam enquadrar-se na 1ª dimensão, em especial pela sua estrutura jurídica de cunho negativo, o que demonstra que os direitos fundamentais estão em constante modificação e adaptação às necessidades do homem, em dado momento e dada cultura (SARLET, 2011).

Verifica-se que é possível encontrar um ponto comum entre grande parte dos autores, no sentido de que a dignidade humana e os direitos fundamentais são fruto de um lento processo de desenvolvimento e conquistas das civilizações, modificando-se a cada fase da história, a depender do reconhecimento constitucional de determinados direitos. Esse conjunto de direitos e garantias asseguram ao indivíduo condições mínimas e significam a conquista da plena valorização da pessoa humana, de forma integral e ampla no Estado Democrático de Direito (MEDEIROS NETO, 2004).

Ademais, a tutela dos direitos fundamentais não pode ser analisada sob um aspecto meramente taxativo. Isso porque se protege o valor do indivíduo, em toda a extensão que possa existir, à medida que a sociedade progride e lhe são conferidos novos contornos (SARLET, 2011). O que se revela é um processo “de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, ressaltando, dentre outros aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais” (SARLET, 2011, p. 52-53). Os direitos fundamentais são fruto de reivindicações concretas e, embora as dimensões marquem a evolução do seu processo de reconhecimento, eles constituem “categoria materialmente aberta e mutável” (SARLET, 2011).

Contudo, é necessária cautela para que se preserve a efetiva relevância de tais direitos, de modo que sejam tutelados aqueles que efetivamente correspondam a valores da sociedade (SARLET, 2011). E a quem cabe decidir isso? Essa é uma das questões fundamentais que este estudo procura abordar, uma vez que a dinamicidade e complexidade da formação histórica e social desses direitos que culmina, inclusive, nos conflitos de competência que se observam entre Judiciário e Legislativo.

1.3 Judiciário e Supremo Tribunal Federal, o “guardião da Constituição”

Viu-se, ao longo do tópico anterior, a trajetória histórica dos direitos fundamentais, compreendendo, por fim, a sua constante modificação e adaptação, acompanhada pelos movimentos políticos e necessidades sociais de cada país. Falou-se, ainda, ao final do tópico, que parte desses direitos envolvem novas concepções e

demandas relacionadas à dignidade humana e à proteção de direitos, ainda carentes de tutela, que poderiam ser enquadrados na primeira dimensão, visto que o que se pleiteia é a proteção do indivíduo contra ingerências do Estado e de terceiros.

A Constituição brasileira de 1988, elaborada após um período de ditadura militar, preocupou-se em assegurar no seu texto uma série de direitos e garantias fundamentais, inclusive os considerando cláusulas pétreas. Foi por isso chamada de “Constituição Cidadã”. Mas vários desses direitos permaneceram programáticos. Os acórdãos objeto de análise no presente trabalho envolvem esses temas.

O que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2012, do Distrito Federal (BRASIL, 2012), que diz respeito à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, de 2011, do Rio de Janeiro (BRASIL, 2011b), que envolve a questão da união homoafetiva, têm em comum? O que se vê nesses casos são novas facetas da dignidade humana, cuja incorporação ao sistema brasileiro de tutela jurídica foi feita pelo Judiciário e não pelo Legislativo.

Constitucionalizar qualquer direito é uma decisão política, seja ela tomada por um ou pelo outro Poder. Por outro lado, se o Legislativo não exerce essa prerrogativa, seja porque não entende ser necessário ou porque não apreciou a matéria, é legítimo defender que o Judiciário, ao ser provocado, não pode negar tutela jurídica a quem dela necessite, sob a alegação de que não há previsão legal, pois a ofensa à dignidade humana exige a reparação. Todos os direitos são garantidos por esse princípio, que é uma verdadeira “cláusula geral de tutela da pessoa humana” (MORAES, 2003, p. 126).

Nesse sentido, a Constituição assegura, no parágrafo 2º do artigo 5º, a existência de outros direitos que mesmo não expressos formalmente em seu corpo, em decorrência do seu conteúdo, são considerados fundamentais. Reconhece-se, portanto, a existência de direitos fundamentais implícitos (SARLET, 2011). Cabe ressaltar que, nos termos do inciso XXXV do artigo 5º “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). É, portanto, dever do Judiciário manifestar-se nos casos de controvérsias sobre direitos fundamentais.

Para abordar melhor essa questão, o presente tópico discutirá os instrumentos concebidos pelo Estado, em especial o brasileiro, para fazer valer os direitos fundamentais quando necessário, e a quem cabe defini-los. Mantendo a perspectiva

histórica adotada neste capítulo, essa análise será introduzida por breve explanação da Teoria da Tripartição dos Poderes.

Segundo Piçarra (PIÇARRA, 1989), a doutrina da separação de poderes se desenvolveu na Inglaterra, no século XVII, associada à ideia de *rule of law*, e possuía um caráter anti-absolutista. Em suas palavras:

Constituía, assim, elemento essencial do modelo que ao Estado absolutista então se contrapunha como alternativa: a própria *rule of law*, primeira forma histórica do que viria a ser o Estado-tipo do Ocidente, ou seja, o Estado constitucional ou de Direito, que igualmente inclui como seu elemento essencial o princípio da separação de poderes.

A diluição dos vectores fundamentais deste conflito histórico entre absolutismo e *rule of law*, que descambou na guerra civil inglesa (1642-1649), é condição prévia essencial para a compreensão da exigência de uma separação orgânico-pessoal entre função legislativa e função executiva (designação inicial da função jurisdicional). Só com a definitiva rejeição do absolutismo em 1689, essa exigência pôde ser definitivamente concretizada na constituição inglesa (PIÇARRA, 1989, p. 44-45).

O autor esclarece que a origem da doutrina da separação dos poderes está intimamente ligada à distinção das funções do Legislativo e do Executivo. O primeiro seria o poder de exprimir a vontade através da emanção de leis e o segundo o de agir em conformidade com essa vontade, dando cumprimento a essas leis, de modo a se garantir a concretização da *rule of law* (PIÇARRA, 1989). Nesse sentido:

Nesta versão da doutrina da separação dos poderes está, por um lado, o embrião de um traço essencial e definitivo do Estado constitucional e, por outro lado, aquilo a que alguns autores querem hoje ver reduzido o próprio princípio da separação dos poderes, ou seja, a exigência de que a função legislativa, entendida como emanção de normas gerais e abstractas, constitua sempre um *prius* imprescindível ao desempenho, por órgãos diferentes do legislativo, da função executiva concebida como prática de actos relativos a situações individuais e concretas (PIÇARRA, 1989, p. 51-52).

No entanto, a separação dos Poderes, apesar de ter sido mencionada por outros autores antes de Montesquieu, entre os quais pode-se mencionar John Locke⁴ (PIÇARRA, 1989) adquiriu maior notoriedade e sistematização a partir de sua obra, em 1748. Naquele contexto, a teoria buscava apenas garantir o funcionamento ordenado do Estado, evitando arbitrariedades (MONTESQUIEU, 2010), e não um regime democrático

⁴ Para maiores informações acerca do desenvolvimento das ideias de separação dos poderes e supremacia do legislativo de John Locke, *vide* o capítulo III da obra “A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional” (PIÇARRA, 1989).

e pluralista. Nela, o Judiciário atuava como mero executor da lei, cabendo ao Parlamento legislar.

Acerca do tema, Almeida esclarece:

Montesquieu alertou para o fato de que o conceito de liberdade é manipulável conforme os costumes ou inclinações de cada governo e conceituou a liberdade política como a margem de arbítrio do indivíduo balizada na legalidade; a lei definiria o espaço de liberdade de cada cidadão ao prever aquilo que é obrigatório, proibido ou permitido. O iluminista francês não reputava que na democracia e na aristocracia houvesse liberdade política, pois isso seria atributo dos governos moderados, desde que não houvesse abuso de poder. Nesse desiderato, somente seria coibido o abuso de poder pela imposição de limites ao seu detentor (ALMEIDA, 2014, p. 159).

A separação de poderes foi concebida por Montesquieu a partir da concepção liberal do período. Esse modelo previa que o foro de discussão das discordâncias quanto aos fundamentos a serem perseguidos pelo Estado para a satisfação do bem público seriam o Legislativo e o Executivo, por meio do processo político (BADIN, 2013). Não haveria qualquer interferência entre as funções de cada ramo do governo, sendo a separação entre elas plena. Além disso, o filósofo via o Judiciário com desconfiança. Para ele, os juízes deveriam apenas traduzir literalmente o conteúdo das normas e não caberia nenhum motivo para não as aplicarem, já que seriam necessariamente justas e boas (ALMEIDA, 2014). Segundo Piçarra, acerca da doutrina de Montesquieu:

A doutrina de Montesquieu encontra seu fundamento numa diferenciação jurídica determinada pela específica intencionalidade normativa das funções estaduais, ao serviço de um preciso objetivo. Até aqui, a questão jurídica das funções do Estado e da sua distinção-separação orgânico-pessoal não se confundiu com a questão política do poder estadual, da sua titularidade e do seu exercício. Até aqui, a doutrina da separação dos poderes foi apenas tratada na sua vertente jurídica, cujo centro de gravidade é uma doutrina da lei, e não na sua vertente política, cujo centro de gravidade é a estruturação do poder político-estadual (PIÇARRA, 1989, p. 101-102).

A Constituição americana de 1787 foi a primeira carta constitucional a explicitar o sistema de divisão entre os poderes. Porém mesmo antes, nas discussões prévias à sua aprovação, foi detalhado o que se chamou de freios e contrapesos (*checks and balances*). Trata-se da visão de que os diferentes Poderes possuem competências para prevenir e impedir ações dos outros ramos do governo. A experiência norte-americana foi fundamental para a formação de outros poderes constitucionais. No caso brasileiro, por exemplo, a discussão sobre uma divisão de poderes foi bastante intensa quando da

elaboração da Constituição do Império e acabou gerando um sistema diverso na ocasião, quadripartite, no qual o Imperador figurava como um quarto poder, o Poder Moderador (TAVARES, 2011).

A doutrina americana modificou a concepção inicial de separação de poderes, pois viu no *checks and balances* a forma de conferir equilíbrio às relações institucionais do Estado. Por sua vez, a *judicial review*, surgida a partir do célebre caso *Marbury vs. Madison*, decidido pela Suprema Corte em 1803, a qual consiste no poder de os Tribunais reverem atos legislativos, em esfera federal, como garantia de constitucionalidade, embora não estivesse prevista expressamente no texto constitucional americano, também se tornou peça chave para essa doutrina, influenciando as cartas constitucionais de vários países (TAVARES, 2011).

Posteriormente, verificou-se, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, com a ampliação do sentido dogmático das cartas constitucionais modernas, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço tradicionalmente ocupado pelo Legislativo e Executivo, especialmente nos países ocidentais. Isso ocorreu, em certa medida, pelo fato de as constituições passarem a incluir direitos sociais em seu bojo, ampliando seu núcleo dogmático. Desse modo, com o surgimento e expansão do Estado de Bem-Estar Social e dos chamados direitos humanos de 2ª dimensão nas Constituições promulgadas à época, houve, cada vez mais, a necessidade de se ampliarem os canais institucionais de participação, o que interrompeu o monopólio do processo político como centro de manifestação do interesse público (BADIN, 2013).

O Judiciário se tornou instrumento de tradução de políticas públicas, de direitos sociais e de valores constitucionais nas mais diversas matérias antes afeitas apenas à política, como, por exemplo, saúde, educação e meio ambiente (VIANNA, 2013). Mais tarde, com a consolidação do Estado Democrático de Direito, passou-se a conferir novo sentido à Teoria da Tripartição de Poderes, estabelecendo-se funções predominantes aos três Poderes do Estado e se admitindo a existência de interferências, em um esquema de freios e contrapesos. Dessa forma, ao invés de uma separação rígida entre eles, há uma colaboração mútua e harmônica (CORDEIRO, 2012).

Acerca da interdependência entre os Poderes, Peter esclarece que essa ideia não é novidade. Nas palavras da autora:

Qualquer atitude de uma função de poder ou de outra será avaliada com a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a métrica das estritas limitações de competências. As próprias ideias de ativismo judicial e judicialização da política perdem algo de sua razão de ser,

nesse contexto, pois as acomodações entre as funções de poder passam a ser muito mais visíveis e o diálogo muito mais intenso, sobrevivendo momentos de tensões e acomodação pelo exercício recíproco das respectivas competências. Assim, não mais é possível imaginar que a dinâmica entre as funções de poder seja pautada na segurança e previsibilidade, com regras do jogo democrático bem definidas ou predefinidas, pois, na realidade constitucional subjacente, as práticas dos poderes interdependentes se constroem coletivamente, ora enredadas em tensões, ora em estratégias de cooperação, sempre com o olhar atento da sociedade civil organizada e demais entidades estatais ou quase estatais a cobrar e denunciar o exercício das competências constitucionais na imanente da força da história e dos acontecimentos (PETER, 2015, p. 71).

A supremacia da Constituição adotada por nosso sistema e pela maioria dos sistemas constitucionais modernos posiciona o texto constitucional em hierarquia superior às demais normas jurídicas. Isso significa que ela não está sujeita à vontade majoritária, a qual pode mudar em cada eleição, mas é fruto de um momento anterior, ou seja, é a “confluência de uma manifestação política superqualificada da vontade popular” (CLÈVE; LORENZETTO, 2016).

Esta é a razão pela qual se admite que haja um controle de constitucionalidade que garanta que as demais normas do ordenamento jurídico estejam em consonância com tais preceitos fundamentais, bem como uma instituição responsável por esse controle, no caso o Poder Judiciário. Assim, nem mesmo o Legislativo poderia atuar em desacordo com o conjunto de princípios e disposições contidos na Constituição e, mais do que isso, ele deveria atuar de forma a promover e garantir os direitos ali contidos. Essa parece ser a linha de argumentação de Miarelli e Lima:

[...] fica evidenciado que a Constituição de um Estado materializa uma espécie de proteção do cidadão contra o abuso de poder, sendo ela sua garantia de reconhecimento de direitos e garantias individuais, o que compromete o Estado na efetivação de tais direitos, tornando possível, inclusive, que se recorra ao Poder Judiciário em busca desta concretização (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 90).

Os tribunais assumem a competência de guardiões das constituições, e diante da relevância de suas decisões e dos inúmeros efeitos que elas acarretam, tornam-se verdadeiros centros de poder, contribuindo para a construção de uma vontade política predominante, legitimando determinadas decisões políticas ou decidindo questões cujos custos políticos são altos demais para o Legislativo e o Executivo arcarem (CAMPOS, 2014). Carvalho, sobre o tema, destaca:

A inclusão dos Tribunais no cenário político implicou em alterações no cálculo para a implementação de políticas públicas. O governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, teve que se preocupar

em não infringir a Constituição. Essa seria, de maneira bastante simplificada, a equação política que acomodou o sistema político (democracia) e seus novos guardiões (a Constituição e os juízes) (CARVALHO, 2004, s.p.).

O Judiciário deve atender à sua função social de estar atento às mudanças sociais e econômicas e às novas necessidades que surgem a partir daí, de modo a garantir os preceitos constitucionais, que adquirem novos contornos a cada dia (MIARELLI; LIMA, 2012). Segundo Barroso, acerca do avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política ao redor do mundo,

[...] estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo. Ainda assim, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. [...] Acrescente-se a tudo isso a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça. Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão (BARROSO, 2009, p. 1-2).

No âmbito interno, diversos autores entendem que a Constituição de 1988 contribuiu para aumentar o leque de atuação do Poder Judiciário, em razão de seu caráter analítico e da existência de inúmeras cláusulas abertas, bem como da ampliação dos canais de participação social e positivação de diversos direitos sociais (BADIN, 2013). Para eles, ao Supremo Tribunal Federal, cuja competência é de interpretar a Constituição e garantir, entre outros, a primazia dos direitos fundamentais, o regime democrático e a separação dos Poderes (GONÇALVES, 2013), fez-se necessária uma postura mais efetiva para concretizar o amplo leque de direitos resguardados pela nossa Carta, o que foi possível em razão do sistema de controle de constitucionalidade vigente, que permite amplo acesso ao STF por meio das ações diretas e do controle difuso.

Acerca do tema, Chueiri e Godoy esclarecem:

A Constituição expressa não apenas um ser, mas também um dever-ser e, para isso, é protegida por processos complexos de modificação (NINO, 2003, p. 16-17). E, por ser a constituição norma, seus princípios devem ser aplicados de maneira a comprometer todas as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o próprio povo. Entretanto, nada disso seria suficiente sem a contrapartida democrática, pois a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário. Assim, o poder constituinte, ao instaurar a constituição, estabelece a forma jurídica do político, a qual será

defendida e garantida pela rigidez do constitucionalismo. Em outras palavras, estabelece a tensão entre o jurídico e o político, entre constitucionalismo e democracia (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 166).

Nessa esteira, Vianna e outros explicam que,

A concretização da vontade geral declarada na Constituição seria, nesse sentido, uma obra aberta confiada às futuras gerações, as quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto. A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na constituição (VIANNA *et al.* 2014, p. 40).

A visão de que o caráter analítico da constituição é fator preponderante para o ativismo judicial deve ser vista com cautela, pois os Estados Unidos da América, que tem uma constituição sintética, ao contrário da brasileira, enfrentam, há algumas décadas, situações semelhantes em relação à judicialização da política. Assim, embora esse fator possa influenciar em alguma medida o crescimento da judicialização no Brasil, não é o principal, tampouco o único fator a ser considerado.

Parece-nos que, dentre outros fatores que devem ser considerados, a rigidez para alteração das normas constitucionais, a supremacia formal e substancial que elas detêm em relação aos demais normativos que compõem o ordenamento jurídico e, em especial, o sistema de controle de constitucionalidade adotado estão entre os fatores de maior influência nessa questão. Outros fatores para isso são os efeitos *erga omnes* que as decisões do sistema concentrado de constitucionalidade possuem, o que aproxima a atividade do Judiciário à do Legislativo. Ademais, a possibilidade de modulação dos efeitos dessas decisões constitui outro fator que interfere diretamente na produção legislativa (RAMOS, 2013).

Portanto, antes de passar ao próximo ponto, cabe tecer algumas considerações acerca do modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil. A Constituição de 1988 previu a adoção de um sistema híbrido, pois combinou o modelo difuso (adotado, entre outros, nos Estados Unidos), com o controle concentrado (adotado em diversos países Europeus). Enquanto o primeiro pode ser exercido por todos os tribunais e juízes, o controle por via direta é realizado pelo Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2011).

O texto constitucional previu, ainda, diversos mecanismos pelos quais pode se dar o controle concentrado, quais sejam: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de

constitucionalidade, a ação direta interventiva e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Percebe-se, portanto, uma tendência ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata, para o que contribuiu, também, a ampliação da legitimação ativa para o ajuizamento de tais ações (BARROSO, 2011). Esse amplo sistema de controle de constitucionalidade adotado possibilitou que o Poder Judiciário e, em especial o STF, atuasse em esferas tradicionalmente atribuídas ao Legislativo (CARVALHO FILHO, 2010), possibilitando o surgimento do debate acerca da judicialização da política.

Cumprir salientar dois fatores que corroboram a legitimidade e importância de se ter um controle de constitucionalidade. O primeiro é a ideia de que há um mínimo existencial de dignidade humana que é fundamental ao Estado Democrático de Direito. Assim, ainda que em desacordo com a maioria, tais valores devem ser preservados. Além disso, deve-se impedir que eventuais grupos majoritários eleitos em determinado momento histórico subtraíam do povo o espaço próprio do pluralismo político e modifiquem os direitos e garantias básicos em uma sociedade (BARROSO, 2011).

Miarelli e Lima (2012) ressaltam que as atribuições conferidas pela Constituição Federal de 1988 ao Supremo o colocaram como órgão de destaque da jurisdição constitucional que, em razão da supremacia e rigidez das normas constitucionais, passou a ser o último intérprete da vontade do constituinte. Assim, embora o Legislativo seja independente para inovar na ordem jurídica (ou não, se assim não entender necessário), mesmo ele estará vinculado às normas constitucionais e ao posicionamento do STF, em especial quando se trata de direitos fundamentais. Isso porque tais direitos são cláusulas pétreas em nossa Constituição. Quando estivermos diante de uma cláusula pétrea, estamos diante de um limite material ao poder constituinte derivado, ou seja, à atuação do legislador, mesmo em sede de emenda à constituição. Frise-se que a Constituição de 1988 não admite sequer emenda que tenha a tendência a abolir esses direitos.

Em decorrência disso, o Supremo Tribunal Federal também pode entender que a omissão do Legislativo em atuar é inconstitucional. Isso se dará quando aquele Tribunal entender que os direitos previstos na Constituição perderam sua efetividade diante da inércia legislativa em produzir norma regulamentadora, o que pode se dar na forma de uma omissão absoluta ou parcial. Barroso, acerca do tema, explica que:

A simples inércia, o mero não fazer por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo (BARROSO, 2011, p. 55).

Assim, embora em regra seja uma faculdade do Legislativo produzir leis sobre determinado tema, nos casos em que a Constituição impõe o dever de editar norma reguladora de determinado preceito, a abstenção do legislativo será ilegítima (BARROSO, 2011). Em se tratando de normas programáticas, o autor entende que não é possível que se fale, em regra, de omissão inconstitucional, salvo se essa inércia inviabilizar que o Estado forneça um mínimo existencial ao indivíduo.

E quando se fala de direitos fundamentais que estão sendo negados a determinado grupo minoritário, como no caso da união homoafetiva? Não haveria uma obrigação de agir do Legislativo? Pode o Judiciário suprir as lacunas daí decorrentes? A resposta parecer ser que o Judiciário, se provocado, deve agir, de modo a garantir que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam assegurados a todos, ou à maior parte possível dos indivíduos. É o que vem sendo feito pelos Tribunais pátrios, sem, contudo, se observarem limites precisos à essa atuação, o que tem gerado desequilíbrio entre esse Poder e o Legislativo.

Sobre esse tema, entende-se pertinente trazer a seguinte observação de Vianna e outros:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos. Para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça (VIANNA *et al.*, 2014, p. 22).

Nesse passo, é possível que eventual desequilíbrio que se verifica ao longo dos anos e que será tratado neste estudo tenha como origem um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito, que é a supremacia da Constituição e o desenho institucional decorrente desse princípio. Para Badin (2013), uma das origens desse problema é que o Judiciário manteve, com quase nenhuma mudança, o modelo de processo adjudicatório herdado do Estado Liberal e concebido para resolver conflitos bipolares, retrospectivos e retributivos, o qual não se ajusta à agenda plural das sociedades contemporâneas. Para Chueiri e Godoy, acerca desse descompasso:

Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então alguns conteúdos da Constituição – *Law of lawmaking* – devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas. Eis o paradoxo que marca a democracia constitucional [...] (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 159).

O fenômeno da judicialização da política traz outras questões ao campo do direito e da política, além daquelas relativas à quais medidas devem ser tomadas ou políticas devem ser adotadas e de que forma. O que passa a interessar é quem é a instituição responsável por fazer essas escolhas (BADIN, 2013).

Cumprir frisar, como observa Rosa (2015), que a dinâmica entre os Poderes envolve relações partidárias e coalizões que afetam de forma significativa o comportamento dos atores políticos envolvidos. Para ele, as relações de poder abarcariam elementos concretos de política partidária, e a busca por manutenção do poder conduziria à cooperação entre entes políticos, em detrimento do controle recíproco idealizado pelos federalistas ao tratar da separação de Poderes. Nas palavras do autor:

Com efeito, ao vislumbrar o recíproco controle entre os Poderes como resultante da busca, pelos respectivos agentes públicos, dos objetivos institucionais do ente político, olvida-se a enorme ingerência que partidos políticos e coalizões regionais exercem sobre as relações institucionais, definindo o próprio comportamento dos agentes públicos. Nesse contexto, não é exagerado afirmar que as pressões das alianças políticas e eleitorais sobre os atores institucionais delimitam e reconstróem as relações entre os Poderes. Noutros termos, não há a vontade pura de cada Poder da República se contrapondo, mas sim agentes públicos com incentivos e interesses diversos que pautam a própria direção assumida pelo ente político (ROSA, 2015, p. 46).

Em contrapartida, ainda que se reconheça o caráter político da jurisdição constitucional, deve-se ter cautela para que ela não se desvirtue. Nas palavras de Barroso (2011, p. 81), “a Constituição não pode abdicar da salvaguarda de valores essenciais e da promoção de direitos fundamentais, mas não deve ter, por outro lado, a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária e juridicizar além da conta o espaço da política”. É necessário haver um equilíbrio, que será abordado no próximo tópico ao tratar da judicialização da política e do ativismo judicial.

1.4 Judicialização da política e ativismo judicial

Foram apresentadas, no tópico anterior, algumas considerações sobre o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade das leis perante a Constituição, com especial foco na amplitude desse sistema no cenário brasileiro, o que possibilitou a judicialização de alguns temas afeitos à política e o surgimento do ativismo judicial. Embora ao longo desse debate já tenham sido mencionados algumas vezes esses fenômenos e suas origens, para compreendê-los melhor faz-se necessário realizar uma abordagem sistemática do seu conceito e teorias, que será feita a seguir.

As expressões “judicialização da política” e “ativismo judicial”, apesar de semelhantes, não são sinônimas. Embora um dos primeiros registros do termo “judicialização da política” tenha se dado em 1992, no Centro de Estudos do Poder Judiciário da Bolonha, na Itália (NUNES JÚNIOR, 2016), o tema remonta à constitucionalização ocorrida após as revoluções americana e francesa, com a consolidação das constituições e a posterior adoção por grande parte dos países democráticos ocidentais de tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis (ARAGÃO, 2013).

Nesse cenário, dadas as circunstâncias políticas em que as instituições de muitas das democracias contemporâneas foram concebidas, a inclusão de um Judiciário forte parece ter sido inevitável para garantir a supremacia constitucional e a primazia dos direitos fundamentais contidos nas Cartas Magnas desses Estados. Some-se a isso a desconfiança no Executivo e no Legislativo, cuja solução encontrada parece ter sido voltar-se ao Poder Judiciário, como contrapeso aos outros Poderes (VALLINDER; TATE, 1995).

Essa nova equação constitui o que se chama de judicialização da política, que, nas palavras de Barroso,

[...] significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para juízes e tribunais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2011, p. 363).

Verifica-se que a judicialização não se resume à política, mas afeta as instituições como um todo, sejam elas do Executivo, do Legislativo, ou, ainda, da sociedade civil. Nesse sentido, Vianna explica que,

Tem-se chamado de judicialização da política o exercício por parte de tribunais ou cortes de justiça, sempre por provocação da sociedade, do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo. Esse processo, que hoje se afirma nos sistemas políticos ocidentais, tem importado uma efetiva mutação institucional na cena republicana, na medida em que afeta as relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e o cânon republicano quanto ao império da vontade da maioria (VIANNA, 2013, p. 207).

Percebe-se, portanto, progressiva transferência de decisões por parte dos poderes políticos e da sociedade para os tribunais, mas não apenas isso: os argumentos e procedimentos utilizados para as decisões judiciais também são apropriados pelos outros agentes políticos (CAMPOS, 2014).

Vianna e outros (2014) esclarecem, ainda, que a judicialização traz um conjunto de temas e personagens que, até então, não pertenciam ao sistema jurídico. Esses novos objetos sobre os quais se debruça o Judiciário fazem com que a sociedade, cada vez mais, se envolva em uma semântica própria desse Poder, de modo que o Direito invade os mais diversos campos da organização da vida social.

No mesmo sentido, Tate e Vallinder (1995) identificam dois componentes no conceito de judicialização. O primeiro é a expansão do poder dos juízes em detrimento dos demais agentes políticos. Tem-se, ainda, a expansão dos métodos jurídicos de decisão para além dos limites do Judiciário. Portanto, o fenômeno compreende não apenas a transferência da tomada de decisões, sejam elas políticas ou administrativas, para o Poder Judiciário, mas também à utilização do procedimento judicial como balizador da conduta das outras instituições e Poderes (NUNES JÚNIOR, 2016).

Ferejohn (2002), por sua vez, assinala, ao menos, três formas pelas quais as Cortes têm interferido na atividade legislativa. A primeira delas seria a possibilidade de o Judiciário limitar o poder do Legislativo e estabelecer as regras para o exercício da atividade parlamentar. Além disso, as Cortes têm se tornado locais de elaboração de políticas públicas. Por fim, cada vez mais, os juízes controlam a própria atividade política, ou seja, constroem e reforçam regras padrões de comportamento aceitáveis para grupos de interesses, partidos políticos e para os agentes políticos, eleitos ou não.

Esse cenário criou um ambiente propício para que o Judiciário pratique o ativismo judicial. Em outras palavras, a mudança no próprio papel de direito na sociedade moderna, com o crescimento do papel do Estado, da função legislativa e o

surgimento dos direitos sociais, os quais demandam atividade criativa de interpretação e atuação, são fatores que contribuíram para a acentuação do ativismo dos juízes (CAPELLETTI, 1999), o qual se refere a determinada postura dos magistrados diante das demandas a eles apresentadas. É o que será abordado a seguir.

Antes de compreender melhor o conceito de ativismo judicial, deve-se, contudo, mencionar outro termo correlato à matéria, que vem surgindo nos trabalhos acadêmicos acerca do tema. Trata-se da “politização da justiça”, ou seja, a expansão do Judiciário sobre o sistema político. Ela ocorre quando há um alinhamento dos magistrados com determinado grupo político, com determinada doutrina política ou orientação política (VITOVSKY, 2010).

A expressão ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos, tendo sido pela primeira vez citada em 1947, por Arthur Schlesinger, ao se referir à Suprema Corte Norte Americana (GOMES, 2009). O historiador publicou o artigo “The Supreme Court: 1947” na revista “Fortune” em janeiro daquele ano. Ao descrever os nove Ministros da Suprema Corte na época, qualificou os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge como *judicial activists* - ativistas judiciais - e os juízes Frankfurter, Jackson e Burton como *champions of self-restraint* - defensores da autocontenção (KMIEC, 2004). Os demais, Reed e Vinson, estariam em um grupo intermediário.

O termo ativismo é complexo de ser definido, dificuldade que remonta à sua origem: o próprio Schlesinger, ao cunhar a expressão, não soube definir precisamente o que era, tampouco se suas consequências eram positivas ou negativas (GREEN, 2009). Nesse sentido,

Essa expressão é comumente utilizada de maneira ambígua ou, no mínimo, dispersa e desencontrada; às vezes, com destaque para um perfil aditivo inesperado; em outras, com o ênfase na ausência de lei embasadora da decisão; ou também revelando um perfil negativo em relação à declaração de inconstitucionalidade de normas (atuação contramajoritária); ou ainda mostrando estreita relação com a participação ativa do Judiciário na proteção dos princípios constitucionais, através do controle da atividade dos demais poderes (notadamente sobre suas omissões). Por isso, os que se propõem a estudá-lo frequentemente apontam uma dificuldade: ‘a ausência de uma clara delimitação conceitual da matéria no plano da Dogmática e da Teoria do Direito’ (FERNANDES, 2012, p. 118).

Acerca do conceito, Barroso (2009) entende que a expressão ativismo não se refere a um fato, mas sim a um comportamento dos juízes que, ao interpretar a Constituição de forma proativa, expandem o seu sentido e alcance. Desse modo, o termo

estaria associado a uma participação ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores constitucionais.

No mesmo sentido, Vitovksy (2010) define o termo como a expansão do exercício da discricionariedade judicial, que ocorre quando os juízes criam, estendem um direito, aplicam ou não a lei, para promover mudanças sociais ou efetivar políticas públicas. Para ele, o oposto do ativismo seria a autocontenção judicial, conduta por meio da qual procura-se reduzir a interferência do judiciário nas ações de outros Poderes.

Na opinião de Appio (2008), o ativismo pode ser considerado a partir de duas versões, a estrita e a ampla. Segundo a primeira, os juízes poderiam alterar a vontade dos representantes eleitos sempre que as escolhas desses representantes ferissem o tratamento isonômico entre os cidadãos. Por sua vez, a versão ampla conferiria o poder de os juízes concretizarem mandamentos constitucionais genéricos, atuando em substituição dos demais Poderes, em especial nos casos de omissão, criando regras de direito dotadas de coercibilidade.

Cumprir trazer, ainda, a citação de Barroso, que resume de forma satisfatória os conceitos de judicialização e ativismo:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2009, p. 25).

As discussões sobre o tema ocuparam papel central no século passado, tendo as justificativas para a expansão do ativismo variado a depender do tempo e do local. De qualquer forma, deve-se ter em mente que se trata de um comportamento propulsionado pelas transformações sociais vivenciadas ao longo desse período e que, muitas vezes, não foram acompanhadas pelos dispositivos legais (VITOVSKY, 2010). Segundo o autor,

O ativismo judicial se insere nesta crise dos Estados, agravada pela globalização. Vem decorrente da perda da centralidade normativa dos Estados, vem como tentativa de assegurar os direitos sociais já existentes, de expandi-los e promover a efetividade dos direitos humanos, com conotação política (VITOVSKY, 2010, p 103).

Nesse contexto, pode-se identificar dois grandes grupos de teóricos que tratam do conceito: os favoráveis e os contrários à postura mais atuante dos magistrados (DIMOULIS; LUNARDI, 2011), que serão particularizados a seguir para tentar esclarecer o conceito.

O primeiro grupo, que inclui os estudiosos norte-americanos que discorreram sobre essa matéria em sua origem, considera que o fenômeno tem conotação positiva, estando ligado mais à proteção dos direitos civis democráticos do que ao abuso de autoridade. Esses teóricos compreendem o ativismo como adaptação legal às mudanças da sociedade, pois permite a aplicação dos valores constitucionais à realidade social de forma progressiva (VITOVSKY, 2010).

Nesse sentido, refere-se à forma de prestação jurisdicional em que se expande o sentido e alcance da interpretação constitucional para que sejam concretizados os valores previstos na Carta Magna e se instalaria em situações de retração do Poder Legislativo, contribuindo para a transparência, controle social e democracia (BARROSO, 2009).

A legitimidade para agir do Judiciário estaria na própria Constituição e sua atuação proativa se pautaria em seus princípios e na legislação vigente. Assim, uma vez que não estariam agindo em nome próprio, mas exercendo suas funções constitucionais e legais, os juízes estariam, em última análise, consolidando a vontade da maioria, sendo o ativismo instrumento da democracia (CARMONA, 2012).

Na vertente contrária, estão os juristas americanos pós década de 50, quando o conceito adquiriu contornos predominantemente negativos em seu país de origem, os quais entendem o fenômeno como os excessos cometidos pelo Poder Judiciário ao exercer sua função jurisdicional (LEAL, 2008). Para Dworkin,

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradoras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige (DWORKIN, 2007, p. 451-452).

Há diversas razões pelas quais o ativismo é censurado, mas a principal crítica é a de que os juízes estariam substituindo os mandamentos constitucionais por suas próprias preferências políticas. Estariam concretizando a sua vontade e impondo seus valores à sociedade, ao invés de julgar (ROOSEVELT III, 2006).

Portanto, censura por eles apresentada está, em grande parte, ao decisionismo judicial trazido pelo ativismo, que classificam como prática prejudicial à democracia, pois permite que o Judiciário faça prevalecer sua vontade, sobrepondo-se a deliberações do Legislativo que passaram por processo majoritário, comprometendo a separação dos Poderes (SARMENTO, 2007).

Nessa perspectiva, o ativismo judicial indica uma situação limite, em que o juiz se encontra na fronteira fluida entre o mundo da política e do direito. Ao ultrapassar a barreira e adentrar no mundo político, o Judiciário estaria extrapolando suas funções e atuando sob o efeito de influências indesejáveis, como interesses, preferências, valores e programas políticos (KOERNER, 2013). Seria, portanto, uma autocracia judicial, que configuraria uma intromissão do Judiciário nas competências dos demais Poderes, alargando excessivamente a interpretação dos textos normativos (VITOVSKY, 2010).

Vitovsky (2010) apresenta uma crítica a esse modelo que, segundo ele, é limitado, pois tenta neutralizar a atuação judicial, considerando que o Judiciário deve ter natureza apolítica. Segundo ele, esses teóricos utilizam de argumentos de ordem técnica, tais como aqueles acerca dos limites da capacidade institucional do Judiciário, para criticar o ativismo judicial, afastando o seu caráter político, que não pode ser negado.

Maus (2000) alerta que, por vezes, o Judiciário é tido infantilmente pela sociedade como a instituição neutra, um verdadeiro terceiro na relação, que auxilia as partes envolvidas em um conflito de interesses, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa. Porém, quando é alçado à condição de mais alta instância moral da sociedade, tem-se o risco de que ele escape aos mecanismos de controle social do Estado, o que configura uma verdadeira regressão dos valores democráticos. Nas palavras da autora alemã:

[...] assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição 'corretamente interpretada', podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma "ordem de valores" submetida à Constituição (MAUS, 2000, n.p.).

Há, ainda, os defensores do minimalismo judicial, sustentado por Carl Sustain (1994), para quem os tribunais superiores devem se restringir a decisões comedidas, dentro dos estritos limites do necessário, tornando possível o debate posterior

sobre o tema, em especial quando se refere aos direitos positivos (APPIO, 2008). Quanto a esse posicionamento, Appio assim esclarece:

Especialmente no tocante aos chamados “direitos positivos”, Sunstein entende que devem ser desenvolvidos princípios de interpretação constitucional que limitem a atuação das Cortes (*adjudication*) nas reformas sociais (políticas públicas estruturais), já que o Congresso – e não os juízes – detém, segundo Sunstein, a melhor condição para aferir se uma reforma estrutural irá produzir prejuízos em outras áreas essenciais do governo, sendo que estes efeitos só raramente são tomados em conta pelos juízes na hora de decidir. Com esse sentido, o minimalismo de Sunstein se apoia na necessidade de o Judiciário exercitar a modéstia e deferência em favor do Congresso em delicados temas como a regulação de políticas econômicas, mas que deve ter muito cuidado com as demandas judiciais envolvendo direitos de natureza social (*welfare rights*). Nesse último caso, Sunstein acredita que os resultados da intervenção judicial podem ser prejudiciais, a longo prazo, exatamente para as pessoas (pobres) que as Cortes pretendem proteger (APPIO, 2008, p. 311).

Em uma tentativa de estabelecer contornos mais precisos para o ativismo americano, mas ainda sob uma perspectiva negativa, William P. Marshall (2002) relaciona algumas de suas dimensões. A primeira é a contramajoritária, que consiste na relutância das Cortes em aceitar decisões dos agentes democraticamente eleitos. Já a não-originalista ocorre quando não há fidelidade ao texto legal ou às intenções do legislador. Há, ainda, a dos precedentes, em que as Cortes deles se desvinculam. A quarta dimensão é o ativismo jurisdicional, em que os Tribunais extrapolam os limites jurisdicionais do seu Poder, seguida da criatividade judicial, ou seja, a criação de novas teorias e direitos pela doutrina constitucional. Por fim, há as dimensões remedial e partidária. Aquela diz respeito à prerrogativa do Judiciário de impor medidas afirmativas aos outros Poderes para garantir um direito demandado judicialmente. Já essa se refere ao uso do poder jurisdicional para se alcançarem objetivos partidários.

Vitovsky (2010), ao comentar a análise de Marshall, aponta que o autor se limita a sentenciar o ativismo como incompatível com o funcionamento da democracia, sem, contudo, discutir essas dimensões como elementos pertencentes à própria democracia e à noção de separação de poderes.

Parece adequado filiar-nos a uma corrente mista. Isso porque, embora o ativismo possa, eventualmente, contribuir para a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição, os quais, de outra forma, não estariam resguardados, devem ser definidos limites para a atuação judicial.

Na interpretação do direito legislativo existe criatividade, ainda que a linguagem utilizada seja simples e precisa. Haverá lacunas a serem preenchidas pelo juiz sempre que houver ambiguidades e incertezas. Segundo Appio (2008), as proposições de direito estão sujeitas a interpretação, sem a qual não se pode determinar a conduta a ser seguida por seus destinatários. Contudo, o verdadeiro problema não é a interpretação, mas sim o grau de criatividade e os limites que os juízes têm para criar o direito (CAPELLETTI, 1999). Assim, percebe-se que a discussão sobre o ativismo judicial tem por foco, na realidade, a autonomia do Judiciário na interpretação das normas jurídicas, ou seja, a definição da postura adequada do Poder Judiciário ao julgar.

Acerca do tema, Appio tece, ainda, as seguintes considerações:

A racionalidade do discurso judicial é uma demanda popular persistente na democracia. Assim, a consistência da interpretação judicial contribui decisivamente para a sua legitimidade, o que torna o fenômeno da interpretação judicial um exemplo único de competência política autorreferente. Os juízes resolvem que devem decidir porque a sua interpretação das disposições constitucionais é qualitativamente superior – segundo eles – a dos demais ramos do governo. Por meio da interpretação constitucional descobrem a real extensão de sua competência política e, somente com base nessa competência política, estão autorizados a interpretar, em caráter final, a Constituição (APPIO, 2008, p. 265).

O autor ressalta, ainda, que a interpretação feita pelos demais ramos políticos do governo, ao contrário da judicial, busca atingir resultados, mesmo que para isso restrinja, além dos limites do razoável alguns direitos fundamentais dos cidadãos, acabando por suprimi-los.

De acordo com Marmelstein (2010), o processo decisório envolve dois momentos. O primeiro é o que o autor chama de descoberta ou conjectura. É a fase de especulação subjetiva que ocorre na consciência do magistrado, em que ele irá formular hipóteses que serão aplicadas ao caso em análise. O segundo momento é o de justificação, em que, após encontrada a solução jurídica para o problema, o juiz irá buscar argumentos que ratifiquem a sua escolha. É nesse momento em que verificar-se-á a compatibilidade da decisão com o ordenamento jurídico e também se dará o controle da racionalidade da decisão judicial.

Algumas escolas tradicionais do direito partiam do pressuposto de o papel dos juízes seria apenas aplicar os códigos ao caso concreto. Koerner (2013) salienta que os modelos realistas superaram essa concepção de que os espaços interpretativos

existentes nas normas e na Constituição podem ser suprimidos a partir da sua simples subsunção ao caso concreto.

Em alguns casos, ainda que haja um caráter subjetivo nas decisões, é mais fácil para os magistrados aplicarem o texto legal ao caso concreto. Por outro lado, há situações em que a lei não é clara e os textos constitucional e legal admitem mais do que uma interpretação, são demasiadamente vagos ou não apresentam solução. A escolha dos critérios de decisão e interpretação da norma caberão aos juízes, que deverão buscar argumentos supralegais para justificar as suas decisões (MARMELSTEIN, 2010). É geralmente nesse campo que se encontra espaço para a discussão acerca do comportamento dos juízes ao decidir e interpretar a norma, que vem à tona quando se aborda o ativismo judicial.

O texto constitucional não possui um único sentido expresso a ser simplesmente aplicado pelos magistrados. Há nas constituições uma generalidade que exige um certo grau de interpretação, de modo que se identificar o que é, de fato, ativismo pode ser mais complexo do que parece em um primeiro momento (ROOSEVELT III, 2006).

Um dos argumentos em defesa da ampliação do campo de atuação dos magistrados é a afirmação de que o Legislativo é omissos, deixando de disciplinar normas cuja competência a Constituição lhe designou, o que dificultaria a aplicação fática de importantes preceitos constitucionais. A baixa produtividade do Parlamento, somada à corrupção e às falhas do sistema eleitoral, contribuiriam para a crise da democracia e descrédito dessa instituição (CAMBI, 2008). O Judiciário apareceria, então, como o Poder capaz de assegurar as garantias e direitos constitucionais. Campos esclarece que,

O juiz ativista preencheria lacunas, omissões legislativas, corregeria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais. A atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa (CAMPOS, 2014, p. 166).

Nessa esteira, a presença do direito e do Judiciário na vida social estaria preenchendo um vazio. A judicialização da política seria um indicador de que a justiça teria se tornado um refúgio diante da desilusão com o um ideal democrático (VIANNA *et. al.*, 2014).

Contudo, apesar da afirmação de que o Legislativo é omissos, apenas na 54ª Legislatura foram apresentadas 11.386 proposições sobre os mais diversos temas.

Dessas, 2.309 foram transformadas em normas jurídicas (BRASIL, 2015). Assim, não parece correto assumir a premissa de que a inércia do Legislativo é causa essencial para o desenvolvimento do ativismo nos últimos anos no país.

Pelo contrário, há diversas situações que, a princípio, seriam da alçada do Legislativo, porém sofreram interferência do Judiciário. Pode-se citar, como exemplo, temas como a reforma política, mais especificamente as questões das cláusulas de barreira e da disciplina partidária, ou, ainda, questões de procedimentos internos do Congresso Nacional (AVRITZER, 2013).

O fato de cada vez mais – e mais relevantes – decisões políticas estarem sendo transferidas para a seara jurídica deve ser visto com cautela. Em primeiro lugar, os juízes e tribunais não são agentes eleitos, gerando o que se denomina de dificuldade contramajoritária (BARROSO, 2011). Mencione-se, ainda, que os outros Poderes estão aptos a fazer escolhas melhores quanto a determinados assuntos, por terem mais variáveis à sua disposição (BARCELLOS, 2006). Finalmente, a tomada de decisões em esfera judicial tende a mudar o foco de discussões antes adstritas à política, o que pode levar à elitização dos debates e excessiva politização dos tribunais.

Embora os magistrados atuem como contraponto e complemento aos agentes majoritários, promovendo os direitos fundamentais e resguardando as regras do jogo democrático, a separação entre direito e política permanece fundamental (BARROSO, 2011). Nessa linha,

[...] o mais correto é dizer que não há como determinar a "bondade" ou a 'maldade' de um determinado *ativismo judicial*. O mais correto é dizer que questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela 'vontade de poder' [*Wille zur Macht*] do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia. Ou vamos admitir que o direito – produzido democraticamente – possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais? (STRECK, 2009, n.p.).

Segundo Peter (2015), o ativismo judicial é parte integrante e inerente de outros ativismos constitucionais, cujas tensões são imprescindíveis para o exercício das competências constitucionais dos Poderes. Entretanto, para a autora:

[...] eventuais limites, excessos e potencialidades do ativismo judicial devem ser enfrentados a partir da premissa de que somente os demais órgãos de poder têm força, no jogo democrático, para estabelecer os limites e conter eventuais abusos cometidos em nome dessa prática que, se monopolizada por qualquer um dos interlocutores, apresenta-se

inadequada a qualquer versão de constitucionalismo (PETER, 2015, p. 85).

Por fim, não se pode esquecer que o Judiciário não é o único ou o principal foro de debate em um país e que a “jurisdição constitucional não deve suprimir e nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade” (BARROSO, 2011). Segundo Avritzer,

O Poder Legislativo não pode continuar deslegitimado da forma como se encontra no país, sob o risco de afetar o processo de equilíbrio entre os poderes. Ao mesmo tempo, independentemente da deslegitimação em curso do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tampouco pode assumir o papel de legislador, como tem feito sistematicamente em um conjunto de decisões, como a recente legalização da união homoafetiva. (AVRITZER, 2013, p. 219).

Para Campos (2014), muitas vezes o ativismo judicial manifesta uma falta de deferência em relação às decisões dos outros Poderes e à sua autoridade política, legal e empírica. Significa que os magistrados podem exercer controle rígido de legitimidade sobre os atos dos demais, permitindo pouca latitude de escolha a eles para atuarem segundo a sua discricionariedade. Isso torna particularmente difícil a interpretação das normas constitucionais por outras instituições que não o Judiciário, visto que muitas são imprecisas e referem-se a conceitos abertos. Nas palavras do autor,

A acusação é a de juízes e cortes, muitas vezes, ignorarem ou não compreenderem as necessidades e a realidade institucional do Legislativo, do Executivo e das relações entre esses poderes, acabando por expedir ordens impraticáveis e inexecutáveis do ponto de vista prático, embora teórica e metodologicamente mais sustentáveis. Essa diferença entre perspectivas – interpretativa e institucional – apenas realçam a utilidade da abordagem multidimensional do ativismo judicial (CAMPOS, 2014, p. 167).

Já na concepção de Avritzer (2013), para que haja equilíbrio entre as competências dos Poderes, faz-se necessária a recuperação das prerrogativas de soberania pelo Legislativo, o que somente pode ocorrer sem a interferência do Judiciário nos seus poderes administrativos e legislativos próprios. Assim, embora o Judiciário seja o intérprete qualificado da constituição, não precisa ser dele, necessariamente, sempre a última palavra. Algumas matérias podem ser devolvidas para o Congresso, de modo que se estabeleçam diálogos institucionais entre os Poderes, sendo esta uma alternativa ao modelo de supremacia constitucional (BARROSO, 2015). Nesse sentido:

E, nesse particular, está a premissa teórica mais importante para o raciocínio que se vai desenvolver: o de que não há monopólio do executivo (Estado de direito executivo), nem do legislativo (Estado de direito legislativo), nem muito menos do judiciário (Estado de direito

judiciário) quanto à concretização da Constituição, especialmente de suas normas jusfundamentais. E também de que a Constituição deve ser, procedimental e substancialmente, a norma referência de todas as ações e tarefas dos atores da vida pública ou da vida privada. No Estado de direitos fundamentais, assume-se, de um lado, que a tarefa concretizadora busca um sentido substancial das normas constitucionais e, de outro lado, que a mediação concretizadora desse sentido substancial é uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária) e também entre estes e a sociedade civil organizada (PETER, 2015, p. 67).

Por sua vez, Barroso salienta que os juízes e tribunais, quando provocados pela via processual adequada, não podem deixar de se pronunciar sobre a matéria. Ressalta, ainda, que muitas vezes as decisões do STF não são ativistas, mas autocontidas como, por exemplo, nas ações afirmativas para negros ou nas células tronco embrionárias, em que se mantiveram as leis aprovadas. Para ele, a dificuldade de consenso no Congresso transfere a pressão das decisões para o Judiciário, que é provocado pela sociedade para dar um posicionamento sobre temas relevantes. Essas demandas são inevitáveis e cabe formalmente ao STF dar a última palavra sobre o sentido da Constituição (BARROSO, 2015). Nesse sentido, nas palavras de Appio,

O Poder Judiciário tem a função política de proteger as minorias e o ativismo judicial deve ser uma ferramenta de exceção para os casos em que o processo de representação política não está funcionando, ou mesmo quando determinadas categorias de pessoas são estigmatizadas historicamente por cona de características pessoais que as singularizam no contexto comunitário. Essa é uma versão liberal do ativismo, pois considera que o governo, por meio do Judiciário, deve reforçar as bases da democracia substancial, mesmo que para isso tenha de confrontar as maiorias no Congresso. Trata-se de enfrentar, do ponto de vista da teoria política, os fundamentos de uma tendência congênita do ser humano voltada para a opressão, o que de modo algum elide a exigência moral que pesa sobre todos nós de resistir, individualmente, contra atos opressivos em busca de liberdade (APPIO, 2008, p. 282-283).

Uma forma de superar esse impasse, na visão de Appio (2008) seria que os tribunais superiores passassem a atuar de forma prospectiva em relação aos casos paradigmáticos, passando a atuar com base em um ou toda uma linha de precedentes. Nesse caso, seria possível mitigar a incerteza da atividade legislativa dos juízes, sem, contudo, assegurar que essas decisões sejam legítimas em sua essência. Parece-nos uma alternativa pertinente.

Para Roosevelt III (2006), resposta para questão acerca de quem deveria ser o guardião do significado da Constituição é de que ninguém deveria. O texto constitucional distribui a cada um dos Poderes competências distintas para proteger a soberania popular. Nesse sentido, Peter sustenta:

Assim, o efeito dirigente impõe obrigações de todos os níveis, no plano de todas as funções de poder — administrativa, legislativa e judiciária — e exige ações direcionadas à concretização dos direitos fundamentais de todos os agentes, órgãos e funções estatais. Trata-se de consequência particularmente importante para a reflexão que se propõe no presente trabalho porque horizontaliza e descentraliza a tarefa de concretização dos direitos fundamentais da figura de apenas um dos poderes. Todos têm o mesmo dever e o mesmo direito de impor os direitos fundamentais às suas práticas de poder, o que desqualifica a própria defesa ou crítica da ideia de ativismo judicial (PETER, 2015, p. 75).

Cada Poder possui determinada visão sobre quais atos estão em conformidade com a Carta Magna. Se, por um lado, as Cortes são particularmente boas em interpretar as leis e decidir questões materiais mais restritas, o Legislativo tem mais elementos para balancear custos e decidir questões mais amplas. Assim, entende-se que a competência para determinar o que está ou não em consonância com a Constituição deve estar propriamente difusa entre os Poderes (ROOSEVELT III, 2006).

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO PARLAMENTO: ESTUDO DE CASOS

Procurou-se, ao longo do tópico anterior, compreender o fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial. Foram abordadas, por um lado, algumas críticas teóricas à postura proativa dos magistrados, bem como os argumentos em defesa dessa atuação.

Uma vez estabelecidos os fundamentos teóricos em que se baseia esta análise, dar-se-á início ao estudo de casos pretendido. A partir da descrição da situação fática envolvendo dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal, procurou-se descrever o cenário institucional e social em que se deu esse fenômeno e em que medida, de fato, ele ocorreu.

Os acórdãos selecionados, proferidos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2012, do Distrito Federal – interrupção da gravidez de fetos anencéfalos – (BRASIL, 2012), e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, de 2011, do Rio de Janeiro – união homoafetiva – (BRASIL, 2011b), tratam de temas de direitos fundamentais e de grande repercussão na mídia, cujo tratamento pelo STF implicou expandir o sentido e alcance do texto constitucional, em postura que se pode considerar ativista. É o que será tratado a seguir.

2.1 União homoafetiva

2.1.1 União homoafetiva no Judiciário - ADPF 132/RJ

Primeiramente, cabe frisar que o objeto deste tópico é possibilitar a compreensão acerca do que se tratou a ADPF 132/RJ com foco no debate acerca da relação institucional entre o Judiciário e Legislativo. Assim, não se pretende esgotar o teor dos votos dos Ministros, mas apenas trazer um panorama geral do contexto processual, bem como trazer os principais argumentos do Ministro Relator e os demais argumentos divergentes ou complementares dos demais Ministros.

A ADPF 132/RJ foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em que se alegou violação constitucional dos princípios de igualdade, segurança

jurídica, liberdade, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, em razão do não reconhecimento direitos a pessoas em razão de sua orientação sexual, negando-se às uniões homoafetivas estáveis os mesmos direitos reconhecidos às uniões heterossexuais.

Para o autor da ação, a homossexualidade seria fato da vida, incapaz de afetar a esfera de terceiros, sendo papel do Estado e do Direito assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos em uma sociedade e permitir que cada um realize seus projetos pessoais, desde que lícitos. Ao se negar o reconhecimento das uniões homoafetivas, o princípio da igualdade estaria sendo violado, uma vez que o intérprete não poderia conferir tratamento diferenciado a situações substancialmente iguais. O princípio da liberdade seria atingido visto que a autonomia privada permitiria a possibilidade de qualquer indivíduo escolher a sua orientação sexual, devendo ser também livre para usufruir de todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação.

Além disso, o autor alegou que, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todos os projetos pessoais de vida seriam merecedores de respeito e reconhecimento, desde que não violem os direitos de outrem. Já a segurança jurídica estaria sendo afetada pela incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva, não apenas para os partícipes da relação, mas também para a sociedade. Por fim, pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a imposição de restrições a direito somente seriam justificadas pela promoção de outros bens de mesma hierarquia, o que não seria o caso.

Ante o exposto, postulou o autor a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis entre pessoas de gêneros diferentes, presentes os mesmos requisitos dessas uniões, quais sejam, a convivência contínua, pública e nitidamente direcionada à formação de entidade familiar.

Foram solicitadas informações ao Governador, à Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, e aos Tribunais de Justiça dos Estados, sendo alguns deles favoráveis e outros contrários à equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva. Manifestaram-se, ainda, a Advocacia-Geral da União (favoravelmente), a Procuradoria-Geral da República (favoravelmente), bem como foram ouvidos quatorze *amici curiae* (em sua maioria, também favoráveis à tese do autor).

A ADPF em questão foi julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, de 2011 (BRASIL, 2011a), proposta pela Procuradoria-Geral da República, cujo propósito era de que o STF declarasse o reconhecimento, no

Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos para constituição da união estável entre casais heteroafetivos, estendendo a esses casais os mesmos direitos e deveres dos demais.

O relator, Ministro Ayres Britto, entendeu que mereciam guarida os pedidos formulados em ambas as ações. Em seu voto, discorreu, inicialmente, acerca de gênero, igualdade, preconceito, discriminação, liberdade e formação da personalidade. Esclareceu que a preferência sexual emana diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo fator de afirmação e elevação pessoal e considerado cláusula pétrea na Constituição. Assim, afirmou que o caso em tela discute um direito subjetivo, perfilado às clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade, concretizando-se sob a forma de direito à intimidade e à privacidade.

Em suma, estabeleceu a proibição da discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), ou da sua orientação sexual, em homenagem ao pluralismo e à fraternidade como valores sócio-político-culturais de nosso Estado. Nesse sentido, ficou assentado na ementa da referida ação:

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea (BRASIL, 2011b).

Em se tratando de direitos clausulados como pétreos, o relator da ação explicou que a Constituição Federal não poderia negar aos casais homoafetivos em estado de prolongada ou estabilizada união o mesmo regime jurídico-protetivo aplicado às uniões heteroafetivas.

Ressaltou que o artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao tratar da instituição da família, contemplou todo o núcleo doméstico voluntariamente constituído, indiferentemente se formal ou informal, se integrado por casais heterossexuais ou não. Assim, a Constituição Federal não conferiu ao termo família

“nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser” (BRASIL, 2011, p. 24).

Ayres Britto destacou também que o núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais de “intimidade e vida privada”, constituindo-se no asilo “inviolável do indivíduo” e na base da sociedade. Seus argumentos foram resumidos na ementa da ação, conforme segue:

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas (BRASIL, 2011, p. 24).

Nesse sentido, o relator salientou que o propósito da Constituição, ao mencionar a dualidade homem/mulher, foi apenas o de estabelecer relações jurídicas horizontais e sem hierarquia entre os gêneros, tendo em vista o caráter patriarcal da sociedade brasileira, e não reduzir o conceito de família.

Por fim, reiterou que a Constituição não proíbe a formação de família por pessoas do mesmo sexo, inexistindo direito dos indivíduos heteroafetivos à não equiparação jurídica dos casais homoafetivos e esclarece que não há diferença entre os termos “entidade familiar” e “família”, tampouco hierarquia ou diferença jurídica entre elas, podendo ser empregadas como sinônimos.

Assim, em interpretação do artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002) em conformidade com a Constituição Federal, o magistrado manifestou-se pelo

reconhecimento da união homoafetiva como família, segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união heteroafetiva, tendo em vista a impossibilidade de se interpretar o dispositivo em sentido discriminatório.

O voto do Relator se amolda à doutrina de direito constitucional do autor Ingo Sarlet, que foi vista no capítulo anterior e adotada neste trabalho, quando explica que os direitos fundamentais não constituem um rol taxativo de direitos. Uma vez que a proteção ao indivíduo é integral, ela irá possuir novos contornos à medida em que a sociedade e seus valores se modificam, podendo surgir novas categorias de direitos, como aqueles relativos à união homoafetiva. Trata-se de um processo essencialmente dinâmico, que retrata uma dimensão histórica, além de uma mutabilidade constante (SARLET, 2011).

Cumprе mencionar, ainda, o posicionamento de Chueiri e Godoy (2010), segundo os quais a igualdade assume papel relevante a partir das ideias de constitucionalismo e democracia. Nessa linha, em uma democracia, todas as pessoas têm a mesma dignidade moral e são iguais em suas capacidades elementares, bem como têm igual direito de intervir na resolução dos conflitos que afetam a sociedade e de participar do processo decisório. Por sua vez, com o constitucionalismo, esses indivíduos têm o direito de viver conforme seus ideais, preservando-se a estrutura de decisão democrática em que a opinião de que todos têm o mesmo valor. Nas palavras dos autores:

Assim, a igualdade resulta no fundamento último da democracia e do constitucionalismo (DWORKIN, 2002, p. 305-369). No entanto, há que se ressaltar que a igualdade, em especial a igualdade material (substancial), somente se concretiza quando liberdades moralmente importantes, como, por exemplo, a liberdade de expressão, de religião, de convicção, de orientação sexual, entre outras, forem constitucionalmente garantidas, protegidas e efetivadas (DWORKIN, 2000a, p. 121-123). Essas liberdades são fundamentais para decidirem em favor da igualdade, enquanto outras liberdades, como, por exemplo, a liberdade econômica, são importantes na medida de sua limitação pelo poder público (CHUEIRI; FACHIN, 2010 p. 168). (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 168).

O Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, destacou que, embora o Judiciário não seja mera “boca da lei”, a sua atuação cessa diante de limites objetivos do direito posto. Desse modo, a interpretação jurídica não poderia ultrapassar os parâmetros normativos delineados quando estivessem claros. Para ele, a norma constitucional foi clara ao expressar que a união estável só poderia ocorrer entre o homem e a mulher.

Segundo o Ministro, no caso em comento, não se estaria diante de uma união estável, mas de outra forma de entidade familiar não prevista na Carta Magna, a qual, não estando proibida no ordenamento jurídico, poderia ser reconhecida pelo Direito. No mais, manifestou-se pelo reconhecimento dessa forma de entidade familiar, estando a matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da autoaplicabilidade da Constituição.

Os demais Ministros acompanharam o relator. Contudo, merecem destaque algumas menções acerca da atuação do Legislativo, do papel do Judiciário e das relações entre ambos os Poderes nos votos proferidos por eles, uma vez que trazem relevantes contribuições para o problema de pesquisa trazido no presente estudo.

Segundo o Ministro Luiz Fux, acerca da inércia do Legislativo:

O governo – e nós somos o governo, nós praticamos atos de governo também, atos que são inerentes ao Poder Público – se o legislador não faz, compete ao Tribunal suprir essa lacuna. E aqui “governo” significa a administração dos interesses das partes que não conseguiram, por autocomposição, chegar a uma solução (BRASIL, 2011, p. 80).

Assim, para o magistrado, diante de uma situação em que o Legislativo se mostra inerte, cabe do Judiciário suprir as lacunas porventura existentes, uma vez que também é instituição formadora do Estado. No mesmo sentido, o Ministro Joaquim Barbosa (BRASIL, 2011b) ressaltou o descompasso entre o ordenamento jurídico e o mundo dos fatos, citando o jurista e pensador israelense Aaron Barak, segundo o qual cabe às Cortes Constitucionais fazer a ponte entre o mundo do Direito e a sociedade. O Ministro mencionou, ainda, a existência de projeto de lei que objetivava regulamentar as uniões homoafetivas, em trâmite no Congresso Nacional desde 1994, sem, contudo, ter sido aprovado.

Acerca do tema, esclareceu-se no referencial teórico que, em determinados casos, a omissão do Legislativo em atuar pode ser até mesmo inconstitucional. Isso ocorrerá quando a ausência de produção legislativa ocasionar a perda da eficácia dos direitos previstos na Constituição. Contudo, cabe ressaltar que nem sempre a mera inércia do legislador ocasionará a omissão inconstitucional, a qual terá lugar sempre que houver uma obrigação jurídica de conteúdo positivo, ou seja, um mandamento constitucional para que o legislador atue positivamente e crie norma jurídica (BARROSO, 2011). Para o jurista:

O precedente é histórico em todas as direções que se queira contemplar, sobretudo pela altivez com que o STF assumiu o seu papel contramajoritário para proteger os direitos fundamentais de um

segmento da população que, a despeito de sua progressiva emancipação social, ainda não conseguiu superar os gargalos do sistema político (BARROSO, 2012, p. 125).

O Ministro Gilmar Mendes teceu diversas contribuições sobre essa questão em seu voto. Inicialmente, manifestou preocupação quanto à atuação do Judiciário. Para ele (BRASIL, 2011b), o STF estaria, ainda que provisoriamente, dando uma resposta de caráter positivo à sociedade, o que caberia ao Legislativo. Por outro lado, se o sistema político, de alguma forma, não confere mecanismo de proteção de um direito ou falha na composição de resposta a uma demanda da sociedade, o Judiciário é chamado a substituí-lo e tem de dar uma resposta. Nas palavras do jurista:

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar. (...) Isso explique, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação. Então, nós temos essa questão posta. Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui rememoradas, nós conseguimos então identificar (BRASIL, 2011, p. 123).

Ainda sobre a legitimação da atuação do STF perante o Congresso Nacional, Gilmar Mendes completou:

[...] neste caso, nós temos uma outra singularidade, porque há um tipo de inércia legislativa, isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma, ser editada pelo Congresso Nacional, e nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção (BRASIL, 2011, p. 139).

Segundo ele (BRASIL, 2011b), a inexistência de normativo jurídico contribui para que haja um quadro maior de discriminação, sendo dever de proteção do Estado atuar para coibir as violações dos direitos desses indivíduos. Em última análise, seria dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção caso ela não seja concebida pelo órgão competente.

Neste ponto, faz-se pertinente tecer algumas considerações acerca da *equal protection clause*, de origem norte-americana, ou direito a um tratamento igual por parte do Estado. Trata-se do pressuposto de que a tutela jurisdicional deve proteger os direitos fundamentais às minorias de forma igualitária aos demais. É um importante princípio do sistema constitucional norte-americano, garantindo proteção às minorias sempre que as leis ou atos administrativos fixarem distinções entre os indivíduos sem que se apresente um propósito racionalmente justificável para tanto (APPIO, 2008). O autor explica que:

A cláusula de igual proteção nos Estados Unidos não tem a finalidade de propiciar as mesmas condições materiais para todos os cidadãos ou o mesmo padrão básico de vida (mínimo existencial) para todos os indivíduos. Seu escopo é certo e determinado, ou seja, combater a discriminação em suas mais diversas variantes. A cláusula da igual proteção estabelece, por conseguinte, uma linha horizontal que delimita que nenhuma pessoa será tratada com menosprezo pelo Estado, como decorrência de características que a definem em sua singularidade. [...]

Assim sendo, uma lei que hipoteticamente venha a limitar a prática de determinadas condutas na esfera privada de certos indivíduos por conta exclusiva da orientação sexual dessas pessoas atenta contra a cláusula da igual proteção, e não contra a liberdade desses indivíduos. A restrição da liberdade (ou patrimônio) consiste em mero instrumento para o exercício da opressão, porque o que se pretende é expressar uma menos-valia em relação a essas pessoas, retirando-lhes a auto-estima e o auto-respeito (APPIO, 2008, p. 207).

Gilmar Mendes citou (BRASIL, 2011b), ainda, diversos projetos de lei e propostas de emenda à constituição que foram apresentados no Congresso Nacional e posteriormente arquivados ou retirados de pauta, alguns deles por acordo de líderes partidários ou por requerimento do próprio autor para retirar a proposição. O magistrado, acerca da existência de diversos debates no Parlamento sobre o tema, sem a correspondente produção legal concluiu que:

Esse fato sinaliza que, além de muito importante, a matéria é delicada e tormentosa. O Poder Legislativo, em regra, não entra em consenso, mas continua a enfrentar o tema. Todavia, a demora em aprovar legislação gera nos interessados angústia natural e um sentimento de desproteção, para a qual buscam solução no Judiciário.

Assim, de um lado, é importante ter-se em mira que o Legislativo, por mais de 15 anos, vem debatendo a matéria e procurando amadurecê-la, de forma que possa chegar a uma regulamentação satisfatória. Nessa linha de raciocínio, e a depender da complexidade das soluções normativas demandadas deste Tribunal, talvez uma decisão daqui emanada possa até ter efeito mais prejudicial do que benéfico ao amadurecimento do debate na sociedade.

Além disso, das proposições legislativas e dos debates travados no Parlamento, pode-se notar que parece haver maior consenso

relativamente a alguns temas, tais como os efeitos previdenciários da união homoafetiva, ao passo que outros assuntos são bastante controvertidos (como é o caso da adoção de crianças por casais homoafetivos). Por outro lado, é inegável que a ausência de uma regulamentação legislativa minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva (BRASIL, 2011b, p. 167).

Por fim, destacou (BRASIL, 2011b) que a decisão do Supremo não constituiria óbice à atuação do Legislativo, devendo ser entendida por ele como um imperativo de regulamentação da união homoafetiva, de modo a se concretizar o dever de proteção dos direitos fundamentais envolvidos. A decisão do STF seria um estímulo institucional para que as demais situações jurídicas envolvendo união entre pessoas do mesmo sexo sejam disciplinadas.

Acerca do voto do Ministro Gilmar Mendes e da quantidade de proposições em trâmite sobre a matéria na Câmara dos Deputados, abordar-se-á, com maiores detalhes, no próximo tópico desta dissertação que, desde 2006 até 2015, foram apresentadas 15 proposições sobre o tema da união homoafetiva, o que indica que houve discussão no Legislativo sobre a matéria. Contudo, não houve produção legislativa correspondente antes ou depois do julgamento da matéria, embora os próprios Ministros do STF tenham conclamado o Legislativo a regulamentar as situações jurídicas envolvidas.

O Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2011b) reconheceu que o STF estava ocupando um espaço do Legislativo, porém ponderou que havia uma inércia do Congresso Nacional em regular a matéria. Assim, para o jurista, a supressão dessa lacuna pelo Supremo seria apenas provisória, pois quem tem o poder de legislar sobre o tema, originalmente, é o Legislativo.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2011b) destacou o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou omissões que, imputáveis às majorias, tornem-se lesivas aos direitos daquele grupo. Segundo ele, esse aspecto pode explicar a resistência das correntes majoritárias de opinião, representadas pelo Congresso Nacional, a incorporar ao sistema de direito positivo as inovações pautadas nas transformações sociais ocorridas nos últimos anos. Para o magistrado,

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade

familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários (BRASIL, 2011b, p. 239-240).

Segundo o jurista (BRASIL, 2011b), embora o princípio majoritário desempenhe um papel relevante no processo decisório que se desenvolve nas instituições do Estado, ele não pode legitimar, em uma democracia constitucional, a frustração de direitos fundamentais como igualdade e liberdade, sob pena de descaracterizar a própria essência do Estado Democrático de Direito.

Marco Aurélio ressalta (BRASIL, 2011b), ainda, não se tratar de ativismo judicial exercido pelo STF, uma vez que, dentre as inúmeras causas que justificam o comportamento proativo do Judiciário e a criação jurisprudencial do direito, está a necessidade de fazer prevalecer a Constituição. Para ele, a simples omissão dos Poderes Públicos já é uma transgressão ao texto constitucional. Nesse sentido,

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República (BRASIL, 2011, p. 260-261).

Conclui (BRASIL, 2011b) que práticas de ativismo judicial moderadas e excepcionais são necessidade institucional quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, de forma excessiva, o cumprimento de suas obrigações constitucionais, em especial porque o Poder Judiciário não pode restar passivo quanto às ofensas à Constituição. Isso porque o STF disporia da última palavra como guardião da Constituição por expressa delegação do poder constituinte, não podendo falhar nessa atribuição (BRASIL, 2011b).

É o que explica Barroso (2009), quando salienta que os juízes e tribunais, quando provocados processualmente não podem deixar de se pronunciar sobre a matéria, uma vez que possuem poder-dever de agir constitucionalmente previsto. Isso não significa que precise ser do Congresso, necessariamente a última palavra.

Como observou o Ministro Gilmar Mendes, caberia ao Legislativo estabelecer um diálogo com o Supremo e elaborar a legislação pertinente, o que já se verificou que não ocorreu no caso em comento. Uma possibilidade é que o eventual

desequilíbrio que mencionam os teóricos (VIANNA *et al.*, 2014; BADIN, 2013) seja simplesmente decorrente de uma falta de diálogo entre os Poderes, visto ser o processo de controle de constitucionalidade e de produção legislativa interdependente, em especial quando se trata do reconhecimento de direitos fundamentais (CLÈVE; LORENZETTO, 2016).

O Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2011b) destacou a necessidade de o Legislativo regulamentar as situações afetadas pela decisão do STF, de modo que o julgamento em questão implicaria em uma “convocação” para tanto. Após essa colocação, diversos Ministros manifestaram-se favoravelmente a esse posicionamento, conforme se depreende das notas taquigráficas da sessão de julgamento:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, essa observação de Vossa Excelência é importante, até porque algumas tentativas de regulamentação no plano infraconstitucional esbarravam numa possível impugnação perante o Supremo Tribunal Federal, para aqueles que argumentavam que uma lei seria, de plano, considerada inconstitucional. A decisão do Supremo retira qualquer consideração nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Retira qualquer óbice à atuação do Legislativo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Qualquer óbice, mostrando, pelo contrário, que o que se entende é um imperativo, a regulação do que estamos a reconhecer de direitos fundamentais decorrentes dessa situação específica. Portanto, isso é mais um convite, mais uma justificativa para que, de fato, eventuais dúvidas, situações peculiares dessas relações possam ser eventualmente disciplinadas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu concordo. A nossa decisão claro que opera por si, mas não fecha os espaços de legiferação pelo Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente. Ao contrário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ao contrário, exige que esses espaços sejam ocupados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Acho que convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Se me permite, Excelência, a nossa decisão, na linha do pensamento de Vossa Excelência - espero traduzir bem -, é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo (BRASIL, 2011b, p. 269-270).

Verifica-se, portanto, que os Ministros do STF, ao julgar a e a Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, de 2011, do Rio de Janeiro (BRASIL, 2011b), consideraram em seus votos e na discussão com os seus pares no tribunal pleno a relação do Legislativo e do Judiciário no tocante à matéria, bem como os papéis de cada um deles quanto ao reconhecimento desse direito.

Pode-se destacar a menção dos magistrados a uma eventual “omissão” do Congresso Nacional, em que pese as discussões existentes nas Casas Legislativas e os inúmeros projetos de lei apresentados (que o próprio Ministro Gilmar Mendes citou), bem como a demanda final apresentada por eles para que o Legislativo produza legislação acerca do tema.

No próximo tópico deste trabalho serão analisadas as proposições acerca do tema apresentadas na Câmara dos Deputados nos últimos 10 anos, de modo que será possível identificar se, de fato, procedem os argumentos utilizados pelos referidos julgadores, bem como se houve uma resposta do Legislativo à demanda por legislação que foi apresentada ao final do julgamento.

2.1.2 União homoafetiva no Legislativo

A fim de verificar o tratamento dado à matéria pelo Legislativo ao longo dos anos, mais especificamente, pela Câmara dos Deputados, realizou-se levantamento das proposições apresentadas sobre o tema nessa casa legislativa nos últimos 10 anos, ou seja, desde 01 de janeiro de 2006, até o presente momento. Para fins de levantamento de dados, a data final utilizada foi 06 de setembro de 2016.

Foram pesquisados projetos de lei (PL), projetos de lei complementar (PLP) e emendas constitucionais (EC), uma vez que constituem as principais proposições em que é possível haver iniciativa parlamentar e estão aptas a alterar o ordenamento jurídico brasileiro.

Buscaram-se as seguintes expressões, sempre que aparecessem na ementa, explicação da ementa ou na indexação da proposição: homoafetiva; homossexual; mesmo sexo; união; casamento; família; entidade familiar; estatuto da família. Ressalte-se que, dos projetos localizados, foi feita seleção em que foram retirados aqueles que não tratavam do tema pesquisado.

Ao final, chegou-se a um total de 15 proposições que envolviam, de alguma forma, a união homoafetiva, propostas desde 2006 até 2015, conforme se

depreende da análise do quadro 1, o qual contém, também, o autor da proposição apresentada, seu partido e estado.

Quadro 1 - Proposições sobre união homoafetiva apresentadas na Câmara dos Deputados desde 01 de janeiro de 2006 por ementa, autor, partido e UF.

<i>Proposição</i>	<i>Ementa</i>	<i>Autor</i>	<i>Partido</i>	<i>UF</i>
PL 6871/2006	Altera a redação do art. 235 do Código Penal Militar, excluindo do nome jurídico o termo "pederastia" e do texto a expressão "homossexual ou não" e acrescentando parágrafo único, para excepcionar a incidência. Explicação: Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 1969.	Laura Carneiro	PFL	RJ
PL 6874/2006	Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.	Laura Carneiro	PFL	RJ
PL 580/2007	Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.	Clodovil Hernandez	PTC	SP
PL 2285/2007	Dispõe sobre o Estatuto das Famílias Explicação: Revogam-se dispositivos das Leis nºs 10.406, de 2002; 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do Decreto-Lei nº 3.200, de 1941. Aplica dispositivos dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988.	Sérgio Barradas Carneiro	PT	BA
PL 3712/2008	Altera o inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, incluindo na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física e dá outras providências.	Maurício Rands	PT	PE
PL 4914/2009	Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Explicação: Aplica à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes a união estável entre homem e mulher, com exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento.	José Genoíno	PT	SP
PL 5167/2009	Altera o art. 1.521 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Explicação: Estabelece que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar.	Capitão Assunção	PSB	ES
PL 7018/2010	Veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo. Explicação: Altera a Lei nº 8.069, de 1990.	Zequinha Marinho	PSC	PA
PL 1865/2011	Regulamenta o artigo 226, § 3º da Constituição Federal. Explicação: Visa facilitar a conversão da união estável em casamento civil, não admitida nas situações de pessoas que realizaram troca de sexo por métodos cirúrgicos.	Salvador Zimbaldi	PDT	SP
PL 2153/2011	Altera o § 2º do art. 42 da Lei nº 8.069 de 13 de junho de 1990, para permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.	Janete Rocha Pietá	PT	SP
PL 5120/2013	Altera os arts. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.	Jean Wyllys	PSOL	RJ

PL 6583/2013	Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências.	Anderson Ferreira	PR	PE
PL 335/2015	Assegura às pessoas que mantenham união estável homoafetiva o direito à inscrição, como entidade familiar, nos programas de habitação desenvolvidos pelo Governo Federal e dá outras providências.	Wadson Ribeiro	PCdoB	MG
PL 3369/2015	Institui o Estatuto das Famílias do Século XXI.	Orlando Silva	PCdoB	SP
PEC 158/2015	Dá nova redação ao § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Explicação: Reconhece como entidade familiar o núcleo social formado por duas ou mais pessoas unidas por laços sanguíneos ou afetivos, originados pelo casamento, união estável ou afinidade.	Bacelar	PTN	BA

Fonte: Elaborado pela autora.

No quadro 2 podem ser vistos a situação e o andamento das proposições na Câmara dos Deputados, com a data da última ação e o seu teor.

Quadro 2– Situação das proposições na Câmara dos Deputados

Proposição	Situação na CD	Data Última Ação	Última Ação
PL 6871/2006	PLEN - Tramitando em Conjunto [Proposição principal: PL 2773/2000]	18/04/2016	Encaminhada à publicação. Publicação inicial no DCD de 19/04/06 pág 19519 col 01.
PL 6874/2006	MESA – Arquivada	19/02/2008	Ao Arquivo através do Memorando n. 16/08 – COPER
PL 580/2007	CSSF - Aguardando Parecer	20/02/2015	Encaminhada à republicação. Avuso Inicial.
PL 2285/2007	CCP - Tramitando em Conjunto [Proposição principal: PL 674/2007]	27/11/2014	Mesa - Indeferido o Requerimento n. 10.819/2014, conforme despacho do seguinte teor: "Indefiro o pedido de apensação contido no Requerimento n. 10.819/2014, nos termos do parágrafo único do art. 142 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, uma vez que o Projeto de Lei n. 2.285/2007, que tramita apensado ao Projeto de Lei n. 674/2007, sob o regime de deliberação conclusiva, já recebeu pareceres das Comissões incumbidas de examinar seu mérito. Publique-se. Oficie-se.
PL 3712/2008	MESA – Arquivada	31/01/2015	Mesa - Arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.
PL 4914/2009	CSSF - Tramitando em Conjunto [Proposição principal: PL 580/2007]	03/03/2015	Mesa - Devido a desarquivamento desta proposição em requerimento anterior, foi declarada prejudicada a solicitação de desarquivamento constante do REQ-710/2015.
PL 5167/2009	CSSF - Tramitando em Conjunto [Proposição principal: PL 580/2007]	06/02/2015	Mesa - Desarquivado nos termos do Artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-124/2015.
PL 7018/2010	MESA – Arquivada	26/08/2015	CSSF - Devolução à CCP
PL 1865/2011	CSSF - Tramitando em Conjunto [Proposição principal: PL 580/2007]	13/11/2015	Mesa - Apense-se a este(a) o(a) PL-3537/2015.
PL 2153/2011	MESA – Arquivada	31/01/2015	Mesa - Arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.
PL 5120/2013	CSSF - Tramitando em Conjunto [Proposição principal: PL 580/2007]	25/02/2015	Mesa - Devido a desarquivamento desta proposição em requerimento anterior, foi declarada prejudicada a solicitação de desarquivamento constante do REQ-576/2015.

PL 6583/2013	Aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA); Comissão em funcionamento	06/11/2015	Mesa - Indeferido o Requerimento n. 3.379/2015, conforme despacho do seguinte teor: "Indefiro a retirada de assinatura do Recurso n. 77/2015, contra a apreciação conclusiva do Projeto de Lei n. 6.583/2013, nos termos do art. 102, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Publique-se. Oficie-se.
PL 335/2015	CDHM - Aguardando Parecer	14/05/2015	CDHM - Encerrado o prazo para emendas ao projeto.
PL 3369/2015	CDHM - pronta para pauta	09/06/2016	Mesa - Despacho exarado ao Recurso n. 143 de 2016, conforme o seguinte teor: Submeta-se ao Plenário. Publique-se.
PEC 158/2015	CCJC - Aguardando Designação de Relator	17/05/2016	CCJC - Devolvida sem Manifestação.

Fonte: Elaborado pela autora.

Cabe destacar que, dos 15 projetos localizados, nenhum deles foi aprovado e encontra-se em vigor. Desse total, por sua vez, 4 foram arquivados. Esse cenário demonstra que, embora tenha havido discussão no Parlamento acerca do tema em questão, não houve produção legislativa correspondente.

Para os Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, de 2011, do Rio de Janeiro (BRASIL, 2011b), isso configuraria inércia do Legislativo em regular a matéria. Os magistrados mencionaram, ainda, que a supressão da lacuna efetuada pelo STF teria caráter apenas provisório. Contudo, ainda após a decisão não houve aprovação de legislação.

Em relação às razões que motivaram a inércia do legislador, embora não se pretenda esgotar todas as inúmeras possibilidades apresentadas pelos teóricos da Ciência Política acerca da matéria, entende-se pertinente mencionar a tese de Amorim Neto e Santos, os quais, ao tratar da relação entre o Congresso Nacional e o Executivo no tocante à apresentação de projetos e a aprovação de leis no Congresso Nacional, trazem algumas questões que podem ser aplicadas também à relação entre os legisladores e o Judiciário. Segundo eles, os seguintes fatores podem resumir tal relação:

(1) os congressistas apresentam projetos de lei de baixo impacto que beneficiam seus distritos eleitorais, enquanto o Executivo propõe projetos de impacto nacional; (2) diferentemente das propostas de iniciativa do Executivo, poucos projetos dos congressistas passam na Câmara, já que os legisladores não gastam tempo tentando aprová-los; (3) os poucos projetos iniciados pelos deputados que são aprovados também têm baixo impacto e beneficiam igualmente suas regiões eleitorais (AMORIM NETO; SANTOS, 2003, p. 663).

Os autores destacam, ainda, a ausência de opções claras dos parlamentares por políticas públicas nacionais no momento eleitoral, em razão do paroquialismo político (AMORIM NETO; SANTOS, 2003). No mesmo sentido:

De um lado, os partidos podem se opor a toda agenda do Poder Executivo, sem, porém, terem homogeneidade suficiente para aprovar as suas próprias, causando a paralisia do Estado. Por outro lado, o Poder Executivo pode dominar os partidos pequenos e ideologicamente insignificantes para de qualquer forma aprovar seus projetos (ROSA, 2015, p. 50).

Na análise por proposta por Amorim Neto e Santos (2003) sobre os projetos de lei aprovados, o Congresso Brasileiro tem um papel de menor importância no processo legislativo e, um dos fatores para tanto – que eles destacam não ser o único – é a ampla delegação ao Executivo da autoridade para tomar decisões sobre políticas públicas de abrangência nacional. Parece-nos que algo semelhante ocorre em relação ao Judiciário.

A dinâmica do presidencialismo de coalizão, associada à difusão de partidos políticos, com os mais diversos posicionamentos acerca das políticas públicas e da concepção dos direitos fundamentais, que diversas vezes requerem a aprovação de Emendas Constitucionais, pode explicar a ausência de produção legislativa sobre esses temas. Nesse sentido, o custo político para que se alcance a maioria parlamentar ou, mais ainda, um quórum qualificado para a aprovação de determinadas matérias, pode levar os congressistas a postergar a tomada de decisões ou delegá-las ao Judiciário. Segundo Rosa:

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário, uma vez despido do conceito abstrato de separação de poderes, pode desempenhar papel importante no desenvolvimento do regime democrático brasileiro, assumindo patamar diferenciado ao intervir pontualmente como interlocutor de ações políticas, legislativas ou não, limitadoras do debate democrático (ROSA, 2015, p. 51).

Um fator que pode explicar esse fenômeno é a tradicional lentidão do processo de decisão política, que se divide em diversas etapas, passando pela mobilização popular, seguida do próprio Parlamento, e em diversos casos, por um exame do Executivo. Alinhar esses fatores não é tarefa simples. Segundo Appio:

Nesse contexto, os interesses da maioria da população tendem a ser sub-representados no Congresso e no Executivo, pois a vontade do Estado passará a ser orientada por grupos econômicos e grupos de consumidores organizados na forma associativa. A forma como o custo de programas sociais e econômicos é dividido representa um importante componente das democracias contemporâneas, uma vez que o exercício da cidadania depende cada vez mais do fiel cumprimento do dever de informação por parte do Estado (APPIO, 2006, p. 116).

Ademais, a opinião de grande parcela da sociedade sobre o tema pode ter afetado esse comportamento. Segundo Vallinder e Tate (1995), ao tratar do Legislativo norte-americano, muitas vezes os congressistas optam por deixar para o Judiciário

decisões políticas públicas polêmicas, como o aborto, para evitar receberem críticas da opinião pública.

Stimson, Mackuen e Erickson (1995), ao tratarem da representação dinâmica no contexto norte-americano, esclarecem que a representação é um processo no tempo e demonstram como as atitudes dos governantes são modificadas pela opinião pública. Segundo eles, as escolhas dos parlamentares são afetadas tanto por suas ideias pessoais acerca de determinada política pública quanto pela posição que aumentará suas chances de reeleição. Quanto a esta última, o político tem uma percepção do ponto de vista do eleitor médio, que será um contrapeso à sua visão pessoal acerca de determinada política.

Em outras palavras, os autores acreditam (STIMSON; MACKUEN; ERICKSON, 1995) que os políticos percebem a atmosfera do momento, avaliam as tendências e antecipam as consequências de seus atos nas eleições futuras. Mudanças de opinião pública, quando corretamente percebidas, fazem com que os políticos revisem os seus posicionamentos com base em oportunidades eleitorais futuras, ou o contrário.

Para os autores (1995), isso ocorre até mesmo durante as eleições. Quando os políticos são surpreendidos por alguma mudança súbita de opinião pública e são incapazes de modificar seus posicionamentos e propostas políticas, geralmente enfrentam derrota nas urnas. Em sua análise, os autores levam em conta até mesmo as reações da Suprema Corte dos Estados Unidos à opinião pública. Concluem que, ao contrário dos representantes eleitos, a Corte apresenta apenas uma modesta resposta às mudanças nas preferências da opinião pública.

O posicionamento do Legislativo brasileiro parece estar em consonância com a opinião pública, o que se justifica, tendo em vista o caráter majoritário dessa instituição. Por sua vez, os Tribunais ocupam, tradicionalmente uma posição contramajoritária, cujo propósito é o de evitar que os grupos minoritários dentro da sociedade sejam preteridos em benefício da maioria.

Por fim, embora os projetos de lei originados no Senado Federal não tenham sido objeto de análise deste estudo, merece destaque o PLS n. 612/2011, que foi aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) daquele órgão em 8 de março de 2017 (após o período de coleta de dados deste trabalho). O referido projeto, de autoria da Senadora Marta Suplicy, altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Na ocasião, o relator do projeto lembrou que o STF, ao interpretar a Constituição, na decisão proferida na ADI 4.277, em 2011, reconheceu que a CF não proíbe a formação da família por pessoas do mesmo sexo, e que, na referida decisão, ficou decidido que não existe direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Afirmou que cabe ao Poder Legislativo exercer o papel de adequar as disposições contidas no Código Civil ao entendimento consagrado pela Suprema Corte, como proposto no projeto de lei, de modo que possibilite e confira maior segurança jurídica à matéria.

Contudo, embora a aprovação tenha representado avanço no que toca à discussão da matéria no Legislativo e o projeto de lei tenha sido incluído em pauta de votação no plenário daquela Casa Legislativa em dezembro de 2017, a votação foi adiada, o que confirma a dificuldade do Legislativo em chegar a um consenso.

2.1.3 Perspectiva da mídia e da sociedade acerca do tema

Diversos são os conceitos sobre o que é a opinião pública em uma sociedade. Embora se reconheça as diversas concepções existentes, como bem expõem Figueiredo e Cervellini (1995), não se pretende nesse trabalho realizar um aprofundamento no debate sobre o tema. Contudo, cabe tecer breves considerações sobre a relação entre o conceito de opinião pública e a realização de pesquisas de opinião, bem como sua relação com a opinião da mídia, uma vez que tais instrumentos serão utilizados neste trabalho para verificar a perspectiva de alguns dos atores sociais envolvidos com as matérias objetos desta pesquisa.

Figueiredo e Cervellini (1995) esclarecem que não apenas o senso comum, mas alguns analistas, associam frequentemente a ideia de opinião pública aos resultados de pesquisas. Para eles, essa definição traz problemas, que podem ser resumidos em três vertentes de críticas. O primeiro deles seria a limitação em relação ao tipo de público abrangido pela pesquisa, considerando-se que é dado o mesmo peso aos diversos segmentos sociais, sejam eles mais ou menos politizados, organizados, escolarizados ou informados sobre o tema pesquisado.

Por outro lado, alguns autores rebatem essa crítica, a partir da premissa de que, com o sufrágio universal, todos os votos possuem o mesmo peso em uma democracia. Nesse sentido, cabe destacar, ainda que a opinião é diferente do

conhecimento, constituindo-se em uma esfera muito mais de crença do que em uma esfera racional (FIGUEIREDO; CERVellini, 1995).

A segunda crítica apresentada é a de que a opinião pública, por legitimar a democracia, demandaria uma deliberação racional e exprimiria um interesse geral resultante. As pesquisas mediriam algo diferente dessa definição, medindo “opiniões comuns”, mas não a opinião pública. Trata-se de uma visão racionalista defendida, entre outros, por Habermas, que desconsideraria as manifestações baseadas em fatores de caráter mais emocional ou despolitizado (FIGUEIREDO; CERVellini, 1995).

Além disso, alguns defendem que a opinião pública deveria originar-se de uma discussão espontânea entre atores livres de influências externas. Assim, a própria escolha do tema pelo pesquisador seria um direcionamento que deslegitimaria a pesquisa, uma vez que, se os entrevistados estiverem livres de pressão, poderiam não optar por opinar sobre aquele tema (FIGUEIREDO; CERVellini, 1995).

Nesse sentido, a opinião pública deve ser concebida a partir de sua pluralidade, como a manifestação “expressa através dos grupos organizados, das manifestações mais ou menos espontâneas, das pesquisas, das eleições, dos comícios, das discussões em redes sociais, dos meios de comunicação, etc.” (FIGUEIREDO; CERVellini, 1995). Ela irá resultar de uma interação social, de uma troca de informações e influências, que se dá diante de novos fatos e cria uma realidade até então inexistente e será caracterizada por uma troca de informações, cujo consenso resulta em uma opinião comum (LAGE, 1998). Para Figueiredo e Cervellini,

Faz sentido chamar de opinião pública, segundo o raciocínio que está sendo desenvolvido, todo fenômeno que, tendo origem em um processo de discussão coletiva e que se refira a um tema de relevância pública (ainda que não diga respeito à toda a sociedade), esteja sendo expresso publicamente, seja por sujeitos individuais em situações diversas, seja em manifestações coletivas (FIGUEIREDO; CERVellini, 1995, p. 178-179).

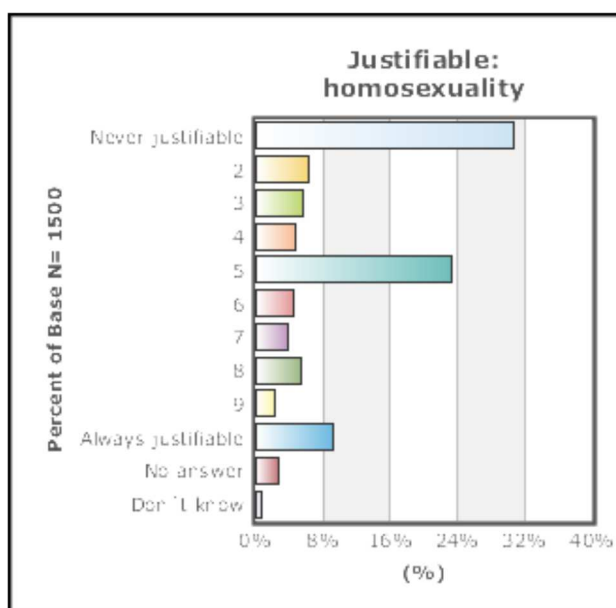
Percebe-se que as pesquisas de opinião são uma das esferas de manifestação de opinião pública, a qual será utilizada nesta pesquisa para identificar a opinião coletiva da sociedade brasileira sobre os temas estudados. Embora se reconheça que se deve tomar cuidado com o nível de generalização das interpretações feitas com base em apenas uma das vertentes de manifestação de opinião pública, tendo em vista que, como explicam Figueiredo e Cervellini (1995), podem haver polaridades ou reações diferenciadas não captadas por tais instrumentos, busca-se apenas identificar as posições

conflitantes ou convergentes ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da Câmara dos Deputados sobre os temas pesquisados.

Partindo-se dessa premissa, com o fim de identificar a opinião pública, foram coletados dados de enquetes e pesquisas de opinião dos seguintes institutos de pesquisa: *World Values Survey*, IBGE e Datafolha. Foram coletados, ainda, dados extraídos das enquetes das páginas eletrônicas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que, embora não possuam valor científico, serão usadas nesse trabalho para fins de identificar a opinião pública sobre a união homoafetiva. Ainda que algumas dessas pesquisas de opinião não versem expressamente sobre o tema da união homoafetiva, elas tratam de temas correlatos e servem para indicar o panorama sobre o assunto.

De acordo com pesquisa da *World Values Survey* (2017), no período de 2005 a 2009, cerca de 32% dos indivíduos questionados consideravam a homossexualidade “nunca justificável”. Apenas 9,3% dos entrevistados consideravam a homossexualidade “sempre justificável”. É o que se extrai do quadro a seguir:

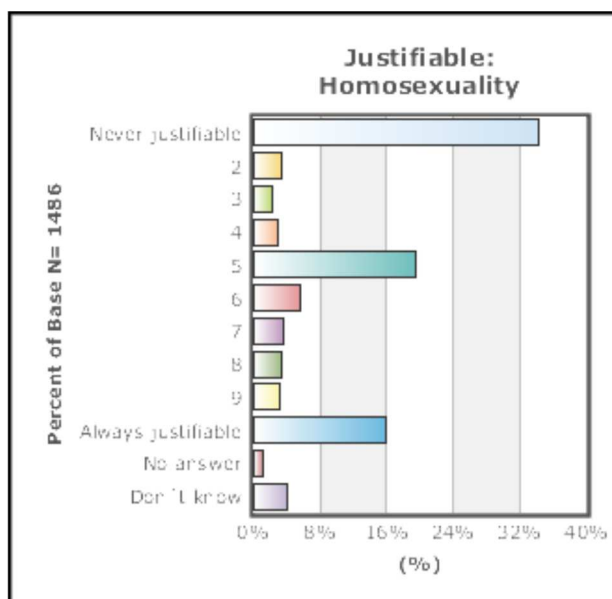
Gráfico 1 - Homossexualidade é justificável? (2005-2009)



Fonte: *World Values Survey. Online Data Analysis. V202.*

A mesma pesquisa (WORLD VALUES SURVEY, 2017), realizada no período de 2010 a 2014, obteve como resultado um aumento no índice dos indivíduos que consideravam a homossexualidade como “nunca justificável”, os quais totalizaram 34,3%. Apesar disso, 16% passaram a considerar “sempre justificável” a matéria, conforme quadro a seguir:

Gráfico 2– Homossexualidade é justificável? (2010-2014)



Fonte: *World Values Survey*. Online Data Analysis. V203.

Em pesquisa realizada pelo IBOPE (2016), em dezembro, com o objetivo de avaliar os valores pessoais da população brasileira, foram entrevistadas 2002 pessoas em 141 municípios. Dessas pessoas, 42% informaram serem favoráveis ao casamento entre homossexuais, 44% contra, 11% nem a favor nem contra e 2% não souberam ou não responderam.

Por sua vez, em pesquisa da Datafolha (2016) realizada em dezembro, acerca da opinião dos evangélicos no Brasil, verificou-se que 68% dos evangélicos entrevistados adotam posição contrária, 19% são favoráveis, 10% são indiferentes e 3% não opinaram. Já em relação aos católicos, pesquisa da Datafolha (2007) observou que 42% seriam a favor, 49% contrários, 7% indiferentes e 2% não souberam responder. Em 2013, o instituto (DATAFOLHA, 2013) realizou nova pesquisa acerca do tema, identificando que 36% dos católicos, 63% dos evangélicos, 21% dos espíritas e 14% dos praticantes de umbanda seriam contrários à legalização da união entre pessoas do mesmo sexo, enquanto 43% da população em geral seriam contrários.

Com relação à população no geral, em 2008, a Datafolha (2008) realizou pesquisa e chegou ao resultado de que 39% da população seriam favoráveis à legalização da união entre pessoas do mesmo sexo, 45% seriam contrários, 14% indiferentes e 2% não responderam. A mesma pesquisa, realizada em 2016, verificou que 44% das pessoas seriam favoráveis, 42% contrários, 11% indiferentes à união homoafetiva e 3% não opinaram. Observa-se, pela análise dos dados, que a população

vem aceitando, de forma lenta e gradual, a união homoafetiva, embora ainda se encontre bastante dividida sobre o tema.

A Câmara dos Deputados, ao longo dos últimos anos, também realizou algumas enquetes sobre o tema em sua página virtual. A maior delas, contou com 10.282.070 votos, e tratava acerca do conceito de núcleo familiar no Estatuto da Família. A enquete questionou: “Você concorda com a definição de família como núcleo formado a partir da união entre homem e mulher, prevista no projeto que cria o Estatuto da Família?”. Do total de votos, 51,62% responderam “não”, 48,09% “sim” e 0,29% “não tenho opinião formada”.

Merece destaque, ainda, a enquete acerca da união homoafetiva, a qual questionou aos internautas: “Você concorda com o projeto (PDC 224/2011) que susta a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de reconhecer a união homoafetiva?”. Foram 19.268 votos no total, dos quais 54,74% responderam que “Sim, porque a Constituição é clara ao definir a união estável, a entidade familiar expressamente entre um homem e uma mulher”, e 45,26% responderam que “Não, porque com o reconhecimento da união estável os casais do mesmo sexo passam a ter direito a herança, pensão alimentícia e benefícios previdenciários.”⁵.

Cabe destacar, por fim, a pesquisa do IBGE (2017) realizada nos anos de 2013, 2014 e 2015, em que se verificou o número de casamentos realizados entre cônjuges do mesmo sexo, conforme quadro a seguir:

Quadro 3 – IBGE: Registro Civil - número de casamentos de 2013 a 2015

Ano	Número de casamentos entre cônjuges masculino e feminino (Unidades)	Número de casamentos entre cônjuges masculinos (Unidades)	Número de casamentos entre cônjuges femininos (Unidades)
2013	1.048.777	1.774	1.926
2014	1.101.586	2.414	2.440
2015	1.131.734	2.628	2.986

Fonte: IBGE. Sidra - Banco de Tabelas e Estatísticas. 2013-2015.

⁵ Cumpre salientar que a enquete foi retirada do ar, não estando mais disponível na página da Câmara dos Deputados, conforme esclarecimento publicado no site www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/comunicacao/198541-esclarecimento-sobre-retirada-de-enquete-do-ar.

É possível observar que o número de casamentos entre pessoas do mesmo sexo vem crescendo a cada ano, representando uma parcela da população brasileira que não pode ser desprezada, ainda que não seja maioria. É para proteger os direitos dessas minorias da população que o Supremo Tribunal Federal exerce o seu papel contramajoritário.

Com relação à opinião da mídia, sabe-se que a imprensa tem grande influência, se não na forma como alguns assuntos são tratados pela sociedade, mas em quais assuntos serão tratados por ela (ROGERS; DEARING, 1988). Nesse sentido, Miguel (2002) ressalta que é indispensável reconhecer o papel da mídia como um fator central da vida política. Por sua vez, a opinião da mídia não representa o posicionamento de toda a sociedade, mas é uma das facetas dessa opinião. Nesse sentido, explica Miguel:

A mídia é, nas sociedades contemporâneas, o principal instrumento de difusão das visões de mundo e dos projetos políticos; dito de outra forma, é o local em que estão expostas as diversas representações do mundo social, associadas aos diversos grupos e interesses presentes na sociedade. O problema é que os discursos que ela veicula não esgotam a pluralidade de perspectivas e interesses presente na sociedade. As vozes que se fazem ouvir na mídia são representantes das vozes da sociedade, mas esta representação possui um viés. O resultado é que os meios de comunicação reproduzem mal a diversidade social, o que acarreta consequências significativas para o exercício da democracia (MIGUEL, 2002, p. 163).

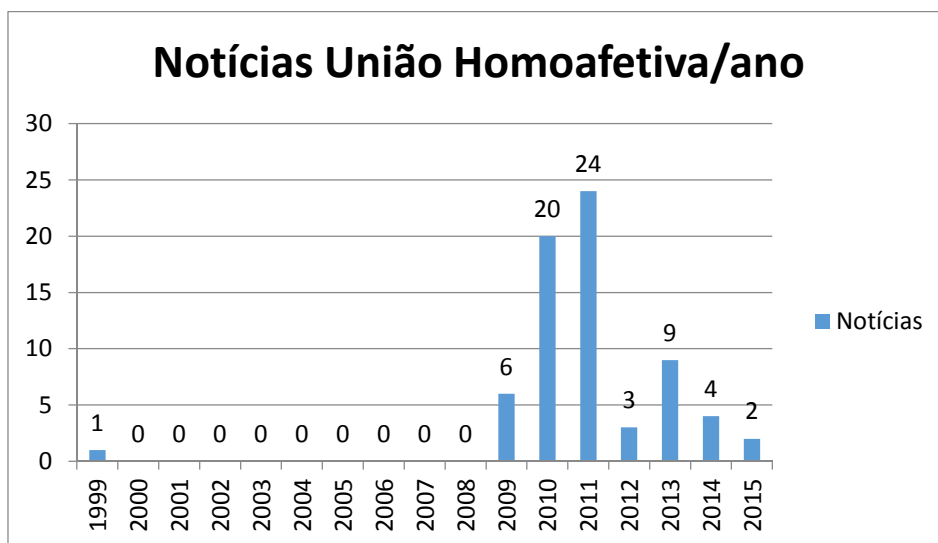
Com o escopo de identificar a opinião da mídia sobre o tema, foram selecionadas, entre todas as notícias de jornais disponíveis no acervo da Biblioteca do Senado Federal, aquelas que tratavam sobre o assunto, seja em se tratando de união estável ou casamento de pessoas do mesmo sexo. Após a seleção dos dados pertinentes, classificou-se o material coletado segundo: data da publicação, conteúdo da manchete, conteúdo da retranca, posicionamento quanto ao tema e fonte.

Quanto às fontes identificadas, foram encontradas publicações dos seguintes jornais, todos de grande circulação: Correio Braziliense (21), O Globo (17), Folha de São Paulo (13), Jornal do Brasil (9), O Estado de São Paulo (7) e Valor Econômico (2), totalizando 69 notícias⁶.

Em se tratando do lapso temporal em que os textos foram publicados, foram identificadas notícias a partir de 20 de setembro de 1999 até 26 de dezembro de 2015, distribuídas conforme o seguinte gráfico:

⁶ Vide Apêndice.

Gráfico 3 – Notícias de união homoafetiva a cada ano



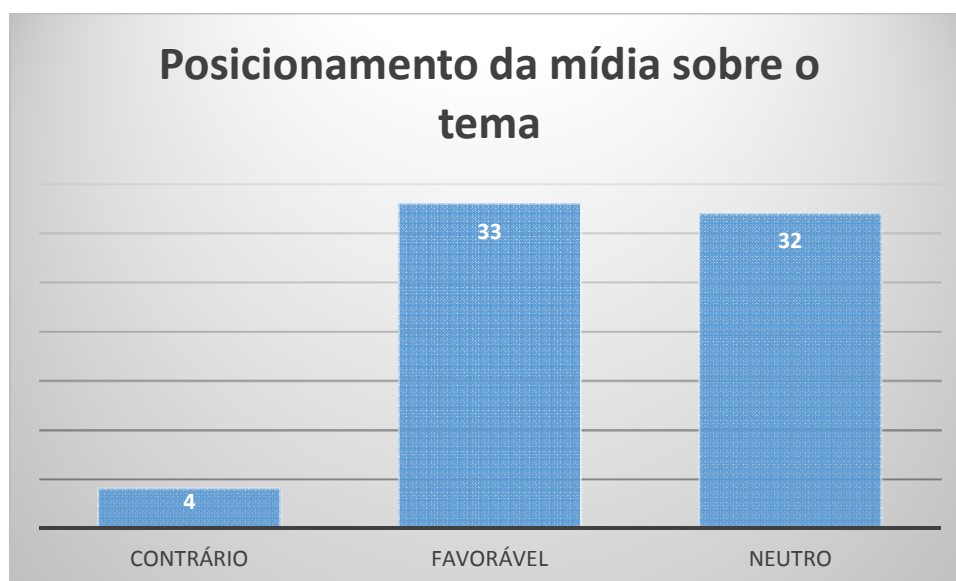
Fonte: Elaborado pela autora.

No tocante aos períodos em que foram publicadas as notícias, é possível identificar uma relação entre as matérias publicadas e a análise da matéria pelo Judiciário. Nesse sentido, quando a união estável homoafetiva foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), foram publicadas 2 das notícias selecionadas. Houve, ainda, um aumento no número de matérias publicadas durante a votação do acórdão pelo plenário do STF, com início em 05/05/2011. Assim, no período de 05/05/2011 até 16/05/2011 foram publicadas 8 matérias.

Cabe salientar que, do total de 69 matérias, 35 delas, ou seja, pouco mais da metade mencionam o tratamento dado à matéria pelo Judiciário brasileiro, em especial o STF e STJ, o que indica a possível influência e importância da esfera de decisões do Judiciário para o debate sobre o tema na sociedade brasileira.

Ainda em se tratando das matérias, dividiu-se o posicionamento dos textos em “favorável”, “neutro” ou “contrário” à união homoafetiva, a partir de uma análise dos artigos, ou seja, das imagens, manchete, retranscrição e posicionamentos apresentados ao leitor no corpo do texto. Verifica-se que, do total de reportagens, a maioria, ou seja, 33 apresentaram posicionamento predominantemente “favorável” ao tema, 32 foram “neutros”, e 4 foram “contrários”, conforme ilustra o gráfico abaixo:

Gráfico 4 – Posicionamento da mídia sobre o tema união homoafetiva



Fonte: Elaborado pela autora.

Cumprir frisar, ainda, que embora se observe que a opinião da mídia é majoritariamente favorável à união de pessoas do mesmo sexo, a opinião pública ainda é bem dividida sobre o tema. As últimas pesquisas demonstram uma crescente tendência da população a um posicionamento favorável ao tema, embora alguns grupos específicos, em especial grupos religiosos, apresentem uma maior resistência ao assunto.

Importa salientar, ainda, o elevado índice de pessoas que consideram injustificável a homossexualidade, o que demonstra que esses grupos ainda não são plenamente aceitos por grande parte da população. São situações como essa que ensejam uma proteção maior do Estado a esses grupos minoritários, o que se dá, grande parte das vezes, por parte do Poder Judiciário, dado o seu caráter contramajoritário, como já foi mencionado anteriormente neste tópico.

Neste ponto, importa destacar que, de acordo com pesquisas norte-americanas, repórteres de grandes veículos de comunicação têm visões diferentes da média da população. Eles são menos religiosos que a média, mais a favor do controle de armas, mais contrários à pena de morte e mais receptivos às ideias de aborto e homossexualidade, ou seja, pode-se dizer que são “mais liberais” do que o cidadão americano mediano, e, como consequência, possuem interesses e focos de cobertura diferentes da média da sociedade (FALLOWS, 1996; ROGERS; DEARING, 1988).

2.2 Interrupção da gravidez de fetos anencéfalos

2.2.1 Interrupção da gravidez de fetos anencéfalos no Judiciário - ADPF 54/DF

Inicialmente, cumpre ressaltar que aqui também não se pretende esgotar o conteúdo da ADPF/54 e dos votos dos Ministros, mas apenas trazer um panorama acerca do contexto e conteúdo da referida ação, bem como trazer os principais argumentos do Ministro Relator e dos Ministros divergentes, ou aqueles complementares dos outros Ministros ao voto do Relator, com foco no debate acerca da relação institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo.

A ADPF 54/DF foi ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CTNS em que se alegou estarem as interpretações dos dispositivos do Código Penal que tratam do aborto violando os princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e do direito à saúde, ao não incluir a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos como excludente de punibilidade para os casos de antecipação do parto.

A CNTS alegou na referida ação que diversos órgãos públicos extraíam do Código Penal, de forma equivocada, a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos, patologia que torna inviável a vida extrauterina, e que isso estaria ferindo a Constituição. Alegou, ainda, que a antecipação terapêutica do parto não consubstanciava aborto, pois este envolveria a vida extrauterina em potencial.

O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, deferiu liminar para o sobrestamento dos processos e decisões não transitados em julgado sobre a matéria, bem como para o reconhecimento do direito de as gestantes submeterem-se à operação de retirada do feto anencefálico, desde que presente laudo médico atestando a deformidade. Posteriormente, o plenário do STF derrubou a liminar.

Participaram do julgamento diversas entidades como *amici curiae*, tendo o Tribunal realizado audiências públicas sobre a matéria, em que se ouviram diversos especialistas e interessados. Manifestaram-se, ainda, a Advocacia-Geral da União (favoravelmente) e a Procuradoria-Geral da República (favoravelmente).

O relator manifestou-se pela atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefalo, considerando inconstitucional qualquer interpretação do Código Penal (BRASIL, 1940) em sentido contrário e, conseqüentemente, reconhecendo à gestante o direito de submeter-se a esse procedimento sem a necessidade de apresentar autorização judicial ou qualquer outro tipo de permissão do Estado para tanto.

Segundo o relator (BRASIL, 2012), o tema envolve um conflito aparente entre direitos fundamentais como a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, como os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Ele destacou (BRASIL, 2012) não se tratar de debate sobre a interrupção da gravidez de fetos saudáveis, mas sim acerca da existência de justificativa legal para se compelir a mulher a manter uma gestação quando não há expectativa de vida para o feto.

Em relação ao argumento de que os órgãos do anencéfalo poderiam ser doados, o Ministro sustenta que essa possibilidade seria quase inviável, diante das anomalias do feto. Ademais, obrigar a mulher a manter a gravidez apenas para que os órgãos do feto pudessem ser posteriormente doados feriria a dignidade da pessoa humana da gestante.

Explicou que, embora não haja menção no Código Penal dos casos de anencefalia como quesito autorizador da interrupção gestacional, quando o referido normativo foi editado, na década de 40, não havia recursos na medicina suficientes para identificar esse tipo de anomalia.

Entre os argumentos apontados por ele, está também a laicidade do Estado, que, por um lado, impediria que as instituições estatais intervissem em assuntos religiosos e, por outro, traria o seu dever de agir com neutralidade e a vedação de promover qualquer religião ou endossar suas concepções morais ou religiosas (BRASIL, 2012).

Ademais, o jurista esclareceu (BRASIL, 2012) que não haveria violação ao direito à vida dos anencéfalos, uma vez que eles não têm potencialidade de vida, não se tratando de titulares desse direito. Por outro lado, em contraposição, estariam os direitos da mulher, a dignidade humana, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e os direitos sexuais e reprodutivos. Destacou (BRASIL, 2012), ainda, que não se trata de impor a antecipação do parto nesses casos, mas sim de possibilitar à mulher o direito de escolha.

O relator ressaltou, por fim, que a crença de alguns setores da sociedade que reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos não poderia conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optassem por cessar a gravidez (BRASIL, 2012).

Os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Ayres Britto, Gilmar Mendes e as Ministras Rose Weber e Cármen Lúcia votaram pela procedência da ação, enquanto os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram pela improcedência. Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli estava impedido e não votou nesse julgamento.

A Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2012), ao acompanhar o voto do Relator, destacou que a vida, não é critério absoluto para o Direito Penal, ainda que o feto fosse plenamente viável. Discorreu acerca dos critérios de ponderação entre princípios e do reconhecimento da autonomia da gestante para a escolha da interrupção terapêutica. Mencionou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, de 2008, do Distrito Federal (BRASIL, 2008), que entendeu não ser o embrião fecundado *in vitro* ser vivo no sentido do que dispõe a Constituição Federal, quando ficou assentado que a vida protegida pelo Direito pressupõe a possibilidade de desenvolvimento de um indivíduo com capacidades humanas e não apenas possíveis condições biológicas.

A Ministra (BRASIL, 2012) ainda levantou a hipótese de o legislador supostamente ter retirado, de forma deliberada, a anencefalia do rol das excludentes de ilicitude do crime de aborto previstas no Código Penal. Nesse caso, a antecipação do parto em tal circunstância seria fato típico e, conseqüentemente, não se poderia falar em interpretação extensiva do art. 128 do Código Penal (BRASIL, 1940), pois o próprio Legislativo o teria assim considerado, não cabendo ao Judiciário atuar como legislador positivo.

Rosa Weber ressaltou, sobre essa hipótese, que a intenção do legislador deve ser preservada. Isso porque tal vontade está relacionada ao princípio da supremacia do Poder Legislativo, que decorre da democracia representativa. Nesse sentido:

[...] o querer do legislador, e não o do juiz, é que deve vincular a ação dos indivíduos em sociedade, uma vez que o Legislativo é a Casa dos representantes dos sujeitos a quem a lei se destina. Logo, preservar a vontade do legislador como elemento de legitimidade é respeitar a separação de poderes, para que não haja sobreposição de funções e se evite o arbítrio nas decisões (BRASIL, 2012, p. 114).

Ao discorrer acerca do tema (BRASIL, 2012), a Ministra esclareceu que o argumento da violação da vontade do legislador está vinculado à separação de poderes e à preservação da legitimidade do órgão responsável pela criação das leis, mas também à proibição da atividade interpretativa.

Segundo ela, é importante discutir se essa proibição ainda seria sustentável no direito contemporâneo. Isso porque (BRASIL, 2012), com a supremacia

das constituições contemporâneas e a institucionalização do controle de constitucionalidade por meio da jurisdição constitucional, caberia ao Judiciário controlar a constitucionalidade das leis criadas pelo Legislativo. Assim, a vontade do legislador decorreria ao conteúdo da Constituição.

Nesse contexto (BRASIL, 2012), a lei não pertenceria ao legislador, mas aos seus destinatários e, portanto, não seria da vontade desse legislador que decorreria a sua validade, mas da Constituição. Assim, qualquer interpretação que concretizasse a leitura da Constituição seria, *a priori*, válida.

A visão da Ministra não nos parece adequada. Reconhecemos que na interpretação do direito existe criatividade, em especial quando se trata do texto constitucional, de cunho predominantemente principiológico e abstrato (ROOSEVELT III, 2006). Contudo, o problema não é a interpretação, mas sim o grau de criatividade que os juízes e os limites que os juízes têm para criar o direito (CAPELLETTI, 1999).

Appio (2008), ao discorrer acerca da interpretação da Constituição pelos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos explica que a escolha da forma de interpretar conduz a um determinado resultado. Para ele, a legitimidade dos juízes está intimamente conectada com a interpretação dos textos jurídicos, uma vez que a racionalidade do discurso judicial é demanda popular persistente na democracia. Nesse sentido, cumpre reiterar a passagem do livro de Appio:

[...] consistência da interpretação judicial contribui decisivamente para a sua legitimidade, o que torna o fenômeno da interpretação judicial um exemplo único de competência política autorreferente. Os juízes resolvem que devem decidir porque a sua interpretação das disposições constitucionais é qualitativamente superior – segundo eles – a dos demais ramos do governo. Por meio da interpretação constitucional descobrem a real extensão de sua competência política e, somente com base nessa competência política, estão autorizados a interpretar, em caráter final, a Constituição (APPIO, 2008, p. 265).

Para a Magistrada (BRASIL, 2012), sobre a realidade dos parlamentos modernos, cujo funcionamento se dá com base na construção de acordos entre lideranças de governo e oposição, participação e preservação de maiorias e minorias e lobby, e em que valores entram em oposição e disputam espaço, programas axiológicos precisam conviver. Portanto, seria natural a aprovação de leis de conteúdo vago. Nas palavras da Ministra:

É natural, portanto, que haja muita discussão e desacordo na aprovação de leis polêmicas. E não é difícil que, com o objetivo de se chegar a um acordo, o texto da lei seja propositadamente vago, de técnica duvidável e polissêmico. A finalidade desse texto “mal escrito” é permitir que as

mais diversas posições de interesse possam se sentir contempladas pelo conteúdo normativo. Propositadamente muitas leis são criadas com a finalidade de transmitir a responsabilidade de concretização de um conteúdo estável ao Judiciário, quando a necessidade fizer com que este poder, que para os liberais clássicos deveria apenas subsumir o fato à norma, tenha de enfrentar a situação de aplicar a norma (BRASIL, 2012, p. 122).

Ante o exposto, concluiu:

Nesse diapasão, como identificar e determinar a vontade do legislador? A vontade a pesquisar seria aquela expressa em documentos oficiais do procedimento legislativo? Ou a da bancada da maioria que participou da votação da norma? Ou a da minoria computada para atingir o quorum exigido? Ou, ainda, a vontade da liderança governista, ou a da oposição? Existiria mesmo uma vontade do legislador? A conclusão mais plausível parece ser, no mínimo, a da impossibilidade de determinar concretamente essa vontade do legislador responsável por texto de lei a mais das vezes aprovado com emendas aditivas, supressivas e/ou modificativa (BRASIL, 2012, p. 122).

A Ministra explicou (BRASIL, 2012), ainda, que a vontade do legislador, nesse caso, envolve um texto muito anterior à Constituição. Persistiria, então, a vinculação à sua hipotética vontade, que está em desacordo com as necessidades atuais da sociedade? Para a jurista, esse não seria um critério seguro para a hermenêutica jurídica, em especial no direito contemporâneo, embora poderia ser usado, se conjugado a outros métodos.

Argumentou, seguindo a manifestação do relator (BRASIL, 2012), que o aborto diz respeito à interrupção de uma vida em desenvolvimento viável e, portanto, a antecipação do parto em caso de anencefalia seria fato atípico. Ademais (BRASIL, 2012), tendo o legislador incluído no ordenamento jurídico inclusive hipótese de aborto quando decorrente de estupro e, portanto, quando plenamente viável o feto, presume-se que a anencefalia não foi abarcada pelos dispositivos legais unicamente em razão da deficiência tecnológica para o diagnóstico da malformação.

O Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2012) ressaltou tratar-se de construção jurisprudencial de uma nova hipótese de estado de necessidade supralegal para casos de interrupção de gravidez de fetos anencefálicos, com o intuito de adequar o tecido normativo às necessidades apresentadas na realidade social.

O argumento acima apresentado, que também foi identificado ao analisar o julgamento da união homoafetiva, trata da evolução dos direitos fundamentais. As mudanças sociais são o fator propulsor para as crescentes demandas por novos direitos, as quais são apresentadas cotidianamente ao Poder Judiciário. As matérias

jornalísticas selecionadas demonstram que havia na sociedade debate intenso sobre os dois temas selecionados. Assim, foi legítima sob esse aspecto a atuação do STF ao julgar ambos os casos.

A Ministra Cármen Lúcia salientou (BRASIL, 2012) não ser atribuição do Judiciário criar norma jurídica. No entanto, o STF teria sido chamado apenas a declarar se o ato de interromper a gravidez do feto anencéfalo afrontaria os preceitos constitucionais ou estaria enquadrado nas normas proibitivas do Código Penal. Destacou (BRASIL, 2012), ainda, que é necessário se assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, interpretando-se as normas legais em harmonia com a Constituição.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto divergente, frisou (BRASIL, 2012) que o legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez no caso em comento. Para ele, à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma, em 1940 e 1984, respectivamente, já existiam métodos científicos para detectar deformidades fetais. Segundo ele,

[...] caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados (BRASIL, 2012, p. 241).

O Magistrado registrou (BRASIL, 2012) que a interpretação conforme a Constituição esbarra em limites objetivos representados pela clareza das palavras: ou seja, onde a lei for clara, não caberia interpretação. Para o jurista, o intérprete não pode afrontar a literalidade da lei ou contrariar a vontade manifesta do legislador, tampouco substituí-lo. Conclui que essa técnica hermenêutica só é legítima quando há espaço para a decisão.

Lewandowski (BRASIL, 2012), citando o então jurista Luís Roberto Barroso (hoje Ministro do STF), destacou o postulado da independência e harmonia entre os Poderes em que, de um lado, está a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público e, de outro, os mecanismos de autocontenção do Judiciário. Em suas palavras,

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante

decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem (BRASIL, 2012, p. 245).

O Ministro afirmou (BRASIL, 2012), ainda, que o tema chegou ao Congresso Nacional, que estaria dividido. Para ele, isso refletiria a cisão da própria sociedade brasileira acerca da matéria. Em razão da ausência de consenso é que continuaria em vigor o “claríssimo texto da legislação penal”, o qual não admitiria em nenhuma circunstância o abordo eugênico. E assim conclui a linha de pensamento:

Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas (BRASIL, 2012, p. 248).

Portanto, verifica-se que o Ministro Lewandowski, em seu voto, foi veementemente contra a decisão da descriminalização do aborto do feto anencéfalo pelo Judiciário, uma vez que, em sua opinião, caberia ao Legislativo tomar tal providência, se assim o desejasse, uma vez que seria sua competência privativa elaborar norma abstrata autorizadora de abordo eugênico nos casos de anencefalia fetal (BRASIL, 2012).

O jurista citou (BRASIL, 2012) dois projetos de lei no Congresso Nacional que tramitavam na época do julgamento e buscavam normatizar o assunto: o Projeto de Lei nº 4403, de 2004 (BRASIL, 2004), e o Projeto de Lei nº 50, de 2011 (BRASIL, 2011c). A seu ver, a tramitação de ambos revelaria a dificuldade no regramento dos aspectos técnicos, jurídicos e científicos que envolvem o tema, e que, por essa razão, não seriam suscetíveis de disciplina judicial. Não obstante, estariam sob a apreciação do Congresso Nacional, a quem competiria decidir a matéria.

É necessária a recuperação das prerrogativas de soberania pelo Legislativo para que haja equilíbrio entre as competências dos três Poderes. No entanto, a questão do aborto não se trata de omissão da lei acerca da regulamentação de direito fundamental. O problema é que existe uma inconstitucionalidade ao se incluir no âmbito de validade da norma a criminalização da conduta do aborto do anencéfalo. Apesar disso, ao contrário do que defendeu Lewandowski, não tendo o Congresso Nacional atuado de forma satisfatória para solucionar a matéria, cabe ao Judiciário atuar de forma a esclarecer e compatibilizar os normativos então existentes com a Constituição Federal.

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou (BRASIL, 2012) que o STF não pode deixar de exercer sua competência na defesa dos direitos fundamentais

em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não possui os mecanismos necessários para examinar a matéria. Esclareceu (BRASIL, 2012), com base no Direito comparado, que praticamente a metade dos países membros da Organização das Nações Unidas (ONU) permitem a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico, inclusive países reconhecidamente religiosos.

Posicionou-se (BRASIL, 2012) pela tipicidade do aborto nesta hipótese, ante a evidente proteção jurídica que o ordenamento jurídico confere ao nascituro. Esclareceu que tampouco poderia se falar em tutela do direito de praticar o aborto com base no princípio da dignidade humana, visto que o nascituro também estaria protegido por essa cláusula constitucional.

Para ele (BRASIL, 2012), a alternativa seria a interpretação evolutiva do Código Penal, extraída da própria opção do legislador, que expressou os valores e bens jurídicos protegidos ao trazer exceções ao crime de aborto no caso do aborto humanitário e do aborto necessário. Assim, a antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo deveria estar incluída entre as duas causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal, mas era inimaginável para o legislador da década de 40, motivo pelo qual não foi incluído naquele normativo.

Gilmar Mendes cita em seu voto (BRASIL, 2012), ainda, a jurisprudência do STF no sentido de que a interpretação conforme a Constituição possui limites que resultam tanto da expressão literal da lei quanto da vontade do legislador. Para ele, no caso em análise, os Ministros estão tomando uma decisão interpretativa (manipulativa) com efeitos aditivos. Nas palavras do Ministro:

Portanto, tal como vivenciado na realidade italiana, não seria incorreto considerar a possibilidade de que, também entre nós, o Supremo Tribunal Federal, ante a premente necessidade de atualização do conteúdo normativo do art. 128 do Código Penal de 1940, venha a prolatar uma decisão com efeitos aditivos para admitir que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, não se deve punir o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia (BRASIL, 2012, p. 306).

Segundo ele,

essa parece ser uma técnica viável de decisão, que de nenhuma maneira atenta contra os princípios da legalidade (e reserva de lei) estrita e da tipicidade penal. Faço, no entanto, uma imprescindível ressalva: é que as decisões manipulativas de efeitos aditivos, como essa que se propõe, devem observar limites funcionais claros, isto é, elas devem submeter-se à liberdade de conformação do legislador, que poderá, a qualquer tempo, editar norma sobre o tema. Desse modo, é preciso reconhecer

que a decisão desta Corte não impedirá o advento de legislação sobre o assunto, devendo antes servir de estímulo à atuação do legislador (BRASIL, 2012, p. 306).

Assim, seria possível o reconhecimento pelo Judiciário de uma nova forma de exclusão de ilicitude no caso do aborto de feto anencefálico, o que não significa que o Legislativo não deva atuar e normatizar a matéria. Pelo contrário, a decisão do STF deveria servir de estímulo à atuação do legislador.

O Ministro Celso de Melo (BRASIL, 2012) salientou a magnitude do julgamento e destacou que o Judiciário é elemento concretizador das liberdades civis, da constituição e dos direitos fundamentais assegurados por tratados e convenções subscritos pelo Brasil, o que seria uma das mais expressivas funções políticas desse Poder. Nesse sentido:

É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais - respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana (BRASIL, 2012, p. 329).

O Magistrado ressaltou (BRASIL, 2012), também, a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, que poderia explicar a resistência das correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional, às propostas de incorporação no direito de inovações trazidas pelas transformações pelas quais passa a sociedade contemporânea e por compromissos assumidos pelo país no plano internacional. Segundo Celso de Melo:

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere ao tema ora em exame, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos vulneráveis à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão, por grupos majoritários, da minoria, definida tal expressão à luz do critério da vulnerabilidade das mulheres, que pode ser social, econômica e jurídica (BRASIL, 2012, p. 359-360).

Nessa seara, o princípio majoritário desempenharia papel relevante no processo decisório estatal, mas não pode ser o argumento legitimador da supressão de direitos fundamentais como a igualdade, intimidade e autodeterminação pessoal, sob pena de suprimir o Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2012).

O Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2012) também discorreu acerca da competência exclusiva do Congresso Nacional para normatizar a matéria, destacando a impropriedade da atuação do STF como legislador positivo. Para ele, cabe apenas ao legislador descaracterizar a tipicidade de um crime ou criar excludentes de punibilidade. Nesse sentido:

Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização normativa, mediante atos lícitos de pressão política. Daí, ter concluído, no voto sobre a questão de ordem, que “essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada ‘antecipação do parto’, neste caso deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude.” (BRASIL, 2012, p. 411-412).

O Ministro (BRASIL, 2012) entendeu que não seria possível a aplicação analógica ou a interpretação extensiva das normas limitadoras de excludentes de punibilidade em restrição ao alcance da dignidade da vida humana. Além disso, não poderia criar como legislador positivo hipótese de exclusão de punibilidade do aborto ou descaracterizar sua tipicidade, pois não o STF não teria competência constitucional para tanto.

Verifica-se que, mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, há diversos questionamentos acerca o ativismo judicial. A nosso ver, as ponderações dos Ministros do STF durante os julgamentos e nos votos são extremamente relevantes e demonstram a preocupação de que esse Poder não se usurpe as competências do Legislativo.

Merece destaque, ainda, a observação recorrente dos Ministros das atribuições do Legislativo e de seu papel, mesmo após os julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, em legislar sobre esses temas e regulamentar as matérias.

A decisão do STF no caso do aborto dos fetos anencéfalos guarda algumas semelhanças com o caso *Roe v. Wade* (1973). Antes de abordar essas similaridades, contudo, cumpre discorrer brevemente sobre o caso. No caso *Roe vs. Wade*, a Suprema Corte Norte Americana decidiu que o Estado não pode proibir a realização de abortos antes do “período de viabilidade do feto”, ou seja, quando já detivesse as condições para sobreviver fora do útero materno. Na ocasião, aquela Corte determinou que o direito ao aborto não era absoluto, mas deveria ser balanceado com outros interesses protegidos pelo Estado. Esse critério foi posteriormente revisto,

passando-se a adotar uma ponderação de razoabilidade nos ônus passíveis de serem impostos por cada Estado-membro da federação ao aborto (APPIO, 2008).

Embora tratem apenas de forma genérica do mesmo tema (o aborto), tanto o caso *Roe vs. Wade* nos Estados Unidos, quanto a decisão acerca do aborto de fetos anencéfalos no Brasil, envolvem questões de natureza mais política do que moral. No caso daquele país, a Corte assumiu como função declarar e criar direitos implícitos na Constituição. Por sua vez, na ADPF 54, o STF criou um quesito autorizador de interrupção gestacional sem haver menção no Código Penal.

Acerca do tema, Appio (2008) recorda que a decisão proferida em *Roe vs. Wade* despertou inúmeras críticas de diversos juristas, que entendiam que a Suprema Corte teria usurpado um poder político que pertenceria ao Congresso. Segundo ele:

Tratava-se de um debate acerca das limitações a serem impostas ao ativismo judicial, visto que a Constituição apenas protegia, de forma genérica, a liberdade humana. Como então, assegurar que a decisão da Suprema Corte tomada em 22.01.1973 e comemorada pelos liberais não tenha sido, em verdade, o início do fim dos liberais na América, a partir da consideração de que foram longe demais? Se o aborto era um assunto altamente polêmico que dividia um país tradicionalmente conservador em suas origens históricas e religiosas, de que maneira a Suprema Corte poderia assegurar a legitimidade de uma decisão que deveria, segundo os críticos da Corte, ser tomada pelo Congresso? O ativismo judicial – o qual, segundo Richard Pacelle Jr., vê os juízes como agressivos formuladores de políticas públicas, os quais usam a vagueza das leis como uma oportunidade para alcançar seus objetivos pessoais – é incompatível com a democracia ou o ativismo apenas vai na contramão da história? (APPIO, 2008, p. 162-163)

O autor explica (2008) que, ao decidir o caso *Roe* em favor da gestante, a Corte não modificou a jurisprudência de expansão dos direitos civis que vinha sendo até então adotada. O que mudou foi que, ao invés de refletir os valores da sociedade da época, a Suprema Corte decidiu que eles estavam incorretos, pois suprimiam a esfera de privacidade das gestantes de forma injustificada. Assim, em um sistema de freios e contrapesos, como seria possível justificar a supremacia judicial para decidir questões dessa natureza, rompendo com os tradicionais pilares de uma democracia representativa (APPIO, 2008)?

Ambas as decisões aqui analisadas foram alvos de debates acerca da legitimidade do Judiciário para decidi-las. Parece-nos que essa legitimidade não decorre da vontade popular, mas sim da necessidade de se preservarem princípios fundamentais contidos nas respectivas constituições. Para Appio (2008), o Supremo atuou de forma ativista ao decidir a questão, o que se justifica por possuir a missão de proteger os direitos

fundamentais, porém isso não significa dizer que atuou de forma ativista ao delimitar os efeitos dessa decisão.

Por outro lado, embora se entenda que o STF agiu de forma correta ao reconhecer o direito aqui em debate, a competência para determinar o que está ou não em conformidade com a Constituição deve, sempre que possível, estar distribuída entre os Poderes, cada um segundo suas competências distintas. Assim, a interpretação da Constituição não deve ser tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mas uma construção coordenada entre os Poderes, como parte de um processo dialógico (CAMPOS, 2014).

2.2.2 Interrupção da gravidez de fetos anencéfalos no Legislativo

A fim de verificar o tratamento dado à matéria pelo Legislativo ao longo dos anos, mais especificamente, pela Câmara dos Deputados, realizou-se levantamento das proposições apresentadas sobre o tema nessa casa legislativa nos últimos 10 anos, ou seja, desde 01 de janeiro de 2006, até o presente momento. Para fins de levantamento de dados, a data final utilizada foi 06 de setembro de 2016.

Foram pesquisados projetos de lei (PL), projetos de lei complementar (PLP) e emendas constitucionais (EC), uma vez que constituem as principais proposições em que é possível haver iniciativa parlamentar e estão aptas a alterar o ordenamento jurídico brasileiro.

Buscaram-se as seguintes expressões, sempre que aparecessem na ementa, explicação da ementa ou na indexação da proposição: anencéfalo; anencefalia. Ressalte-se que, dos projetos localizados, foi feita seleção em que foram retirados aqueles que não tratavam do tema pesquisado.

Ao final, chegou-se a uma proposição que dispunha acerca da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. Em razão da pouca quantidade de proposições encontradas, a busca foi estendida até o ano de 2004 sendo, então, localizadas 5 propostas desde 2004 até 2007, conforme se depreende da análise do Quadro 4, o qual contém, também, o autor da proposição apresentada, seu partido e estado.

Quadro 4 – Proposições sobre fetos anencéfalos apresentadas na Câmara dos Deputados desde 01 de janeiro de 2004 por ementa, autor, partido e UF.

<i>Proposicao</i>	<i>Ementa</i>	<i>Autor</i>	<i>Partido</i>	<i>UF</i>
PL 4360/2004	Acrescenta inciso ao artigo 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. (Anencéfalo) Explicação: Isenta de pena o aborto praticado por médico se o feto é portador de Anencefalia, comprovada por laudo independente de dois médicos.	Dr. Pinotti	PFL	SP
PL 4403/2004	Acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal. Explicação: Isenta de pena a prática de "aborto terapêutico" em caso de anomalia do feto, incluindo o feto anencéfalo, que implique em impossibilidade de vida extra uterina.	Jandira Feghali	PCdoB	RJ
PL 4834/2005	Acrescenta inciso ao artigo 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Explicação: Isenta de punição o aborto provocado por médico quando o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos.	Luciana Genro	S.PART.	RS
PL 5166/2005	Dispõe sobre os crimes de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável, e dá outras providências.	Takayama	PMDB	PR
PL 660/2007	Acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal. Explicação: Isenta de pena a prática de "aborto terapêutico" em caso de grave e incurável anomalia do feto, incluindo o anencéfalo, que implique na impossibilidade de vida extra uterina.	Cida Diogo	PT	RJ

Fonte: Elaborado pela autora.

Quadro 5 – Situação das proposições na Câmara dos Deputados

<i>Proposicao</i>	<i>Situação na CD</i>	<i>Data Última Ação</i>	<i>Última Ação</i>
PL 4360/2004	MESA – Arquivada	06/12/2004	MESA - Deferido Requerimento nº 2313/04 do Dep Dr. Pinotti, solicitando a retirada deste Projeto.
PL 4403/2004	CCJC - Aguardando Designação de Relator	15/05/2015	CCJC - Devolvida sem Manifestação.
PL 4834/2005	MESA – Arquivada	31/01/2012	CCP - Ao Arquivo - Memorando n. 06/12.
PL 5166/2005	CSSF - Tramitando em Conjunto [Proposição principal: PL 1459/2003]	11/02/2015	Desarquivado nos termos do Artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-331/2015.
PL 660/2007	MESA – Arquivada	05/02/2007	Mesa - Arquivado nos termos do § 4º do artigo 164 do RICD.

Fonte: Elaborado pela autora.

O Quadro 5 traz a situação das proposições na Câmara dos Deputados. Observa-se que três das proposições encontram-se arquivadas, enquanto duas ainda estão em tramitação dentro da Câmara dos Deputados.

Faz-se relevante mencionar as conclusões de Braga (2009), em seu artigo intitulado “Aborto em Debate: Radicalismos e Bandeiras Políticas versus Políticas Públicas”, que analisa a tramitação do PL 1135/91. O autor verificou que o tema aborto, na ocasião, foi tratado não como política pública, mas como bandeira ideológica pelos parlamentares, buscando angariar apoio eleitoral. Identificou, ainda, a importância das

dinâmicas das comissões, bem como das ações individuais dos deputados, no trâmite do projeto. Segundo Braga:

A população brasileira é majoritariamente contrária ao aborto, e assim a manifestação de opiniões favoráveis a ele tem um potencial impopular, o que acaba por afastar os indecisos e até apoiadores de se manifestarem. Ainda, a própria incerteza sobre o resultado da deliberação faz com que o parlamentar aja estrategicamente e não se exponha, sobretudo evitando apontar-se como um ‘perdedor’ numa votação que não seja de extremo interesse de sua base de apoio. Somado a esse incentivo ao anonimato, é de se destacar a importância daqueles parlamentares que se apresentaram como ‘opacos’ ou que não se manifestaram [...] (BRAGA, 2009, p. 55).

Interessante apontar, ainda, a observação do autor de que o tema se mostrou “inadequado a posições partidárias fechadas”, em parte devido ao prejuízo eleitoral em se apoiar alterações no *status quo* tendo em vista o entendimento contrário da maioria da população (BRAGA, 2009).

Parece que caso semelhante ao observado por Braga também ocorre em se tratando da discussão do aborto de fetos anencéfalos no Legislativo. Como já foi abordado anteriormente ao tratar do reconhecimento da união homoafetiva, aqui também parece que a ausência de aprovação de projeto de lei sobre o tema se dá, em parte, ao grande debate e divisão existentes na sociedade sobre o tema aborto. É o que demonstrar-se-á, a seguir, com a análise da opinião pública e da mídia.

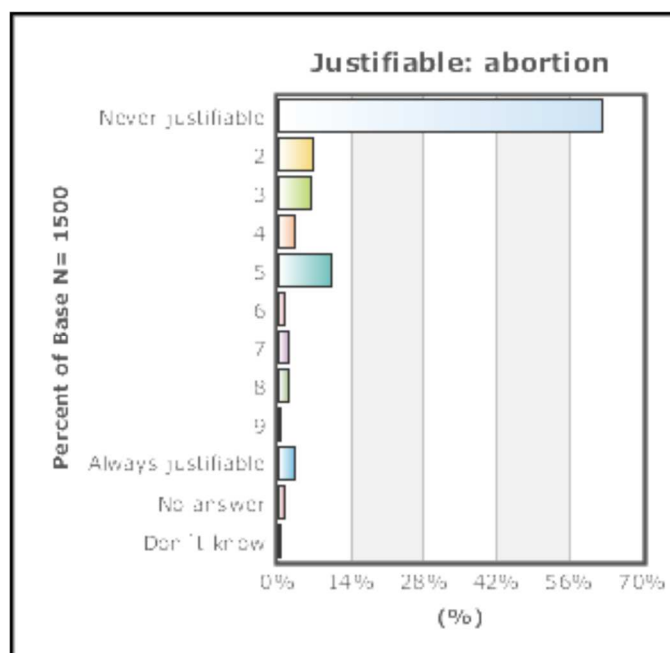
2.2.3 Perspectiva da mídia e da sociedade acerca do tema

Conforme explicado no tópico anterior, foi considerada para os fins deste estudo a opinião da mídia e da sociedade sobre o tema, reiterando-se todas as considerações acerca das limitações a esse método já abordadas. Feitas essas considerações, faz-se pertinente explicitar a forma como esses dados foram coletados. Com o escopo de identificar a opinião pública buscaram-se enquetes e pesquisas de opinião dos seguintes institutos de pesquisa: *World Values Survey* (2017), IBGE (2017), Datafolha e *Hello Research* (2018), bem como das enquetes das páginas eletrônicas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Inicialmente, coletaram-se dados acerca da opinião da população sobre o aborto, de modo geral, por meio de pesquisa da *World Values Survey* (2017). No período de 2005 a 2009, 62% dos entrevistados entenderam que o aborto não era “nunca

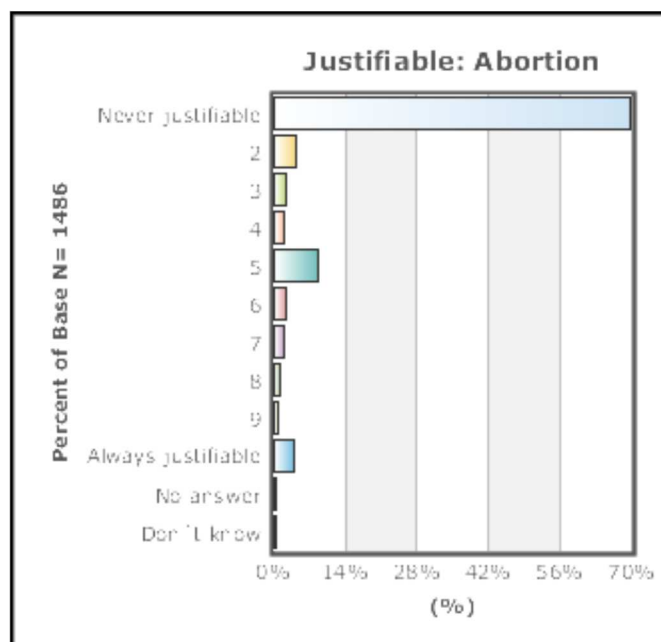
justificável”. Já nos anos 2010 a 2014, esse número subiu para 69,9%, conforme quadros a seguir:

Gráfico 5 – Aborto é justificável? (2005-2009)



Fonte: *World Values Survey*. Online Data Analysis. V204.

Gráfico 6 – Aborto é justificável? (2010-2014)



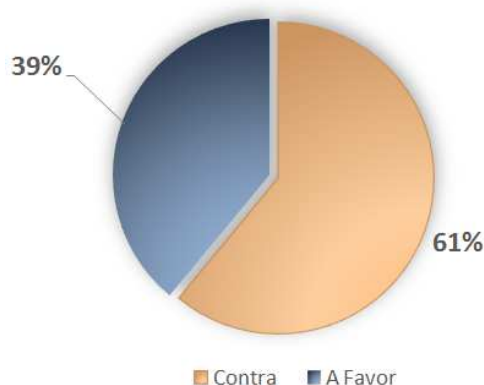
Fonte: *World Values Survey*. Online Data Analysis. V204.

Em pesquisas realizada pelo Datafolha (2008), em 2007 e em 2008, portanto anteriormente ao julgamento da ADPF 54 no Supremo Tribunal Federal, quando as únicas hipóteses permitidas em lei para o aborto eram em caso de estupro e de risco à

vida da mãe, 65% e 68% da população entrevistada, respectivamente, ao ser questionada sobre ser favorável ou contrária à ampliação das situações em que o aborto seria permitido, informou que desejava que “a lei continue como está”. Apenas 16% e 14%, respectivamente, desejavam que “o aborto seja permitido em mais situações” e 10% e 11%, respectivamente, acreditavam que o aborto deveria deixar de “ser crime em qualquer caso”.

Em 2010, o DataSenado (2010) realizou também levantamento sobre o tema, identificando que 67% da população seria favorável ao aborto realizado dentro da lei, quando confirmado que o bebê tivesse uma doença grave como a anencefalia. 32% seriam contrários ao procedimento. O resultado dessa pesquisa vai de encontro à enquete realizada em 2010 na página eletrônica do Senado Federal, com o seguinte teor: “Você é a favor ou contra o projeto (PLS 227, de 2004) que permite o aborto de fetos anencéfalos”?

Gráfico 7 – DataSenado: Aborto de Fetos Anencéfalos



Fonte: DataSenado

Em pesquisa do IBOPE (2016) realizada em dezembro de 2016 sobre o aborto, 17% informaram ser a favor, 4% nem a favor e nem contra, 78% contra e 1% não respondeu. No mesmo ano, a Datafolha (2016) realizou pesquisa de opinião sobre o vírus zika, em que, questionados se as grávidas que contraíssem o vírus deveriam ou não ter o direito de fazer o aborto, 58% disseram que elas não deveriam ter esse direito, enquanto 32% opinaram positivamente e 10% não responderam.

Por outro lado, importa considerar o número identificado e divulgado pelo IBGE (2017), no ano de 2015, do quantitativo de mulheres entre 18 e 49 anos de idade que já tiveram algum aborto provocado:

Quadro 6 – Pesquisa Nacional de Saúde: abortos realizados em 2015.

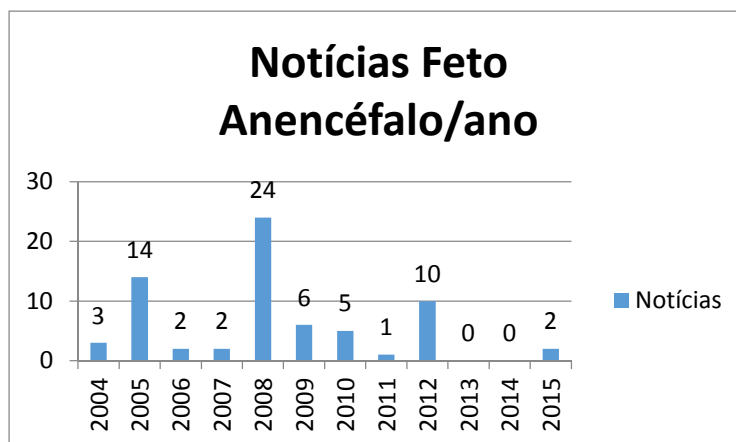
Mulheres de 18 a 49 anos de idade que já tiveram algum aborto provocado (Mil pessoas)	Proporção de mulheres de 18 a 49 anos de idade que já tiveram algum aborto provocado, na população de mulheres de 18 a 49 anos de idade (Percentual)
1.068	2,1

Fonte: IBGE. Sidra - Banco de Tabelas e Estatísticas. Pesquisa Nacional de Saúde 2015

Verifica-se que 2,1% das mulheres brasileiras entre 18 e 49 anos, segundo o IBGE (2017), já haviam realizado algum aborto provocado o que demonstra, assim como no caso da união homoafetiva, que embora esses grupos não sejam a maioria da população brasileira, são significativos, carecendo de proteção do Estado. Com relação à opinião da mídia, foram selecionadas, entre todas as notícias de jornais disponíveis no acervo da Biblioteca do Senado Federal, aquelas que tratavam sobre o tema do aborto de fetos anencéfalos. Após a seleção dos dados pertinentes, classificou-se o material coletado segundo: data da publicação, conteúdo da manchete, conteúdo da retranca, posicionamento quanto ao tema e fonte.

Quanto às fontes identificadas, foram encontradas publicações dos seguintes jornais, todos de grande circulação: Correio Braziliense (26), Folha de São Paulo (15), O Estado de São Paulo (9), Jornal de Brasília (6), Jornal do Brasil (6), O Globo (5) e Tribuna do Brasil (2), totalizando 69 notícias⁷. Em se tratando do lapso temporal em que os textos foram publicados, foram identificadas notícias a partir de 02/08/2004 até 29/10/2015, distribuídas conforme o seguinte gráfico:

Gráfico 8 – Notícias de aborto de anencéfalo a cada ano



Fonte: Elaborado pela autora.

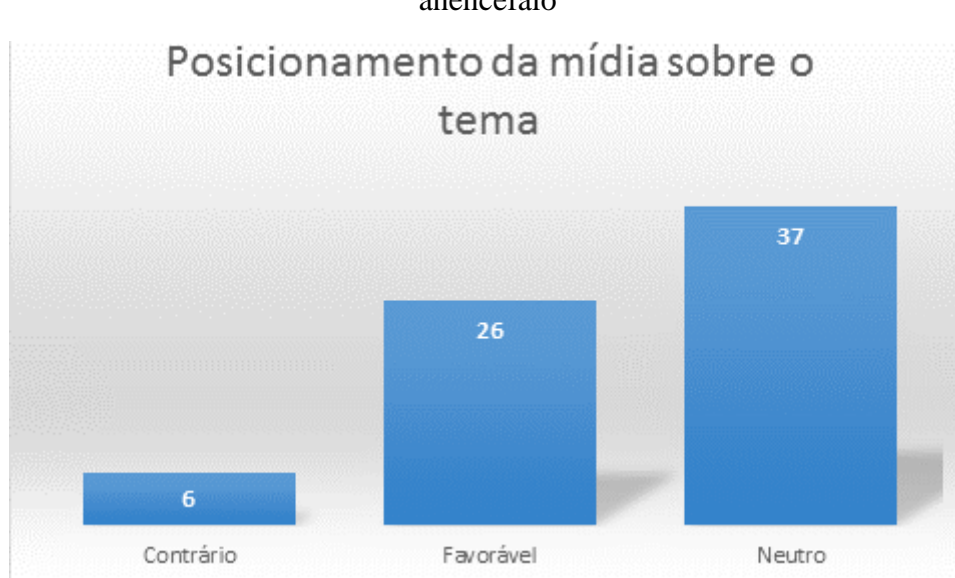
⁷ Vide Apêndice.

No tocante aos períodos em que foram publicadas as notícias, é possível identificar também uma relação entre as matérias publicadas e a análise da matéria pelo Judiciário, da mesma forma que ocorreu com a união homoafetiva. Nesse sentido, na semana em que a ação foi admitida no STF, em abril de 2005, foram publicadas 5 notícias.

Houve, ainda, um aumento no número de matérias publicadas durante as audiências públicas feitas naquele Tribunal, em que se debateram os diversos argumentos apresentados pelas entidades envolvidas. As audiências se realizaram nos dias 26/08/2008, 28/08/2008, 04/09/2008 e 16/09/2008. Do dia 24/08/2008 até o dia 17/09/2008, foram publicadas 22 matérias. Mencione-se, ainda que no período próximo à votação do acórdão pelo plenário do STF, em 12/04/2012, foram publicadas 10 matérias, de 09/04/2012 a 21/04/2012.

Ainda em se tratando das matérias, dividiu-se o posicionamento dos textos em “favorável”, “neutro” ou “contrário” ao aborto de fetos anencefálicos, a partir de uma análise dos artigos, ou seja, das imagens, manchete, retransmissão e posicionamentos apresentados ao leitor no corpo do texto. Verifica-se que, do total de reportagens, a maioria de 37 foi “neutra”, porém 26 apresentaram posicionamento predominantemente “favorável” ao tema. Ressalte-se que apenas 6 foram classificadas como “contrárias”, conforme ilustra o gráfico abaixo:

Gráfico 9 - Posicionamento da mídia sobre o tema aborto de feto anencefalo



Fonte: Elaborado pela autora.

Observa-se, ainda, que embora a mídia apresente uma tendência favorável acerca do aborto de fetos anencefálicos, a opinião pública é bem reticente quanto

ao tema, apresentando uma tendência nitidamente conservadora, mesmo ao tratar do aborto em casos de anencefalia e, mais recentemente, de microcefalia ocasionada pelo vírus zika.

É, portanto, caso semelhante ao da união homoafetiva, em que se verifica uma forte resistência da opinião pública, que aqui representa a maioria, com relação ao reconhecimento do direito em questão.

CONCLUSÃO

Ao longo da exposição, procurou-se, a partir da análise da ADPF 132 e da ADPF 54, traçar um panorama geral sobre a atuação do STF em matérias relativas a direitos fundamentais, de modo a tentar responder se o reconhecimento dos direitos fundamentais nesses casos pode ser considerado como uma postura demasiadamente ativista do Supremo Tribunal Federal, ou como a mera realização de suas atividades, que adentra no campo da política em razão da judicialização da política.

A partir de uma perspectiva histórica, foram discutidos alguns aspectos gerais dos direitos fundamentais, bem como o papel do Judiciário e do Supremo Tribunal Federal dentro do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Abordou-se, ainda, o conceito de ativismo judicial, diferenciando-o da judicialização na política, fenômeno decorrente do modelo adotado no país.

Por meio dos dados coletados, foi possível, ainda, identificar a opinião do Supremo Tribunal Federal, da Câmara dos Deputados, da mídia e da opinião pública acerca dos dois temas selecionados, que podem ser resumidos no quadro abaixo:

Quadro 7 - Posicionamento do STF, Câmara dos Deputados, opinião pública e da mídia sobre os temas estudados

	STF	Câmara dos Deputados	Opinião Pública	Mídia
União Homoafetiva	Favorável	Inerte	Tendência favorável, com resistência de alguns setores	Favorável
Aborto de Fetos Anencéfalos	Favorável	Inerte	Tendência contrária	Favorável

Fonte: Elaborado pela autora.

Observou-se que, em ambos os casos, embora tenham tramitado projetos de lei sobre os respectivos temas na Câmara dos Deputados, essa discussão não foi levada adiante, de modo que não foi produzida legislação. Não se aprofundou, no presente estudo, nas razões que possam ter motivado a ausência de aprovação de tais matérias, que, em sua maioria, sequer foram colocadas em pauta nas comissões competentes ou no plenário, o que demandaria a realização de entrevistas com os parlamentares e demais atores envolvidos no processo legislativo.

Uma das possíveis explicações para isso, que se abordou na parte teórica, e corroborada pelos dados coletados, é de que esse comportamento seja motivado pela existência de grande divergência na sociedade a respeito dessas matérias, o que gera um grande custo político para que se aprove legislações, fazendo com que os parlamentares optem por delegar ao Judiciário decisões sobre esses temas.

A ausência de manifestação do Legislativo, portanto, pode se justificar em decorrência do caráter majoritário dessa instituição. Por sua vez, os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, atuando em caráter contramajoritário, defendem que apenas estão assegurando direitos aos cidadãos diante de uma omissão legislativa, papel que lhe conferiu a Constituição.

Nessa esteira, embora o reconhecimento da união homoafetiva apresente uma tendência favorável nas pesquisas, está longe de ser um assunto pacificado, em especial em razão do posicionamento conservador de algumas parcelas da população. Maior ainda é essa divergência em se tratando da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. Recentemente, o assunto voltou à mídia em razão do aumento dos casos de microcefalia no país, caso que apresenta semelhanças ao do feto anencéfalo. Ainda assim, verifica-se em pesquisa recente que a maior parte da população é contrária à antecipação terapêutica do parto ainda que comprovada a microcefalia do feto.

Outros fatores abordados neste estudo referem-se à estrutura do próprio Legislativo, além de questões relacionadas à agenda política dos partidos e dos próprios Deputados, bem como a tradicional lentidão do processo de decisão política. Destaca-se, ainda, a tese de Amorim Neto e Santos (2003), que ressaltam que o Congresso Brasileiro tem um papel de menor importância no processo legislativo em razão, em especial, da interferência da agenda do Executivo, associada à difusão de partidos políticos, com os mais diversos posicionamentos acerca das políticas públicas e da concepção dos direitos fundamentais.

Parece-nos, portanto, que a dita omissão do Legislativo é deliberada e motivada seja pela intenção em desvencilhar-se de assuntos complexos ou polêmicos, seja para evitar desgaste político, ou por não estarem esses temas inseridos na agenda política dos parlamentares, partidos e do próprio governo.

A nosso ver esse cenário legítima, em certa medida, a forma como se tem se dado a atuação do Judiciário. Embora possa se questionar a legitimidade do Judiciário, em especial quando ocorrem possíveis excessos por parte dos Ministros,

verifica-se, por meio do conteúdo dos votos, que eles próprios realizam uma autoanálise e trazem diversos questionamentos e ressalvas à própria atuação.

Assim, em diversos momentos os Ministros do STF reconhecem que estão ocupando espaço tradicionalmente do Legislativo. Porém, argumentam que cabe a esse tribunal assumir um papel proativo diante da inércia do Congresso Nacional em regular a matéria. Destacam, ainda, o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal de proteger as minorias contra os excessos omissões da maioria.

Ressalte-se o posicionamento de vários Ministros que, ao reconhecerem que caberia ao Legislativo elaborar as normas pertinentes às matérias, destacaram ser a supressão dessas lacunas pelo Supremo apenas provisória. Apesar dessa ressalva, e de ambas as questões terem sido julgadas há mais de 5 anos, não houve ainda a aprovação de nenhuma dessas matérias na Câmara dos Deputados.

Embora se reconheça a relevância do princípio majoritário, não se permita que ele legitime, em um Estado Democrático de Direito, a ausência de tutela de direitos fundamentais de 1ª dimensão a grupos minoritários da sociedade. Nesse ponto, merece destaque a transcrição de Campos, segundo o qual,

A interpretação constitucional não pode ser encarada como tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A Corte pode ter a última palavra sobre um caso particular, mas não necessariamente acerca da questão constitucional mais ampla que governa o caso. A definição da questão mais ampla deve ser o resultado da “construção coordenada” entre os poderes, i.e., de um processo dialógico. O respeito ao espaço dos demais poderes torna a atuação do Tribunal mais legítima e agrega valor ao processo de construção dos significados da Constituição (CAMPOS, 2014, p. 332-333).

O processo legislativo e o controle de constitucionalidade não se podem reduzir a uma disputa entre Legislativo e Judiciário sobre de quem deverá ter a última palavra acerca de determinada matéria, mas em um processo interdependente em que ambos atores participam de um diálogo entre si, com as outras instituições e com os cidadãos (CLÈVE; LORENZETTO, 2016).

No caso do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal deve constantemente indagar-se acerca de seu papel institucional e do grau de ativismo em suas decisões, em especial aquelas que envolvem os direitos fundamentais, uma vez que a ele não cabe nem se omitir acerca desses temas, tampouco deliberar de forma absoluta sobre essas matérias sem analisar os posicionamentos e competências dos demais poderes.

Frise-se que não se espera que se alcance sempre e necessariamente um consenso na tomada de decisões, mas que elas sejam tomadas de forma plural, após debate

entre os atores envolvidos na matéria, ao invés de serem resultados de monólogos de determinado Poder. Cabe ao Legislativo e ao Judiciário estabelecerem um diálogo visando à diminuição do descompasso entre a legislação existente e o reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos sem que isso occasiona uma demora excessiva na prestação jurisdicional, já que esses direitos são, na maior parte das vezes, urgentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Luiz Antônio Freitas de. **Direitos Fundamentais Sociais e Ponderação**. Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. Segredo ineficiente revisto: o que propõem e o que aprovam os deputados brasileiros. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 661- 698, 2003.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da Política no Brasil**. Brasília: Edições Câmara, 2013.

AVRITZER, Leonardo. Judicialização da Política e equilíbrio de poderes no Brasil. *In*: AVRITZER, Leonardo *et al.* (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. pp. 215-220.

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas**. Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, v. 3, 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/9AtNi5>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e supremacia judicial: Direito e Política do Brasil contemporâneo. *In*: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Constituição, Direito e Política: o Supremo Tribunal Federal e os Poderes da República. **Migalhas**, 18. Ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>>. Acesso: 4 mar. 2016.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, a. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/KUHmYE>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, Direitos fundamentais e casos difíceis. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Salvador, n. 19, jan./jun. 2012.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. **Revista da Direito e Liberdade**, v. 7,

n. 3, p. 237–274, jul/dez 2007. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/articloe/download/86/77>. Acesso em: 26 out. 2016.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 559, jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6183/do-dano-moral-coletivo-no-atual-contexto-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRAGA, Ricardo de João. Aborto em debate: radicalismos e bandeiras políticas versus políticas públicas. **E-legis**, Brasília, n. 3, p. 46-61, 2º sem. 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Conceito de núcleo familiar no estatuto da família**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/enquetes/resultadoEnquete/enquete/101CE64E-8EC3-436C-BB4A-457EBC94DF4E>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Informações estatísticas da área legislativa**. Disponível em: <<http://goo.gl/GGUJO5>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4403, de 2004**. Acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=269436>> Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Pesquisa avançada**. Proposições legislativas. 2015. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvancada>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.849, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Senado Federal. Aborto de fetos anencéfalos: de 1/11/2010 a 15/11/2010. **Data Senado**, Brasília, 2010. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=aborto-de-fetos-anencefalos>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 50, de 2011c. Insere inciso III ao art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 1940 para incluir os casos de anencefalia fetal**.

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99165>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, de 2008**. Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, de 2011**. Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5 maio 2011a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2012**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266175>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, de 2011**. Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5 maio 2011b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisas prontas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarResultadoPesquisaJurisprudenciaFavoritaCasoNotorio.asp>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: KLOCK, Andrea Bulgakov *et al.* (org.). **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A propósito do ativismo judicial: super poder judiciário? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/rmYf25>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23. nov. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 5 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e Política. **Revista Jurídica Consulex**, Seção Ciência Jurídica em Foco, n. 307, out. 2010.

CHUEIRI; Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, a. 6, n. 1, p. 159-176. jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24214/22987>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DATAFOLHA. Aborto. **Instituto de Pesquisa Datafolha**, Opinião Pública, dossiês. São Paulo, mar. 2008. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/aborto_07042008.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Casamento de Homossexuais. **Instituto de Pesquisa Datafolha**, Opinião Pública, dossiês. São Paulo, mar. 2008. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2008/25/27/casamento.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Católicos divergem da igreja em relação a divórcio, segundo casamento e uso da camisinha. **Instituto de Pesquisa Datafolha**, Opinião Pública, dossiês. São Paulo, mar. 2007. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/religiao_03052007_2.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Família Brasileira. **Instituto de Pesquisa Datafolha**, Opinião Pública, dossiês. São Paulo, ago. 2007. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/familia_15102007.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Opinião sobre o vírus zika. **Instituto de Pesquisa Datafolha**, Opinião Pública, dossiês. São Paulo, fev. 2016. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/02/29/zika.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Perfil e Opinião dos Evangélicos no Brasil. **Instituto de Pesquisa Datafolha**, Opinião Pública, dossiês. São Paulo, dez. 2016. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/12/28/da39a3ee5e6b4b0d3255bfef95601890afd80709.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Religião. **Instituto de Pesquisa Datafolha**, Opinião Pública, dossiês. São Paulo, mar. 2013. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/07/22/religiao.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

DIMOULIS Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**, 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/cp0zsi>>. Acesso em 1 mar. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALLOWS, James M. **Breaking the News: How the Media Undermine American Democracy**. New York: Pantheon Books, 1996.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Journal of Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

FERNANDES, Ricardo V. de C. Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. **Confluências**, v. 12, n. 2, p. 106-128, out. 2012.

FIGUEIREDO, Rubens; CERVELLINI, Sílvia. Contribuições para o conceito de opinião pública. **Opinião Pública**, Campinas, v. 3, n. 3, p. 171-185, dez. 1995,

GODOY, Arilda S. Introdução à Pesquisa Qualitativa e suas Possibilidades. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 35, n. 2, p. 57-63, 1995a.

_____. Pesquisa Qualitativa: tipos fundamentais. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 20-29, 1995b.

GOMES, Luiz Flávio. STF – ativismo sem precedentes? In: **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 30 mai. 2009, Espaço Aberto. Disponível em: <<http://goo.gl/g7slLu>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

GONÇALVES, Bruno Henrique. **Da Judicialização da Política ao Ativismo Judicial: uma Análise Constitucional Democrática do Protagonismo Judicial**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/kOt1oo>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1410728>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

HELLO RESEARCH. Pesquisa de Mercado & Inteligência. Disponível em: <<http://helloresearch.com.br>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

IBGE. **Sistema IBGE de Recuperação Automática - SIDRA**. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

IBOPE. **Pesquisa de opinião pública sobre valores pessoais**. Dezembro, 2016. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/337312838/IBOPE-Inteligencia-Valores-Pessoais-2016>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, 2004.

KOERNER, Andrei. Judiciário e moralização da política: três reflexões sobre as tendências recentes no Brasil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 18, n.

3, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5020/23172150.2012.708-738>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

LAGE, N. **Controle da opinião pública**: um ensaio sobre a verdade conveniente. Petrópolis: Vozes, 1998.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2008.

MARMELSTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. *In*: OLIVEIRA, Umberto M.; DOS ANJOS, Leonardo F. (coord.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARSHALL, T. H. **Cidadania e Classe Social**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**. Boulder, v.73, n.4, p. 101-140, set. 2002, Disponível em: <<http://goo.gl/fb82rT>>. Acesso em 3 mar. 2016.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, n. 58, 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTR, 2004.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S.A Fabris, 2012.

MIGUEL, Luis Felipe. Os meios de comunicação e a prática política. **Lua Nova**, n. 55-56, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **A Judicialização da Política no Brasil**. Os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária. Brasília: Edições Câmara, 2016.

PETER, Christine Oliveira. Do Ativismo Judicial ao Ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, p. 62-87, 2015,

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROGERS, Everett M.; DEARING, James W. Agenda-setting research: where has it been, where is it going? **Communication Yearbook**, n. 11, p. 555-594, 1988.

ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**. New Haven, CT: Yale University Press, 2006.

ROSA, Lucas Faber de Almeida. Para que serve a separação de poderes? Breves considerações sobre o papel do Poder Judiciário no presidencialismo de coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, a. 8, n. 1, pp. 43-56, jan./jul., 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (org.) **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

STIMSON, James A.; MACKUEN, Michael B.; ERICKSON Robert S. Dynamic representation. **The American Political Science Review**, v. 89, n. 3, p. 543-565, set. 1995. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2082973>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

STRECK, Lênio Luiz *et al.* Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 14, n. 2218, jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

SUNSTEIN, Cass. **The partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, Neal C. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da Política. *In*: AVRITZER, Leonardo *et al.* (org.) **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 215-220.

VIANNA Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da Política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

VITOVSKY, Vladimir Santos. Activismo judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica. *In*: OLIVEIRA, Umberto M.; DOS ANJOS, Leonardo F. (coord.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

WORLD VALUES SURVEY. **Online data analysis**. Disponível em: <<http://www.worldvaluessurvey.org>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

APÊNDICE

NOTÍCIAS SOBRE UNIÃO HOMOAFETIVA

Data	Manchete	Retranca	Posicionamento	Fonte
20/09/1999	Do casamento	-	Favorável	Correio Braziliense
08/02/2009	Homossexualidade é pecado para 58%, aponta pesquisa	49% se disseram contra a união entre mesmo sexo	Neutro	Folha de São Paulo
15/06/2009	Mãe só tem duas	-	Favorável	Jornal do Brasil
03/07/2009	Ação pede reconhecimento de união gay	Segundo procuradora-geral, tema é caso de interpretação constitucional	Neutro	O Estado de São Paulo
31/08/2009	União homossexual	-	Favorável	Correio Braziliense
03/09/2009	União celebrada em grande estilo	Casamento de casal homossexual no Recife agita a cidade. Repleta de celebridades, cerimônia também reflete mudança cultural do brasileiro, que está mais tolerante com as diferenças	Favorável	Correio Braziliense
09/10/2009	Pensão garantida a casais homossexuais	Distritais aprovam proposta que garante benefício em caso de morte de um dos parceiros, mas a lei, que precisa ser sancionada, vale apenas para servidores locais	Neutro	Correio Braziliense
24/01/2010	União estável enfrenta resistência dos religiosos	Ativistas LGBTs apostam em decisão favorável do Supremo	Contrário	Jornal do Brasil
24/01/2010	É um direito ter direitos	-	Favorável	Jornal do Brasil
24/01/2010	Cidadania de segunda categoria	Além do preconceito, casais e indivíduos homossexuais ainda enfrenta dezenas de restrições legais	Favorável	Jornal do Brasil

10/02/2010	STJ concede novo direito para casais homossexuais	Decisão de tribunal permite que homem receba previdência privada de companheiro morto com quem viveu por 15 anos	Favorável	Folha de São Paulo
10/02/2010	STJ reconhece direito de homossexuais a pensão	-	Favorável	Jornal do Brasil
08/03/2010	União homoafetiva, questão de sorte	-	Neutro	Jornal do Brasil
05/06/2010	AGU admite pensão a casais gays	Parecer reconhece união estável de homossexuais para pagamento de benefícios	Neutro	Jornal do Brasil
05/06/2010	Direito à previdência	Advocacia-Geral da União recomenda o reconhecimento da união estável para que o parceiro do mesmo sexo receba a contribuição. Parecer servirá como orientação à Justiça	Neutro	Correio Braziliense
06/07/2010	Gays a um passo do casamento	Depois da aprovação no Senado, a polêmica lei pode ser sancionada	Favorável	Jornal do Brasil
15/07/2010	Casamento gay racha Senado argentino	Votação se estenderia pela madrugada; sondagem informal aponta empate em 31 votos, além de seis indecisos	Neutro	Folha de São Paulo
15/07/2010	Lei sobre casamento gay mobiliza Argentina	Manifestantes se enfrentam diante do Congresso durante debate acirrado	Neutro	O Globo
15/07/2010	Projeto de lei sobre união gay mobiliza Argentina	Se aprovada no Senado, legislação será inédita na América Latina	Neutro	Jornal do Brasil

16/07/2010	Argentina sai na frente e legaliza o casamento gay	Com 33 votos a favor, 27 contra e três abstenções, Senado aprova lei histórica. Presidenta comemora a decisão.	Favorável	Correio Braziliense
16/07/2010	Religiões se unem contra casamento gay	Setores católicos, judeus, muçulmanos e evangélicos articulam campanha contra projeto de lei na Argentina	Neutro	Folha de São Paulo
16/07/2010	Para ativista, aprovação favorece reformas	-	Favorável	Folha de São Paulo
17/07/2010	Gays argentinos devem sofrer obstáculos	Entidades no país avaliam que juízes podem se recusar a fazer uniões ou evitar adoções por homossexuais	Neutro	Folha de São Paulo
31/07/2010	Argentina realiza os primeiros casamentos gays	Uma semana após a sanção presidencial, lei que alterou o Código Civil para permitir a união de pessoas do mesmo sexo entra em vigor	Favorável	Correio Braziliense
03/08/2010	Buenos Aires aposta em 'economia gay'	Casamento de pessoas do mesmo sexo deve reforçar turismo e negócios voltados a homossexuais	Neutro	Valor econômico
18/10/2010	União estável entre pessoas do mesmo sexo	-	Favorável	Correio Braziliense
11/12/2010	Não somos a Argentina, mas estamos chegando lá'	-	Favorável	O Estado de São Paulo
04/04/2011	Natureza jurídica das relações homoafetivas	-	Favorável	Correio Braziliense
05/05/2011	União gay constitui família, diz relator	Ministro Carlos Ayres Britto dá primeiro voto em julgamento do STF que foi	Neutro	Folha de São Paulo

		suspensão e será retomado hoje		
06/05/2011	Contra discriminação, direitos iguais	Supremo reconhece, por unanimidade, união civil entre pessoas do mesmo sexo	Favorável	O Globo
08/05/2011	Famílias saem do armário	Mais que novo direito, unanimidade no STF é recusa a uma discriminação injusta, diz pesquisadora	Favorável	O Estado de São Paulo
10/05/2011	Após 4 cartórios, o casamento gay	Homossexuais demoraram a achar um tabelião em Curitiba que os unisse	Favorável	O Globo
14/05/2011	Do patrulhamento ideológico ao terrorismo	-	Contrário	Correio Braziliense
14/05/2011	Evangélicos rejeitam união gay	Assim como a Igreja Católica, conselho de pastores não concorda com decisão do Supremo Tribunal Federal de garantir vários direitos a pessoas do mesmo sexo que vivem juntas. No entendimento das duas lideranças religiosas, tais casais não são considerados família	Neutro	Correio Braziliense
15/05/2011	Depois daquele beijo	-	Favorável	Correio Braziliense
16/05/2011	Um novo capítulo	-	Favorável	O Globo
23/05/2011	Nos EUA, maioria apoia casamento gay	Pesquisa Gallup comprova que 53% dos americanos defendem união homossexual, maior índice desde 1996	Neutro	Folha de São Paulo

20/06/2011	Convivência pacífica	-	Contrário	O Globo
23/06/2011	Deus me impingiu a decidir', afirma juiz que vetou união gay	Pastor evangélico, magistrado diz que o exercício da fé não interfere nos seus julgamentos	Neutro	Folha de São Paulo
28/06/2011	Casais homossexuais conquistam direitos civis	Uma batalha antiga nos tribunais teve enfim um desfecho favorável aos homossexuais brasileiros. Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceram aos casais do mesmo sexo, em decisão unânime, direitos a herança, comunhão parcial de bens, pensão alimentícia e previdenciária, licença médica, inclusão do companheiro como dependente em planos de saúde, entre outros benefícios garantidos a homens e mulheres que vivem em regime de união estável. Com a mudança, o Supremo cria um precedente que pode ser seguido pelas outras instâncias da Justiça e pela administração pública.	Neutro	O Globo
28/06/2011	Casamento coletivo reúne 43 casais no Rio - um recorde mundial	A recepção aos convidados foi produzida por drags queens que se inspiraram nos figurinos da Belle Époque parisiense. No coquetel, bolo, champagne distribuição de	Favorável	O Globo

		docinhos bem-casados		
28/06/2011	Uma união muito estável e discreta	-	Favorável	O Globo
28/06/2011	Igreja cristã contemporânea: sem preconceito	Vítimas da discriminação dentro dos templos religiosos, dois evangélicos homossexuais decidiram criar a sua própria Igreja. Há cinco anos, os pastores Marcos Gladstone e o seu companheiro Fábio Inácio fundaram a primeira Igreja Cristã Contemporânea para acolher gays que, como eles, também eram alvos de preconceitos religiosos.	Favorável	O Globo
28/06/2011	Os direitos dos homossexuais no mundo	-	Neutro	O Globo
28/06/2011	"Decisão do STF beneficia toda a sociedade brasileira"	Professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), o advogado Luís Roberto Barroso acredita que toda a sociedade brasileira foi beneficiada pela decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de reconhecer as uniões estáveis entre casais homossexuais.	Favorável	O Globo

01/07/2011	Pelo combate à homofobia	Ministro do STF Carlos Ayres Britto defende em seminário realizado na UnB a criminalização do preconceito contra a orientação sexual. Projeto de lei sobre o assunto, no entanto, tramita no Congresso Nacional há mais de uma década.	Favorável	Correio Braziliense
01/07/2011	Três perguntas para	Carlos Ayres Britto, Ministro do STF	Favorável	Correio Braziliense
17/07/2011	Perda de espaço vital	-	Neutro	Correio Braziliense
31/07/2011	É a vez do Brasil	-	Favorável	Folha de São Paulo
01/08/2011	Liberdade de família	-	Neutro	Correio Braziliense
11/08/2011	Pelo direito homoafetivo	Encontro promovido pela Comissão de Apoio à Liberdade Sexual da OAB/DF reúne estudantes e profissionais da área em torno do reconhecimento de casais formados por pessoas do mesmo sexo. Ideia é ampliar a discussão sobre o tema	Favorável	Correio Braziliense
24/02/2012	Justiça manda clube aceitar parceiro gay	Médico entrou com ação para incluir companheiro como dependente no Paulistano após negativa da instituição. Casal alega que é vítima de discriminação; clube afirma que vai recorrer da decisão judicial, que é de primeira instância	Neutro	Folha de São Paulo

05/05/2012	Diversidade fortalecida	Um ano após o STF reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo, casais homossexuais celebram a conquista, que assegura direitos, como os benefícios previdenciários. No entanto, ainda aguardam fixação de norma para o casamento civil.	Favorável	Correio Braziliense
16/12/2012	Perigosa intolerância	-	Favorável	O Globo
14/01/2013	Ato em Paris contra projeto de lei que legaliza casamento gay reúne multidão	No maior protesto na capital francesa em 20 anos, com apoio da Igreja Católica, cerca de 350 mil pessoas exigem retirada do projeto de lei do governo socialista, que deve ir à votação no final do mês; proposta assegura o direito a casais gays de adotar crianças	Contrário	O Estado de São Paulo
06/02/2013	Aval para o casamento gay	Parlamento aprova projeto em votação preliminar, apesar de racha no partido de Cameron	Neutro	O Globo
06/02/2013	Britânicos dão o primeiro passo para legalizar casamento gay	Projeto do governo David Cameron é aprovado por ampla maioria na Câmara dos Deputados	Neutro	Folha de São Paulo
25/03/2013	Cabo de guerra cor de rosa	Na França, 300 mil pedem veto do Senado; nos EUA, pressão é para que Suprema Corte aprove	Neutro	O Globo
27/04/2013	Casamento gay divide a Suprema Corte dos EUA	Juízes liberais e conservadores revisam veto na	Neutro	Valor econômico

		Califórnia		
15/05/2013	Mais uma conquista gay	CNJ aprova resolução determinando que cartórios registrem casamento civil homoafetivo	Neutro	O Globo
30/05/2013	"Sim" à francesa	Primeiro casal homossexual celebra o matrimônio. Adversários articulam movimento para derrubar a nova lei.	Neutro	Correio Braziliense
27/06/2013	Suprema Corte dos EUA derruba lei que impedia casamento homossexual	Sentença não se pronuncia expressamente sobre a legalidade dos matrimônios entre pessoas do mesmo sexo em todo o território americano, mas respalda todas as decisões judiciais prévias favoráveis à união formal e rejeita os argumentos legais contrários a ela	Neutro	O Estado de São Paulo
27/06/2013	O esperado dia do 'sim'	Suprema Corte respalda casamento gay ao derrubar lei que negava direitos aos homossexuais	Favorável	O Globo
07/10/2014	Corte abre espaço para casamento gay em todos os EUA	Veredicto permite casamento em mais de 5 Estados americanos e deve influenciar decisões em outros 6; ao todo, já são 24 que têm autorização	Neutro	O Estado de São Paulo
07/10/2014	A Justiça diz "sim"	Suprema Corte americana se recusa a acolher apelos de cinco estados contra o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. Obama aplaude a	Neutro	Correio Braziliense

		decisão, que confirma a união em 30 das 50 unidades federais		
10/12/2014	Brasil tem 10 casamentos gays por dia; SP concentra mais da metade das uniões	Após resolução do Conselho Nacional de Justiça, IBGE compila dados de casais homossexuais pela primeira vez; cartórios paulistas realizaram 1.945 uniões de pessoas do mesmo sexo, enquanto Acre teve apenas um casamento ao longo de 2013.	Favorável	O Estado de São Paulo
10/12/2014	IBGE: em 2013, país teve 10 casamentos gays por dia	Mulheres respondem por 52% das 3,7 mil uniões homoafetivas. Sudeste lidera, e SP, sozinho, soma mais da metade dos registros	Neutro	O Globo
27/04/2015	União gay e direito a pensão	-	Favorável	Correio Braziliense
26/12/2015	Conceito de família deve abranger todas as formas de relacionamento?	Sim. A liberdade do afeto / Não. Equilíbrio necessário	Neutro	Folha de São Paulo

NOTÍCIAS SOBRE ABORTO DE ANENCÉFALOS

Data	Manchete	Retranca	Posicionamento	Fonte
02/08/2004	Anencefalia e um novo STF	-	Favorável	Correio Braziliense
18/09/2004	Deve-se permitir o aborto de feto anencéfalo?	Não. O direito de nascer / Sim. O STF e a anomalia fetal grave: justiça	Neutro	Folha de São Paulo
21/10/2004	Cai liminar do aborto de feto sem cérebro	Ministros do STF derrubaram a decisão provisória que autorizava interrupção da gravidez em casos de anencefalia	Neutro	Folha de São Paulo
07/03/2005	Aborto de feto anencefálico e "derrotabilidade"	-	Favorável	Correio Braziliense
10/03/2005	Conselho apoia interrupção de gravidez em casos de anencefalia	Bebê pode ter consciência, afirma médico / Advogado vê 'tortura psicológica' para mãe	Neutro	Folha de São Paulo
10/03/2005	Interrupção de gravidez aprovada em alguns casos	-	Favorável	Jornal de Brasília
24/04/2005	Na mira dos católicos	Ministros do Supremo voltam a examinar ação que prevê a interrupção da gravidez no caso de fetos sem cérebro. Setores ligados à Igreja pressionam com cartas e mensagens eletrônicas	Neutro	Correio Braziliense
28/04/2005	STF dá aval a ação por aborto de anencéfalo	Ministros rejeitaram proposta de arquivamento; Supremo indicou que, no mérito, irá admitir a hipótese	Neutro	Folha de São Paulo
28/04/2005	Aborto a um passo da liberação	Supremo decide julgar mérito da ação que trata da interrupção da gravidez em caso de fetos sem cérebro. Seis ministros já se manifestaram favoráveis à antecipação do parto	Neutro	Correio Braziliense
29/04/2005	Repercussão pautou decisão do STF, avalia igreja	-	Neutro	Folha de São Paulo
29/04/2005	STF discutirá aborto com especialistas	-	Neutro	Correio Braziliense
11/05/2005	Justiça autoriza aborto em Recife	-	Neutro	Correio Braziliense
27/06/2005	Anencefalia	-	Favorável	Correio Braziliense
07/09/2005	Anencéfalo	-	Neutro	Correio Braziliense
20/09/2005	Justiça permite aborto de feto anencéfalo	-	Neutro	Jornal de Brasília

03/10/2005	Um drama severino	História de uma pernambucana que não pôde interromper a gravidez porque o STF cassou liminar que permitia retirar o filho sem cérebro vira filme. Documentário quer sensibilizar ministros a rever decisão	Favorável	Correio Braziliense
30/11/2005	Permissão para abortar	O aborto só não é crime se praticado com o amparo da Constituição Federal	Favorável	Tribuna do Brasil
06/02/2006	Não ao plebiscito para os anencefálicos	-	Favorável	Correio Braziliense
22/11/2006	Aborto sem crime	"No Brasil é permitido realizar o aborto de um feto que apresenta desenvolvimento incompleto de órgãos vitais?"	Favorável	Tribuna do Brasil
23/09/2007	Polêmica aberta no Supremo	Mérito sobre descriminação do aborto dificilmente será julgado este ano	Neutro	Jornal do Brasil
23/09/2007	Aborto terapêutico à brasileira	-	Favorável	Jornal do Brasil
24/08/2008	Debate vai reunir de religiosos a cientistas	Ministro do STF convidou 14 pessoas para audiência pública sobre aborto em caso de anencefalia, a partir de terça-feira	Neutro	Folha de São Paulo
25/08/2008	Aborto de feto anencéfalo em debate no STF	Antes de julgar a ação, os 11 ministros querem ouvir a opinião de especialistas, como fizeram em relação à célula-tronco de embriões humanos	Neutro	Correio Braziliense
26/08/2008	STF discute aborto de anencéfalos hoje	-	Neutro	Jornal de Brasília
26/08/2008	STF começa a ouvir entidades sobre aborto de anencéfalo	CNBB abre a primeira das três audiências sobre o tema; órgão defenderá vida do feto	Neutro	Folha de São Paulo
27/08/2008	Anencefalia de volta	-	Favorável	Folha de São Paulo
27/08/2008	Debate movido pela fé	STF ouve argumentos de religiosos sobre fetos anencéfalos	Neutro	Jornal de Brasília
27/08/2008	Aborto de anencéfalos divide até religiosos	Audiência sobre a possibilidade de interrupção da gravidez em casos de fetos com má-formação cerebral expõe profundidade da polêmica	Neutro	Correio Braziliense
27/08/2008	No 1º dia de debate, religiosos divergem sobre anencefalia	Das entidades ouvidas pelo STF, 3 foram contra a interrupção da gravidez e 2, a favor	Neutro	Folha de São Paulo

29/08/2008	Médicos defendem liberação	Em audiência no STF, especialistas sustentam que mães correm risco de morte. Sociedade Brasileira de Genética Médica revela que nascem 8 bebês sem cérebro a cada dia no país	Favorável	Correio Braziliense
29/08/2008	STF aprovará aborto de anencéfalo, diz relator	Ministro Marco Aurélio Mello disse que Corte está menos ortodoxa e deve ser favorável à interrupção da gravidez de feto anencéfalo	Favorável	Folha de São Paulo
29/08/2008	Opinião dos especialistas	Médicos apoiam "antecipação do parto" de anencéfalos	Favorável	Jornal de Brasília
29/08/2008	Aborto de anencéfalos vai passar por 11 a 0'	Avaliação é do relator do caso no STF, ministro Marco Aurélio Mello	Neutro	O Estado de São Paulo
30/08/2008	O alerta de Marco Aurélio Mello	Relator da ação no STF que pede a descriminalização da interrupção da gravidez na qual o feto não tenha cérebro avalia que, se a tese for derrubada, lei que permite transplantes de órgãos poderá ser questionada	Neutro	Correio Braziliense
31/08/2008	Anomalia sem causas conhecidas	Médicos sabem apenas que o surgimento do problema é dividido entre um componente genético e um fator ambiental. Não conhecem, porém, qual gene é responsável e como agir para diminuir os riscos	Neutro	Correio Braziliense
31/08/2008	Ativismo judiciário a pleno vapor	A vitalidade do STF é inquestionável. Basta ver os efeitos de suas decisões. Ou até o adiamento delas	Neutro	O Estado de São Paulo
31/08/2008	A vida do feto é mesmo sagrada?	Vanguardista da bioética, Singer prega debate mais incisivo sobre o aborto de anencéfalos	Favorável	O Estado de São Paulo
31/08/2008	Risco é avaliar o ser humano só pela eficiência	As imperfeições seriam intoleráveis e na intolerância diante do imperfeito perderíamos a capacidade de amar	Contrário	O Estado de São Paulo
05/09/2008	Sem meias palavras	Na terceira audiência sobre a possibilidade de descriminalizar o aborto de anencéfalos, o relator Marco Aurélio Mello e o ministro da Saúde, José Gomes Temporão, manifestam apoio total à proposta	Neutro	Correio Braziliense
05/09/2008	Sufrimento amenizado	-	Favorável	Correio Braziliense
17/09/2008	Decisão fica para depois	STF adota tom cauteloso em audiência sobre anencéfalos	Neutro	Jornal de Brasília

17/09/2008	Debate acirrado na Corte	Última das quatro audiências no STF sobre a interrupção da gravidez em casos de fetos com má-formação cerebral reúne críticos e defensores da prática. Ministro relator da ação diz que julgamento pode demorar	Neutro	Correio Braziliense
17/09/2008	Tendência favorável	-	Neutro	Correio Braziliense
23/10/2008	DF apóia o aborto de anencéfalos	Pesquisa revela que 90% dos entrevistados aprovam interrupção de gravidez em caso de doença	Favorável	Jornal do Brasil
28/10/2008	A opção é da mulher	Pesquisa feita pelo Ibope revela que 70,5% dos brasileiros concordam que cabe às gestantes decidirem se mantêm ou interrompem gravidez de um feto anencéfalo. Proporção é um pouco maior entre os católicos	Neutro	Correio Braziliense
23/01/2009	Abortos com amparo legal crescem 43%	-	Neutro	Folha de São Paulo
09/02/2009	Aborto: criminalização contrasta com progresso	Proibição da prática é incompatível com Estado laico	Favorável	Jornal do Brasil
22/03/2009	Anencéfalos: julgamento ainda este ano	Pressão para definição aumentou após caso de menina estuprada por padrasto	Favorável	O Globo
22/03/2009	O Estado tem feito uma política de aborto'	-	Contrário	O Globo
10/04/2009	Justiça autoriza aborto de feto com anomalia	Juiz de Goiânia justificou a decisão por impossibilidade de sobrevivência	Neutro	O Estado de São Paulo
09/08/2009	A propósito da anencefalia	-	Contrário	Jornal do Brasil
23/02/2010	Renasce o aborto	Tema volta à discussão de carona nas eleições de outubro. Debates giram em torno da mudança na lei que criminaliza a interrupção voluntária da gravidez e do posicionamento do governo em relação ao 3º Plano Nacional de Direitos Humanos	Neutro	Correio Braziliense
28/05/2010	Ministra quer legalizar aborto no caso de anencefalia	Proposta foi defendida ontem em seminário realizado em Brasília	Favorável	Jornal do Brasil
14/07/2010	Não as obriguem a sofrer	-	Favorável	Folha de São Paulo

11/09/2010	Aborto conquistado na justiça	Depois de briga para interromper a gravidez de bebê anencéfalo, jovem consegue autorização - o procedimento foi realizado no último dia 29. Falta de jurisprudência ainda é impedimento para facilitar a vida de casais nessa situação	Favorável	Correio Braziliense
19/10/2010	O aborto no Direito brasileiro	-	Contrário	Folha de São Paulo
04/04/2011	Reflexão sobre a legalização do aborto	-	Contrário	Folha de São Paulo
09/04/2012	Obrigar a gestação do anencéfalo é torturar a mulher'	Autor da ação que defende o aborto nesse caso, advogado afirma que situação impõe sofrimento inútil e evitável	Favorável	O Estado de São Paulo
10/04/2012	Luta e aborto aos 7 meses de gravidez	Agricultora que só pôde retirar feto anencéfalo após batalha judicial verá julgamento do STF	Favorável	O Globo
11/04/2012	Uma escolha Severina	-	Favorável	Correio Braziliense
11/04/2012	Aborto de anencéfalos e Pacto de São José	-	Contrário	Correio Braziliense
13/04/2012	Aborto de anencéfalo não é crime	Por 8 votos a 2, Supremo legaliza interrupção de gravidez de fetos sem cérebro	Neutro	O Globo
13/04/2012	Por 8 votos a 2, STF libera interrupção da gravidez de feto sem cérebro	Maioria dos ministros entende que feto com anencefalia é natimorto e, por isso, o que há é a antecipação do parto - e não aborto; em vigor desde 1940, Código Penal brasileiro autoriza abortamento legal nos casos de estupro e quando a mãe corre risco	Neutro	O Estado de São Paulo
13/04/2012	Aborto de anencéfalo, uma decisão da mulher	Por oito votos a dois, STF derruba a obrigatoriedade de uma autorização judicial para a interrupção da gravidez de feto com malformação cerebral. O veredito abre um debate sobre a doção do mesmo procedimento em outras situações	Neutro	Correio Braziliense
14/04/2012	CFM cria comissão para definir regras para aborto de fetos sem cérebro	Grupo será formado por médicos de diversas especialidades, como pediatras, obstetras, especialistas em ultrassonografia e medicina fetal, além de um representante do Ministério da Saúde; normas deverão ser seguidas por todos os profissionais do País	Neutro	O Estado de São Paulo

20/04/2012	Liberdade Intelectual no STF	-	Favorável	Folha de São Paulo
21/04/2012	Os bastidores de uma lei histórica	-	Favorável	Correio Braziliense
24/03/2015	Grupo de mulheres pede em Brasília descriminalização do aborto	Elas se reuniram ontem com o presidente do STF, Ricardo Lewandowski	Neutro	O Globo
29/10/2015	Cai número de locais que fazem aborto legalizado	Centros registrados passam de 65 para 63 e apenas 37 funcionam, conforme pesquisa	Neutro	O Estado de São Paulo