

**A POSSIBILIDADE DE ATIVISMO JUDICIAL NO JULGAMENTO DA ADPF N°
54/DF – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADIANTE DE CONSULTAS
POPULARES, E AS EXPECTATIVAS DOS TITULARES DOS DIREITOS.**

PAULO HENRIQUE DA SILVEIRA CHAVES

Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Uberlândia – UFU

Doutorando em direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de São Paulo.

Mestre em direito processual pela PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo;

Especialista em direito processual civil pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia;

Graduado em direito pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia.

Rua Dr. Albuquerque Lins, 1184, Aptº 34, Santa Cecília, CEP: 01230-000, São Paulo-SP

E-mail: phchaves@ufu.br

Celular: (34)99198-7772

**A POSSIBILIDADE DE ATIVISMO JUDICIAL NO JULGAMENTO DA ADPF N°
54/DF – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADIANTE DE CONSULTAS
POPULARES, E AS EXPECTATIVAS DOS TITULARES DOS DIREITOS.**

RESUMO – A partir do estudo do acórdão do julgamento da ADPF n° 54/DF, o qual resultou na descriminalização da figura do aborto nas hipóteses de feto anencefálico, buscou-se identificar características e a eventual ocorrência de ativismo judicial. Se fez presente uma análise acerca da participação de interessados pela via de consultas populares e indeferimento de intervenção como *amicus curiae*, assim como, se diante de tudo, houve o atendimento às expectativas dos titulares de direitos.

ABSTRACT – From the study of the judgment of the trial of ADPF No. 54 / DF, which resulted in the decriminalization of abortion figure in cases of anencephalic fetus, sought to identify characteristics and possible occurrence of judicial activism. Became present an analysis on the participation from interested by way of popular consultation and intervention rejection as *amicus curiae*, as well as in front of everything, there was compliance with the expectations of rights holders.

RESUMEN - A partir del estudio de la sentencia del juicio de ADPF N° 54 / DF, lo que dio lugar a la despenalización de la figura aborto en casos de feto anencefálico, hemos tratado de identificar las características y la posible aparición del activismo judicial. Estaba presente un análisis sobre la participación de los interesados por medio de consulta popular y el rechazo de intervención como

amicus curiae, así como frente a todo, se ha cumplido con las expectativas de los titulares de derechos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial – Consulta popular – Contra-majoritário – Supremo Tribunal Federal.

KEYWORDS: Judicial activism – Popular consultation – Against majoritarian – Supreme Court.

PALABRAS CLAVE: El activismo judicial – Consulta popular – Contra-mayoritaria – Corte Suprema.

INTRODUÇÃO – Em dezembro de 2012, foi julgada a ADPF nº 34/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, tendo-se entendido no acórdão, pela inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gestação de feto anencefálico seja a conduta de aborto, tipificada nos artigos 124,126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. No processo desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, houve o interesse de entidades participarem na condição de *amicus curiae*, o que foi indeferido pelo relator, sendo no entanto admitidos a serem ouvidas nas consultas populares. Seja o conteúdo ou mesmo a forma como se exteriorizou o julgado, vindo a modificar significativamente a extensão da aplicabilidade dos artigos do Código Penal, autorizando-se conduta, que outrora era punida, isso veio a possibilitar no mínimo a provocação de argumentos de que o julgado se trata de ativismo judicial e que também, poderia não ter atendido às expectativas dos titulares de direitos, em relação à hipótese. O tema se mostra importantíssimo para a análise das características de eventual ativismo judicial, bem como a participação pela via de consultas populares, e ainda, proceder-se à identificação do atendimento às expectativas de titulares de direitos.

SUMÁRIO – 1. A ADPF nº 54/DF. 2. Consultas populares e de experts, pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº54/DF. 3. Ativismo judicial e indicativos de sua presença na ADPF nº 54/DF. 4. A expectativa dos titulares de direitos na ADPF nº 54/DF. Conclusões. Referências.

1. A ADPF N° 54/DF

Tratou-se de uma ação interposta perante o Supremo Tribunal Federal de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Fora proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, e representa um importante exemplo, em que o Tribunal realizou audiência pública, bem como, consultou *experts*, durante o processo de julgamento.

A requerente requereu especificamente: a) cautelarmente a suspensão dos processos ou dos efeitos de decisões judiciais de aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, reconhecendo-se direito constitucional da gestante em submeter-se a procedimento de interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realiza-lo, desde que comprovada a anencefalia por médico habilitado; b) declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de anencéfalo, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado; c) Sucessivamente, pleiteou que se não acatada a medida, seja a petição inicial recebida como ação direta de inconstitucionalidade, buscando a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto.¹

Dentre os fundamentos apontados pela Requerente, destacaram-se: I) A antecipação terapêutica do parto não consubstancia aborto, no que este envolve a vida extrauterina em potencial; II) Dignidade da pessoa humana; III) Liberdade decorrente do princípio da legalidade; IV) Direito à saúde; V) Risco de se manter o quadro, sujeitando-se a mãe e todos aqueles que participem da antecipação terapêutica do parto a processo-crime, aspecto a evidenciar o risco; VI) Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intrauterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto; VII) Potencialmente perigosa,

¹ Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADPF nº 54/DF. Acesso em 18/07/2016, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. No objetivo de descriminalizar a conduta de interrupção de gravidez de anencéfalo, pleiteou-se que nesta hipótese de gravidez, fosse declarada a inconstitucionalidade dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal².

2. Consultas populares e de *experts*, pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº54/DF.

Tem se utilizado a expressão “democratização do STF”, ao se referir às várias modalidades de expansão da participação de outras pessoas no processo, que não aquelas tradicionais, como as partes, substitutos e terceiros intervenientes. Defende-se em outro trabalho, que a abertura à participação nas causas que versam sobre direito alheio, teve um grande impulso por parte do instituto do *amicus curiae*, sendo que no presente estudo, outra modalidade de participação é trazida para demonstrar maior amplitude à participação de pessoas e segmentos sociais, especificamente, junto ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se das denominadas audiências públicas, onde mediante convocação aberta à participação de discussão e defesa de posicionamentos acerca do tema *sub judice*, participação essa que pode ser totalmente ampla a qualquer interessado, ou mediante representante de seguimento social relacionado ao tema. O fato é que a realização de audiências públicas, no intuito de se ouvir posicionamentos das pessoas, sejam representando entidades ou seguimentos sociais, demonstra o interesse na abertura do Judiciário ao debate público. Reconhecidamente, é uma prática democrática, que pode possibilitar a vinda de conhecimentos e esclarecimentos aos julgadores, de forma a arregimentar mais fundamentos à decisão, mas com a devida cautela, pois exatamente com relação à fundamentação, há um sistema jurídico a reger a amplitude da decisão. Quer-se aqui, chamar a atenção para a característica instrutória do procedimento e não como utilizado pelo Legislativo, onde pretende-se a positivação mediante construção participativa.

Admitindo-se a instrumentalidade da consulta popular ou de *experts*, com a finalidade instrutória do processo, possibilitando maior amplitude nos conhecimentos acerca da matéria, inegavelmente está se tratando de cognição ampliada, trazendo elementos de

² Supremo Tribunal Federal. Op. cit.

fundamentação aos posicionamentos defendidos. Decorre obviamente, a necessidade de participação dos julgados, na inquirição de pontos nevrálgicos que lhes interessa aprofundar o conhecimento e não simplesmente uma compilação de depoimentos e sustentações, para eventual e futura leitura.

Quando se está trabalhando com consultas populares, evidentemente está se coletando opiniões e fundamentos, que converter-se-ão em dados. Tal trabalho, se traduz numa forma de empirismo, o qual deve seguir procedimentos, no intuito de se dar o máximo aproveitamento ao material coletado. Ao se trabalhar com empirismo, não se trata pura e simplesmente em buscar a maior quantidade de opiniões para trazer determinado fundamento, há que ter o cuidado de preservação da qualidade da informação, e mais, deve-se impedir que o instrumentalismo de algum interesse se coloque prejudicialmente em relação às informações coletadas, praticando a exemplo, a divulgação seletiva. Há importante colocação do Prof. Marcelo Neves da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB, acerca da “falácia dos dados e da quantidade”, ao sustentar que a simples utilização e citação de dados, em si, não diz algo de valor, e muito menos, a quantidade em si, seria representativo de posicionamento acertado. Vejam-se em suas colocações:

“há uma tendência a apresentar uma quantidade imensa de dados como se eles já tivessem em si mesmos um potencial de esclarecimento.”

“A falácia da quantidade despreza a importância da qualidade. Muitas vezes, estamos sendo tomados e controlados por um tipo de modelo de pesquisa de opinião.”³

No caso específico da ADPF nº 54/DF, por se tratar de feito judicial, era de se esperar que os magistrados votantes, tivessem feito inquirições àqueles que fizeram manifestações nas audiências públicas realizadas nas datas de 26 e 28 de agosto e ainda, 04 de 16 de setembro, todas no ano de 2008. Contudo, da forma como consta no relatório e nos votos, do julgamento desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, estes não fizeram colocações e indagações. Dessa forma, não se poderia obviamente, considerar as manifestações realizadas nas audiências públicas, nada além de exteriorização de opiniões, notadamente, daquelas que sequer na condição de *amicus curiae*, foram admitidas, devido ao

³ NEVES, Marcelo. A falácia dos dados e da quantidade: a importância da dimensão qualitativa na pesquisa em direito, in Pesquisa empírica em direito / Coordenação e organização: Alexandre dos Santos Cunha e Paulo Eduardo Alves da Silva – Rio de Janeiro : Ipea, 2013, pp. 79/80.

indeferimento do Ministro Relator. O mesmo ocorrendo com aqueles que possuem o conhecimento científico na área, sendo que para o devido aproveitamento de suas manifestações, seriam imprescindíveis a inquirição pelos senhores ministros.

Quanto à consulta de *experts*, não há como deixar de se indicar um ponto nevrálgico, constado pela experiência do profissional. A pessoa dotada de conhecimento específico em determinada área, possui argumentos de valores que são evidentemente relevantes para o convencimento dos demais, podem se utilizar de dados, conceitos científicos, estudos de caso, etc. Com relação à coleta desse conhecimento e alegações, também deve-se ter critério e cuidados científicos para a disposição dos resultados. Tem-se evidenciado em situações de debates públicos, que tendenciosamente, ocorre a prevalência da opinião de *experts* em relação a outros não dotados de conhecimento específico ou títulos acadêmicos, tal prevalência se dá tão-somente com base em argumento de autoridade, ainda que desacompanhada de fundamentos e compromisso com a opinião. Pretende-se aqui sustentar que a opinião do *expert*, não pode prevalecer tão-somente com fundamento no suposto conhecimento e nos títulos que ostenta, faz-se também necessária a devida fundamentação com cunho científico, como ocorre em laudos periciais, de forma a corretamente valorizar a opinião profissional que se apresenta. Não raras são as situações que *experts* impõem sua opinião com a simples retórica e fundamento em razão dos títulos ostentados.

Quando um julgador na busca elementos para formar seu convencimento, entende por promover uma abertura à participação de outros, entende-se que apenas a propiciação da oportunidade pode não ser suficiente. A exemplo, pode ocorrer que o desequilíbrio participativo se instale, pela simples ausência de participação de opiniões que se divirjam proporcionalmente. Situação como a aventada, suscita a intervenção, para busca do equilíbrio, de forma a trazer outros argumentos e elementos para a formação do convencimento.

Verifica-se que neste julgamento da ADPF nº 54/DF, ocorreu um certo desvio do foco ou mesmo do objeto imediato, quando se trouxe alegações e fundamentações de cunho religioso. Evidência disso consta na própria ementa do julgado, que culminou por declarar também a laicidade do Brasil e ainda a descriminalização da interrupção da gravidez de feto anencéfalo⁴.

⁴ Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADPF nº 54/DF. Acesso em 27/04/2016, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> - “EMENTA:

Das quatro audiências públicas realizadas por determinação do Relator Ministro Marco Aurélio, extraem-se destas, diversos posicionamentos em ambos os sentidos, seja para a manutenção da gestação e de outro lado, para sua interrupção, sendo que, extrai-se do Relatório que os argumentos, inicialmente, pela manutenção da gestação: defenderam a humanidade do feto em gestação; que a sociedade deve defender dos direitos do feto; a vida do anencéfalo se sobrepõe a outros direitos; que o Brasil referendou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; a vida do feto anencéfalo deve ser defendida, por prudência, por falta de profundidade nos estudos sobre a matéria; cuida-se de vida humana, não pode haver violação à integridade física; a neurociência demonstra que o anencéfalo tem substrato neural para desempenho de funções vitais e consciência; os problemas com a gravidez dessa espécie resolvem-se espontaneamente após o parto, mas as sequelas da antecipação do parto são permanentes. Diametralmente oposta, a outra posição defendeu: prevalecer o desejo da mulher; hipertensão e diabetes, durante a gestação, aumento das complicações no parto e no pós-parto e consequências psicológicas severas, com oito vezes mais risco de depressão à mulher; não possuir o embrião potencialidade de vida; entender a decisão pela antecipação do parto como matéria de ética privada; mulheres entrevistadas tinham o desejo de decidir por si sós.⁵

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.”

⁵ Supremo Tribunal Federal. Op. cit. pp. 19-28 – “...defenderam a humanidade do feto em gestação, independentemente de má-formação, bem como o fato de a reduzida expectativa de vida não ter o condão de lhe negar direitos e identidade.”

“...cabe à própria sociedade a promoção e defesa dos direitos do feto portador de anomalia, não podendo o Estado julgar o valor intrínseco de uma vida pelas deficiências.”

“...prevalecer, nesse caso, o desejo da mulher, única capaz de dimensionar o impacto pessoal de uma gravidez de feto anencéfalo.”

“...a Associação Médica Americana não aceita a equivalência da anencefalia à morte encefálica, tendo proibido a possibilidade de retirada dos órgãos de tais fetos para a realização de transplantes.”

“Alegou já haver consenso ético da sociedade brasileira acerca do tema no sentido favorável de caber à mulher a decisão quanto ao processo gestacional e ao próprio corpo.”

“...a neurociência demonstra que o anencéfalo tem substrato neural para desempenho de funções vitais e consciência, o que contraindica a interrupção da gravidez, possibilitando a disponibilização dos órgãos do recém-nascido para transplante.”

“...a vida do anencéfalo se sobrepõe a todos os outros direitos e que é um bem fundamental que lhe pertence.”

“...no tocante ao caso dos pais de feto portador de anencefalia, declarou que, em geral, as decisões não se coadunam com o desejo e não respeitam a autonomia dos pais.”

“...as mulheres gestantes de feto anencéfalo apresentam maiores variações do líquido amniótico, hipertensão e diabetes, durante a gestação, bem como aumento das complicações no parto e no pós-parto e consequências psicológicas severas, com oito vezes mais risco de depressão.”

Evidencia-se pela experiência com o processo da ADPF nº 54/DF, que a realização das audiências públicas, em muito pode contribuir para aumentar a cognição dos magistrados, quanto ao tema, e que tal abertura do judiciário é benéfica em vários sentidos, gerando amplitude de conhecimentos, maior fundamentação, e dentre vários outros benefícios, destaca-se especificamente na experiência do Supremo Tribunal Federal, que é um mecanismo democrático para a participação de diversos seguimentos sociais, e de uma proximidade com os fatos.

3. Ativismo judicial e indicativos de sua presença na ADPF nº 54/DF.

“...há possibilidade de identificar a patologia fetal a partir da oitava semana gestacional.”

“...o Estado brasileiro referendou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – circunstância que alcançaria a situação dos anencéfalos.”

“...aumento dos riscos para a mulher cuja gravidez é de feto anencéfalo e informou alcançar índices altíssimos a mortalidade materna no país.”

“...não possuir o embrião potencialidade de vida.”

“...o respeito à vida do feto portador de anencefalia deve ser defendido não só por correntes religiosas ou humanísticas, mas também pela comunidade científica, por prudência, ante a falta de profundidade nos estudos sobre essa matéria até o momento.”

“Existiria somente vida visceral – meramente vegetativa – capaz de fazer bater o coração e respirar.”

“...necessidade de se entender a decisão pela antecipação do parto como matéria de ética privada, vale dizer, a escolha, apesar de dever ser protegida pelo Supremo, cabe a cada mulher.”

“...a laicidade do Estado brasileiro significa reconhecer que, para a vida pública, a neutralidade é um instrumento de segurança e, nesse caso, de proteção à saúde e à dignidade das mulheres.”

“...estar o Sistema totalmente capacitado para reconhecer, com absoluta segurança, a disfunção no exame pré-natal.”

“...descaber falar em negação do direito à vida, quando há total ausência de expectativa de vida extrauterina.”

“...o percentual de fetos nascidos vivos nessa condição seria de 40% a 60%. Após o nascimento, somente 8% sobreviveriam por pequeno lapso temporal.”

“...observou cuidar-se de vida humana e, por conseguinte, descaberia utilizar conhecimento médico para violar-lhe a integridade física.”

“...mulheres entrevistadas tinham o desejo de decidir por si sós o caminho a ser seguido.”

“...interrupção do parto antes de o procedimento tornar-se viável é uma espécie de aborto – no caso do feto anencéfalo, aborto eugênico. Acrescentou que essa gravidez não causa maior perigo à mãe do que uma gestação gemelar. Sustentou não ter a reduzida expectativa de vida do feto o condão de limitar os direitos do nascituro.”

“...a favor da interrupção voluntária da gravidez em gestações de fetos anencéfalos, com fundamento no critério estabelecido pela Lei no 9.434/97 para o reconhecimento de óbito.”

“...os problemas decorrentes da manutenção de uma gravidez dessa espécie resolvem-se espontaneamente após o parto, mas as sequelas da antecipação do parto são permanentes.”

“...a mulher, encontrando-se em situação limítrofe de vulnerabilidade, é a única capaz de avaliar para si própria o sofrimento e o medo do citado momento.”

“...a Associação Brasileira de Psiquiatria defende a autodeterminação da gestante para decidir livremente sobre a antecipação terapêutica do parto em gravidez de feto anencéfalo e o dever do Estado em garantir-lhe assistência governamental em relação aos cuidados protetivos à respectiva saúde, em especial, à saúde mental.”

A expressão ativismo judicial, tem sido explorada de diversas formas, na busca de caracterizar que há decisões judiciais que teriam inovado, ou seja, trouxeram solução à lide, diversa da disposição legal, ou mesmo, ausente a disposição legal.

Tem se visto, que algumas hipóteses, na verdade, tratam da aplicação de disposições constitucionais, em situações, as quais, as disposições legais não foram expressas ou mesmo, não cuidaram de certas particularidades, em que o magistrado necessitou decidir diante do caso concreto. A exemplo, tem-se a hipótese de decisões acerca de determinar o fornecimento de medicamento ou tratamento a determinada pessoa. Tem-se que, ainda que contrato com plano de saúde ou mesmo a lei não especifique como proceder na hipótese, a pessoa efetivamente não pode ficar a descoberto, veja-se que a Constituição Federal erigiu a direito fundamental o direito à vida e à saúde. Assim, no caso concreto em que o Magistrado se fundamenta em tais direitos fundamentais, nem por isso, se trata de “ativismo judicial”, tal como se rotula em sinônimo de “inovação”, mas sim, a adequação da norma específica à hipótese, considerando-se os princípios e direitos fundamentais como integradores dessa norma.

Nelson Nery Junior e Georges Abboud, trouxeram uma definição: “o que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião”⁶.

Quando se observa o que acontece em países de *commom law*, pode-se melhor entender características de atuações jurisdicionais que poderiam se aproximar do entendimento da ocorrência de ativismo judicial. Veja-se que neste outro sistema, a decisão judicial, torna-se um precedente com poder de vincular as próximas hipóteses idênticas, assemelhando-se à edição de uma norma capaz de decidir as hipóteses idênticas que esta regulou.

Mesmo nesses países que adotaram o sistema *commom law*, não se pode imediatamente afirmar que as decisões judiciais que formaram precedentes, se tratam de identidade de ativismo judicial. Tomando-se por fundamento que tais decisões se deram com fundamentos constitucionais, obedecendo a princípios e direitos fundamentais, não se pode afirmar que há identidade com “criação” ou “inovação” advindos da decisão judicial, mas sim, que o sistema admite ao editar a norma específica da hipótese, se utilize de interpretação

⁶ NERY JUNIOR, Nelson e ABBOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém In: Fredie Didier Jr et. alli. (org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 525 et seq.

e cumprimento a princípios constitucionais e direitos fundamentais, que muitas das vezes, não se encontram expressos em textos normativos ordinários, para cumprimento imediato e mediante simples subsunção, mas que presentes no sistema, dependendo de uma construção e interpretação advinda do magistrado em face às especificidades do caso concreto.

Identifica-se nos sistemas de *commom law*, que a decisão judicial, desempenha dupla função, enquanto para as partes, forma-se a coisa julgada, de outro lado, tem-se também a formação do precedente. Nesse sentido, é o entendimento de Edward D. Re, e ainda acresce que no *commom law*, “um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro”⁷. No sistema *civil law*, como no Brasil, algumas hipóteses formam as súmulas vinculantes, que atuam semelhantemente aos precedentes, enquanto não modificadas. Mas, seja numa hipótese ou outra, a possibilidade da dupla função da decisão judicial, por si só, não caracteriza a presença do ativismo judicial, tendo-se por referência, as bases legais que fundamentaram a decisão.

Ao que se apresenta, ainda que se reconheça algum caráter criativo normativo a certas decisões judiciais, deve-se centrar a observação no fundamento que se sobressai na decisão, se este resulta da observância de atos normativos preexistentes, e assim identificado, não se pode caracterizar o ativismo judicial. Neste sentido, Elival da Silva Ramos, destaca a característica de sobressair “o aspecto da observância de atos normativos previamente editados”⁸.

Tratando da análise nos sistemas de *civil law*, René David traz uma ilustração clarividente ao dizer: “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito

⁷ RE, Edward D. Stare decisis, in: Revista de informação legislativa, trad. Ellen Gracie Northfleet, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994, p. 282. “A compreensão de que, no sistema do *commom law*, uma decisão judicial desempenha dupla função é fundamental para nossa análise. A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res iudicata*, as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema do *commom law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente. A doutrina cuja formulação é *stare decisis et non quiescit movere* (mantenha-se a decisão e não se distorça o que foi decidido) tem raízes na orientação do *commom law*, segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira.”

⁸ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos, São Paulo : Saraiva, 2010, p. 104/105. “Se tomarmos o conceito de fontes formais do direito, qual seja, compreendendo o conjunto de atos a que o ordenamento jurídico atribuiu força normativa, com eficácia vinculante direta sobre a conduta dos sujeitos de direito e sobre os órgãos públicos incumbidos oficialmente da solução de controvérsias (jurisdição judiciária ou administrativa), há que se recusar às decisões judiciais o caráter de fonte em sistemas da família romano-germânica, ressalvadas algumas exceções²⁴³. Essa exclusão em nada afeta o poder limitado de criação normativa que se reconhece, hodiernamente, às decisões judiciais, pois o que importa é que nelas sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos (tal qual sucede com um contrato).”

pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”⁹.

Deflui do próprio sistema *civil law*, que este deva ser provido de disposições construídas pelo legislador, que venham a reger todas as relações possíveis. Adotando-se uma técnica interpretativa, restrita ao positivismo, será evidente a existência de diversas situações não abarcadas pelo regramento. A ocorrência de diversas hipóteses em que o magistrado encontre óbices de prolatar a decisão, valendo-se exclusivamente da simples aplicação da literalidade de texto normativo, pela via da subsunção, já foi exaustivamente comprovado que o magistrado não poderá decidir, ou a via será do mandado de injunção, isso logicamente, sem a utilização de outras técnicas decisórias que abordem, por exemplo, os princípios constitucionais e direitos fundamentais.

O inegável marco histórico da Segunda Guerra Mundial, deu especial contribuição, para a ênfase do respeito às normas constitucionais, seus princípios e essencialmente seus direitos fundamentais. Tratam-se de elementos que construídos diante de um quórum de pensadores, bem mais amplo que o da norma ordinária, e que não somente possuem o caráter de normatividade, podendo ser aplicados diretamente às hipóteses, mas que, também e essencialmente devem limitar os efeitos da norma específica, às suas disposições superiores.

O positivismo não é abandonado ou afastado, mas há a ocorrência de mais técnicas de interpretação que possibilitem a utilização das normas constitucionais, visando exatamente, o cumprimento sistemático, reconhecendo-se a normatividade ampla.

Poder-se-ia até mesmo, aventar a hipótese que diante de tantos tratados internacionais e a própria inegável globalização, em que, ao decidir, seja imperioso reconhecer a dignidade da pessoa humana, fundamento esse que não raro, tem se feito presente com outros, em decisões colegiadas.

Entende-se que justamente pela utilização de novas técnicas decisórias, tem ocorrido um excesso ao se classificar decisões judiciais como pertencentes ao “ativismo”. A observação dos fatos, conduz à conclusão de NERY JUNIOR e ABOUD, quando utilizam a

⁹ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, 2. Ed. Bras. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 120.

expressão “poluição semântica”, para caracterizar o errôneo e exagerado uso do termo “ativismo”¹⁰.

Cumprido destacar que a atuação do Poder Judiciário, que possa ser objeto de identificação ou não, de ativismo judicial, se deu mediante a provocação do jurisdicionado, que necessitado do provimento, busca no poder competente, a prestação de uma tutela, que pode não estar clara e evidente em legislação, mas que decorra de pronta solução. Uma vez provocada a jurisdição, estando o magistrado diante de dúvida advinda exatamente pela inação do Legislativo, aquele não pode escusar-se de dirimir a questão, pois possui dever legal de resposta jurisdicional. Cabe indubitavelmente ao Judiciário, agir, e o fará, como nas palavras de Rennan Thamy, “decorrente da ideia de que nenhuma lesão ou ameaça ao direito será procedida sem a devida análise e apreciação por parte do Poder Judiciário”¹¹.

Há afirmações no sentido de que ao atuar de forma a se caracterizar o ativismo judicial, estar-se-ia diante de uma invasão da competência legislativa. Mas a esta, se contrapõe o dever de inafastabilidade da jurisdição, o dever de trazer solução possível dentro do ordenamento jurídico. A resultante dos polos que se opõem, é a evidente ocorrência da situação e que a solução remanescente cabe ao Judiciário.

Pode-se identificar até mesmo, que a ausência de disposição e previsão legal, se faz presente até mesmo, para se reconhecer a possibilidade de hipóteses não devidamente regulamentadas, de forma a prover solução adequada, sem que seja onerado excessivamente ao Judiciário por tal *mínus*. Acredita-se que não seja por falta de propostas acerca do tema, ou mesmo incapacidade do legislador, mas provavelmente e lamentavelmente, seja o que se evidencia, fundamentado na falta de coragem ao assumir a responsabilidade por temas que talvez venha a trazer impopularidade, ceifando votos preciosos.

Floresce a indagação: Como culpar por invasão de competência de poder, exatamente diante da falta de cumprimento do dever de um dos poderes e outro lhe supre a omissão? Parece mais acertado, lhe prestar um agradecimento e diligentemente promover a solução legislada para a hipótese, objeto da decisão, a qual se indica caracterizar ativismo judicial.

¹⁰ Op. cit. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém, p. 527. “O termo ativismo tem sido empregado com verdadeira poluição semântica, ora descrevendo fenômenos distintos, ora sendo utilizado para legitimar decisões judiciais apenas em função do seu resultado.”

¹¹ THAMAY, Rennan Faria Krüger. A democracia efetivada através do processo civil, www.rennangrugerthamay.blogspot.com.br. Acessado em 25 de abril de 2016. Disponível em: <http://rennankrugerthamay.blogspot.com.br/2012/05/democracia-efetivada-atraves-do.html>.

No Supremo Tribunal Federal, há entendimento de que ocorre sim, por vezes, decisões com características de ativismo judicial, contudo, tal é feito, no sentido de dar cumprimento à Constituição Federal, em razão do legislador não ter previsto o cumprimento de direitos assegurados na Carta Magna. Em 23 de abril de 2008, na sessão solene da posse do Presidente e Vice-Presidente, do Supremo Tribunal Federal, o Sr. Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu discurso, refere-se expressamente a eventual ativismo judicial, como resultante a criação positiva jurisprudencial do direito, pela necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição¹².

Não é sempre que se pode associar a expressão ativismo judicial, a abusos ou excessos cometidos pelos magistrados. Como se denota das hipóteses em que não há disposição legal ordinária capaz de albergar certas situações, e que uma vez submetidas ao judiciário, identifica-se que há proteção constitucional ainda que derivada ou consequente de certos direitos, mister que sejam assegurados os direitos correlatos à hipótese. Ocorre que em tais casos, uma vez construída e demonstrada a fundamentação seja em princípios ou por decorrência de direitos constitucionais, mas que não expressamente regulamentados, ainda assim, coloca-se em questionamento, se seria adequado denominar tal atuação de ativismo judicial, posto que na verdade, não ocorreu a criação de um direito em si, mas que existente, e não devidamente regulamento, nem por isso, está impossibilitado de se efetivar. Há que se admitir que o uso da expressão deve ser feito com a devida ressalva, até mesmo de sua extensão.

¹² MELLO, Celso de. Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Presidente ; Ministro Antonio Cezar Peluzo, Vice-Presidente: sessão realizada em 23 de abril de 2008. In www.stf.jus.br . Acessado em 25/04/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/biblioteca/pesquisarBibliotecaDigital.asp> - “**Nem se censure eventual ativismo judicial** exercido por esta Suprema Corte, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam** esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, **de que resulta** uma positiva criação jurisprudencial do direito, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. **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. **Práticas de ativismo judicial**, Senhor Presidente, **embora** moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos **por expressa determinação** do próprio estatuto constitucional, **ainda mais se se tiver presente** que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, **não pode reduzir-se** a uma posição de pura passividade.” p. 25.

O uso da expressão ativismo judicial, por vezes, chega a ser associado a excessos dos magistrados¹³, demonstrando que o uso da expressão de forma ampla, e nela se incluindo as hipóteses de que o direito se encontra ainda que derivado de algum princípio constitucional, pode representar uma imprecisão conceitual, eis que nesta hipótese não há uma inovação ou criação de direito, mas sim, que por força de uma interpretação, deu-se efetividade a tal direito.

É inegável que o período que se sucedeu após a Segunda Guerra Mundial, representa um marco na mudança do pensamento jurídico, de forma que, não se faz sustentar o formato de decisão fundamentado restritivamente no positivismo, onde, a prestação da jurisdição se dava no paradigma da subsunção¹⁴. Atualmente, e com ênfase ao que tem ocorrido no Brasil, o pensamento jurídico e a forma de interpretar, não mais se sujeitam exclusivamente à técnica da subsunção, mas valem-se de elementos vários, capazes de albergar os princípios e direitos que a exemplo, presentes na Constituição Federal, que não totalmente regulamentados por legislação ordinária, mas que possíveis de se determinar aplicabilidade por força da decisão judicial. Nesse sentido, a atividade judicial na busca do justo, é também criadora^{15 16}.

Deve-se reconhecer que ainda que de forma que possa ser objeto de críticas, a atividade jurisdicional que dá efetividade a direitos ainda que não regulamentados ordinariamente, é um meio que tem trazido satisfação às expectativas dos titulares desses direitos.

Circunscrevendo-se aos limites do julgamento da ADF nº 54/DF, verifica-se que houve posicionamento de Ministro do Supremo Tribunal Federal, se pronunciando inclusive, por entender a exteriorização de atividade legislativa, na medida em que se estaria criando norma legal. Neste entendimento sustentou o Ministro Ricardo Lewandowski ao entender que

¹³ SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Ativismo judicial e concretização dos direitos sociais, In Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.17, n.25, 2013, pp. 337-371 - “Ao falar sobre os excessos cometidos pelos juízes no exercício de suas funções, usualmente a tais abusos é associada a expressão ‘ativismo judicial’ para designar sua postura.” P. 356

¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 178 – “segundo um esquema intencionalmente metódico da lógico-dedutiva aplicação das normas legais, e o juiz como operador impessoal, anônimo e fungível dessa aplicação”, p. 178.

¹⁵ Neste sentido: LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 5a ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 79 – “decisão judicial é uma atividade criadora, dirigida pelo conhecimento”

¹⁶ CASTANHEIRA NEVES. Op. cit. p. 193 – “judicativo-decisória realização do direito mediante o apelo a critérios normativos extralegais e em termo com fundamento na sua autônoma e pessoalmente responsável procura do justo”

se trata a questão, de inovação no ordenamento normativo¹⁷. Este Ministro, juntamente com o Ministro Cezar Peluso, foram votos vencidos acerca da improcedência.

Algo que pode sinalizar para uma grande preocupação e que merece especial destaque, é que neste caso específico, o Supremo Tribunal Federal, culminou por tornar genérico e *erga omnes*, que todo diagnóstico de anencefalia, permite a intervenção médica, para extirpar ser vivente no útero da mãe, sem que seja, tal conduta a prática de crime. Essa possibilidade, no passado, se sujeitava a processo judicial para comprovar não só a hipótese em si, mas também, analisava-se cada caso especificamente, com relação a diversos fatores, como, o resultado da perícia, risco à gestante, o tipo de vida existente no feto, as possibilidades após a interrupção ou continuidade da gestação, enfim, diversos fatores, que de personalíssimos, foram substituídos pela disposição geral e permissiva. Entende-se que este seja um ponto nevrálgico que leva a indagações relacionadas a ativismo judicial – a inovação quanto a uma disposição geral vir a substituir aquilo que era objeto de cognição de decisão à vista de cada caso concreto e suas particularidades.

Sob o enfoque da extensão do entendimento a todos os casos futuros de anencefalia, de que a interrupção da gestação possa se dar mediante diagnóstico médico especializado, sem a necessidade de autorização judicial, tem-se, nesta ótica, que há uma inovação que não consta na legislação. Os artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, objetos de análise nesta ADPF, utilizam a palavra “aborto” para tratar da conduta tipificada, sendo que nas abordagens e manifestações no processo perante o Supremo Tribunal Federal, notadamente, as que se revelaram favoráveis à decisão obtida, estas se utilizaram da expressão “interrupção da gestação”, obviamente buscando trazer diferenciação à hipótese, o que não afasta a identificação do ato de se interromper a continuidade da vida num feto. Mas ainda, que se dê razão à nova expressão representando outra situação diversa, também assim, se identifica uma construção em direito, outrora inexistente, e esta por sua vez, estendendo uma permissividade.

4. A expectativa dos titulares de direitos na ADPF nº 54/DF.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 245 – Destarte, não é lícito ao mais alto órgão julgante 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.

Um dos temas que tem recebido bastante atenção ultimamente, trata da identificação da expectativa dos titulares de direitos, em relação às decisões jurisdicionais. Apesar de que tal anseio pela satisfação não ser preocupação própria do Judiciário, que deve se ater à consecução do direito, havendo até hipóteses de decisões contra majoritárias, ainda assim, tem se descortinado que tal preocupação existe.

Com relação ao julgado da Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental nº 54/DF, a análise de tal expectativa se mostra relevante, na medida em que se admite a possibilidade de identificar eventual ativismo judicial, o que passa a atrair mais as atenções dos titulares de direito, eis que esta característica se mostra como algo inovador que nasce da decisão, diferentemente de hipóteses baseadas na aplicação de norma já positivada, ainda que com interpretações extensivas, identificando-se assim, que ocorre no ativismo judicial a inovação. Depreende-se do processo da ADPF nº 54/DF, que apesar de não expresso, ocorreu uma certa preocupação com a expectativa dos titulares do direito, o que pode se comprovar com a própria disponibilização de consultas populares.

Por também se tratar de inovação em termos de direitos e deveres, no processo legislativo, a vontade e as expectativas do povo se fazem representadas pelos parlamentares, que devem avaliar continuamente a correspondência entre seus atos e as expectativas neles depositadas. Analogamente, quando se está diante de alguma inovação em termos de direitos e deveres, ainda que advinda do Judiciário, a expectativa dos titulares de tais direitos, é também, por demais relevante. Tem-se ainda, que uma vez demonstrado que os interesses dos titulares dos direitos, foram atendidos de alguma forma, tem-se acrescido, também este fundamento de satisfação de interesses, ao resultado alcançado.

Diz-se com segurança, que os destinatários dos direitos, são todas as pessoas que participam de determinado sistema jurídico. Assim, no caso da Constituição Federal do Brasil, esta tem por destinatários toda e qualquer pessoa que tenha por sua condição ou relação, legitimidade para pleitear ou se defender perante qualquer dos órgãos do Judiciário, abrangendo-se assim, um grupo maior do que aquele descrito no *caput* do Art. 5º da Constituição Federal, a exemplo dessa amplitude: determinada obrigação, envolvendo também, residente fora do País, a qual se sujeitará também às disposições de todo o ordenamento brasileiro. Outro exemplo da amplitude desses destinatários, diz respeito às disposições do Art. 1º da Constituição Federal, identificando-se que há em seus incisos, fundamentos que abrangem até mesmo a harmonia internacional, não se admitindo o

isolamento da nação e a prática de violação a tais fundamentos, sem que se possa reconhecer que destinatários externos estejam sofrendo violações de direitos.

Reconhecendo-se a constatação supra, a expectativa dos titulares de direitos, abrange de forma globalizada, todos as pessoas da Terra, como aquele que, ainda que indiretamente, possa ser titular de direito perante o ordenamento brasileiro. Assim, diante de tamanha amplitude, há que se esperar que a demonstração de satisfação aos interesses e expectativas, não possa advir comprovado por apenas algumas pessoas ou representantes de alguns grupos, mas sim, deve-se atender a um interesse amplo, ainda que daqueles que não se fizeram representar, onde nesse caso, o julgador deverá se valer de hermenêutica capaz de alcançar maior amplitude de interesses, de forma a buscar fundamentação.

Para adequada aferição da satisfação dos interesses dos titulares de direitos, imprescindível que o círculo de abrangência da discussão seja amplo, e de igual amplitude a extensão do círculo de interessados. Qualquer restrição pode gerar descontentamento e também impossibilitar a manifestação de interessados, situações indesejáveis numa pesquisa, eis que podem comprometer os resultados. Outro fator importante na aferição dessa satisfação dos interesses, é que não se trata de buscar respostas vinculadas à satisfação aparente, obtida por resposta dos titulares de direitos, e tampouco diante de manifestações que exteriorizem a satisfação ou insatisfação. Acredita-se que a identificação de tais interesses se liga a um estudo onde se identifica inicialmente os direitos atingidos, seus consequentes benefícios e amplitude, bem como, os destinatários de tais direitos. Assim, apenas exemplificando em relação ao caso em análise, tem-se os vários direitos relacionados à gestante, como saúde, integridade física, risco à vida, liberdade individual, dentre outros que se derivam desses maiores grupos, e, de outro lado, tem-se em relação ao ser em gestação, que identificar seus direitos, semelhantemente aos citados para a gestante, e, tem-se ainda, que avaliar a sociedade como um todo, se seus direitos em maior amplitude estão sendo atingidos, a exemplo, a proteção à vida, à liberdade, à saúde, dentre outros, eis que tais direitos não exclusivamente individuais, mas coletivos.

Verifica-se que no caso vertente, ocorreu uma concentração de esforços em afirmar a inexistência vida no ser em gestação, baseando-se na probabilidade dele vir ou não a ser viável, após o nascimento. Parece no entanto, que não houve um nível adequado de cientificidade, para dizer com precisão, o que seria aquele ser no estado em que se encontra em gestação, se está vivo ou morto, sem adentrar em prognósticos, que se tratando de evento futuro, sequer pode-se afirmar o estado em que estará a evolução científica acerca da hipótese,

ao futuro, o que demonstra a imprecisão de prognósticos na hipótese. Acredita-se que a fundamentação a evento futuro, se sobreviverá após o nascimento e por quanto tempo, deixou de considerar o *status quo*, do ser em gestação, se esse ser vive ou não.

Sob o aspecto dos direitos que se destinam ao ser em gestação e a satisfação de seus interesses, verifica-se que, não houve sequer a possibilidade de identificar e discutir seus direitos, uma vez que adentrou-se na hipótese futura de sua viabilidade ou não, sem se concentrar em seu *status quo*, a imprecisão quanto ao futuro é total, diante de tema que diuturnamente é objeto de novos estudos e conhecimentos científicos ainda encobertos. Tem-se que o fato de se lastrear em hipótese futura, culminou-se por ignorar qual seria a forma de vida do ser em gestação, e este no estado de ser vivente, se lhe deve ou não ser assegurado o direito à vida. O uso de conjecturas, ainda que amparadas por algumas opiniões de profissionais da área, não possuem o mesmo nível cognitivo como de uma perícia ou parecer científico, respondendo-se a quesitos, a exemplo nesta hipótese, a indagação se o ser em gestação, está vivo ou morto. A importância desta resposta de forma precisa, identifica direito fundamental à vida, e este por sua vez, não está adstrito apenas à pessoa, mas também à coletividade. Uma vez que sequer fora considerada ou reconhecida a vida existente no anencéfalo em gestação, restou prejudicada a análise de atendimento a seus interesses, como destinatário de direitos e assim, identificando-se que não houve atendimento a qualquer de suas expectativas.

No tocante às expectativas da sociedade, como também destinatária de direitos, verifica-se que a consulta se deu a alguns seguimentos sociais, apresentando-se de amplitude mínima, seja em quantidade de segmentos, como também na forma de participação, que da forma como descrito no acórdão, não se apresenta efetiva, mas deficitária, eis que até mesmo o quórum dos ministros para oitiva e arguição foi insignificante. Também não se apresentou no acórdão, um estudo acerca do um dos direitos essenciais destinando-se à preservação da vida, até mesmo porque, como narrado anteriormente, presumiu-se pelas conjecturas, que o ser uterino, não possui vida, porque talvez não a exercerá ou gozará, após o nascimento. Assim, novamente o prognóstico atuou como se fosse uma prejudicial à análise.

Identificando-se a discordância dos seguimentos que se fizeram representar, e ainda, a ausência de consideração da hipótese de vida existente no ser intrauterino, o que prejudicou a análise do direito coletivo à vida, por tais circunstâncias, já se identifica que não houve atendimento aos interesses desses destinatários de direitos, representantes de seguimentos sociais interessados na preservação da vida intrauterina.

Quando se trata de identificar e avaliar a expectativa dos titulares dos direitos, é também imprescindível, o cuidado de se buscar técnicas que possam identificar a mera insatisfação com determinado resultado, da satisfação de determinado direito, mas de qualquer forma, técnicas utilizadas na pesquisa empírica, podem identificar diversos resultados com os dados coletados, cuja análise e conclusões não seriam possíveis em pesquisa restritivamente teórica e bibliográfica.

Em geral, as teses que adentram ao Supremo Tribunal Federal, são muito bem preparadas, imbuídas de uma *expertise*, podendo direcionar a discussão e análise por caminhos de fundo moral, político e religioso. Aliás, tal aconteceu no processo que discutiu a questão dos anencéfalos, sendo que nos votos dos ministros foi abordada até mesmo a questão do estado laico, e quanto às consultas, demonstra-se que realçou-se a fundamentação científica de que o anencéfalo seria inviável à vida extrauterina, ignorando conceituar que espécie de condição estaria o anencéfalo ainda dentro do útero, se ele é ser vivo ou morto.

No julgado abordado neste trabalho, identifica-se a presença de interesses alicerçados na moral e na cultura, o que justifica e determina que a consulta pública deveria ser ampla e com análise dos dados coletados, possibilitando diversas conclusões, sob pena da prevalência da vontade de alguns, onde sequer pode-se avaliar se minoritários.

Nesta hipótese vertente, a ausência de especificidade do texto normativo e até mesmo a ausência, deixam em aberto um campo que não está descoberto de regramento, mas que abrangido por normas sociais, como a moral. Kelsen afirmou que não somente a ciência jurídica se dedica ao conhecimento de normas sociais, mas também a moral e a disciplina da ética¹⁸. Portanto, em situações que o judiciário seja avocado para construir uma decisão que dependa da construção de norma diante da ausência de previsão legal, assim como, num regular processo legislativo, a abordagem da moral e da ética, são igualmente imprescindíveis, mormente se o campo por elas abordado e uma verdadeira cognição dependam da identificação da moral e ética vigentes, notadamente em relação aos destinatários dos direitos.

Ao abordar a própria avaliação de existência ou não de vida intrauterina do feto anencefálico, não se considerou a evolução científica na área médica, que ocorre

¹⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; tradução João Baptista Machado. 6a ed., São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 42 - "Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética."

diuturnamente a uma velocidade que não se pode acompanhar facilmente, onde tanto pode-se estar diante de uma cura iminente ou distante.

Há uma forma de se analisar os efeitos de determinada decisão, em que se abordam as consequências como fundamentos, o que não é raro, ser manejado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, com argumentos que abordem as consequências a virem ser geradas pelas decisões que exaram. Contudo, neste caso da ADPF nº54/DF, não se fez presente a análise consequencialista, acerca da extensão desse julgado, que chega mesmo a dar guarida ao fundamento de que a anencefalia seria moléstia incurável, ou mesmo, que esta, é um impeditivo intransponível à formação de um ser humano. Sem adentrar no conhecimento médico em específico, mas tão somente considerando a ciência, e sua notória capacidade evolutiva, comprovada ao longo dos tempos, com a realização de coisas que outrora não possíveis, o sejam na atualidade, deve-se *ad cautelam* afirmar: O futuro é um desconhecido! Os estudos e consequentes evoluções na área da medicina evidenciam que o muito que se tem para desvendar, pode ocorrer em tempo muito menor do que se imagina. Sob esse aspecto, puramente científico, restou ignorada pelo Acórdão, a possibilidade de que a evolução na área médica, acerca da anencefalia alcance resultados surpreendentes com possibilidades promissoras, enquanto que a vigência da decisão nesta ADPF, prossiga gerando efeitos irreversíveis.

Apesar de ter ocorrido a participação de segmentos religiosos, restou ausente qualquer estudo acerca dos fundamentos em que religiões se baseiam pela defesa da vida intrauterina. Também não se mostrou evidente se o ser intrauterino está vivo ou não, mas ao contrário, o foco se desviou para o momento após seu nascimento, se haverá sobrevivência ou não. A importância deste tema em particular, é de tamanha relevância, que poderá determinar o conceito de vida em si, quando ela se inicia, se está ou não vinculada ao nascimento com vida, conceito esse que vinculará a sociedade destinatária da norma. Não é necessário discorrer que as afirmações científicas existentes na atualidade, não podem se considerar definitivas, até mesmo em respeito aos novos conhecimentos vindouros. Nesse sentido, sem adentrar em qualquer conceito religioso, mas tão-somente com fundamento em texto disposto na Bíblia, há duas citações de autoria de Davi (1010-970 a.C.) – o rei judeu. Seguem as citações:

Salmo 139: 13, 16.

13. Pois tu me formaste o meu interior tu me teceste no seio de minha mãe.

16. Os teus olhos me viram a substância ainda informe, e no teu livro foram escritos todos os meus dias, quando nem um deles havia ainda.¹⁹

Essas referências comprovam que o entendimento que inspirou Davi, acerca do sentido de que a vida humana era conhecida desde a concepção – “substância ainda informe”. Trata-se de um fundamento que não pode ser simplesmente ignorado, com fundamentação em fato futuro – sobrevida extrauterina improvável! Sendo que até mesmo este fundamento se vincula ao futuro, na medida em que o conhecimento evoluirá. Assim, tal afirmação ou fundamento não se reveste de verdade absoluta.

Diante da fragilidade de cognição fundamentada em conhecimento que poderá se alterar com a evolução científica, não se pode afirmar que houve atendimento aos interesses dos titulares de direitos, sejam quais forem, em resposta à inegável e instintiva expectativa pela preservação da vida em si.

Conclusões

Os efeitos do julgados da ADPF nº 54/DF, impedem que o tema se sedimente com o resultado obtido. Não se trata da hipótese de se identificar ativismo judicial ou não, mas sim, quanto ao mérito da decisão.

No tocante a eventual benefício advindo de ativismo judicial, deve-se destacar que os direitos e seus respectivos titulares, não podem se quedar à inércia ou ineficiência do legislativo. Tampouco, a necessidade de se disciplinar direitos e obrigações, não pode restar impossível sob o óbice da atuação independente dos poderes.

Hipótese como a vertente, representa grande desafio ao Supremo Tribunal Federal, eis que além do mérito ser de difícil análise, ainda envolve questões de regramento social e moral, com grande dificuldade em se identificar a extensão dos destinatários dos direitos. Tudo isso, somando-se à necessidade de conhecimento científico e técnico alheio à área jurídica.

Especificamente nesta hipótese dos anencéfalos, que envolve diversos interesses, de diversos segmentos sociais, um excelente coadjuvante para enriquecimento da cognição seria o uso da pesquisa empírica, com imensa relevância para a identificação da vontade dos

¹⁹ Bíblia de estudo de Genebra. São Paulo e Barueri, Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999, p.716

destinatários dos direitos. Esta forma de pesquisa se encarregaria de ouvir diversas famílias que passaram pelo problema, anexando-se suas experiências; efetivar um levantamento de dados para análise de processos em que houve a busca de tutela jurisdicional e seus julgados; e ainda, a coleta de pareceres e respostas a quesitos de profissionais de saúde. Uma pesquisa de magnitude, gerida pelo Supremo Tribunal Federal, traria contribuições para uma cognição plena, e já com fundamentos para eventual aproveitamento pelo legislativo, caso entendesse por positivar algo a respeito.

Consultas públicas e intervenções como *amicus curiae*, representam uma forma de democratização do judiciário. Neste julgado, o Relator indeferiu a intervenção sob a forma de *amicus curiae*, vindo contudo a admitir a oitiva nas consultas populares, daqueles que não foram admitidos como *amicci curiae*. Evidenciou-se perda significativa com a inadmissão dos *amicci curiae*, eis que a manifestação que seria formal e por escrito, limitou-se ao momento da consulta popular, sendo que neste julgado, a participação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se fez representar adequadamente nas audiências. Também não se transpareceu qualquer relevância na atuação daqueles que tiveram indeferidas suas participação na forma de *amicci curiae*, que tenha influenciado na cognição e repercutido nas decisões. Exceto quanto à incisiva manifestação do Ministro Gilmar Mendes que entendeu pela indispensabilidade da participação de diversos seguimentos religiosos, não só por meio da audiência pública mas também na forma de *amicus curiae*, posto que se trata de “aprofundado conteúdo moral e ético”.²⁰

A experiência deste julgado, sem dúvida se refletirá na melhoria da técnica para admitir uma maior amplitude de participação junto ao judiciário, como também, na utilização de melhores técnicas para apuração e análise de dados advindos de consultas populares, tudo em prol de uma efetiva participação, expressando os interesses nos direitos em discussão, visando a amplitude da cognição.

Referências

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão da ADPF nº 54/DF. Voto do Ministro GILMAR MENDES. Supremo Tribunal Federal. P. 272/273. Acesso em 27/04/2016, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>

Bíblia de estudo de Genebra. São Paulo e Barueri, Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999, 1.728 p.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2. ed. bras. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 556 p.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; tradução João Baptista Machado. 6a ed., São Paulo : Martins Fontes, 1998

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 5a ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009

MELLO, Celso de. Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Presidente ; Ministro Antonio Cezar Peluzo, Vice-Presidente: sessão realizada em 23 de abril de 2008. In www.stf.jus.br . Acessado em 25/04/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/biblioteca/pesquisarBibliotecaDigital.asp>> pp. 18-37.

NERY JUNIOR, Nelson e ABBOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém In: Fredie Didier Jr et. alli. (org.). Ativismo Judicial e Garantismo Processual, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 525 et seq.

NEVES, Marcelo. A falácia dos dados e da quantidade: a importância da dimensão qualitativa na pesquisa em direito, in Pesquisa empírica em direito / Coordenação e organização: Alexandre dos Santos Cunha e Paulo Eduardo Alves da Silva – Rio de Janeiro : Ipea, 2013, 428 p.

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

RE, Edward D. Stare decisis, in: Revista de informação legislativa, trad. Ellen Gracie Northfleet, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Ativismo judicial e concretização dos direitos sociais, In Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.17, n.25, 2013, pp. 337-371

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão da ADPF nº 54/DF. Acesso em 27/04/2016, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>

THAMAY, Rennan Faria Krüger. A democracia efetivada através do processo civil, www.rennangrugerthamay.blogspot.com.br . Acessado em 25 de abril de 2016. Disponível

em: <<http://rennankrugerthamay.blogspot.com.br/2012/05/democracia-efetivada-atraves-do.html>>