

O STF COMO LEGISLADOR POSITIVO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANALISANDO OS ARGUMENTOS DOS MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI E LUÍS ROBERTO BARROSO NA ADPF 54

João Cláudio Carneiro de Carvalho¹

Bárbara Barbarella Queiroz Bezerra²

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

Este artigo problematiza a legitimidade do STF para de agir como legislador positivo. O ponto de partida foram os votos da ADPF 54. A APDF trata da descriminalização do aborto de feto anencefálico. O STF agiu como legislador positivo objetivando que direitos fundamentas fossem garantidos. Para realizar o trabalho, foi realizada uma análise retórica dos votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso, escolhidos estrategicamente exatamente porque seus votos foram divergentes. Serão verificados os argumentos invocados em cada discurso para se tentar entender qual estrutura lógica e retórica foi utilizada por cada ministro no respectivo voto.

PALAVRAS-CHAVES

Supremo Tribunal Federal, Legislador Positivo, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This article discusses about the legitimacy of the Supreme Court as a positive legislator. The starting point were the votes of ADPF 54. APDF deals with the decriminalization of anencephalic fetus abortion. The Supreme Court acted as a positive legislator aiming to fundamental rights were guaranteed. To carry out the work, a rhetorical analysis of the votes of Ministers Ricardo Lewandowski and Luis Roberto Barroso was held strategically chosen precisely because their votes were divided. The arguments put forward will be checked in every speech to try to understand what logic and rhetorical structure was used by each minister in their vote.

KEYWORDS

Federal Supreme Court. Lawmaker Positive. Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO: CONTEXTO DA PROBLEMÁTICA – ADPF Nº 54

A relevância do presente estudo consiste na necessidade de se problematizar a legitimidade do Poder Judiciário para atuar na qualidade de legislador positivo. Tem-se como base o estudo do Princípio da Separação dos Poderes, que prevê que os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) atuem de forma separada, embora também atuem de forma independente e harmônica. Uma doutrina “pura” da separação dos poderes pode ser formulada da seguinte maneira: é essencial, para o estabelecimento e manutenção da liberdade política, que o governo seja dividido em três ramos ou departamentos: o legislativo, o executivo e o judiciário. Para cada um destes ramos há uma função governamental identificável correspondente: legislativa, executiva ou judicial.

De acordo com Lenza, essa teoria que afirmava a separação pura e absoluta tem sido atenuada:

Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta dos mesmos. Dessa forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes a ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). (LENZA, 2010, p. 398).

O Poder Judiciário possui a função típica jurisdicional, apesar de agir de forma atípica, como quando age como legislador positivo em casos bastante raros e nos es-

treitos limites estabelecidos pela Constituição. Frente à omissão do Congresso Nacional (Poder Legislativo) com relação à preservação de alguns Direitos Fundamentais, o Supremo vem se posicionando pela necessidade de garanti-los da forma que lhe é possível fazê-lo. O caso que será objeto de estudo deste trabalho e utilizado como “pano de fundo”, “contexto” do debate é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que trata do aborto de anencefálicos, explicado com mais detalhe posteriormente.

Como coloca Gilmar Mendes (2007, p. 151):

É, em tese, possível o controle jurisdicional das opções legislativas de concretização desses direitos, tomando as próprias normas constitucionais que os preveem como parâmetro. Esse controle, entretanto, tende a ser restrito, sendo mais frequente na esfera da inconstitucionalidade por omissão.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu sobre temas que deveriam ser da alçada de outros poderes. Por vezes, o ativismo judicial tende a causar um desconforto na relação institucional entre os poderes, que deveria ser harmônica, independente e autônoma, segundo a Constituição.

O Supremo é a mais alta instância do poder judiciário brasileiro. Ele é híbrido e, portanto, procura agir como uma Suprema Corte (Tribunal de última instância), além de julgar outras questões além daquelas envolvendo matéria de controle de Constitucionalidade. Uma das ações hábeis à realização da verificação da Constitucionalidade das Leis e Normas em face da Constituição Federal é por meio do controle concentrado, em uma de suas espécies, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A ADPF é a ferramenta utilizada para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e sua decisão produz efeito *erga omnes* (contra todos) e vinculantes em relação aos demais órgãos do poder público. Como bem coloca Zulmar Fachin, não se trata de qualquer preceito constitucional, mas somente de preceito fundamental que incluam os Princípios Fundamentais:

A ADPF não cabe para evitar ou reparar lesão a qualquer preceito constitucional, mas tão somente a preceito fundamental. A lei não diz quais são os preceitos fundamentais, deixando a tarefa para a doutrina. Podem ser compreendidos como fundamentais, dentre outros, os preceitos relativos às seguintes matérias constitucionais: a) os princípios fundamentais (arts. 1.o a 4.o). (FACHIN, 2013, p. 176).

A ADPF 54 colocou em questão a liberdade da mulher com relação ao aborto de anencefálicos (má formação da massa encefálica – “ausência de cérebro”), usando como argumentos a mitigação de Direitos Fundamentais como o direito à vida e o direito à integridade física combinados com o Princípio da Dignidade Humana. Essa decisão garantiu no Brasil a interrupção terapêutica da gravidez de feto anencefálico. A questão colocada aqui diz respeito aos argumentos apresentados por ministros do Supremo Tribunal Federal que procuram justificar a legitimidade construída para – e pelo – STF para agir na qualidade de legislador positivo, uma espécie de **autolegitimação**. Nesse sentido, afirmou Gilmar Mendes (1999): “Não se pode fechar os olhos para o papel desempenhado atualmente pelo STF em relação ao Controle de Constitucionalidade, e ao poder de criar leis indireto do Judiciário”.

Este artigo problematiza a eventual ofensa ao Princípio da “Separação dos poderes” pelo Supremo Tribunal Federal. Tendo como base de estudo o voto do ministro Ricardo Lewandowski na votação da ADPF nº 54 por ter sido um dos votos contra o projeto colocado em votação, em contraposição aos argumentos do Ministro Luís Roberto Barroso sobre o tema, por ter sido quem atuou como procurador na ADPF; fazendo ainda uma análise retórica dos textos (= votos dos ministros), entende-se que é possível reconstruir o raciocínio dos juristas capaz de sustentar a prerrogativa de legislar positivamente do Supremo.

2 LEGITIMIDADE PARA O STF AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 54), pleiteando que o tribunal conferisse ao Código Penal uma interpretação conforme a Constituição, e declarasse que o aborto de fetos anencefálicos não é crime. A decisão proferida pelo Supremo foi favorável. Muitos ministros levaram em consideração que o feto anencefálico é considerado pela medicina um natimorto cerebral. Afirmaram ainda que não se trate de uma obrigação ou de um dever da mulher interromper a gestação, tratando-se de uma faculdade à prática da cessação da gestação, a depender da vontade da grávida.

A propósito, entende-se feto anencefálico: “Por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais) (DINIZ, 2001, p. 281).

Por maioria dos votos, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido veiculado na ADPF 54, em que contabilizavam 8 (oito) votos a favor e 2 (dois) votos contra. Um dos votos contra foi o do Ministro Ricardo Lewandowski. Lewan-

dowski votou pela improcedência exatamente por entender que o STF não teria legitimidade para decidir o caso; legitimidade essa que seria do Congresso Nacional por meio de lei.

Lewandowski (2012):

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Em contrapartida, o Barroso enfrentou essa questão ao dizer que a vida em democracia é feita pelo processo político majoritário, que fica a cargo do Congresso, e pela proteção e promoção aos direitos fundamentais via Constituição e Supremo Tribunal Federal. Quando esse processo majoritário funciona de maneira satisfatória, a jurisdição constitucional recua, porém quando esse processo não funciona ou enfrenta dificuldades para votar determinadas matérias, o STF tem seu papel ampliado.

É interessante observar, também, três aspectos importantes na postura retórica contidas nos discursos em questão. Segundo Aristóteles, existem três aspectos fundamentais na persuasão; são eles: o *ethos*, *opathos* e *ologos*. *Ethos* seriam as características do orador que podem ou não influenciar na persuasão, a pessoa que se expressa; *Pathos* seria o apelo emocional, as manifestações físicas e emocionais para atingir o público alvo; e *Logos* seria a lógica da apresentação usada pelo orador, o convencimento de sua “tese”.

Portanto, fazendo uma breve análise daquilo que seriam os *Ethos*, *Logos* e *Pathos* do discurso do Lewandowski e do Barroso, é possível perceber se há uma relação entre a argumentação utilizada com o cargo que exercem na composição do Supremo Tribunal Federal. Parte-se do pressuposto que todos os argumentos são válidos, embora o *Ethos* de cada um influencie o modelo teórico de raciocínio dos ministros.

A Constituição Federal deixa claro que os três poderes da União são “independentes e harmônicos entre si”, e ainda fixa a separação dos poderes, que é cláusula pétrea. Entende-se que é possível a atividade do Judiciário de agir como legislador negativo, exatamente na defesa da Constituição: conferindo a possibilidade deste órgão agir, afastando do ordenamento jurídico as leis que vão de encontro com a Constituição; e faz isso quando estabelece que sua guarda cabe, em última análise, ao Supremo Tribunal Federal.

Não faz parte das atribuições do Poder Judiciário a prerrogativa de criar leis, pois estaria atuando como Legislador Positivo. Cabe somente a Judiciário aplicar as leis ao caso concreto. No plano ideal, a criação de leis é atividade típica do Poder Legislativo.

Contudo, ao julgar precedente a ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal criou uma nova modalidade de antijuridicidade, a qual exclui a hipótese de aborto. Não há que se negar que o foro adequado para a análise desta questão é o Congresso Nacional que, entretanto, omitiu-se na apreciação da matéria. E a inércia do órgão de representação democrática abriu espaços à intervenção judicial, sob o argumento de que a proteção de direitos fundamentais é tarefa do Estado, nos termos do que preconiza o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Em razão disso, sob o manto da dignidade humana, o Judiciário está sendo cada vez mais incitado a intervir nas políticas públicas, tomando como fundamento a garantia e a efetividade dos direitos constitucionais, notadamente num ambiente contemporâneo em que a Constituição serve de refúgio para inúmeros argumentos de natureza axiológica e libertária (= neoconstitucionalismo)

Verifica-se que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, III, da CF de 1988, é o núcleo axiológico para a tutela jurídica, numa busca do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, CF).

3 ARGUMENTOS DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Enrique Ricardo Lewandowski formou-se em Ciências Políticas e Sociais pela Escola de Sociologia e Política de São Paulo (1971). Bacharelou-se também em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (1973). É Mestre (1980), Doutor (1982) e Livre-docente em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1994) (SUPREMO..., 2015).

É Professor Titular de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, depois de ser aprovado em concurso público de provas e títulos. Chefiou o Departamento de Direito do Estado (2004 a 2006) e coordenou o Curso de Mestrado em Direito Humanos daquela Faculdade (2005 a 2006) (SUPREMO..., 2015). Ele exerceu a advocacia (1974 a 1990), tendo sido Conselheiro da Ordem dos Advogados – Seção de São Paulo (1989 a 1990). Ingressou na magistratura como Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, pelo Quinto Constitucional da classe dos advogados (1990 a 1997) (SUPREMO..., 2015).

Tornou-se Ministro do Supremo Tribunal Federal, depois da nomeação do então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2006 a 2014). Lewandowski escreveu, dentre

outros, os livros: *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Participou da publicação: *A proteção dos direitos humanos na América Latina: o Pacto de San José da Costa Rica Revisto* (SUPREMO..., 2015), evidenciando forte influência e preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais.

Registra-se que o ministro ainda relatou os seguintes casos polêmicos: Cotas raciais no ensino público (ADPF 186 e RE 597.285), nos quais a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade do sistema de reserva de vagas nas universidades públicas com base em critério étnico-racial, bem como para estudantes egressos do ensino público; Proibição do Nepotismo (RE 579.951), em que o Supremo decidiu que a contratação de parentes de autoridades para ocuparem cargos públicos viola a Constituição Federal (SUPREMO..., 2015)

Em entrevista à Associação dos Magistrados do Estado de Goiás (ASMEGO) durante o XI Congresso Goiano da Magistratura ocorrido em Outubro de 2012, promovido pela ASMEGO, Lewandowski criticou o ativismo judicial, tema central do evento.

O ministro inicia a entrevista, afirmando a importância da discussão sobre o assunto, que seria “basicamente esse novo protagonismo que o Poder Judiciário tem nessa nossa sociedade contemporânea, no mundo contemporâneo” (LEWANDOWSKI, 2012).

Ainda na entrevista, ao ser questionado sobre a Justiça e o Judiciário, o Ministro levanta uma questão interessante, afirma que no mundo e ainda com mais evidência no Brasil, está havendo uma maior demanda por Justiça, cita ainda um sociólogo português, Boaventura, que fala sobre a busca do povo por justiça, segue o trecho da entrevista:

[...] registra-se um fenômeno interessante que aquele sociólogo português, Boaventura de Souza Santos, chama de ‘explosão de litigiosidade’, o povo busca os seus direitos na justiça desde a primeira instância até o Supremo Tribunal Federal. Então, independente das transmissões televisivas e mesmo radiofônicas, o povo busca se informar do que está acontecendo na justiça por outros meios, pelos jornais, muitas vezes – isto é comum no interior – quando há um julgamento importante; especialmente do júri; o povo corre aos fóruns para assistir de perto. (LEWANDOWSKI, 2012).

Em continuação à entrevista, ao ser questionado sobre o ativismo judicial e o protagonismo judicial, Lewandowski afirma que rejeita o termo “ativismo judicial” e explica o porquê: “ativismo significa uma espécie de ‘espontaneísmo’, ou seja, o Judiciário agir por conta própria, então nós sabemos que nenhum juiz e o judiciário

como um todo não age de ofício, só age quando provocado” (LEWNADOWSKI, 2012). Mais adiante, [ele] argumenta que diz ser mais apropriado, “protagonismo judicial”, ao invés de ativismo, pelo fato de o judiciário basear-se em uma Constituição “cidadã”, texto que possui como pilares Princípios, o que permite um maior espaço para movimentação do Poder Judiciário, exatamente por não estar mais tão preso a regras muito rígidas como as que se encontram nos Códigos tradicionais.

O Ministro afirma ainda que a distinção desses dois termos se faz necessária para que não se incorram no erro de achar que o Poder Judiciário se sobrepõe aos demais Poderes e conclui:

[...] isto não é verdade, nós estamos ampliando, digamos assim - mas dentro da nossa esfera de competência – o nosso espaço de atuação, exatamente porque nós nos baseamos em Princípios e nós procuramos alargar a esfera dos Direitos Fundamentais que estão consolidados na nossa Constituição. (LEWANDOWSKI, 2012)

Ao ser questionado sobre a postura dos juízes diante do ativismo judicial, expõe sua dura opinião ao afirmar que acredita que os juízes não devem se deixar levar pelo que ele chama de “canto da sereia de uma fama rápida, de uma fama midiática” (LEWANDOWSKI, 2012), e conclui dizendo que os juízes – ao decidirem – devem fundamentar segundo as L e a Constituição, independentemente dessa ampliação da esfera de atuação do Judiciário (LEWANDOWSKI, 2012).

Em relação à separação dos poderes, o Ministro se preocupou em evidenciar que a atual sociedade não é a mesma de quando a teoria da Separação dos Poderes – de Montesquieu (século XVIII) – foi concebida. Hoje ela estaria muito mais complexa. Ele assegura que essa teoria fazia dos juízes meros reprodutores da lei – daquilo que o Legislativo decidia – que o faziam de forma pura, simples e mecânica. Em seguida, afirma que os juízes – apesar de terem hoje uma atividade mais criadora, essa atividade não é irrestrita e tem limites que devem ser observados e obedecidos (LEWANDOWSKI, 2012).

Por fim, o Ministro é questionado sobre esses limites – então, de forma bem objetiva – ele afirma que são os limites estabelecidos na Constituição Federal, ou seja, são os limites dos demais Poderes (LEWANDOWSKI, 2012)

4 “DISCURSO” DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO ANTERIOR À ADPF 54

A princípio, faz-se necessária uma breve introdução da vida acadêmica do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, disponível em seu site. Bar-

roso formou-se em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) – 1980. É Mestre em Direito (1988-1989) pela *Yale Law School*, EUA; Livre-docente (1990) e Doutor em Direito Público pela UERJ (2008) (BARROSO, 2015)

Luís Roberto Barroso é Professor Titular da UERJ. Na graduação, ensinou o curso básico de Direito Constitucional. No mestrado-doutorado, ensina a disciplina Interpretação Constitucional. É, também, Professor Visitante da Universidade de Brasília (UnB), onde leciona no mestrado-doutorado a disciplina Direito Constitucional Contemporâneo. Com relação à sua atuação na advocacia privada, além do escritório do qual foi sócio, foi advogado responsável pela defesa no Supremo Tribunal Federal, em caráter *pro bono*, de causas como: legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, legitimidade da proibição do nepotismo, legitimidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos (BARROSO, 2015)

O jornalista e colunista Reinaldo Azevedo (2013), em um de seus textos *post* para a revista *Veja* on-line, fez duras críticas ao Ministro e sua opinião sobre o ativismo judicial. Nesse texto, Reinaldo faz referências a um livro e um artigo escritos pelo Barroso anteriores a sua nomeação como Ministro do Supremo e em seguida fez uma comparação a uma manifestação dele posterior a essa nomeação. Reinaldo coloca que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, escreveu um importante artigo sobre o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito, no qual evidencia a hegemonia da constituição e a eficácia irradiante dos valores acolhidos nos Princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, de acordo com os seguintes termos:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2005).

Reinaldo lembra ainda que quando o Ministro, indicado pela Presidente Dilma Rousseff, foi nomeado para ocupar uma vaga no Supremo Tribunal Federal já tinha

escrito também um livro de nome *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*, que traz por subtítulo “Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil”. O então ministro do Supremo, que passou por um ritual homologatório na casa, em um artigo de título *A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário* para uma revista de consultoria jurídica se manifestou da seguinte forma: “em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador. Apesar de algum grau de subversão ao princípio da separação de Poderes” (BARROSO, 2012). Já depois de indicado pela Presidente Dilma e antes da sabatina no Senado, Barroso afirmou em uma entrevista o seguinte:

Em uma democracia, decisão política deve tomar quem tem voto [...] O Judiciário deve ser deferente às escolhas feitas pelo legislador e às decisões da administração pública, a menos que – e aí, sim, se legitima a intervenção do Judiciário – essas decisões violem frontalmente a Constituição. Aí, sim, por exceção e não por regra, o Judiciário pode e deve intervir. (BARROSO, 2013)..

Porém, nesse livro Barroso (2012, p. 39) faz uma alusão a uma desilusão política/legislativa, argumentando que o Judiciário tomaria o seu lugar, diz ainda que “atores políticos” preferem que o Judiciário cuide de temas controvertidos como “aborto e direitos homossexuais”, como se de algum jeito o Congresso não tivesse se manifestado com relação a esses dois assuntos:

A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização.

A esse contexto ainda se soma o número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF. (BARROSO, 2012, p. 39).

Impende destacar que foi o Ministro Barroso quem patrocinou essas duas causas no Supremo. Que de certa forma, se contrapõe a opinião que ele defendeu em seu livro. Em outro trecho, ele faz uma crítica ao que seria o ativismo judicial, como segue:

A judicialização ampla, portanto, é um fato, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas, além dos casos já mencionados, envolveram a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgamentos atenderam a demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo. Registre-se, todavia, que apesar de sua importância e visibilidade, tais decisões ativistas representam antes a exceção do que a regra. A decisão do STF sobre as pesquisas com células-tronco, ao contrário do que muitas vezes se afirma, é um exemplo de autocontenção. O Tribunal se limitou a considerar constitucional a lei editada pelo Congresso. (BARROSO, 2012, p. 40).

Ao tomar como parâmetro a ADPF 54, é de se questionar se haveria mesmo essa lacuna no Código Penal com relação ao aborto de anencefálicos. O texto do doutor embute a ideia de que a representação parlamentar é deficiente. Apesar de considerar a atuação do Judiciário subversiva, ainda a considera, de certa forma, positiva. Pelo visto, Luís Roberto Barroso considera que o ativismo judicial pernicioso é aquele que trata de questões com as quais ele não concorda, mas o virtuoso é aquele que trata das questões que ele concorda.

5 VOTO E ARGUMENTAÇÃO DO MINISTRO LEWANDOWSKI

Destacam-se, tendo como base o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relevantes argumentos para fundamentar sua tese. Senão, vejamos. A princípio o Ministro começa demonstrando a tipificação penal que trata do aborto, especificando inclusive as únicas exceções previstas, que são “aborto necessário/terapêutico” que ocorre quando não há outro meio de salvar a vida para a gestante, e o “aborto sentimental”,

que guarda relação com a gravidez resultada de estupro – tipos caracterizados, respectivamente, nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal.

Em seguida, Lewandowski se preocupou em destacar que estudiosos criminalistas, como Celso Delmanto, apesar de criticarem o instituto do aborto necessário ou terapêutico, reconhecem que não dá legitimidade ao aborto chamado de “eugenésico”, ainda que a criança nasça com enfermidade ou deformidade incurável. Ou seja, o legislador não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez nessas circunstâncias, e ainda considerou imputável o aborto proposital de um feto com má formação.

Em seguida, o Ministro acrescenta que, no momento da promulgação do Código Penal ou de sua reforma que ocorreram em 1940 e 1984 respectivamente, havia métodos científicos suficientes para identificar eventuais degenerações fetais. Há que se falar ainda que diagnósticos de deformidades ou patologias fetais já estão à disposição da Medicina há muitas décadas.

Ao logo do seu voto, Lewandowski faz questão de destacar, e, em outras situações, evidenciar que, caso o Congresso Nacional – como “intérprete último da vontade soberana do povo” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 6) – considerando os tantos avanços na própria Medicina, tivesse interesse em alterar a legislação penal vigente para incluir a hipótese de aborto de feto anencefálico, poderia tê-lo feito. Mas até então os parlamentares não o teriam feito, como faz questão de destacar: “houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quando às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 6).

Na sequência, Lewandowski discute sobre a interpretação conforme a Constituição, e afirma que as normas legais ordinárias devem ser interpretadas, levando em consideração os princípios e regras abrigados no Texto Magno. Por esse motivo é que – em conformidade com o controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso – torna-se possível excluir do ordenamento jurídico uma norma que esteja em desconformidade com a Constituição.

Porém, tem o cuidado de lembrar a preservação do princípio básico da conservação das normas – “que deriva da presunção de constitucionalidade destas” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 8) – em que é desejável que seja feita uma interpretação conforme a Lei Maior, sem declará-las inconstitucionais; citando Konrad Hesse (1998, p. 71-72), que afirma: “uma lei não deve ser considerada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição”

Sem sombra de dúvidas ele se mostra a favor da interpretação conforme a Constituição e afirma que configura um método preferível à pura e simples declaração de inconstitucionalidade.

Porém, Lewandowski tem a cautela de deixar claro que existem limites a essa interpretação. Ela não pode ser feita de maneira irrestrita e de qualquer forma. Nesse sentido, citou a Escola de Exegese que, apesar de ter sido muito criticada, deixou-nos uma assertiva – ao ponto de vista dele – incontestável: “*In claris cessat interpretatio*” (SICHÉS, 1980, p. 199). Ou seja, quando a lei é clara não haveria espaço para a interpretação.

Em seguida, Lewandowski destaca as duas “barreiras intransponíveis” que a interpretação conforme a Constituição deve enfrentar, embora legítima e desejável, quais sejam: “de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 11).

Impende destacar que o Ministro ainda cita o constitucionalista e Ministro do Barroso, em que explica que o postulado da independência e harmonia entre os Poderes: “[...] ao lado do princípio da constitucionalidade dos atos do Poder Público, um e outro atuam como mecanismos de autolimitação do Poder Judiciário (judicial self-restraint)” (BARROSO, 2004, p. 192).

Barroso contra-argumentou que: “Deveras, foi ao Poder Legislativo, que tem o batismo de representação popular e não o Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais” (BARROSO, 2004, p. 192). Continua, dizendo que o Barroso, apoiado na lição de Gomes Canotilho, repisa que essa técnica hermenêutica “só é legítima quando existe um espaço de decisão”, não se admitindo uma *exegese contra legem* (BARROSO, 2004, p. 192). Na sequência, é categórico ao afirmar que:

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno. Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional. (LEWANDOWSKI, 2012, p. 12-13).

O Ministro, porém, não se esquivava de falar sobre o alcance que tem o tema, nem o ignora admitindo:

Não se ignora que o tema do aborto é extremamente controvertido, tanto aqui como alhures, tendo despertado as mais vivas discussões no mundo civilizado. Em alguns países, esse palpitante assunto é submetido a consultas populares; em outros, quando há espaço para tanto, é objeto de pronunciamentos judiciais, não raro sujeitos a intensas controvérsias. (LEWANDOWSKI, 2012, p. 13-14).

E observa, ainda, que tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam o mesmo Princípio da Dignidade Humana, guardando as respectivas posições.

O Ministro destaca mais um ponto importante – o tema em questão, como não poderia deixar de ser, também alcançou o nosso Parlamento. Que o mesmo encontra-se profundamente dividido, refletindo inclusive sobre a divisão da própria sociedade brasileira em torno da matéria. Encontram-se, inclusive, sob a análise dos Parlamentares dois projetos de lei, objetivando normatizar o assunto, que revelam sua complexidade, sobretudo nos aspectos técnicos, jurídicos e científicos, fazendo-os por esse motivo insuscetível de disciplina judicial.

Um deles, o PL nº 4403/2004, de autoria da Deputada Jandira Feghali, que acrescenta um inciso ao art. 128 do Código Penal para, segundo a ementa, “isentar de pena a prática de ‘aborto terapêutico’ em caso de anomalia do feto, incluindo o feto anencefálico, que implique a impossibilidade de vida extrauterina”, acha-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

O outro, a saber, o PL nº 50, de iniciativa do Senador Mozarildo Cavalcanti, também inclui um inciso no citado dispositivo do Codex Repressivo, com a seguinte redação: “Art. 128 [...] III – se o feto apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (art. 128, CP).

Lewandowski conclui, dizendo que o até aquele momento, os congressistas ainda não haviam chegado a uma solução de consenso e por esse motivo continuava em vigor o texto da legislação penal que não admite a ampliação das hipóteses de aborto se não as já previstas e mencionadas anteriormente. E, portanto, salienta que essa propositura – tarefa totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional, insiste – deveria continuar sob a apreciação tão somente do Congresso Nacional.

6 RAZÕES FINAIS E CONTRA-ARGUMENTAÇÕES DO MINISTRO BARROSO

O Ministro Luís Roberto Barroso em razões finais à ADPF 54 destacou aqueles que achou serem importantes argumentos para embasar sua opinião sobre a atuação

do STF nessa ADPF, além de outros argumentos que corroboram com sua tese para procedência do pedido pleiteado na ADPF.

As Razões Finais, na íntegra, encontram-se disponível no site do STF. Aqui será apresentada apenas uma análise dos principais pontos. Senão, vejamos.

A princípio o Ministro levanta a problemática histórica dos transtornos que as mulheres sofreram ao longo dos últimos anos com a gravidez de fetos anencefálicos e afirma que provavelmente a maioria delas tinha a vontade de não prosseguirem com a gestação, mas para fazê-lo seria necessária uma prévia autorização judicial. Acrescenta que o procedimento judicial que é exigido é além de complexo, demorado e oneroso e algumas mulheres, mulheres mais humildes, por exemplo, não teriam condições de fazer.

Em seguida, o Ministro informa que houve uma medida cautelar concedida monocraticamente pelo Relator daquela ação, contudo tal provimento foi revogado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte entendimento – “qualquer decisão dessa matéria deveria ter caráter definitivo” (BARROSO, 2012, p. 2). Teria sido, então, por esse motivo que na mesma sessão de julgamento, a Corte entendeu cabível a ADPF, sendo determinado seu processamento e julgamento de mérito.

Portanto, caberia ao Supremo Tribunal Federal pronunciar-se sobre as pretensões formuladas. Barroso apontou aquelas que seriam as pretensões formuladas:

a) como preceitos fundamentais violados: o art. 1º, IV (princípio da dignidade humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e o 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal; e b) como ato do Poder Público causador da lesão a tais preceitos: o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº2.848, de 7.12.1940), que tipificam o crime de aborto, sem contemplarem, expressamente, como exceção à incidência de tais normas, a hipótese de interrupção da gestação de feto anencefálico. (BARROSO, 2012, p. 3).

Nesse sentido, Barroso conclui, dizendo que é no sentido da interpretação conforme à Constituição dos citados dispositivos do Código Penal com a finalidade de declarar que eles não incidam no caso de interrupção terapêutica da gravidez de feto anencefálico. Para que a gestante possa fazê-lo sem depender de anterior autorização judicial (BARROSO, 2012, p. 3).

Em continuação, o Ministro Barroso faz uma breve introdução dos fundamentos jurídicos do pedido ajuizado, que seriam suficientes para legitimar a interrupção da

gravidez na situação já mencionada. Senão, vejamos: “atipicidade do fato, interpretação evolutiva do Código Penal e prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à saúde” (BARROSO, 2012, p. 5).

Em sua “interpretação a Constituição” afirma a “Antecipação terapêutica” não é aborto, pois o aborto estaria caracterizado pela interrupção da gravidez com morte do feto, e o feto anencefálico – segundo ele quis justificar – seria um feto sem potencialidade de vida extrauterina. Nesse sentido, faz uma comparação a previsão legal de doação de órgãos da pessoa que tem “morte encefálica”.

De certo que, como não poderia deixar de faltar, o Ministro quis corroborar sua tese com o princípio da dignidade da pessoa humana, que até o presente momento, pudemos observar que ela – segundo interpretação de cada um – caberia em qualquer dos lados/sentidos. Como ele mesmo coloca, o princípio da dignidade da pessoa humana é “que move o processo civilizatório em múltiplas dimensões” (BARROSO, 2012, p. 8) e é um princípio basilar em vários outros ramos como a religião e a filosofia.

Com relação à “Interpretação conforme a Constituição”, Barroso afirma que é a melhor solução para a situação, no sentido de que o pedido formulado exige que seja feita uma leitura das normas do Código Penal relacionadas ao crime de aborto sob a luz da Constituição. E, consciente das atividades que cabem ao Poder Judiciário, introduz:

Como se sabe, o conhecimento convencional é no sentido de que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, pode atuar como legislador negativo, declarando uma norma inconstitucional, mas não como legislador positivo, criando comando inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo – agindo como legislador negativo –, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria. (BARROSO, 2012, p. 11).

Porém, o Ministro afirma que essa visão tradicional precisa enfrentar e de adequar com as complexidades e particularidades da sociedade atual, e que de alguma forma já não subsiste em sua totalidade. E conclui dizendo que, para a presente ação, o debate já está superado (BARROSO, 2012, p. 11).

De forma bem objetiva o Ministro conclui, afirmando que se o Supremo Tribunal Federal conheceu a ação, ainda que por maioria dos votos, então significa que reconhecem tratar-se de uma questão de interpretação conforme a Constituição e não uma declaração de não-incidência do Código Penal a uma determinada situação, pois seria inconstitucional (BARROSO, 2012, p. 11-12).

7 *ETHOS* CONTRA *LOGOS*

Conforme foi possível verificar, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 que versou sobre a descriminalização do aborto de feto anencefálico, com a intenção de acrescentá-lo como uma das hipóteses de não-incidência do crime de aborto, contou com a aprovação pela maioria de oito votos contra dois.

Um desses votos contrários ao pedido feito foi o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que levantou a seguinte questão – tema principal deste artigo – o Supremo Tribunal Federal teria ou não legitimidade para dar provimento ao pleito discutido nessa ADPF. Por fim, o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta as suas Razões Finais, reiterando seus argumentos e contrapondo os argumentos contrários apresentados pelos outros Ministros ao longo da votação.

Ao considerar que o *Ethos* corresponde ao caráter do orador, às características que podem influenciar de alguma forma o discurso do orador – no processo de persuasão, como sua credibilidade, ou afinidade com o tema em questão. Ao fazer uma breve análise do *Ethos* do Ministro Ricardo Lewandowski, foi possível observar que o Ministro tem uma formação acadêmica e pessoal voltada para a proteção dos Direitos Fundamentais e aos preceitos fundamentais regidos pela Constituição Federal.

Na entrevista à Associação dos Magistrados do Estado de Goiás durante o XI Congresso Goiano da Magistratura em Outubro de 2012, o Lewandowski – ao ser várias vezes questionado sobre o ativismo judicial – manteve sua posição de que o ativismo no sentido de ser o “espontaneísmo” do Judiciário para agir por conta própria, seria um tipo de atividade inconstitucional já que ao Poder Judiciário caberia tão somente a atividade jurisdicional e no máximo a atividade de legislar negativamente.

Por diversas vezes o Ministro Ricardo Lewandowski se preocupa em evidenciar que o poder de “legislar” do Judiciário possui limites, que devem fundamentar suas decisões segundo as leis e a Constituição para que a sua esfera de competência não interfira e não invada a esfera do Poder Legislativo, que tem por atividade típica e principal a de legislar.

Em relação ao *Logos* que corresponde ao conteúdo do discurso, à lógica utilizada para o convencimento, a tese apresentada, o Lewandowski em seu voto contra a ADPF 54 não discutiu questões que foram discutidas por outros ministros como a tipicidade, antijuricidade, culpabilidade e punibilidade do fato; não discute questões também como o que para ele caracteriza a vida, nem se o conceito de vida biológico é o mesmo do conceito jurídico, mas não deixa de falar que acredita que o feto anencefálico tem vida intrauterina.

Com relação ao direito à vida não chega a dizer se é absoluto ou não, mas discute os direitos do nascituro, afirmando que os bens tutelados com a proibição do aborto são a saúde e dignidade humana do feto e que o direito tutela também a vida do feto anencefálico. Já com relação aos direitos da mulher o Ministro não discute, mas levante a interessante questão de que tantos os favoráveis quanto os contrários invocam o direito a dignidade humana.

O Lewandowski, ao falar sobre a interpretação evolutiva do Código Penal e da vontade do legislador, afirma que não se pode dizer que não havia métodos suficientes para identificar esse tipo de deficiência à época da criação e da modificação do Código Penal, e que o legislador – de modo explícito – não afastou a punibilidade desse tipo de aborto. E conclui – de forma bem objetiva – afirma que o Supremo Tribunal Federal não é legítimo para julgar essa ADPF e se preocupa com a possibilidade dessa decisão de abrir precedentes para a descriminalização de outras hipóteses de aborto em que o embrião teria pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina.

Como foi possível observar o Ministro Ricardo Lewandowski manteve sua posição contrária ao ativismo judicial na votação da ADPF 54, foi resolutivo em seus argumentos contrários à atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. Outras situações não foram estudadas nesse artigo, porém com relação a essa votação, o Lewandowski foi fiel às suas convicções e não se deixou levar pelo que ele chama de “encanto da sereia” que permite que o Poder Judiciário atue como Legislador, ferindo a sua esfera de atuação. Os motivos morais para sua posição também não foram discutidos e nem são objetos desse artigo, apenas a sua posição.

Ao analisar o *Ethos* do Ministro Luís Roberto Barroso, foi possível concluir que – apesar de ter uma formação direcionada para o Direito Constitucional Contemporâneo – o Ministro manteve a posição de que o Supremo Tribunal Federal teria legitimidade para julgar a APDF 54. Como mencionado anteriormente, antes de sua nomeação como Ministro do Supremo, escreveu um artigo sobre o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito, no qual trata da hegemonia da Constituição e da eficácia dos valores acolhidos pelos Princípios regidos na Constituição. E apesar de já ter feito fortes críticas ao ativismo judicial, parece se manifestar de forma diferente após sua nomeação como Ministro do Supremo.

Mesmo tendo sua posição contrária ao ativismo judicial como manifestou após ter sido indicado pela Presidente Dilma, em que afirma que o Judiciário pode intervir nas escolhas feitas pelos legisladores apenas se houver ofensa direta a Constituição (BARROSO, 2013), o Barroso após estar em posse do cargo de Ministro do Supremo, demonstrou-se mais flexível – manifesta-se de forma que poderia dizer “conveniente”. Como afirmou o jornalista Reinaldo Azevedo (2013), para o Ministro Barroso o ativismo judicial nocivo é aquele que trata de questões que ele não con-

corda e o ativismo justo é aquele que trata de questões que ele concorda. Senão, vejamos os argumentos utilizados em suas Razões Finais à ADPF 54.

Durante sua argumentação, Barroso não deixou de se preocupar com os Direitos das Mulheres, tendo-os como principal fundamento da sua tese – o que seria a outra face do direito a dignidade humana. Acredita que o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para julgar a ADPF 54 porque de outra forma os direitos das mulheres não estão sendo protegidos como deveria. Leva em consideração a complexidade do procedimento judicial que era utilizado anteriormente e afirma que o legislador, tendo a opção de fazê-lo, deixou de observar essa hipótese de aborto porque na época da promulgação e da modificação do Código Penal não teria suporte científico e tecnológico para fazer; tendo sido quem representou esse pleito frente ao Supremo, suscitou que fosse feita uma interpretação ao Código Penal conforme a Constituição, considerando ser a melhor opção para solucionar essa questão.

Apesar de saber – e afirmar durante sua tese – que ao Supremo Tribunal Federal compete apenas atuar como legislador negativo – o poder de retirar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais – afirma que não é o que acontece nesse caso, que seria apenas uma interpretação da vontade do legislador. Impende destacar que ele não leva em consideração que já há projetos no Congresso nesse sentido.

Conclui, dizendo que para corroborar com sua tese pelo fato de ter sido aprovada a ADPF 54 por maioria dos votos, significaria que o Supremo teria a legitimidade para julgá-la.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. 2005.

BARRETO, Ana Margarida. **Ethos, Logos, Pathos**. Disponível em: <<https://doisdedosdemarketing.wordpress.com/2013/03/28/ethos-pathos-e-logos/>> Acesso em: maio 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, Senado, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro. FORENSE, 2013.

FERNANDES, Bianca Stamato. **Jurisdição constitucional**. 2004.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo.Studi di teoria e metateoria del Diritto**, 1996.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010;

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Ativismo Judicial – Ricardo Lewandowski (STF)**. 2012. Disponível em: <<http://asmego.org.br/2012/10/30/em-video-um-pouco-do-que-foi-o-11o-congresso-goiano-da-magistratura/>>. Acesso em: fev. 2015;

LEWANDOWSKI, Ricardo. Íntegra do voto de divergência do ministro **Lewandowski na ADPF 54**. Disponível em: <<http://manhabusco.com.br/integra-do-voto-de-divergencia-do-ministro-lewandowski-na-adpf-54/>>. Acesso em: maio 2015.

MARTINS, Marianne Rios. **Os limites de atuação do poder judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª geração**. Disponível em: <http://www.mpgp.mp.br/portalweb/hp/2/docs/saude33-os_limites_de_atuacao_do_poder_judiciario_como_legislador_positivo.pdf>. Acesso em: ago. 2014.

MARTINS, Ricardo Muciato. A atuação do supremo tribunal federal no controle de constitucionalidade como legislador positivo e o princípio da proporcionalidade. Rev. Ciên. Jur. e Soc. da UNIPAR. Umuarama, v.11, n.1, jan-jun. 2008. p.25-44.

MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: algumas notas. **Revista Jurídica virtual**, ano 1. v.1, maio 1999. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm>. Acesso em: ago. 2014.

MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999.

SAMPAIO, Mauro. **Com Lewandowski, ativismo judicial só em “caráter excepcional”**. Política Real. A agência da política regional. Disponível em: <<http://>

www.politicareal.com.br/blogs/brasil-por-mauro-sampaio/538348/com-lewandowski-ativismo-judicial-so-em-carater-excepcional#.VWsTrc9Vikp. Acesso em: mar. 2015.

SCHULZE, Clenio Jair. **STF, aborto de anencéfalos, ADPF 54 e legislador positivo**. Abril 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21532/stf-aborto-de-fetos-anencefalos-adpf-54-e-legislador-positivo>>. Acesso em: ago. 2014.

SHRIVER, Eunice Kennedy. National Institute of Child Health and Human Development. **Maternal-Fetal Medicine Units Network**. Disponível em: <<https://mfmu.bsc.gwu.edu/>>. Acesso em: abr. 2015.

SICHÉS, Recaséns Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 3.ed. México: Porrúa, 1980.

SUPREMO Tribunal Federal – STF, DJ 15. abr.1988, **Rp 1417/DF**, Rel. Min. Moreira Alves.

SUPREMO Tribunal Federal – STF, DJ 16. fev.2001, **HC 79812/SP**, Rel. Min. Celso de Mello.

SUPREMO Tribunal Federal – STF, DJ 31. ago.2007, **ADPF-QO 54/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio.

Data do recebimento: 16 de Agosto de 2016

Data da avaliação: 17 de Agosto de 2016

Data de aceite: 18 de Agosto de 2016

-
1. Professor Titular III da Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE; Mestre e Doutor em Direito – UFPE; Especialista em Comércio Internacional – UFRPE e em Direito Público e Relações Sociais – UFPE; Advogado. E-mail: jclaudio2802@gmail.com
 2. Estudante do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Integrada de Pernambuco. E-mail: barbara.barbarella@carvalhoeandrade.adv.br