

CESREI – CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FARR – FACULDADE REINALDO RAMOS
BACHARELADO EM DIREITO

RODOLFO CLEMENTE RODRIGUES DE OLIVEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO EFETIVADOR DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS

CAMPINA GRANDE – PB

2017

RODOLFO CLEMENTE RODRIGUES DE OLIVEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL COMO EFETIVADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada como requisito para Conclusão do Curso de Direito da FARR/CESREI – Faculdade Reinaldo Ramos e obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a. MSc. Olívia Maria Cardoso Gomes

CAMPINA GRANDE – PB

2017

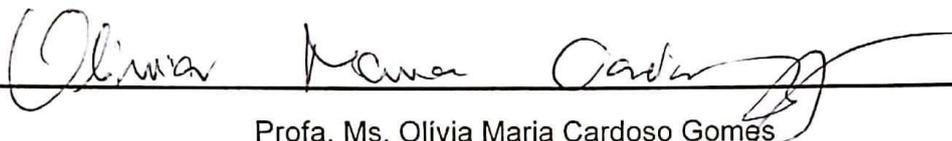
- O48a Oliveira, Rodolfo Clemente Rodrigues de.
O ativismo judicial como mecanismo efetivador de direitos fundamentais /
Rodolfo Clemente Rodrigues de Oliveira. – Campina Grande, 2017.
120 f.
- Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-
FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2017.
"Orientação: Profa. Ma. Olívia Maria Cardoso Gomes".
1. Direitos Fundamentais. 2. Ativismo Judicial. I. Gomes, Olívia Maria
Cardoso. II. Título.

RODOLFO CLEMENTE RODRIGUES DE OLIVEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO EFETIVADOR DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Aprovada em: 15 de Dezembro de 2017.

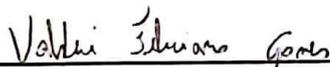
BANCA EXAMINADORA



Profa. Ms. Olívia Maria Cardoso Gomes

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

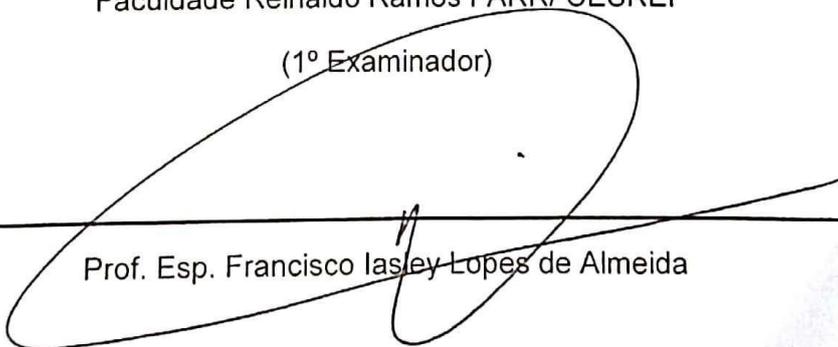
(Orientador)



Prof. Ms. Valdeci Feliciano Gomes

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



Prof. Esp. Franciscoasley Lopes de Almeida

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Aos meus amados pais por
estarem comigo em todos os
momentos de minha vida.

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, Meu Pai Celestial, base e estrutura do meu ser. Vivo hoje os sonhos d'Ele em minha vida. Agradeço por iluminar, conduzir e guiar os meus passos em todos os dias de minha vida.

Aos **meus pais**, Robson e Rosalma por terem dedicado cada minuto de suas existências ao meu bem estar e meu sucesso. Por todas as noites de sono perdidas cuidando de mim, por todos os ensinamentos e pela paciência nos meus momentos mais críticos.

A **minhas irmãs**, Kaline e Karina que não apenas torceram e torcem pelo meu sucesso como me deram a alegria de ser tio da minha amada Letícia e meu amado Alexandre a quem igualmente agradeço por representarem o amor de Deus para mim.

Aos **meus cunhados**, Jefferson e Alexandre por serem os melhores cunhados que alguém poderia ter e pelo apoio que sempre me deram.

A **minha tia** Marcia, minha segunda mãe, estimada tia a quem devo minha gratidão por me ajudar nos momentos mais difíceis, mulher de fibra sem a qual eu não teria chegado até aqui.

A **minha avó** Climéria Clemente, *in memoriam*, amada e querida que sempre batalhou pela boa educação de seus filhos, pelos ensinamentos até hoje propagados dos quais colho os mais belos frutos.

A **minha amada amiga** Larissa, após quase 15 anos de amizade permanecemos juntos provando que o tempo só leva o que não nos era permitido ter. Obrigado por caminhar comigo.

As **minhas queridas amigas** Italla e Mônica, parceiras de tantas aventuras nos horários vagos e nos sábados loucos de uma Pós-Graduação. A vocês que optaram por ficar e em mim confiar quando o mundo decidiu se afastar, todo o meu amor e carinho.

As **minhas queridas** Gabryella, Bruna e Inayara, meu trio de aventuras, viagens, risadas e choros conjuntos. Que os nossos vínculos permaneçam firmes na pedra da confiança que firmamos.

Ao **meu querido e estimado** Pedro Ícaro, que apareceu de forma inusitada na minha vida, obrigado por ter tido um papel tão fundamental e ter se tornado marco em uma nova “fase” da minha vida.

A **minha estimada amiga** Elizabeth Santos, a Beth, que caminha comigo de forma inusitada desde Outubro de 2016 e que, com as Graças de Deus, permanece firme em meu coração e em meu dia-a-dia, embora não tenhamos contatos físicos, a distância não torna frágil a amizade que Deus permitiu se formar.

A professora **Olívia**, estimada e amada orientadora que tanto me apoiou na minha jornada ao desenvolver esta pesquisa. Por se dispor nos momentos mais inusitados a me auxiliar e compartilhar do muito que sabe. Gratidão em sua mais pura definição é o que expresso neste momento. Meu carinho torna-se extensivo enquanto pessoa, mulher de fibra, grande sabedoria e senso de humanidade que um dia almejo alcançar.

Ao professor **Rodrigo Reül**, grande mestre que se fez presente durante boa parte de minha graduação, dispondo-se a me auxiliar, ainda que informalmente no desenvolvimento deste trabalho e me apoiando academicamente e nos mais inusitados momentos de minha vida pessoal. Obrigado ao mestre e amigo pelo relevante papel que exerce para mim.

Aos **professores** lasley Almeida, Vyrna Lopes e Caroline Bezerra, sem deméritos aos demais mestres que passaram por minha vida acadêmica, por relevante papel em minha formação. Que não apenas meus agradecimentos, mas também o carinho e admiração por figuras tão maravilhosas sejam registrados.

A **professora** Juaceli Lima minha grande incentivadora e apoiadora no desenvolvimento deste trabalho, apoio sem o qual não teria conseguido forças para chegar aonde cheguei.

A **banca** examinadora, Professores Valdeci Feliciano e lasley Almeida por estarem presentes em momento de tanta relevância em minha vida.

A todos **os professores** que compõem o corpo docente do curso de Direito da FARR/CESREI por todos os ensinamentos, risadas e puxões de orelha que me permitiram trilhar todo o caminho até aqui com toda a guerra que aprendi ter.

*“Só quero o mundo um pouco mais suave,
mais leal. Se for pra ter guerra então que
seja de amor. Mais sorriso, de verdade. E
mais gente transformando a vida pra
melhor.”*

Alok

RESUMO

Este trabalho acadêmico proporciona um estudo do mecanismo ativismo judicial, como também de sua formação e estruturação ordenamento jurídico brasileiro especialmente no que diz respeito a sua aplicabilidade enquanto garantidor de direitos fundamentais. Optou-se pelo tema por visualizar que o mecanismo ativismo judicial figura como relativamente recente nos debates jurídicos e dentro das instituições de ensino superior, sejam nas graduações ou pós-graduações em direito, em que pese se fazer presente nos julgamentos, sobretudo por meio do Supremo Tribunal Federal. A demonstração da evolução histórica de direitos humanos e do ativismo judicial se fez presente para possibilitar conexão com o tema da pesquisa. Valendo-se da análise doutrinária no que tangem aos aspectos conceituais do mecanismo, bem como na demonstração da essencialidade de direitos básicos inerentes ao ser humano, destacando de que forma estes julgamentos utilizados na pesquisa se mostraram eficazes ao preencher lacunas deixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo na propositura de normas positivadas (sejam normas infraconstitucionais ou mesmo de dimensão constitucional) adequadas e suficientes na tutela dos direitos fundamentais. Com enfoque em ações inerentes a determinados grupos de indivíduos que foram privados do usufruto de direitos básicos em razão de omissão ou vedação expressa da norma infraconstitucional ou constitucional quanto a permitir o gozo de direitos básicos. Valendo-se da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, por meio do método dedutivo na busca por verificar os aspectos inerentes ao ativismo judicial, identificando a relevância do fruto da presente pesquisa dentro do ordenamento jurídico pátrio. Com o ativismo judicial, determinados indivíduos que não enquadrados nas hipóteses ali elencadas passaram a usufruir de seus direitos, dispondo destes direitos, sobretudo quanto aqueles de ordem privada. Outras hipóteses como a atuação ativista da suprema corte brasileiro com vias a ampliar as proteções de determinados direitos fundamentais já consagrados, afastando indícios de inconstitucionalidade em determinados dispositivos legais, impedindo, assim, que a expectativa de gozo de direitos se sobreponha aos direitos daqueles já detentores destas garantias fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This academic work provides a study of the judicial activism, as well as its formation and structure inside the Brazilian legal order, especially with its applicability as guarantor of fundamental rights. The theme was chosen due to the debates of the judicial activism, being considered as relatively recent in legal debates in law schools, whether in graduation or post-graduation. Even though the judicial activism is present at trials, especially through the Federal Court of Justice. The demonstration of the historical evolution of human rights and judicial activism will be presented to enable a connection with the theme of this research. By using the doctrinal analysis on the conceptual aspects of the mechanism, as well as on the demonstration of the essentiality of basic rights inherent to the human being. Highlighting how these judgments used in the present research were effective in filling gaps left by the Executive and Legislative Power in proposing fair laws (whether infraconstitutional or even constitutional standards) adequate and sufficient to protect fundamental rights. Focusing on actions inherent to certain groups of individuals who have been deprived of the usufruct of basic rights, as a consequence of the omission or express prohibition contained in the infraconstitutional or constitutional laws to allow the enjoyment of basic rights. With judicial activism, certain individuals who are not included in the hypotheses listed were included on those lists of people able to enjoy fundamental rights, especially those of a private nature. Other hypotheses such as the activist activism of the Brazilian Supreme Court with ways to extend the protections of certain fundamental rights already enshrined, removing evidence of unconstitutionality in certain legal provisions, thus preventing the expectation of enjoyment of rights overlap the rights of those already detained these fundamental guarantees.

Key Words: Judicial Activism. Fundamental Rights. Federal Court Of Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação De Descumprimento de Preceito Fundamental

MIN. – Ministro

REL. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I	17
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
1.1 A EVOLUÇÃO DA TUTELA CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL	17
2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
CAPÍTULO II	43
3. O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL E A EXPANSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	43
3.1 A INÉRCIA DO EXECUTIVO E LEGISLATIVO NA TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	46
CAPÍTULO III	50
4. O PAPEL DO ATIVISMO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA APLICABILIDADE PELO STF	50
4.1 PET 3888/RR – A DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL	50
4.2 ADI 3510 - A PERMISSIBILIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO	54
4.3 ADI 4277 E ADPF 132/ RJ – A UNIÃO HOMOAFETIVA E SUA EQUIPARAÇÃO AOS CASAS HETEROAFETIVOS	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	68
ANEXOS ANEXO I – PET 3.888/RR	72
ANEXO II – ADI 3.510	98
ANEXO III – ADI 4277	117

INTRODUÇÃO

A pesquisa surge através do interesse de se analisar o ativismo judicial, mecanismo em processo de expansão no âmbito do judiciário internacional e, em análise mais recente, no território brasileiro como uma consequência das omissões dos poderes executivo e legislativo na elaboração de normas constitucionais e infraconstitucionais que possibilitem aos indivíduos o usufruto adequado de todas ou de parte das garantias constitucionais conferidas, especialmente, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Com isto, busca-se realizar uma análise do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo efetivador de direitos fundamentais de forma geral. A pesquisa não irá se abster de avaliar a medida em que princípios do direito constitucional, civil, administrativo, internacional e processual estão interligados ao foco da pesquisa. Desta forma, de que modo o ativismo judicial se fez presente dentro dos julgamentos através do Supremo Tribunal Federal que permitiu a interpretação deste mecanismo como meio de se garantir o efetivo cumprimento e postura em vigor de direitos considerados fundamentais?

A pesquisa buscará uma análise do mecanismo em questão, a sua relevância crescente e, com isto, identificar os meios utilizados pelo Poder Judiciário para suprir as necessidades básicas da população de forma justa, embora não abarcado por suas competências originárias, e de que modo este busca o atendimento de demandas inerentes aos direitos fundamentais dos indivíduos, buscando apontar de que forma o mecanismo ativismo judicial trouxe benefícios aos cidadãos em demandas específicas. A pesquisa não irá de afastar de buscar as razões principais de propositura das ações judiciais e se houve uma prestação eficaz de modo consensual dos direitos básico da população nas demandas em questão ou se o ativismo figurou como medida essencial face à evidente omissão estatal, ocasionando uma provocação do Poder Judiciário. Nesta hipótese, adotando princípios dos mais diversos, já que não pode se abster de apreciar o feito, excedendo a sua competência originária.

Tentar visualizar e pontuar as razões que tem levado ao conhecimento do judiciário demandas que discutem ou pleiteiam pontos dos direitos fundamentais,

hipótese em que será possível a conclusão pela essencialidade do ativismo judicial ou pelo seu uso exacerbado. O ativismo judicial tornou-se um mecanismo em constante abrangência em nosso ordenamento, especialmente no que tangem direitos fundamentais tais quais o direito à vida, igualdade de gênero, por exemplo. Importante salientar que a dignidade da pessoa humana figura como norteadora dos direitos fundamentais e sociais contidos em nosso ordenamento, por esta razão se analisa de forma abrangente os princípios em questão para possibilitar uma compreensão da existência e evolução de elementos e mecanismos judiciais como o ativismo.

Outra situação, como um todo, indica que as particularidades e especificidades de cada caso fático demonstram que, embora o Estado possua condições de atender as demandas de modo administrativo e consensual, as particularidades levam o indivíduo a tomar uma postura mais enérgica em função de diversos fatores que podem ser gerais e/ou individuais como, por exemplo, reações emocionais ou a privação no exercício de direitos. Portanto, é correto afirmar que os indivíduos tendem a buscar uma maior agilidade no atendimento de sua solicitação por ver-se em condição impotente frente à situação enfrentada, ocasionando na apresentação de demanda judicial como único meio cabível.

A omissão estatal, especialmente dos Poderes Legislativo e Executivo figura como foco desta pesquisa por ser a razão que acredita-se ser basilar inerente ao indivíduo na propositura de ações que busquem resguardar direitos fundamentais. Este aspecto deve ser visto com profunda atenção por seu impacto direto nas mais diversas áreas, sendo o primeiro o Poder Judiciário que possui uma infinita quantidade de processos pendentes de julgamento e apreciação e que ocupa-se com situações que, na maioria dos casos, poderia ter sua solução pelas vias consensuais. As apreciações destas ações judiciais demandam a movimentação da máquina pública com custas processuais, destinação de colaboradores auxiliares e uma demora ainda maior para desafogar e dar andamento aos processos já existentes mesmo já havendo uma destinação de recursos nos respectivos órgãos para solucionar e atender estes cidadãos com demandas das mais diversas, como as farmácias vinculadas ao governo os cartórios, dentre outras situações particulares.

Como objetivos desta pesquisa, busca-se identificar o papel do mecanismo ativismo judicial dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que as mudanças constitucionais são situações reais e constantes dentro deste, numa busca de acompanhar a sociedade em suas evoluções e adequações nos mais diversos aspectos, abrangendo, assim, previsões das mais diversas, incluindo direitos fundamentais. Analisar as sentenças judiciais que tenham, de alguma forma, se utilizado do ativismo judicial para a solução da demanda envolvendo os direitos fundamentais.

O Brasil figura no âmbito internacional dentro os poucos países que preveem em seu texto constitucional a tutela dos direitos fundamentais de forma explícita. Pelo seu caráter prolixo, ou seja, buscando abranger temas dos mais variados, deixando evidentes as responsabilidades estatais, reservando um espaço para direitos considerados fundamentais.

Mostrar hipóteses de judicialização oriundas da ausência de legislação que verse sobre o tema, o que, desta forma, ocasiona a necessidade do magistrado se valer de outros métodos para a solução da demanda judicial, o que se fará por meio da análise de sentenças e julgados. Identificar razões pelas quais a sociedade busca refúgio no Poder Judiciário para a efetivação e garantia de determinados direitos fundamentais, bem como analisar as sentenças mais notáveis e relevantes ao tema abordado na pesquisa em questão.

A pesquisa em questão possui um método dedutivo. Isto se dá em função da avaliação de processos judiciais já existentes e que, de algum modo, demonstrem a aplicabilidade do ativismo judicial em casos inerentes aos direitos fundamentais. Busca-se analisar de forma geral e específica o papel do ativismo judicial nestas ações.

A natureza aplicada da pesquisa busca identificar e evidenciar o papel do ativismo dentro de nosso ordenamento jurídico como meio garantidor dos direitos fundamentais ao analisar fatores sociais e jurídicos para a obtenção da sugestão de medidas que reduzam ou erradiquem o embate judicial para que deveriam ser fornecidas de forma administrativa e em conformidade com as previsões constitucionais.

A abordagem da pesquisa será qualitativa em razão da necessidade efetiva de buscar compreender as razões da judicialização sopesando os mais diversos aspectos objetivos inerentes ao tema ativismo judicial e a sua relevância dentro do tema principal desta pesquisa. As análises jurisprudenciais e doutrinárias mostram-se e figuram como medidas essenciais à elucidação e compreensão do ativismo judicial dentro das demandas de direitos fundamentais.

Sob o ponto de vista dos objetivos a pesquisa qualifica-se como exploratória em razão do ativismo judicial ser aspecto que necessita de definição e exemplificação dentro desta pesquisa, sendo este um instituto relativamente recente e ainda pouco conhecido dentro da sociedade; a pesquisa objetiva proporcionar maior familiaridade com a situação-problema apresentada, e em função das limitações habituais com o tema ativismo judicial, o levantamento bibliográfico e a análise de experiências reais com os fatos pesquisados. Assim, assume em geral a forma de pesquisa bibliográfica por meio dos estudos de caso.

Alguns procedimentos técnicos se farão presentes em suas individualidades, mas, primordialmente atuarão de forma complementar de um modo geral. A pesquisa bibliográfica é essencial sob o ponto de vista de que serão utilizados materiais já publicados, artigos, livros e periódicos, materiais disponibilizados em sítios eletrônicos que viabilizem a compreensão do tema ativismo judicial e da judicialização de direitos fundamentais de forma reflexa ou mesmo direta, sendo estes os focos da pesquisa. Não há que se falar, porém, num abandono total de outros procedimentos. A pesquisa experimental se fará presente uma vez que se determinará um objeto de estudo (ativismo judicial) selecionar-se-ão variáveis que o influenciam, a fim de definir as formas de controle e de observação dos efeitos produzidos no objeto, complementados pelo papel da técnica do levantamento de dados em conjunto com a ideia da avaliação das demandas pré-existentes.

CAPÍTULO I

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A EVOLUÇÃO DA TUTELA CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Os direitos fundamentais foram ampliados com o decorrer dos anos, especialmente evoluindo em conformidade com as mudanças contidas no âmbito constitucional que foram tratados de forma mais clara a partir da Constituição de 1988, trazendo, assim, a necessidade quanto a regulamentação infraconstitucional adequada que permita a execução das previsões constitucionais contidas, principalmente no artigo 5º da Constituição Federal e seus incisos.

A evolução da tutela constitucional dos direitos considerados fundamentais surge em consonância com a evolução da sociedade de uma forma geral, razão pela qual, as Cartas Magnas não poderiam, sob qualquer aspecto, se abster de tratar da matéria de forma apropriada e assim o tem feito, gradativamente.

Com a evidente evolução destes direitos tidos como fundamentais, surge também a necessidade de protegê-los de medidas arbitrárias com vias a suprimi-los ou alterá-los de forma prejudicial. Sob este aspecto, Claudinei J. Göttems & Rodrigo Lanzi de Moraes Borges de forma objetiva a real intenção da constitucionalização destes direitos na obra.

A constitucionalização, desta forma, garante aos direitos fundamentais sua indisponibilidade ao legislador ordinário e ao Poder Constituinte Derivado, eis que consagrados como estrutura fundamental da ordem jurídico-constitucional e dotados de imutabilidade em sede de normas constitucionais derivadas. (GOTTEMS & BORGES. 2009)

No final do século XVIII, por toda a Europa havia uma expansão do movimento constitucionalista que influenciou as Constituições brasileiras quanto à previsão dos direitos fundamentais em seus textos, tendo início na Constituição de 1824.

Desta forma é que a Constituição de 1824 já consagrara os direitos fundamentais de primeira dimensão, inserindo-os em título específico (Título 8º) sob a nomenclatura de Garantia dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. O Art. 179 da Constituição outorgada ao final do primeiro quarto do século XIX reconheceu os direitos à legalidade, à irretroatividade da lei, à igualdade, à liberdade de pensamento e expressão, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, entre outros direitos individuais inerentes à primeira dimensão dos direitos fundamentais. (GOTTEMS & BORGES. 2009)

Destaca-se, porém, que, embora tenha abarcado direitos fundamentais de forma textual e positivada, a constituição de 1824 não foi eficaz ao garantir a aplicabilidade destes direitos.

O que se buscou tutelar de forma mais efetiva a partir da proclamação da República no ano de 1889 e com o advento da Constituição de 1891, qual seja a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. O artigo 72 da constituição em comento trouxe uma série de direitos já antes consagrados, abarcando outros elementos essenciais, sendo válido que se exponha o caráter democrático que se instaurava no país:

[...] a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”, e que em seus trinta e um parágrafos estabeleceu novo parâmetro de igualdade, ampliando seu conceito, ao consagrar que “[...] a República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho” (§ 2º, Art. 72); garantiu os direitos de associação e reunião (§ 8º); e o direito de petição (§ 9º); aboliu a pena de galés e de banimento (§ 20); limitou a pena de morte para os tempos de guerra (§ 21); garantiu o Habeas Corpus para os casos de violência ou coação, mesmo preventivamente (§ 22). (GOTTEMS & BORGES. 2009)

Embora tenha trazido este rol no artigo 72, Gottems & Borges (2009) frisam que o artigo 78 trazia a possibilidade do reconhecimento de *“outros direitos inerentes ao ser humano, que não tenham sido contemplados pelo Poder Constituinte”*.

Recebendo a salvaguarda em título específico, os direitos fundamentais trazidos com a Constituição de 1934 pós-regime político militar, abarcando a partir deste momento os direitos trabalhistas, conforme bem pontuado pelos autores:

Tardou-se a perceber a necessidade de modificação da Constituição e o reconhecimento dos movimentos sociais só se deu com a Constituição de 1934, inaugurando o Estado social brasileiro.

Após as revoluções que marcaram o início da década de 1930, Getúlio Vargas chega ao poder em 03 de novembro de 1930 e revoga a Constituição de 1891, passando a governar através de decretos, assumindo a condição de Chefe do Governo Provisório que se estenderia até a promulgação da Constituição de 1934, fruto da Revolta Constitucionalista de 1932, permanecendo, contudo, no poder através de eleição indireta do Congresso Nacional realizada no mesmo dia da promulgação da Carta Constitucional.

Promulgada em 16 de julho de 1934, após o movimento político militar de 1930 e sob a forte influência das Constituições europeias, especialmente a da República de Weimar (1919), a Constituição brasileira declarou assegurar “[...] à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico” dotando de fundamentalidade os direitos sociais, reconhecendo-os em título próprio.

Dos Arts. 115 a 143 da Constituição de 1934, sob o título Da Ordem Econômica e Social, estabeleceu-se que a ordem econômica “[...] deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (Art.115). Destarte, a dignidade existencial passou a ser parâmetro para a ordem econômica, colocando o homem como destinatário da economia e não simples artista do capitalismo.

Na ordem social trabalhista o novo ordenamento constitucional regeu: a proibição de diferença de salário em decorrência de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo condizente com a satisfação das necessidades do trabalhador; limitação da jornada diária de trabalho em oito horas; proibição da exploração do trabalho de menores; garantia do repouso semanal remunerado; férias; indenização por dispensa sem justa causa e assistência médica ao trabalhador e à gestante (Art. 121).(GOTTEMS & BORGES. 2009)

O momento de ruptura no Estado democrático e a adoção de decretos emitidos pelo Chefe de governo provisório fez com que o país seguisse novamente os processos vividos na Europa, conforme visão dos autores, inserindo o homem no papel de destinatário da economia do país e não apenas um ator de todo o conjunto. Instituiu-se naquele momento o reconhecimento de direitos trabalhistas básicos, fortalecendo, também, a educação que passa a ter um caráter de “prioridade” no período em questão.

Destinou-se artigo 149 da Constituição de 1934 a tratar da educação, complementado pelo artigo 156 que firmou uma destinação mínima de recursos por parte da União, estados e municípios para fomento deste direito.

Art. 149: A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a

brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Em que pese à evolução de direitos fundamentais instituída pelas constituições anteriores, em 1937 com o fechamento do congresso nacional e Getúlio Vargas assumindo um papel de chefe do Executivo com plenitude de poderes, garantias e direitos fundamentais foram suprimidos ainda que da previsão de alguns direitos no artigo 122. O papel do Presidente da República se sobrepunha aos interesses individuais se coletivos se não atendessem aos interesses do presidente em exercício.

A Constituição de 1946 possuía uma semelhança com a Carta Magna prévia, qual seja a de 1937 uma vez que esta fora utilizada de base para sua elaboração, assim sendo, a ordem constitucional de 1934 retorna com a ressalva de que ficava *“[...] limitada aos termos programáticos de justiça social, não podendo concretizar cláusulas como aquelas que determinavam a participação do trabalhador no lucro da empresa, nem tantas outras exaradas na esfera das relações do capital com o trabalho”*. (BONAVIDES, 2003, p. 202.)

Os militares, então detentores do poder em território nacional, editavam atos institucionais que conferiam ao Poder Executivo independência. Nesta ótica bem destaca Vladimir Brega Filho:

Em relação aos direitos fundamentais, o Ato Institucional nº 01 suspendeu as garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade e estabilidade dos juízes; e permitiu a cassação dos mandados legislativos e a suspensão dos direitos políticos. O Ato institucional nº 02 extinguiu os partidos políticos e deu poderes ao Presidente da República para decretar o recesso do Congresso Nacional. O Ato nº 04 convocou o Congresso Nacional para discutir e votar um novo texto constitucional. (BREGA FILHO, 2002, p. 38)

Com a edição do AI-4, surge a Constituição de 1967 que abordou em seu texto os direitos individuais e também as garantias, direitos sociais dos trabalhadores, direitos políticos e de nacionalidade, não havendo uma ruptura constitucional aos direitos tidos como fundamentais, existindo, porém, uma espécie de ruptura do ideal democrático antes existente.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tida como Constituição Cidadã por abarcar uma série de direitos, com enfoque aos tidos como fundamentais, deu ao ordenamento jurídico brasileiro um caráter garantista e, concedeu ao legislador ordinário um leque de situações a serem discutidas no âmbito infraconstitucional em momentos posteriores e oportunos.

Observa-se que o artigo 5º da CRFB/88 trouxe um extenso rol de direitos individuais a serem tutelados (sendo 78 incisos ao total), não abstendo-se de reservar em seu parágrafo 2º a hipótese de outros princípios e direitos serem considerados através da própria interpretação textual constitucional ou pela recepção por tratados internacionais sobre o tema Direitos Fundamentais. Há que se falar no retorno da preocupação em impedir o cometimento de excessos e arbitrariedades por parte de quaisquer dos poderes conforme se vislumbrou no período ditatorial militar vivido pelo país.

Após a Constituição Federal de 1988 o Brasil passou a experimentar uma tutela enérgica e constante aos direito básicos e tidos como fundamentais, especialmente pelo caráter prolixo do texto constitucional, conforme abordado em momento prévio, que buscou abarcar situações das mais diversas e que ainda permanece em adequação, permitindo acompanhar as evoluções e demandas da sociedade nos mais variados aspectos; noções e visões justas e adequadas, na ótica desta pesquisa.

Marco histórico relevante tanto no âmbito internacional quanto no âmbito nacional fora o Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil através do Decreto Presidencial nº 678 (6 de Nov. de 1992) e reconhecendo as suas previsões.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos ou Pacto de San Jose da Costa Rica traz consigo o reconhecimento de direitos de ordem civil e também políticos de caráter similar aqueles contidos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (decreto no 592, de 6 de julho de 1992), contendo em seu rol situações como direito à liberdade, direito à vida, aos julgamentos justos, direito de não ser submetido a escravidão, liberdade de pensamento, expressão, privacidade, à liberdade de religião e consciência, a participação no governo, proteção judicial e igualdade perante a lei (incluídos da parte I), ao passo em que os meios para a sua garantia e efetivação estão contidos na parte II da referida convenção.

O fruto primordial da convenção não é a elaboração ou a imputação de sanções. Não busca-se uma codificação das hipóteses de afronta, mas sim busca-se obter por parte dos Estados-membros o compromisso de cumprimento, reconhecimento e respeito a estes direitos. Como bem mencionado por Valerio de Oliveira Mazzuoli.

É bom que fique nítido que a Convenção Americana não estabelece, de forma específica, qualquer direito social, econômico ou cultural, contendo apenas uma previsão genérica sobre tais direitos, constante do seu art.26, segundo o qual “os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (MAZZUOLI, 2010, p. 726)

O próprio texto da Convenção em seus artigos 1º e 2º já destacam a necessidade dos Estados Partes de atuarem de forma a efetivarem estes direitos e garantias tidos como fundamentais. Surge, portanto, uma obrigação ao cumprimento de todas estas medidas.

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta

Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

A Convenção trouxe em seu texto uma evidente preocupação na busca pela justiça social e a liberdade pessoal para o âmbito dos Estados Partes que ratificaram o pacto a necessidade de garantir-se a democracia, a justiça social, a liberdade pessoal de seu ordenamento interno o respeito e cumprimento efetivo dos direitos considerados essenciais ao homem.

2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O apanhado histórico trazido por esta pesquisa trouxe, de forma breve e sucessiva, como se deram os avanços dos direitos essenciais e fundamentais ao homem, seja com a tutela constitucional conferidas pelas Cartas Magnas ou pelas modificações trazidas em período posterior à ratificação da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Neste momento, portanto, faz-se necessário abordar o significado de direitos fundamentais.

Ao analisar a conceituação e nomenclatura adequada aos direitos fundamentais, João Trindade Cavalcante Filho não apenas conceitua, mas elenca razões para fazê-lo de tal modo.

Na visão do autor, compartilhada em outras obras por Dirley da Cunha Jr., Paulo Gustavo Gonet Branco e Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins, a terminologia correta seria direitos fundamentais se o tema limita-se ao âmbito interno em respeito ao Título II da CRFB/88 e passa a elencar as razões de considerar as demais terminologias inadequadas.

“Liberdades públicas” é demasiadamente restrito, pois se refere apenas aos chamados direitos de primeira geração. “Direitos do Homem” e “direitos da pessoa humana” são, ao mesmo tempo, excessivamente genéricos e indefinidos. Afinal, só existem direitos da pessoa. Por outro lado, “direitos humanos” parecer ser mais adequado na esfera internacional¹⁵. Realmente, direitos fundamentais e direitos humanos, estes (humanos) são direitos atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, 1948, por exemplo). Já os direitos fundamentais são aqueles positivados em um determinado ordenamento jurídico (Constituição

Brasileira, Lei Fundamental Alemã etc.). Essa tese é corroborada pela CF: quando trata de assuntos internos, a Constituição costuma se referir a “Direitos e garantias fundamentais”, ao passo que, quando trata de tratados internacionais, se refere a direitos humanos. Em verdade, o conteúdo de ambos é bastante semelhante. São conjuntos diferentes que possuem grande área de intersecção. A diferença é mais de fonte normativa que de conteúdo. (CAVALCANTE FILHO, 2013)

E passa a definir em seguida os direitos fundamentais como sendo aqueles direitos *“considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica”*.

Dentro dos direitos fundamentais uma série de características que os permeiam se fazem necessárias ao estudo do tema do ativismo judicial. A própria definição trazida a estes direitos de que são básicos e aplicáveis a qualquer indivíduo permite entender sua primeira e a mais abrangente das características: a universalidade.

Neste aspecto destacamos que a universalidade encontra-se ligada de forma direta com o princípio da liberdade, que, por sua vez, possui ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Acerca deste princípio é válido demonstrar os ensinamentos de Ingo Sarlet citado por Fredie Didier Jr. Acerca da conceituação deste, pregando o que segue:

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras relativas aos direitos fundamentais seriam derivação, ainda que com intensidade variável. (SARLET apud DIDIER JUNIOR)

Ocasão em que Fredie Didier Jr. Complementa os entendimentos trazidos por Sarlet com a sua visão acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser considerada *“como um direito fundamental de conteúdo complexo, formado pelo conjunto de todos os direitos fundamentais previstos ou não no texto constitucional”*.

A figura do indivíduo (compreenda-se o ser humano) como beneficiário dos direitos fundamentais os insere como sujeitos ativos sem que sejam sopesados fatores individuais tais como a raça, nacionalidade, credo, posições políticas dentre

outros, afirmações trazidas em conformidade com as previsões da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, especificamente em seu parágrafo 5.

Insta salientar que, Gilmar Ferreira Mendes & Paulo Gustavo Gonet Branco sabiamente destacam que nem todos os direitos fundamentais são abrangidos por estas características, e pontuam como exemplo o caso dos trabalhadores:

Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida – mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo. (MENDES & BRANCO, 2017, pg. 141).

A relevância da indivisibilidade é fator a ser pontuado, pois, acredita-se que os direitos fundamentais integram um conjunto de direitos e que devem ser analisados de forma correlacionada e não de forma isolada sob o risco de violação a todos os demais direitos fundamentais, sendo adequada a observação de que não existem quaisquer indícios de hierarquia entre estes direitos com vias ao alcance das intenções da Carta Magna.

A imprescritibilidade traz um aspecto interessante sob os pontos de vista prático e teóricos. Os direitos fundamentais não possuem caráter de prescritibilidade, ou seja, são direitos que não são deixados para trás com o passar do tempo, ainda que o indivíduo não se valha deles em determinado momento de sua vida. Há, sob o ponto de vista prático, exceções que são válidas de destacar: o exemplo da reparação por danos materiais e morais. Embora o direito à honra não possua prescrição, sendo inerente ao indivíduo, o direito à uma eventual reparação por qualquer violação sobre preclusão se não pleiteada em tempo adequado, como também o direito à propriedade que pode ser fruto de usucapião quando não exercida em tempo ou de forma adequados. Conforme bem pontuado por José Afonso da Silva citado por José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior, acerca da prescrição:

“Prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência

temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.” (SILVA (1992) apud DIÓGENES JÚNIOR (2011)).

Os direitos fundamentais são usufruídos pelos indivíduos, mas não se perdem ou tem sua eficácia reduzida com o tempo ocasionado pelo constante avanço e os processos de agregação que se submetem. As dimensões de direitos humanos e fundamentais por si só fortalecem esta ideia. As dimensões coexistem, vão sendo unidas umas as outras e novos direitos vão sendo incorporados neste processo, não sendo possível se falar em extinção, diminuição ou regressão destes direitos.

A inalienabilidade dos direitos fundamentais traz a noção de que não é permitido renunciar a estes direitos por razões econômicas ou patrimoniais. Estes são intransferíveis, indisponíveis e inegociáveis como resultado do princípio da dignidade da pessoa humana. São exemplos destes direitos inalienáveis aqueles que busquem a manutenção da qualidade de vida biológica do indivíduo, qualidade de saúde mental e também o princípio a liberdade na tomada de decisões sem coação. Possuindo um caráter semelhante à inalienabilidade, a característica da irrenunciabilidade define que não há que se falar em renúncia de direitos por parte daquele que detém a sua titularidade. Isto se deve em razão da noção de que estes direitos são investidos de eficácia objetiva e não são de importância apenas ao indivíduo, mas sim a coletividade.

A irrenunciabilidade de direitos fundamentais figura como outra característica, trazendo a noção de que os direitos fundamentais não podem ser renunciáveis sob uma ótica constitucional. Não há que se falar, porém, que esta é uma característica absoluta, neste sentido o Supremo Tribunal Federal tem compreendido que direitos como a privacidade e intimidade podem ser relativizados. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo citados por José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior trazem um exemplo em conformidade com os entendimentos trazidos pela Suprema Corte ainda que frisem que aborda-se uma renúncia temporária ou específica:

“...o que ocorre nos programas de televisão conhecidos como reality shows (Big Brother Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio oferecido, renunciaram, durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade (art. 5º, X, CF).” (ALEXANDRINO & PAULO (2012) apud DIÓGENES JÚNIOR. (2012, pg. 102)).

Ademais, tratando da gradatividade por meio da qual os direitos fundamentais foram sendo agregados por via de suas dimensões, por meio do desenvolvimento histórico e cultural, tendo passado pelos mais diversos eventos históricos que marcaram este processo como um todo. Cuida-se, aqui, da historicidade dos direitos fundamentais que são adequadamente destaca Norberto Bobbio citado por Samuel Antonio Merbach de Oliveira:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO (1992) apud OLIVEIRA, 2007).

Neste sentido também destacam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

a ilustração de interesse prático acerca do aspecto da historicidade dos direitos fundamentais é dada pela evolução que se observa no direito a não receber pena de caráter perpétuo. Tanto a Constituição atual quanto a anterior estabeleceu vedação à pena de caráter perpétuo. Esse direito, que antes de 1988 se circunscrevia à esfera das reprimendas penais, passou a ser também aplicável a outras espécies de sanções. Em fins de 1988, o STF, confirmando acórdão do STJ, estendeu a garantia ao âmbito das sanções administrativas. A confirmar o caráter histórico-evolutivo – e, portanto, não necessariamente uniforme – da proteção aos direitos fundamentais, nota-se, às vezes, descompasso na compreensão de um mesmo direito diante de casos concretos diversos. Assim, não obstante o entendimento do STF acima mencionado, a Corte durante bom tempo continuou a admitir a extradição para o cumprimento de penas de caráter perpétuo, jurisprudência somente revista em 2004. (MENDES & BRANCO, 2017, p. 143)

Conforme já abordado, os direitos fundamentais são dotados de características que coexistem e forma complementar, possuindo até mesmo semelhanças entre si. Uma destas características figura como essencial dentro desta pesquisa: o princípio da vedação ao retrocesso. Tal característica possui noção de fácil compreensão por definir que não serão adotadas medidas que visem reduzir ou extinguir direitos fundamentais já adquiridos. Não se permite a limitação ou diminuição direitos fundamentais. E acerca desta característica é válido trazer o entendimento de José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior (2012):

Por meio de tal característica, fica assegurada a proteção do núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais, tendo origem no próprio Estado Democrático de Direito que se define pela proteção extremada da dignidade do Homem e plena eficácia das normas implementadas, sendo que os direitos sociais já realizados e efetivados pela legislação devem ser tidos como constitucionalmente garantido, tendo como conseqüência a invalidade das medidas que visam anular ou cancelar o núcleo dos direitos fundamentais, devendo as mesmas ser consideradas inconstitucionais. (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Ensino válido de ser pontuado é trazido por José Joaquim Gomes Canotilho (1998) citado por José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO (1998) apud DIÓGENES JÚNIOR (2012))

Luís Roberto Barroso sabiamente expõe ponto de vista sobre esta característica da vedação ao retrocesso, destacando que, embora não seja explícita, é inerente aos direitos fundamentais e sua aplicabilidade é válida e eficaz:

Apesar de o princípio do não-retrocesso social não estar explícito, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), tem plena aplicabilidade, uma vez que é decorrente do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. (BARROSO (2001, p.158)) apud DIÓGENES JÚNIOR(2012)).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1948 em seu art. 4º, 2

e 3 utiliza-se desta característica para vedar aos Estados que pratiquem a pena de morte de estender esta pena para os delitos que não são previstos na legislação atual, bem como veda aos Estado que já tenham abolido a pena de morte que a reestabeleçam, impedindo, assim, que haja uma redução ou mesmo remoção integral de direito fundamental já consagrado.

A respeito à efetividade dos direitos fundamentais, impõe-se ao Poder Público a promoção das mais diversas medidas que possibilitem a postura em prática destes direitos.

Por terem uma tutela constitucional firmada e relevância incontestável, não é possível se falar em ausência de observação dos direitos fundamentais por parte da legislação infraconstitucional ou mesmo pelos atos oriundo das autoridades públicas, tendo por consequência direta a responsabilização nas esferas competentes, sejam cíveis, criminais ou mesmo administrativas. Trata-se, portanto, de controle de constitucionalidade e convencionalidade.

Acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, em seu art. 5º, §1º a CRFB/88 prevê que as normas que carreguem consigo a conceituação dos direitos fundamentais terão a sua aplicação e efetivação imediata vinculando, portanto, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário à promoção da efetivação destes direitos fundamentais. Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco, trata-se da característica da aplicabilidade imediata destes direitos fundamentais.

Sobre este ponto faz-se necessário destacar o que prevê José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior (2012) sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais:

[...] podemos perceber que os juristas ainda divergem um pouco quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais, uns firmando que tal efeito de aplicação seria imediato e outros discordam, sendo no mínimo três correntes que procuram entender melhor sobre o tema: a primeira corrente, possivelmente liderada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que os direitos fundamentais só têm aplicação direta se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo; já a segunda, encabeçada por Eros Grau, Flávia Piovesan, Dirley da Cunha, Luís Roberto Barroso, entre outros, afirma que referidos direitos são dotados de aplicabilidade imediata ainda que a norma que os prescreve é de índole programática; por último, a terceira corrente, liderada por Ingo Sarlet, Celso Bastos, José Afonso, Gilmar Mendes, entre outros, defende que há situações em que não há como dispensar uma concretização pelo legislador, como seriam casos de alguns direitos sociais, sendo que a norma

descrita no art.5º, §1º da CF constituiria um mandado de otimização, impondo ao poder público em geral o dever de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Há que se falar, portanto, que a característica em comento não possui caráter absoluto (tais quais as demais já elencadas) em razão de que não são todas as normas que possuem uma eficácia plena, adotando um conteúdo limitado quando houver uma necessidade de regulamentação por via infraconstitucional, seria o caso do direito à saúde de uma forma geral, direito tido como de dever do Estado e direito de todos, sem que haja uma especificação em sede de texto constitucional da forma de promoção deste direito.

Os direitos fundamentais embora previstos no âmbito internacional e sejam norteadores de todo o ordenamento jurídico, estes carecem de uma previsão no âmbito interno que possibilite o legislador a utiliza-los como base para a elaboração da legislação infraconstitucional e que seus atos sejam praticados também em conformidade com estes direitos. Portanto, a constitucionalização é característica que, sob a ótica doutrinária se faz necessária. Esta constitucionalização, na visão de Konrad Hesse (2009) norteia não apenas o legislador, mas também os particulares nas suas mais diversas relações jurídicas. Com a constitucionalização, vincula-se todo o ordenamento interno ao “estabelecer, interpretar e pôr em prática normas jurídicas, deverão ter em conta o efeito dos direitos fundamentais.

Dentro desta pesquisa a afirmação de que os direitos fundamentais não são absolutos já fora abordada no decorrer das análises das características, porém, neste momento trataremos da limitabilidade ou relatividade para uma adequada compreensão da característica em estudo. Há uma compreensão de que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto e devem ser analisados sob as limitações impostas naturalmente pelos fatos e limites jurídicos impostos, principalmente aquelas limitações oriundas do conflito com outros direitos fundamentais.

Até mesmo o direito à vida que se considera na visão da pesquisa como o mais essencial dos direitos fundamentais possui um caráter relativo trazido dentro do próprio texto constitucional e regulado no âmbito infraconstitucional.

Ao se analisar o texto constitucional, vê-se que o *artigo 5º*, XLVII define que não haverá pena de morte, salvo nos casos de guerra declarada ou mesmo nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal em conformidade com o texto legal trazido nos artigos 23, 24 e 25 todos do Código Penal.

A relatividade dos direitos fundamentais faz-se presente até mesmo na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 103.236, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, 2ª T, *DJE* de 3-9-2010:

[...] Por outro lado, os direitos e garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, na medida em que encontram limites nos demais direitos e garantias igualmente previstos no texto constitucional. Na espécie, ainda que fosse o caso de se entender pela incidência da norma atributiva de direito fundamental na extensão solicitada, seria também o caso de se observar a clara restrição a este direito fundamental decorrente da colisão com o dever fundamental do Estado de investigar e de garantir a segurança Pública.

De forma complementar, José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior aponta também o julgado RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p.20 que utilizou como base o HC 103.236 conforme já apontado acima. Conforme sege a integralidade:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Não apenas faz-se necessário o destaque de que o STF encontra este entendimento como sendo pacificado, como ocasiona o entendimento de que os direitos e garantias fundamentais encontram barreiras e limitações quando do seu

conflito com as garantias de terceiros ou mesmo para permitir que a ordem pública seja mantida. Estes direitos permitem restrições com o intuito efetivo de obter-se uma espécie de harmonia entre eles ou outros bens juridicamente tutelados; permite-se a relativização destes direitos ainda que não haja uma previsão expressa para tanto.

Em que pese à ausência do caráter absoluto dos direitos fundamentais, impõem-se limitações a estas limitações, evitando que excessos sejam cometidos e haja apenas uma restrição nos aspectos necessários. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade deverão ser obedecidos nestas hipóteses.

Esta relativização possui previsão não apenas doutrinária mas também está contida no artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas que define:

Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Mostrou-se necessário durante a pesquisa a compreensão das visões de Alexy e Dworkin de modo que se possibilite a análise das sentenças judiciais em momento adequado no que tange à distinção entre princípio e regras.

Num primeiro momento é importante o destaque sobre os apontamentos de Ronald Dworkin numa busca de confrontar o positivismo à época, ao considerar que o positivismo se trata de um sistema jurídico que tem por base exclusiva as regras, casos de maior complexidade tornam-se significativamente mais difíceis a sua solução. Com isto, Felipe Oliveira de Sousa ao analisar os ensinamentos do autor Ronald Dworkin traz a visão crítica a este aspecto, especialmente num embate aos ensinamentos positivistas de Herbert Hart de que o magistrado ao analisar um caso atípico ou diverso da norma adequada ao caso teria que “tomar uma decisão

discricionária”, ou seja, o magistrado ao sopesar as circunstâncias que envolvem a situação fática do caso deveria “*criar uma solução nova para o caso concreto*”, desvirtuando-se de sua competência regular.

Durante a análise das teses de Dworkin, Felipe Oliveira de Sousa trata de forma objetiva a sua interpretação das teorias do autor, sendo possível uma compreensão apropriada dentro da intenção da pesquisa. Vejamos:

A tese que Dworkin propõe para refutar essa situação é que um sistema jurídico é constituído não somente por regras, como defende o positivismo de Hart⁵, mas também por princípios. Dessa forma, um juiz, quando se depara com a situação de não haver regra aplicável ao caso concreto ou de a regra aplicável estar indeterminada (casos difíceis), não deve tomar uma decisão completamente discricionária, pois tem o dever de tomar tal decisão a partir da aplicação rigorosa dos princípios jurídicos. (SOUSA, 2011, p. 97)

Apontando-se ainda que Dworkin define dois critérios primordiais para se tratar da distinção entre princípio e regra, e o faz de forma significativamente didática.

Distingue-se princípio de regra, primordialmente pela solução que estes propõem. Enquanto as regras adotam a noção de tudo-ou-nada, compreendendo-as como válidas ou não válidas aos casos concretos. Em síntese, correta é a afirmação de que as regras ou são aplicadas à sua integralidade ou são afastadas a sua integralidade, formulando sua teoria em evidente confronto as visões positivistas.

Ao tratar do segundo critério, desta vez inerente aos princípios, Dworkin define que estes possuem uma espécie de dimensão não contemplada pelas regras que seria a dimensão do peso. Assim interpreta Felipe Oliveira de Sousa:

Esse critério é definido pela importância ou pelo peso relativo que um princípio tem em relação a outro princípio quando os dois colidem em um caso concreto. Com efeito, quando dois princípios colidem em um caso concreto, a decisão é tomada em virtude de um princípio (P1) ter, diante das circunstâncias concretas, uma importância ou um peso relativo maior do que o do outro princípio colidente (P2), fato esse que não impede que em uma decisão posterior, mudadas as circunstâncias concretas, essa situação de prevalência se inverta, e o princípio P1 que, na primeira situação, tinha um peso relativo maior, agora tenha um peso relativo menor do que P2. (SOUSA, 2011, p. 98)

Situação evidenciada quando do conflito de regras, ao exemplo de uma regra prever a licitude de uma conduta e outra regra de igual valoração legal expressamente proibir a mesma conduta sem que haja no texto de quaisquer delas exceções ou o meio-termo. O conflito somente seria solucionado quando da declaração de invalidade de uma das normas, seguindo em sentido oposto ao que ocorre com os princípios uma vez que a sua convivência é plenamente cabível e possível conforme já se expôs, compreendendo-se na própria visão de Dworkin que *“no caso concreto, um princípio cede em detrimento do outro”*.

Conclusivamente quanto a esta teoria de Dworkin, Felipe Oliveira de Sousa pontua que *“o que importa notar é que a tese de que o conflito de regras possui uma estrutura completamente distinta da colisão de princípios fornece um critério justificante para manter a distinção”*, afirmações feitas em consonância com os conceitos trazidos por Dworkin para o tema.

Ao partir para as noções de Robert Alexy, destaca-se que o autor preocupou-se em despender atenção na análise da distinção entre princípio e regra, não destoando em muito do que já pregava Ronald Dworkin com os ensinamentos já expostos. Pontuamos que Alexy traz como primeira característica que, ao se distinguir princípios de regras, distingue-se, na verdade duas espécies do gênero norma, ao passo em que a segunda característica da tese é de que *“a distinção tem um caráter qualitativo, e não de grau”*.

Insta salientar que, em que pese às teorias de Alexy se assemelharem as teorias de Dworkin, o principal ponto conflituoso e de crítica de Alexy em relação ao exposto por Dworkin possui dois pontos principais, tais quais os aspectos trazidos.

No primeiro ponto (tudo-ou-nada) Felipe Oliveira de Sousa ao analisar as ensinamentos de Alexy aponta que não é possível falar na criação de uma lista contendo todas as exceções a uma regra, sendo impossível que o ser humano preveja as situações que seriam qualificadas desta forma. Vejamos:

[...] Alexy (1988) critica a postura de Dworkin em defender que é teoricamente possível listar todas as exceções a uma regra, pelo simples fato de que elaborar tal lista é epistemologicamente impossível, já que é impossível a qualquer ser humano prever todas as situações fáticas que seriam qualificadas, caso ocorressem, como exceções a certa regra. Em outras palavras, Alexy defende que a

tese de Dworkin de que as regras são aplicadas de maneira tudo-ou-nada pressupõe a possibilidade de conhecimento de todas as exceções a todas as regras. (SOUSA, 2011, p. 99)

Indo além em seu entendimento Alexy afirma, ainda, que partindo da teoria tudo-ou-nada de Dworkin, não apenas tornaria inviável a elaboração e previsão das exceções como também seria impossível que fosse elaborada a formulação da regra em si. As consequências jurídicas da aplicação da regra ao caso concreto também não seria possível dentro de determinado grau “aceitável”.

[...] se não é possível conhecer todas as exceções possíveis a uma certa regra, então também não seria possível nem formular completamente a regra enquanto tal, nem muito menos deduzir com algum grau aceitável de certeza as consequências jurídicas que decorreriam da aplicação dessa regra a um caso concreto. Alexy ainda argumenta que, se fosse possível conhecer todas as exceções possíveis às regras, então também seria possível conhecer todas as exceções possíveis aos princípios, fato que conduziria a distinção entre princípios e regras a uma mera distinção de grau, e não de estrutura lógica, como o próprio Dworkin sugere. (SOUSA, 2011, p. 99)

No segundo aspecto da teoria, qual seja a noção de que os princípios são dotados de dimensão diversa daquela a qual pertence Alexy concorda com Dworkin, mas avança nos estudos ao apontar os princípios como sendo “*mandamentos de otimização*”. Os princípios possuem a necessidade de que sejam efetivados dentro das possibilidades fáticas, conforme segue:

Os princípios, de acordo com Alexy, são “normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas”. Isso conduz à tese de que os princípios podem ser satisfeitos (concretizados) em vários graus, e que esse grau de satisfação depende não só do que é possível faticamente, mas também do que é possível juridicamente. (SOUSA, 2011, p. 99)

De forma conclusiva, os princípios alcançam um ponto de satisfação nos mais diversos graus (é perfeitamente possível que os princípios sejam satisfeitos completamente sozinhos, porquanto as regras não se satisfazem da mesma forma. Ao compreender a sua validade, a norma encontra a satisfação e ocorre a sua aplicabilidade; a não-validade da regra ocasiona uma insatisfação e esta não pode ser aplicada.

Dentro desta ótica é possível que surja a noção de que os princípios terão sempre o caráter de relativos (ou relativizáveis) enquanto as regras serão sempre absolutas, não cabendo a sua relativização em hipóteses específicas. Tal noção é incorreta, e se dá com base nas próprias ideias de Alexy conforme bem interpretado Felipe Oliveira de Sousa:

Isso quer dizer que, de um lado, princípios podem, sim, ser realizados completamente e que, de outro, regras podem, sim, ser realizadas apenas parcialmente. Tal posição é explicada, ao menos em parte, pelo caráter de mandamentos de otimização dos princípios da seguinte maneira: (a) primeiro, se cada princípio for tomado em consideração isoladamente, ou seja, se for tomado sem estar em relação com outros princípios, ou se a realização de um princípio, no caso concreto, não estiver sendo restringida por nenhum outro princípio¹⁸, não é um absurdo, do ponto de vista teórico, aceitar a conversão do conceito de princípio como mandamento de otimização dentro do que é fática e juridicamente possível para um conceito de princípio como mandamento de maximização dentro daquilo que é apenas faticamente possível. Um princípio, nessa situação, poderia ser realizado completamente, caso as circunstâncias fáticas fossem ideais, ou seja, caso fosse possível concretizar um estado de coisas ideal. (SOUSA, 2011, p. 100)

Complementando a sua interpretação e destacando a possibilidade de relativização das regras, o autor diz, conclusivamente que:

A colisão de princípios e o conflito de regras convergem no sentido de que ambos apontam para duas normas que demandam condutas ou estados de coisas incompatíveis entre si, ou seja, apontam para duas normas que demandam, na ocorrência das hipóteses previstas em sua estrutura, consequências jurídicas mutuamente incompatíveis. Um conflito entre duas regras somente pode ser resolvido ou declarando pelo menos uma das regras como inválida (expurgando-a, assim, do ordenamento jurídico), ou inserindo uma cláusula de exceção em uma delas. Caso não seja possível inserir uma cláusula de exceção em uma das regras, e haja um problema em decidir qual das regras deve ser declarada inválida, pode-se fazer uso de critérios como *lex posterior derogat legi priori*, ou *lex specialis derogat legi generali*, ou *lex superior derogat legi inferiori* para resolver o conflito. Esse modo típico de solucionar os conflitos de regras guarda uma relação direta com a estrutura das regras como mandamentos definitivos. Isso porque as regras são aplicadas mediante subsunção, ou seja, se a regra é válida e os supostos de fato que nela se subsumem ocorrem, então a consequência jurídica que tal regra demanda é válida, ou seja, deve ser aplicada. Se a regra não é válida, então a sua consequência jurídica também não o é, ou seja, não deve ser aplicada. (SOUSA, 2011, p. 101)

Durante o desenvolvimento da pesquisa não apenas analisamos as noção de Alexy e Dworkin sobre suas compreensões da distinção entre princípio e regra, mas

também definem os direitos fundamentais como sendo princípios em razão de suas características.

Para Dworkin os direitos fundamentais enquadram-se como princípios pelos seus elementos e suas características que os diferencia das regras. Neste sentido Neilton Guedes tratou de interpretar as noções de Dworkin e assim pontua:

[...]R. Dworkin chama de princípio aquele standard que deve ser observado, não por ter em vista uma finalidade econômica, política, ou social, que se possa considerar favorável, mas porque seja uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade. (DWORKIN apud GUEDES, 2012).

Ainda neste sentido:

Dizendo de maneira mais simples é o próprio autor quem resume: Princípios são proposições que descrevem direitos; diretrizes (políticas) são proposições que descrevem objetivos. Por isso que, segundo Dworkin, em geral, os argumentos de princípios se predispõem à defesa de direitos do indivíduo, enquanto argumentos políticos se propõem à defesa de interesses da coletividade. Para melhor esclarecer o conteúdo de suas distinções, vejamos os exemplos do próprio autor: o standard de que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma diretriz (política), e o standard de que não pode lucrar com a própria injustiça (é) um princípio. (GUEDES, 2012)

Alexy traz noções que indicam concordância com Dworkin, trazendo também uma série de questionamentos acerca das particularidades dos direitos fundamentais. O autor questiona a quem pertenceria esta titularidade dos direitos fundamentais, se seria possível restringi-los de qualquer modo e a intensidade da Corte Constitucional competente sobre o legislador. Estes questionamentos respondidos pelo autor e de forma sábia e objetiva trazidos por Mônica Pimenta Júdice são importantes de serem pontuados:

A teoria de Alexy procura dar resposta a essas indagações com pretensão de cientificidade. Para isso, defende que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma solução ponderada em favor de um deles. Para tanto, considera os princípios como um mundo de dever ser ideal, isto é, não diz como as coisas são, mas como se as deve pensar, com o objetivo de evitar contradições. Este entendimento assume papel decisivo em sua teoria já que os princípios são conceituados por ele como “mandados de otimização”, sendo que mandados (proibição e permissão) fazem parte da deontologia, ou seja, fazem parte do que é obrigatório.

Desde logo se vê, portanto, que os princípios são tratados já como uma categoria deontológica, e não axiológica ou antropológica. (JÚDICE, 2007)

Conclusivamente, a ideia trazida tanto por Alexy quanto por Dworkin acerca do caráter principiológico dos direitos fundamentais os inserem de forma mais adequada na noção de que podem ser relativizados quando do conflito entre quaisquer deles, aplicando-se as particularidades que o caso concreto demandar e exigir.

Ao tratar de direitos fundamentais e de seu caráter, as visões trazidas por Alexy e Dworkin de que estes seriam considerados princípios e não regras conforme seu buscou demonstrar em momento prévio, destacando a da possibilidade de sua relativização e um eventual conflito dentro de determinado caso concreto. Deste modo, faz-se necessária uma abordagem acerca dos princípios da hermenêutica constitucional utilizada como forma de solução destes conflitos.

Numa primeira análise João Trindade acerca da maneira adequada na solução destes eventuais conflitos observa-se que a primeira limitação que os direitos fundamentais encontram *“é a própria existência de outros direitos, tão fundamentais quanto eles. É daqui que surgem os conflitos (aparentes) entre os direitos”*, com enfoque na aplicabilidade destas noções aos direitos fundamentais, base desta pesquisa. (CAVALCANTE FILHO, 2013)

Ainda neste sentido o autor busca esclarecer que não há uma solução abstrata para estes eventuais conflitos entre direitos fundamentais, destacando que *“o conflito de direitos fundamentais não se resolve de forma abstrata, mas sim à luz do caso concreto, sopesando-se os bens jurídicos em conflito para ver qual deles deverá prevalecer, naquele caso”*, isto se deve ao fato de que os direitos fundamentais não são absolutos (conforme já demonstrado em momento anterior na pesquisa), tendo a relatividade um papel significativo ao analisar as situações fáticas dos conflitos. (CAVALCANTE FILHO, 2013)

Ao analisar as correntes doutrinárias que debatem quais os princípios mais adequados para este conflito, cumpre destacar a utilização da ponderação aplicada aos casos difíceis de acordo com Robert Alexy citado por Edgar Köhn:

A solução da colisão consiste antes em que, tendo em conta as

circunstâncias do caso se estabelece uma relação de precedência condicionada entre os princípios. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob quais um Princípio precede ao outro. Sob outras condições a questão da precedência pode ser solucionada da forma inversa. (ALEXY apud KÖHN, 2001)

A ponderação é o princípio hermenêutico utilizado na solução dos casos difíceis principalmente se sopesada a situação fática apontada por Luís Roberto Barroso citado por Gian Carlo Damasceno. Vejamos:

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. (BARROSO apud DAMASCENO, 2006).

Compreende-se, portanto, que a ponderação tem aplicabilidade mais adequada quando da existência de normas hierarquicamente equivalentes no caso concreto preverem hipóteses diversas a sua solução.

A segunda hipótese, esta trazida por João Trindade Cavalcante Filho que interpreta o princípio da harmonização como sendo a tendência seguida pelo Supremo Tribunal Federal, exemplificando algumas hipóteses destes conflitos:

Uma vez adotada a teoria externa, como parecer ser a tendência do Supremo Tribunal Federal, o conflito entre direitos fundamentais deve ser resolvido com base no princípio hermenêutico da harmonização, ou cedência recíproca, ou concordância prática (...) Por exemplo: no conflito entre o direito à vida e a segurança do Estado, qual deve prevalecer? Resposta: DEPENDE. De acordo com as condições do caso concreto, pode ser que prevaleça a vida (por exemplo: um homicida não pode ser morto “para segurança do estado”), ou pode ser que ceda à segurança do Estado (existe a pena de morte em caso de guerra declarada). (CAVALCANTE FILHO, 2011).

Situações outras são trazidas pelo autor com o intuito de tornar mais didática à compreensão dos conflitos e aplicabilidade do princípio da harmonização ao caso concreto. O direito à liberdade de informação jornalística em conflito com o direito à intimidade, direito à vida e o direito à religião quando dos casos de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová dentro outras situações exemplificadas na obra.

Há que se falar ainda em outros princípios da hermenêutica moderna que são pontuados de forma extensa por Rodrigo Eustáquio Ferreira interpretando os ensinamentos de outros autores como Alexandre de Moraes, Inocêncio Martires Coelho e J. J. Gomes Canotilho, elencando-os.

Acerca da harmonização, princípio trazido por Rodrigo Eustáquio Ferreira de forma complementar a ideia trazida em momento anterior por Luís Roberto Barroso:

[...] a aplicação deste princípio pressupõe um conflito entre bens protegidos pela Constituição, de modo que, por terem todos a mesma dignidade constitucional (decorrente da unidade da Constituição), devem receber o mesmo grau de proteção, sem que um aniquile ou prevaleça sobre os demais. (FERREIRA, 2011)

Ao pontuar que os regras contidas no texto constitucional o autor afirma que o intuito do legislador constituinte tratou de formular uma espécie de “*obra perfeita, coerente, sem lacunas*”, frisando que o legislador é homem e passível do cometimento de falhas, sem afastar-se de pontuar uma espécie de figura que o legislador constitucional adquire de coerente e justo, além de apontar que as normas contidas em texto constitucional possuem uma razão de lá estarem contidas, não havendo que se falar em uma “sobra” ou ausência de necessidade de tutela constitucional ao tema:

[...] a figura de um legislador ideal: singular, justo, consciente, coerente, preciso e operativo. Sua obra, assim como ele, não comporta lacunas, contradições ou redundâncias, e é capaz de, ela mesma, oferecer soluções para os problemas decorrentes de sua interpretação, soluções aquelas advindas do interior do próprio sistema. Assim, a Constituição é capaz de estender seus preceitos a todas as relações sociais, regulando-as de forma coerente (já que não há conflitos reais em suas normas). Da mesma forma, não há normas sobrando na Constituição, devendo o intérprete delimitar o âmbito de incidência de cada uma, harmonizando-as, ao invés de desconsiderar qualquer uma delas. (FERREIRA, 2011).

Destas explanações conclui-se que o autor trata do princípio da unidade da constituição, ocasionando uma espécie de vinculação de seu texto por inteiro em uma espécie de *interconexão*.

Não permite este princípio, por exemplo, que se faça uma interpretação do Capítulo constitucional relativo ao Sistema Tributário Nacional de forma desvinculada dos Títulos relativos aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais ou à ordem econômica e financeira ou social, por exemplo. Todas as normas contidas nesses Títulos têm a mesma importância e se completam para revelar ao intérprete o que pretenderam os representantes do povo, reunidos em Assembléia Constituinte, ao fundarem a República Federativa do Brasil. (FERREIRA, 2011).

Ao discorrer sobre o princípio da Exatidão funcional o autor destaca que este possui uma ligação direta com o princípio anterior:

Esse princípio determina que a interpretação da Constituição não pode ser feita de modo a subverter, alterar ou mesmo perturbar o esquema de organização e repartição das funções/competências entre os poderes constituídos. Decorre diretamente do princípio da unidade da Constituição (pois as normas da Constituição se interligam para indicar ao intérprete qual a função/competência de cada ente/instituição/poder) e do próprio princípio da separação dos poderes, enunciado no artigo 2º da Carta Magna.

Embora não seja de aplicação obrigatória (como, aliás, nenhum dos outros princípios interpretativos o é, por não possuírem força normativa), a observância deste princípio demonstra, por parte dos agentes políticos, nítido respeito às decisões políticas tomadas pela Assembléia Constituinte, em nome do povo, e sacramentadas na Constituição. A observância deste princípio preserva, em suma, a própria Constituição, a República e o Estado Democrático de Direito. (FERREIRA, 2011)

Sobre o Efeito Integrador, princípio que revela uma necessidade de buscar a solução de problemas jurídico-constitucionais com o intuito de favorecer uma espécie de unidade política e a integração social.

Enuncia este princípio que toda interpretação constitucional deve procurar solucionar os problemas jurídico-constitucionais com base em critérios que favoreçam a integração social e a unidade política, pois o sistema jurídico só se torna viável num Estado em que prevaleça a coesão sociopolítica, e a Constituição busca justamente promover essa coesão. (FERREIRA, 2011)

Outros dois princípios que encontram-se interligados são a Força Normativa da Constituição e a Máxima Efetividade da Constituição. Enquanto o primeiro prega que as normas constitucionais devem possuir eficácia (ainda que mínima, nas palavras do autor), sob a consequência de não se tornarem vigentes, o segundo

princípio atua como uma espécie de amplificador do primeiro princípio, e define que, ao atingir a vigência da norma constitucional em questão, aquele que interpreta as normas constitucionais deve tornar mais intensa a normatividade que dela resulta.

Nas palavras do autor acerca do princípio da força normativa da constituição:

“Na atualidade, a doutrina [...] e a jurisprudência majoritárias entendem que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, ainda que de eficácia negativa, que impede o Poder Público de dispor contrariamente ao que elas enunciam, sob pena de inconstitucionalidade. Com isso, resta cada vez menos espaço para a tese que sustenta que as normas ditas programáticas não são de observância obrigatória enquanto não houver a atuação do legislador infraconstitucional.” (FERREIRA, 2011)

Sobre o princípio da Máxima Efetividade da Constituição o autor pontua:

[...] buscar efetividade nas normas constitucionais pressupõe admiti-las como sendo dotadas de força normativa (como, aliás, todas as normas jurídicas). Esse princípio funcionaria, assim, como um "potencializador" do anterior. Uma vez reconhecido que as normas constitucionais são dotadas de normatividade (ainda que mínima), cumpre ao intérprete expandir e densificar ao máximo essa normatividade, especialmente se a norma interpretada disser respeito a direitos e garantias fundamentais. (FERREIRA, 2011)

Tais princípios elencados por Rodrigo Ferreira são considerados pelo próprio autor como inerentes a hermenêutica moderna em conformidade com a interpretação doutrinária de outros autores e que fortalecem os argumentos apresentados.

CAPÍTULO II

3. O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL E A EXPANSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ativismo judicial, por sua vez, consiste em um instituto recente e de caráter doutrinário que compreendendo uma atuação mais enérgica por parte do Poder Judiciário com vistas a suprir uma omissão do Poder Legislativo em debater assuntos relevantes e necessários à sociedade, bem como do Poder Executivo de realizar ou levantar os debates por quaisquer meios possíveis, demonstrando uma preocupação com a adequada tratativa e ajustes das ações do Poder Público como um todo acerca de determinadas situações como a tutela de direitos fundamentais, por exemplo.

O Poder Público nem sempre acompanha os avanços sociais na velocidade que estes se expandem, e, deste modo, a figura do ativismo judicial se faz presente de forma mais efetiva na busca de corrigir e ajustar as omissões do Poder Público de um modo geral, o que faz com que seja necessário, num primeiro momento, compreender o que seria ativismo judicial.

Ao tratar de forma histórica sobre o Ativismo Judicial, Luís Roberto Barroso citado por Cícero Alexandre Granja, traz a seguinte proposição:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO (2010) apud GRANJA(2013)).

Ainda neste sentido, José Elival da Silva aborda de forma semelhante aos ensinamentos de Luis Roberto Barroso e define:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. (RAMOS (2010) apud GRANJA (2013)).

Para Luís Roberto Barroso em noção trazida por Cícero Alexandre Granja, cumpre-se destacar que o Ativismo Judicial mostrou seus primeiros indícios surgiu com a Suprema Corte Americana quando da decisão acerca da segregação racial¹. Em consonância com a informação trazida, Luiz Flávio Gomes, que frisa:

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos.² (GOMES, 2009, p. 07).

Ambas as visões confirmadas pelos ensinamentos de Vanice Regina Lírio do Valle, citada por Vicente Paulo de Almeida na oportunidade em que destaca que o termo ativismo judicial nasceu da análise do historiador americano Arthur Schlesinger:

[...] conquanto se refira ao meio jurídico, nasceu com a publicação de um artigo na revista americana Fortune, pelo historiador americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes da

1 Luiz Roberto Barroso (2009, p. 07). Citado por GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013.

2 Gomes, 2009, apud GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013.

Suprema Corte. Ainda, segundo a autora, desde então, o termo vem sendo utilizado, normalmente, em uma perspectiva crítica quanto à atuação do Poder Judiciário. (VALLE (2009) *apud* ALMEIDA (2014)).

Num contexto internacional a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, era dotada de uma série de formalidades no que diz respeito ao direito culturais, econômicos, civis, políticos e também sociais, sendo o pontapé para que, posteriormente, surgissem pactos de ordem internacional que diziam respeito aos direitos humanos Direitos Humanos como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

Ao debater o ativismo judicial vale ressaltar que, para Marshall (2002), conceitua-se o ativismo como *“a recusa dos Tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”*.

Assim, pode-se compreender que o mecanismo do ativismo judicial seria a hipótese por meio da qual o judiciário excede suas funções regulares e atua de forma mais firme frente a determinadas matérias onde o legislativo ou o executivo se mostram inertes. Ideia reforçada por Roberto Barroso que, ao analisar o mecanismo ativismo judicial traz uma noção semelhante aquela trazida por William Marshall indo além ao entender que o ativismo ainda possui três características, quais sejam: aplicação direta da constituição, declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do legislativo e a imposição de condutas ou a omissão do Poder Público em relação a estas:

A idéia do ativismo judicial está associada a uma atuação mais intensa do Poder judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos dois poderes. O ativismo judicial é caracterizado: a) pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO (2009) *apud* ALMEIDA (2014)).

Previsão que corrobora e fundamenta a ideia trazida na pesquisa em questão sobre a noção fundamental da figura estatal se posicionar como entidade que atua, sob todos os meios possíveis, para garantir ao indivíduo uma qualidade de vida adequada, incluindo a utilização do ativismo judicial, ou seja, hipóteses não previstas, regulamentadas, ou mesmo permitidas em texto legal, ocasião por meio da qual o poder judiciário excederá suas funções regulares na busca de efetivar e garantir a manutenção da qualidade de vida do indivíduo ou mesmo a própria vida.

3.1 A INÉRCIA DO EXECUTIVO E LEGISLATIVO NA TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há uma preocupação real, constante e efetiva por garantir aos indivíduos medidas que tornem viáveis o usufruto dos benefícios trazidos pelo próprio texto constitucional e também infraconstitucional exige dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo uma espécie de diálogo na busca de encontrar meios adequados ao cumprimento de todas as previsões ali contidas. Porém, sabe-se que, principalmente os Poderes Executivo e Legislativo, por serem também poderes que possuem caráter político, tornando-se possível enxergar que as mais diversas matérias de interesse político e nem sempre social/público acabam por tomar o espaço que deveria ser destinado ao debate de situações contidas no âmbito constitucional, por exemplo.

O Poder Judiciário tem tomado conhecimento de ações com temas dos mais variados, sendo cada vez mais comum o julgamento de demandas que tem por tema principal algum ou alguns dos direitos básicos e fundamentais tutelados no âmbito constitucional. Demandas estas que se originam em razão da omissão estatal em cuidar destas situações no campo administrativo, havendo que se destacar que este crescimento constante cria um cenário de instabilidade e sobrecarga em um Poder que busca, constantemente, reduzir os custos despendidos com demandas judiciais e também a quantidade destas dentro do sistema judiciário.

De forma conclusiva destes aspectos acima elencados pela pesquisa, focar-se-á em demonstrar a ação do ativismo judicial através de julgamentos já findos, por meio do estudo de casos, em destaque aqueles oriundos do Supremo Tribunal

Federal, órgão máximo do Poder Judiciário e tido também como Guardião da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal por possuir este caráter vinculador com amplitude nacional em suas decisões, acaba por se tornar o órgão através do qual os indivíduos buscam (seja em grau recursal ou originariamente, em algumas hipóteses) a solução de uma demanda que trate, de alguma forma, de direitos fundamentais ou constitucionalmente garantidos.

Alguns casos mais emblemáticos trazem à tona discussões acerca das medidas adotadas pelo Poder Judiciário para não abster-se à análise de determinadas situações, e estes serão discutidos nesta pesquisa com vias a atingir o objetivo primordial pretendido.

Já restou comprovado através das compreensões doutrinárias da definição de ativismo judicial e qual a sua amplitude no âmbito internacional que este mecanismo surge por uma evidente omissão do legislador em tratar de matérias de relevância social significativa ou mesmo em sua lentidão ao acompanhar os avanços sociais e jurídicos nas suas mais variadas particularidades, deixando nas mãos do Poder Judiciário uma interpretação com caráter mais extensivo e que permita uma aplicabilidade adequada ao caso concreto.

A Lei de Introdução As Normas do Direito Brasileiro (LINDB) prevê em seus artigos 4º e 5º a permissibilidade do magistrado a utilização da analogia, costumes e princípios gerais do direito para aplicar ao caso em julgamento quando da omissão do texto legal em prever aquela situação, bem como da obediência aos fins sociais e as exigências de bem comum que a lei exige. A limitação desta interpretação extensiva conferida pelo artigo 4º segue os padrões impostos no próprio texto constitucional, bem como dos princípios que dele decorrem:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Neste sentido é correto afirmar que, respeitados os limites constitucionais e infraconstitucionais, o magistrado possui a responsabilidade de atender o pleito

levado ao seu conhecimento, não podendo alegar a inexistência de norma adequada para tanto. Esta permissibilidade no âmbito constitucional está contida no artigo 5º, XXXV da CF/88 ao definir que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou Acesso à justiça.

Este princípio do acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição prega a ideia de que surge uma espécie de obrigação por parte do magistrado na condição de representante do Estado (especificamente o Poder Judiciário) de apreciar todos os feitos que forem levados ao seu conhecimento, permitindo o prosseguimento daqueles que preencherem os requisitos legais mínimos e os limites constitucionais (ainda que implícitos) e os infraconstitucionais. O resultado dos feitos que não atendem a estas exigências é o indeferimento liminar e o seu conseqüente arquivamento.

Acerca desde princípio é oportuno que sejam demonstrados alguns pontos de vista doutrinários e a conceituação deste que possibilite a compreensão adequada.

Ao analisar a jurisdição como sendo um direito fundamental e discorrer sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem a ideia de que o direito à tutela jurisdicional efetiva possui efeitos reflexos sobre o legislador e ao magistrado, bem como sobre a estruturação do processo de uma forma geral e a “*conformação dessa estrutura pela jurisdição*”. Indo além ao pontuar que a compreensão das normas processuais oriundas de uma interpretação por meio dos direitos fundamentais condiciona o magistrado à busca pela técnica processual que tenha o caráter protetivo ao direito material em si. Vejamos:

A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material. (MARINONI, ARENHART & MITIDIERO, 2015, p. 130)

É dentro deste aspecto que o Poder Judiciário se reveste como figura balizadora dos conflitos existentes, especialmente quando da existência de conflitos entre direitos fundamentais das partes envolvidas na demanda em questão. Esta imagem que os órgãos do judiciário possuem geram na sociedade a sensação de que, em razão da evidente inércia dos poderes Executivo e Legislativo, apenas por

meio da proposição de ações judiciais que é possível que seus anseios e necessidades sejam ouvidos ou atendidos de forma adequada.

Há, portanto, uma sobrecarga sobre os ombros do Poder Judiciário quando da existência de novas ações, enquanto que aos Poderes Legislativo e Executivo competiriam a propositura de medidas administrativas ou mesmo judiciais mas que previstas em texto legal que possibilitassem ao indivíduo o atendimento de seus anseios mais básicos e fundamentais.

Em que pese ser uma garantia fundamental já prevista no texto constitucional, o acesso à justiça que já fora abordado em momento oportuno deve ser utilizado com cautela sob pena de ocorrerem situações que já se tornaram realidade: uma sobrecarga de processos pleiteando direitos básicos em razão de uma omissão no atendimento administrativo ou menos burocrático de determinada demanda; surge, então, o ativismo judicial como única saída ao indivíduo que, muitas vezes, está em posição de inferioridade ou de extrema necessidade.

Há de se abordar dentro da análise de sentenças judiciais as hipóteses das mais diversas onde o ativismo judicial (dentro desta pesquisa especificamente em julgamentos oriundos do Supremo Tribunal Federal) se fez presente de forma enérgica e efetiva.

CAPÍTULO III

4. O PAPEL DO ATIVISMO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA APLICABILIDADE PELO STF

No desenvolvimento da pesquisa se buscou esclarecer sob os pontos de vista doutrinário e jurisprudencial a evolução histórica, tanto dos direitos fundamentais, quanto do ativismo judicial no intuito de possibilitar uma compreensão das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para suprir as omissões dos outros poderes da República em tutelar e efetivar no âmbito infraconstitucional os direitos e garantias fundamentais que foram conferidos em sede de texto constitucional.

Em casos mais emblemáticos foi possível identificar uma atuação enérgica do STF por meio de seus ministros em matérias desta natureza, conforme será possível enxergar nos tópicos que seguem com a análise do teor das sentenças escolhidas para a pesquisa em questão.

Serão avaliadas as seguintes demandas no decorrer da pesquisa: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Ação De Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ versando sobre a equiparação entre casais homoafetivos e heteroafetivos, além da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 sobre a pesquisa envolvendo células embrionárias e, Por fim, a Petição nº 3888/RR que discutiu a demarcação de terras indígenas na Serra Raposa do Sol. Acerca de cada uma destas se destinará um espaço individualizado no intuito de interpretar a presença do ativismo judicial em cada uma destas, como meio de demonstrar a forma cronológica na evolução do ativismo no STF, bem como da sua utilização para tutela de direitos fundamentais.

4.1 PET 3888/RR – A DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL

A Petição 3888³ oriunda do estado de Roraima foi uma medida proposta em

3 Petição 3.388-4 Roraima. Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. 2009. Integralidade do Acórdão Disponível em anexo. Anexo I.

desfavor da ação popular que resultou na demarcação de terras indígenas no território da Raposa Serra do Sol. Pretendia-se que o judiciário afastasse a aplicabilidade da demarcação das terras em questão por conter vícios de inconstitucionalidade. Oportuno destacar que a escolha do julgamento em questão, em que pese às diversas limitações contidas em acórdão, foi escolhido, pois este figura no ordenamento jurídico brasileiro como uma das mais relevantes sentenças judiciais no âmbito do STF que se valeu do ativismo judicial para solução do conflito apresentado.

Em primeiro momento ao acompanhar o que se inseriu em acórdão e na ementa do julgamento, interpretou-se a abrangência do termo “índios” e a existência de uma pluralidade de etnias dentre este grupo de indivíduos, destacando, ainda que os silvícolas (índios ainda vivendo dentro das selvas de forma primitiva) também assim podem ser considerados. A interpretação do termo índios não deve se dar de forma excludente em razão de particularidades inerentes a determinada população indígena.

Compreendeu-se em julgamento a essencialidade dos territórios indígenas, trazendo a leitura do inciso XI do artigo 20 da CRFB/88 de que são consideradas como bem público federal, não sendo possível se interpretar que a delimitação de seu território venha, de qualquer modo, extinguir ou menosprezar unidades federativas, não havendo que se falar em conferir as comunidades indígenas o caráter de território político tampouco constituir unidade federativa por meio da interpretação de determinada etnia indígena. A cada uma destas se confere uma análise sociocultural e não uma com natureza político-territorial.

Reafirmou-se no julgamento o papel de competência da União na demarcação destas terras, valendo-se dos meios adequados e disponíveis para tanto, especialmente no que diz respeito aos territórios indígenas que se encontrem em limites de fronteira. Cumpriu-se apontar também no julgamento a conexão destas demarcações de terras como sendo um avanço do constitucionalismo fraternal.

Ao avançar este aspecto introdutório e conceitual, interpretando a Constituição nos pontos levantados dentro da ação, conforme se evidenciou no acórdão do julgamento, o Supremo Tribunal Federal valeu-se do ativismo judicial em

diversos aspectos ao prever situações que as normas de ordem constitucional e infraconstitucional abstiveram-se a prever e definir.

Dentre os dezenove pontos definidos, nem todos se valem do mecanismo do ativismo judicial por terem previsões legais ou constitucionais, e sobre estes não se prolongará na análise, abstendo-nos de tecer comentários maiores acerca destes pontos. Ao afastar a análise detalhada destes itens acerca da PET 3888/RR, impede-se uma possível desvirtuação da pesquisa como um todo.

Embora sejam evidentes algumas limitações impostas aos povos indígenas em vários aspectos, o julgamento teve um caráter de essencialidade em razão de uma ausência evidente de regulamentação mais adequada por parte dos poderes executivo e legislativo no processo de demarcação de terras. As lacunas deixadas exigiu do Poder Judiciário uma intervenção no sentido de preencher estes espaços, impedindo tanto o abuso no usufruto das terras delimitadas quanto das arbitrariedades exercidas por autoridades de uma forma geral que pudessem, de qualquer modo, prejudicar a reserva indígena Raposa Serra do Sol.

É possível observar ao longo do acórdão e da ementa que a maior preocupação dos ministros que participaram do julgamento da PET 3888/RR fora a de permitir que determinada área indígena fosse demarcada para que se permitisse a exploração daquelas terras pelos povos que ali habitam e que dependem de determinado território para sobrevivência, tendo como resultado a manutenção da cultura e a perpetuação de seus costumes sem a intervenção de outros povos, ao menos não intervenção direta ou impositiva.

Cumprido destacar que dos itens “a” ao item “g”, apenas ocorreram a citação de limitações e a permissibilidade da União de intervir para garantir situações de segurança nacional ao prever que as forças de segurança nacional terão livre acesso à área demarcada, limitados às previsões do texto legal. Nos itens “h” e “i” do acórdão em questão, é possível ver a inovação por parte do Supremo Tribunal Federal na tutela dos direitos indígenas, portanto, a partir deste aspecto que se enxerga de forma mais evidente o papel do ativismo judicial na demanda.

De certo modo o STF delegou ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade a tarefa de gerir e se responsabilizar pelas unidades de conservação no que diz respeito ao usufruto por parte dos indígenas da região. Com isto,

evidencia-se que tal decisão não investida de previsão legal buscou permitir que os indígenas tivessem não apenas o direito de usufruto da região, mas também de representatividade e a consulta destes povos quanto a estas áreas de conservação.

No item “i” do acórdão, evidencia-se que o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade detém a responsabilidade de administração da área preservada, podendo contar com a participação da FUNAI (Fundação Nacional do Índio) uma vez que alguns direitos constitucionalmente previstos devem ser preservados com a participação do Instituto Chico Mendes e da FUNAI; preservam-se, com a medida, a liberdade no exercício da crença sem intervenção lesiva as comunidades, bem como manutenção de costumes e tradições dentro da reserva Raposa Serra do Sol.

Quanto aos itens “j” ao “n” do acórdão, estes dizem respeito a regulamentação de visitação por povos não-índios, situações de menor importância ao tema. Sobre estes nos absteremos ao debate e análise aprofundada.

No que diz respeito ao arrendamento e negócios jurídicos que atentem contra o usufruto pelos índios das terras demarcadas, o STF afastou qualquer inconstitucionalidade contida no Estatuto do índio, especificamente em seu artigo 18, impedindo tais ações que restrinjam, de qualquer modo, o pleno exercício da posse direta por parte dos indígenas e silvícolas (já se apontou que estes índios são aqueles que possuem modo de vida primitivo e selvagem). O STF invocou não apenas o artigo 18 da lei 6.001, de 19/12/1973 dispõe sobre o Estatuto do Índio, como também das previsões contidas no artigo 231, §2º da Constituição Federal. Com este entendimento, reafirmaram-se direitos básicos e essenciais como o direito de posse, por exemplo.

Aos índios foi conferida proteção constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988. Não apenas buscou-se proteger a sociedade indígena, mas também a sua cultura reconhecendo a essencialidade destes povos para o Brasil como um todo. No item “p”, por exemplo, restou fixado o entendimento de que situações como pesca, caça, coleta de frutos, extração ou mesmo o exercício da agropecuária eram vedadas aos povos de etnias diversas dos indígenas, não apenas na busca de impedir conflitos entre estes povos, mas de efetivar o direito ao livre exercício de suas atividades e permitir a manutenção de seu sustento, este que é, majoritariamente, vindo destas atividades.

As terras ocupadas e sob a posse dos índios, as riquezas naturais de usufruto destes, bem como, a renda auferida pelos indígenas detêm imunidade tributária plena, não se permitindo a cobrança de taxas, contribuições ou tributação de qualquer natureza. Insta salientar que a observância do artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República devem ser observados obrigatoriamente quanto a este aspecto.

Enxerga-se o papel de uma postura ativista por parte de Supremo Tribunal Federal uma vez que não há em texto legal a previsão desta imunidade tributária dos povos indígenas em relação a estes aspectos, destacando que o ativismo neste item se fez presente ao garantir aos índios o usufruto dos recursos que dispõem em suas terras para o próprio sustento, garantindo a estes o gozo de direitos básicos (alguns já elencados em tópicos anteriores), mas também presentes neste item. Direito à liberdade, direito à propriedade são alguns dos direitos fundamentais que se efetivam neste julgamento como um todo, permitindo a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana de forma ampla aos povos indígenas.

Quanto aos itens “r”, “s” e “t”, por não adentrarem no foco desta pesquisa ou por exprimirem interpretação de texto legal, iremos nos abster aos debates.

Ao se delimitar ou demarcar terras indígenas, definindo uma série de regras inerentes ao território em questão, é evidente a busca de efetivação de direitos de cunho fundamental tais quais aqueles elencados no próprio acórdão a exemplo do direito a propriedade e dignidade da pessoa humana.

4.2 ADI 3510 - A PERMISSIBILIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO

Acerca da ADI 3510⁴, cabe apontar num primeiro momento que ela foi proposta pela Procuradoria Geral da República e levantava a inconstitucionalidade do Artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, qual seja a popular Lei de Biossegurança), sob o argumento de que a permissibilidade de destruição de embriões humanos com fins

4 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. 2008. Integralidade do acórdão disponível em anexo. Anexo II.

terapêuticos e de pesquisa afrontava de forma direta o princípio da inviolabilidade do direito à vida, tutelado no artigo 5º da CRFB/88.

Aos moldes da análise anterior, destacaremos em um primeiro momento o dispositivo fruto da propositura da ação, de modo que seja possível a compreensão de forma objetiva do papel do ativismo e o seu caráter garantidor e efetivador de direitos fundamentais. Vejamos a integralidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005:

*“Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:*

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

Ao contrário do que ocorreu na ADIN 4277/ADPF 132/RJ, em que na norma havia a terminologia expressa de que a união estável somente se formaria pela união entre homem e mulher, restringindo a concepção de família, na ADIN 3510 a norma trazia expressa permissibilidade da realização de pesquisas com fins terapêuticos, porém, havia uma espécie da lacuna a ser preenchida em razão da ausência de aprofundamento no tema em suas mais diversas particularidades, restando ao Poder Judiciário (no caso específico o STF) o papel de sopesar todas estas particularidades com vias a solucionar os conflitos existentes. Já se abordou que os fundamentos da propositura da ação se deram por consequência de maior necessidade na preservação de direitos fundamentais inerentes ao processo, como o direito à vida e o direito à saúde, por exemplo.

Levantou-se durante o julgamento a aplicabilidade de quais correntes científicas seriam utilizadas para regulamentação das pesquisas em comento, se o prazo de quatorze (14) dias de acordo com determinada corrente, ou se a partir do quinto dia com a fase denominada blastocisto⁵. A lei nº 11.105/2005 não regulamentou qual das correntes seria utilizada, portanto, cabe destacar que o ativismo se fez presente neste momento quando o Supremo Tribunal Federal definiu que não se poderia optar por quaisquer das correntes em detrimento da outra e que ambas deveriam coexistir por serem estudos complementares e não havia qualquer indício de que uma viesse a invalidar a outra. Sobre este aspecto trazemos o item I da ementa do julgamento com alguns destaques:

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA.

As "**células-tronco** embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas **em cada embrião humano de até 14 dias** (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente **em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino**). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". **Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.**⁶ (grifos nossos)

A fertilização de caráter extracorpóreo realizados por meio da fertilização *in vitro* é o meio utilizado para a manipulação e o desenvolvimento humano, razão pela qual a complementariedade dos conhecimento obtidos em ambas as correntes tornaria viável a efetiva fecundação e possibilidade de que os óvulos fecundos fossem aplicados no útero.

5 De acordo com Arnaldo Schizzi Cambiaghi, "*os embriões depois de fertilizados nos tratamentos de fertilização In vitro, desenvolvem-se progressivamente no laboratório de Reprodução Humana passando por vários estágios, podendo ser transferidos para o útero no 3º dia (D3) ou no 5º ou 6º dia.*" (IPGO, 2016)

6 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. 2008. Integralidade do acórdão disponível em anexo. Anexo II.

Alguns dos argumentos levantados, e aqui destacamos os aspectos apontados em ementas, foram baseados na noção de que as pesquisas realizadas com os embriões tidos como inviáveis sob a ótica biológica, em qualquer aspecto afrontam o princípio do direito a inviolabilidade da vida, por ter um caráter garantidor de uma série de outros direitos igualmente tutelados no âmbito constitucional, ainda que implícitos.

Desde o preâmbulo o texto constitucional define que a sociedade deve pautar-se em valores que busquem a fraternidade, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça, devem ser sopesados com elevada relevância, especialmente no caso em comento, por compreender que a permissibilidade da pesquisa com células-tronco que foram consideradas inviáveis para a fecundação traz como consequência um combate científico a patologias neuromotoras, variações da esclerose (múltipla e lateral amiotrófica), diminuindo os desconfortos que estas doenças degenerativas possam trazer ao indivíduo. Garantir e permitir a continuidade destas pesquisas sem restringir que uma ou outra corrente científica prevaleça (pedido feito pelo Procurador Geral da República), ainda que dentro dos limites legais impostos tanto pela norma infraconstitucional quanto pelos parâmetros definidos pelo STF, efetiva e permite o livre exercício de direitos fundamentais como o direito à saúde, a dignidade da pessoa humana, não se distanciando de destacar outros direitos a exemplo do direito a felicidade.

Ao adentrar nas ideias conflitantes acerca do momento em que se inicia a vida, o Supremo Tribunal Federal destacou que o texto constitucional não prevê ainda que de forma implícita este aspecto; Ainda que se tenha abordado no julgamento que a expectativa de se tornar pessoa humana já confere mérito para uma tutela infraconstitucional contra quaisquer intentos de violação a continuidade da vida fisiológica. Destaca-se, porém, que o STF decidiu que não se pode confundir o embrião, o feto e que estes não podem ser confundidos com a pessoa humana na concepção conferida pelo texto constitucional. A ementa do julgamento da ADIN 3510 foi clara ao definir que não existe humano embrionário, apenas há que se compreender que existe embrião humano. Trazemos o item III da referida ementa com apontamentos sobre os aspectos interpretados:

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-

IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. **A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.**⁷ (grifos nossos)

A legislação infraconstitucional protege os mais variados estágios da vida humana, incluindo o seu desenvolvimento, destacando-se que o embrião pré-implantado tem um caráter de bem e, portanto, deve ser protegido. Porém, afasta-se a equiparação deste embrião à pessoa humana a qual o texto constitucional expressamente garante direitos.

Já se demonstrou o papel do ativismo quando da interpretação distintiva do que seria considerado como pessoa destinatária dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional, uma vez que não há norma em qualquer esfera que traga esta definição. Durante os julgamentos, conforme apontado, distinguiu-se embrião, feto e pessoa, ocasião em que também se definiu que, para os dois

⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. 2008. Integralidade do acórdão disponível em anexo. Anexo II.

primeiros, há de haver uma tutela infraconstitucional ao passo em que para o último consideram-se os nascidos vivos como beneficiários dos direitos fundamentais.

Afastou-se também, por meio do julgamento, a caracterização do crime de aborto na conduta da pesquisa com células-tronco por via do descarte das células-embrionárias tidas como inviáveis. Por não ser pessoa na concepção conferida por meio do julgamento, mas sim embrião de pessoa humana, o seu manuseio ou utilização e eventual descarte não constitui aborto pois não se extrai o embrião do corpo feminino e a dita Lei de Biossegurança não o permite, portanto, afasta-se a noção de que a pesquisa com essas células afronta o princípio da inviolabilidade do direito à vida.

A partir do item IV da ementa alguns direitos fundamentais são elencados para justificar o julgamento pela improcedência da ADIN 3510. O primeiro deles seria oriundo da autonomia de vontade de ordem individual ao analisar que o casal pode ou não optar por ter filhos, este seria um direito definido como o direito ao planejamento familiar, reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana. Os casais que optam pela fertilização *in vitro* por qualquer que seja o motivo, estão gozando um direito constitucionalmente conferido a eles, não vinculando-os sob qualquerPI aspecto a obrigatoriedade de aproveitamento de todos os embriões formados durante o processo. Impor tal situação seria tratar com ausência de humanidade a mulher, num embate evidente aos direitos garantidos a esta. Finaliza-se este ponto com a noção de que, ao considerar os embriões como dotados de destinatários do direito à vida em sua plenitude, necessário seria que lhe fosse garantido um útero e tal previsão não encontra respaldo no texto Constitucional. Observemos o que destacou-se no item V da ementa da referida ADIN em estudo:

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "**direito ao planejamento familiar**", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "**dignidade da pessoa humana**" e da "**paternidade responsável**". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. **A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.** O princípio fundamental da

dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º) , aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). **O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados.** Não existe tal dever (inciso II do art. 5a da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5a da Constituição. **Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.**⁸ (grifos nossos)

Efetivou-se com o referido julgamento outro direito fundamental conferido no texto constitucional, qual seja o direito à saúde, tido como um dos direitos mais essenciais, ocasião em que o julgamento em questão tratou de afastar qualquer afronta a este princípio, interpretando a Lei de Biossegurança como sendo norma adequada e que buscou elencar as cautelas a serem tomadas no manuseio e demais procedimentos inerentes a fertilização *in vitro*.

Brevemente em item anterior se comentou acerca da improcedência da ADIN 3510 em sua totalidade, afastando os argumentos trazidos pela Procuradoria Geral da República, afixando entendimentos não contidos em texto legal ou mesmo constitucional sobre a diferenciação de embriões, fetos e pessoas na concepção a que se pretendeu com o texto constitucional, efetivando e garantindo aos indivíduos destinatários de direitos fundamentais o exercício destes, a exemplo do direito à vida, liberdade, autonomia de vontade individual, bem como o direito ao planejamento familiar e do princípio da dignidade da pessoa humana.

8 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. 2008. Integralidade do acórdão disponível em anexo. Anexo II.

4.3 ADI 4277 E ADPF 132/ RJ – A UNIÃO HOMOAFETIVA E SUA EQUIPARAÇÃO AOS CASAIS HETEROAFETIVOS

O julgamento destas ações se deu sob a relatoria do ministro Carlos Ayres Britto e se trata da perda parcial do objeto fruto da ADPF 132, tendo o Supremo Tribunal Federal julgado o caso de forma conjunta por entender da possibilidade de assim proceder com a demanda em questão em face da perda parcial do objeto que integrava a ADPF, tendo a matéria remanescente sido abarcada em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277/RJ⁹).

Nestas ações buscou-se por via da análise de preceitos fundamentais conferir ao artigo 1.723 do Código Civil brasileiro interpretação textual conforme a Constituição¹⁰. Por compreender que o texto legal da forma em que fora positivado feria direitos fundamentais dos mais diversos por estabelecer que apenas a união entre homem e mulher não apenas afrontaria preceitos fundamentais como também constituiria texto discriminatório por razões de sexo, opção e/ou por orientação sexual. Oportuno, neste momento, trazer a integralidade do presente artigo do código civilista que se permita entender as razões da propositura da ADI 4277 e de que modo o ativismo judicial se fez presente neste julgamento. Vejamos:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (grifo nosso)

Com a breve leitura do texto legal é possível compreender que a legislação em si possui previsões restritivas no que consistia a união estável. Apenas união entre homem e mulher que fosse caracterizada pela convivência pública de caráter contínuo e que tivesse por objetivo primordial a formação de família para que fosse enquadrada como união estável.

Na propositura da ADI 4277 fora suscitado como uma das razões primordiais a constante e evidente que, embora as relações entre pessoas do mesmo sexo sejam datadas historicamente, apenas com a liberalidade de costumes e um senso

9 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ, Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. Integralidade disponibilizada em anexo. Anexo III.

10 No tópico anterior já se debateu acerca das técnicas de hermenêutica constitucional, cumprindo salientar que a interpretação conforme a constituição pode ser considerada como tal.

maior de que os direitos básicos dos indivíduos devem ser pleiteados de forma ávida e as consequentes lutas e manifestações é que se viu o preconceito sofrer certa redução no que diz respeito aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, bem como do caráter público destes relacionamentos se fazerem cada vez mais presentes dentro da sociedade. A aqui não falamos apenas em território nacional, mas também no âmbito internacional com o destaque de que apenas em tempos atuais que o pensamento dos indivíduos em território brasileiro tem se tornado mais moderado no que diz respeito aos homossexuais e uma consequente publicidade que adquira o relacionamento destes.

Por tratar de forma específica de direitos fundamentais, baseou-se na noção de que, ao restringir o direito dos homossexuais de terem suas relações legalmente reconhecidas, não eram tolhidos apenas os direitos vinculados ao pedido formulado, fosse à permissibilidade de inserção do companheiro ou companheira como dependente dos planos de saúde, previdência ou mesmo a título de benefícios de pensão e possível participação em herança nas hipóteses permitidas pela legislação inerente ao tema, mas tais privações implicavam em evidente menosprezo a direitos básicos como dignidade e identidade, por exemplo.

Outros princípios inseridos em texto constitucional como a igualdade, vedação a discriminações odiosas, liberdade e mesmo a proteção à segurança jurídica foram levantados dentro da ação como razões para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, devendo-se estender os direitos conferidos aos casais heterossexuais aos homoafetivos de forma analógica em razão da ausência de norma infraconstitucional que versasse sobre o tema. Oportuno apontar neste momento que o ativismo judicial é invocado já em momento anterior a julgamento no intuito de garantir e efetivar direitos fundamentais, noção abordada como foco desta pesquisa.

A ADI 4277/ADPF 132/RJ surge também sob o argumento de que os direitos das minorias não podem ser suprimidos ou entregues as omissões legislativas em razão de um estigma conferido a estas minorias (em específico caso, os homoafetivos) pelas instâncias políticas que, majoritariamente, possuem uma tendência excludente destes indivíduos, não preocupando-se, portanto, com a tutela de seus direitos.

Ao analisar os elementos que fundamentaram a propositura da ação em questão o entendimento de que o Estado de algum modo já permitia a equiparação dos casais homoafetivos aos casais heterossexuais (por exemplo) foi apontada pelo relator da ação, Ministro Ayres Britto, de que o que se pretendia era a equiparação destes casais enquanto família e não apenas o simples entendimento de que aos casais homoafetivos era assegurado o direito de ter a sua união estável. Os efeitos reflexos do seu reconhecimento enquanto entidade familiar era a principal intenção.

Isto restou comprovado no item 3 da ementa da ADI 4277, quando apontado que o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal não trazia consigo uma possibilidade de interpretação reducionista, tampouco restringia a formação da família ao que era firmado por meio dos procedimentos formais cartorários, a celebração no âmbito cível ou no âmbito religioso. Prevê-se no texto constitucional em comento a noção de que a família merece a tutela efetiva e uma proteção especial por parte do Estado, formando a base da sociedade. Segue o item 3 da ementa do julgamento da ADI 4277:

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. **Família** em seu coloquial ou proverbial **significado de núcleo doméstico, pouco importando se** formal ou informalmente constituída, ou se **integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.** Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º) [...]. (grifos nossos)

Portanto, compreende-se pela análise textual desde a ementa de que os casais homoafetivos merecem a mesma isonomia conferida aos casais heterossexuais, em que pese à leitura positivada do texto constitucional traga a noção de que apenas entre homem e mulher haveria isonomia no casamento ou

união estável, somente assim podendo se considerar a formação de família como instituto jurídico.

Dentro desta análise positivada que a legislação infraconstitucional encontrava limites na permissividade de isonomia entre casais heterossexuais e casais homoafetivos nos mais diversos aspectos conforme exemplos já trazidos em momento anterior. Esta ausência de normas igualitárias ou que garantissem noções de equiparação em considerar casais homoafetivos como que passíveis de constituir família são oriundos de evidente omissão do Poder Legislativo na propositura ou mesmo avanço de projetos de lei e até propostas de emenda a constituição que versem sobre o tema; igualmente se apontou em momento anterior que uma das principais razões para tanto são as maiorias discriminatórias e a posição de hipossuficiência das minorias (neste caso os homossexuais) dentro do congresso nacional que permitissem o adequado debate do tema.

Surge, portanto, o ativismo judicial como mecanismo válido para efetivar as previsões de princípios e direitos fundamentais e por fim a uma série de conflitos administrativos e judiciais sobre o tema. O STF no julgamento desta ADI trouxe princípios não apenas constitucionais, mas compreensões de ordem doutrinária e Hans Kelsen, por exemplo, de que *“o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”*¹¹.

Ainda aponta-se que a garantia do bem de todos figura como de papel essencial da demanda em análise visando impedir que qualquer forma de preconceito exista no tratamento entre indivíduos que são, em tese, iguais. As diferenças físicas não podem e não devem ser sopesadas quando se tratam de direitos e garantias fundamentais, entende-se, portanto, que a sexualidade não deve ser utilizada como razão para tratamento de caráter diferenciado entre os indivíduos sob pena de afronta aos princípios da igualdade e também da dignidade da pessoa humana. Aponta-se que o direito à preferência sexual trazida no voto do relator Ayres Britto consiste em espécie de derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, figurando como o *“direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo”*¹². Além de apontar o direito à felicidade como outra parte relevante e reflexa em relação ao direito à preferência sexual. O uso da sexualidade

11 ADI 4277, 2011. Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. Fls. 612.

12 ADI 4277, 2011. Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. Fls. 612.

integra a autonomia da vontade das pessoas naturais, bem como a hipótese de que a sexualidade constitui os planos “*da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas*” do indivíduo e aqui fala-se, portanto, de cláusula pétrea.

O reforço ao papel do ativismo judicial na ADI em estudo se deu também de forma evidente quando da leitura do §3º do artigo 226 da Constituição Federal de que, a citação dos termos homem e mulher não deveria se dar de forma limitada para compreender que somente pela combinação destas duas figuras haveria a possibilidade de se formar família, mas tão somente de afastar o que antes era previsto em texto constitucional (artigo 175 da Carta Magna de 1967/1969) de que a família tinha uma caráter patriarcal, afastando a isonomia entre homem e mulher; não há hierarquia na união entre familiares, mas sim uma horizontalidade.

Ao prever e positivar a terminologia “entidade familiar” a Constituição Federal não a distanciou ou diferenciou do que se compreende por “família”, inexistente hierarquia ou diferenciação sob a ótica jurídica das duas formas de constituição do núcleo doméstico. Onde lê-se “entidade familiar”, decidiu a Suprema Corte que não haveria que se tratar com qualquer diferenciação do que é família, sendo a terminologia, inclusive, inserida como sinônimo de família.

Conclusivamente acerca da Ação Direta de inconstitucionalidade em estudo, conclui-se que a única saída encontrada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na busca de solucionar a demanda em questão fora por meio de uma técnica da hermenêutica constitucional, qual seja a interpretação textual conforme a Constituição, aplicando o ativismo judicial para ampliar a compreensão do instituto “família” possibilitando que este abrangesse também os casais homoafetivos, impedindo, assim, que a norma constitucional bem como a norma infraconstitucional fossem lidas e interpretadas de forma excludente ou que afastasse a amplitude dos direitos fundamentais ao permitir que estes valessem apenas a determinado grupo de indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desta pesquisa foi possível analisar o mecanismo chamado de ativismo judicial de forma ampla, utilizando-se das pesquisas bibliográficas e doutrinárias acerca do tema, de modo a tornar compreensível a atuação do Supremo Tribunal Federal ao valer-se deste mecanismo para permitir que os indivíduos, de forma irrestrita pudessem usufruir dos princípios resultantes dos direitos fundamentais instituídos em sede constitucional. Destaca-se que a pesquisa demonstraria apenas a atuação do ativismo judicial em demandas inerentes ao direito à saúde, porém, em razão da ausência de decisões neste sentido específico, optou-se por dar maior amplitude às sentenças analisadas, bem como ao tema de forma geral.

Com o avanço dos estudos dos temas escolhidos para o desenvolvimento desta pesquisa acadêmica, em especial a análise dos julgados, tornou-se possível a visualização de uma figura ativista por parte do Poder Judiciário em determinadas situações no âmbito dos direitos fundamentais, em que valeu-se de uma atribuição diversa daquelas regulares e previstas do âmbito constitucional e infraconstitucional para atender aos direitos e garantias das minorias que pleiteavam através destas ações o efetivo cumprimento de direitos deixados à margem pelos poderes Executivo e Legislativo.

Enxergou-se que o Ativismo Judicial figurou como a única medida cabível para suprir a omissão estatal que se demonstrou em momento oportuno e garantir o livre exercício de direitos fundamentais como o direito à vida, ao planejamento familiar, o livre exercício de sua sexualidade, de crença, sustento e, em especial, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, este que figura como um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Alcançou-se o objetivo da forma pretendida ao visualizar todos os elementos inerentes ao ativismo judicial contidos nos acórdãos escolhidos, trazendo uma linearidade nas ideias contidas nos julgados. A escolha dos julgados se deu entre os casos mais emblemáticos, sendo adequado o apontamento de que a ação analisada no item 4.1 da pesquisa figurou como uma espécie de marco inicial do ativismo judicial no Brasil. Optou-se por pontuar as sentenças desta forma e organiza-las por data de julgamento.

Como desafios da pesquisa torna-se justo apontar que a ausência de material físico tratando do tema ativismo judicial foi o principal. As pesquisas em sítios eletrônicos se mostrou essencial em substituição ao modo convencional de pesquisa, destacando que, acerca dos direitos fundamentais a doutrina foi amplamente analisada pelos meios físicos e eletrônicos.

Como sugestões para pesquisas futuras, compreendemos que a continuidade dos debates acerca do ativismo judicial devem ser ampliados em razão de seu evidente crescimento no ordenamento jurídico pátrio, sendo importante que se debata de forma mais ampla o seu papel e sua essencialidade não apenas direcionada ao tema específico da tutela de direitos fundamentais, mas também o ativismo de forma geral. A tratativa e análise das demandas escolhidas para o desenvolvimento desta pesquisa de forma detalhada, principalmente adentrar ao voto de cada ministro nestes julgados é sugestão deixada para maior visualização da figura do ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2ª ed. São Paulo: IMPETUS, 2009.

BARROSO, Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 06 de Junho de 2017.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Bruno Medeiros. Teoria do Limite dos Limites (Schranken-Schranken) na jurisprudência do STF. Conteúdo Jurídico. 2014. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teoria-do-limite-dos-limites-schranken-schranken-na-jurisprudencia-do-stf,51418.html>> Acesso em: 03 de Out. de 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017

_____. Constituição, 1934. **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017

_____. Constituição, 1937. **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017

_____. Constituição, 1946. **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 6 jun. 2017

_____. Lei nº 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. **Estatuto do Índio**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 & Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. Ministro Relator Ayres Britto, Brasília, DF, Dje nº 193, Divulgação: 13 de Outubro de 2011, Publicação: 14 de outubro de 2011. Ementário nº 2607-3. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 Nov. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510**. Ministro Relator Ayres Britto, Tribunal Pleno. Brasília, DF, DJe nº 096, Divulgação: 27 de Maio de 2010, Publicação: 28 de Maio de 2010. Ementário nº 02403-01. PP-00134 RTJ. Volume-00214091. PP-00043. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12 Nov. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição 3.388 Roraima**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>> Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **PET 3.388 Roraima**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388-4 Roraima – Voto-Vista**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros. 2003. Disponível em: < http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000591253>. Acesso em: 08 Ago. 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi. LEÃO, Rogério. ARAÚJO, Paula Bortolai. **BLASTOCISTO: É REALMENTE MELHOR?**. 2016. Disponível em: <http://www.ipgo.com.br/blastocisto-e-realmente-melhor/>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

CAVALCANTE FILHO, João trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joa_o_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 06 Jun. 2017.

Costa Rica. San Jose. **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 06 Jun. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia. Ed. JusPodivm. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 1**. 2017. Editora JusPodivm.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Aspectos Gerais Das Características dos Direitos Fundamentais**. Conteúdo Jurídico. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-gerais-das-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais,37841.html> . Acesso em: 06 Out. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERREIRA, Rodrigo Eustáquio. Os princípios e métodos da Moderna Hermenêutica Constitucional (MHC). Análise com breves incursões em matéria tributária. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2764, 25 jan. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18341>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

GOMES, Gustavo Henrique Comparim. Teoria geral do controle de constitucionalidade brasileiro: doutrina e jurisprudência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3668, 17 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24839>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

GOMES, Luís Flávio. **Opinião**. O Estadão de São Paulo. Brasil. 2009. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,stf-ativismo-sem-precedentes,379413>> . Acesso em: 06 Jun. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 06 Jun. 2017.

GÖTTEMS, Claudinei J.; BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. **Os direitos fundamentais e sua efetividade na história constitucional brasileira**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6972&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 18 Set. 2017.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em : 17 Set. 2017.

JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. Consultor Jurídico. 2007. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em: 03 Out. 2017.

Marshall, William P., **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism** (September 2002). University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=330266> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.330266>. Acesso em: 4 Jul. 2017

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Condenação Internacional do Brasil por violação de direitos humanos e cumprimento de sentença**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 17 agosto. 2007. Acesso em: 09 ago. 2017.

MOARES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – Comentários dos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo. Atlas S.a. 2003.

OLIVEIRA NETTO, Alvim Antônio de. **Metodologia da Pesquisa Científica: Guia Prático para Apresentação de trabalhos Acadêmicos**. 2º ed. Florianópolis: Visual Books, 2006.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. **NORBERTO BOBBIO: teoria política e direitos humanos**. Rev. Filos., v. 19, n. 25, p. 361-372, jul./dez. 2007. Disponível em: ww2.pucpr.br/reol/index.php/rf?dd99=pdf&dd1=1795. Acesso em: 03 Out. 2017.

RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo judicial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. A Teoria dos Princípios em Alexy e Dworkin. Boletim Jurídico. 2011. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2405>>. Acesso em: 03 Out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. 12ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Livraria do Advogado. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

ANEXOS
ANEXO I – PFT 3 888/RR

Supremo Tribunal Federal
Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 181 Divulgação 24/09/2009 Publicação 25/09/2009
Ementário nº 2375 - 1

71

19/03/2009

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

RELATOR : **MIN. CARLOS BRITTO**
REQUERENTE(S) : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADVOGADO(A/S) : CLÁUDIO VINÍCIUS NUNES QUADROS
ASSISTENTE(S) : FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADVOGADO(A/S) : ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS E OUTROS
REQUERIDO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

1. **AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE.** Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de



Pet 3.388 / RR

transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR.

2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposas Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público.

3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de



Pet 3.388 / RR

informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nºs 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção **juris tantum** de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente.

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto *interétnica* quanto *intra-étnica*. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência



Pet 3.388 / RR

nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.

6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS



Pet 3.388 / RR

"POVO", "PAÍS", "TERRITÓRIO", "PÁTRIA" OU "NAÇÃO" INDÍGENA. Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatuta normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos *aspeados* (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.



Pet 3.388 / RR

9. **A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.** Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. **O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO.** Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas *tirar proveito* delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.



Pet 3.388 / RR

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia.



Pet 3.388 / RR

Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parêntese com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. **O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade"**. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

12. **DIREITOS "ORIGINÁRIOS"**. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).

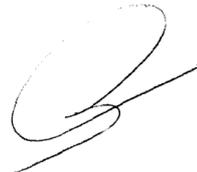


Pet 3.388 / RR

13. **O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS.** O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

14. **A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA.** A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

15. **A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE.** Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.



Pet 3.388 / RR

16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA.

Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo *intraétnico* que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma *condivisão* empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras *interétnicas*. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação *intraétnica*, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles,



Pet 3.388 / RR

os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém.

18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em:

I) preliminarmente, por unanimidade de votos, resolver questão de ordem, proposta pelo Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, todos na posição de assistentes da União, recebendo o processo no estado



Pet 3.388 / RR

em que se encontra. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, em 27.08.2008;

II) por maioria de votos, julgar a ação parcialmente procedente, nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e colegiadamente ajustadas em sua redação final. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente. Declarada, então, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e afirmada a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório, sob as seguintes salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas: **a)** o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da CF); **b)** o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; **c)** o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; **d)** o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; **e)** o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a



Pet 3.388 / RR

instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI); **f)** a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI; **g)** o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; **h)** o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; **i)** o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental; **j)** o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **l)** admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão; **m)** o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado



Pet 3.388 / RR

o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; **n**) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; **o**) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, *caput*, Lei nº 6.001/1973); **p**) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); **q**) as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; **r**) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; **s**) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); **t**) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto à alínea "r", a Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Carlos Ayres Britto, relator. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da



Pet 3.388 / RR

publicação deste acórdão, confiando sua supervisão ao Relator do feito, Ministro Carlos Ayres Britto, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com o seu Presidente, Desembargador Jirair Aram Meguerian. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que votou no processo.

Brasília, 19 de março de 2009.



CARLOS AYRES BRITTO -

RELATOR

27/08/2008

TRIBUNAL PLENO

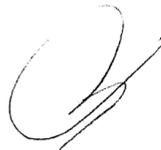
PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA

RELATOR : **MIN. CARLOS BRITTO**
 REQUERENTE(S) : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
 ADVOGADO(A/S) : CLÁUDIO VINÍCIUS NUNES QUADROS
 ASSISTENTE(S) : FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
 ADVOGADO(A/S) : ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS E OUTROS
 REQUERIDO(A/S) : UNIÃO
 ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - (Relator)**

Trata-se de ação popular contra a União, ajuizada em 20 de maio de 2005. Ação da autoria do senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, portador do título eleitoral de nº 5019026-58. Assistido ele, autor popular, pelo também senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, identificado pelo título de eleitor de nº 1892226-74 (fls. 287/290).

2. De pronto, esclareço que o processo contém 51 (cinquenta e um) volumes, sendo que a inicial impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Daí o pedido de suspensão liminar dos efeitos da Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15.04.2005, este do Presidente



Pet 3.388 / RR

da República. **No mérito, o que se pede é a declaração de nulidade da mesma portaria.**

3. Para atingir seu objetivo, o autor popular junta cópia de um laudo pericial já constante de uma outra ação popular, ajuizada perante a Justiça Federal de Roraima. Refiro-me ao Processo nº 1999.42.00.000014-7, extinto sem apreciação do mérito, por efeito do julgamento da Reclamação 2.833. Como faz a juntada, por aditamento à petição inicial, de cópia do "Relatório parcial da Comissão Temporária Externa do Senado Federal sobre demarcações de terras indígenas". Relatório elaborado em 2004.

4. É assim baseado nesses documentos que o requerente sustenta que a portaria em tela mantém os vícios daquela que a antecedeu (a de nº 820/98). Vícios que remontam ao processo administrativo de demarcação, que não teria respeitado as normas dos Decretos nºs 22/91 e 1.775/96. Alega, nesse ponto, que não foram ouvidas todas as pessoas e entidades afetadas pela controvérsia, e que o laudo antropológico sobre a área em questão foi assinado por apenas um profissional (Dra. Maria Guiomar Melo), o que seria prova de uma presumida parcialidade. Tese que é robustecida com a alegação de fraudes e insuficiências múltiplas nos trabalhos que redundaram na demarcação em causa.

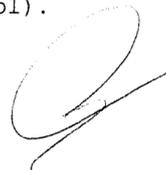


Pet 3.388 / RR

5. A título de novo reforço argumentativo, foi argüido que a reserva em área contínua traria conseqüências desastrosas para o Estado roraimense, sob os aspectos comercial, econômico e social. Quanto aos interesses do País, haveria comprometimento da segurança e da soberania nacionais. Tudo a prejudicar legítimos interesses dos "não-índios", pessoas que habitam a região há muitos anos, tornando-a produtiva no curso de muitas gerações.

6. Por último, argumenta o autor que haveria desequilíbrio no concerto federativo, visto que a área demarcada, ao passar para o domínio da União, mutilaria parte significativa do território do Estado. Sobremais, ofenderia o princípio da razoabilidade, ao privilegiar a tutela do índio em detrimento, por exemplo, da livre iniciativa.

7. Prossigo nesse reavivar dos fatos para dizer que a ação foi proposta neste Supremo Tribunal Federal por motivo do julgamento proferido na Reclamação 2.833. Ocasão em que ficou decidido competir "a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena" (Raposa Serra do Sol).

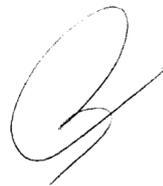


Pet 3.388 / RR

8. Dito isso, averbo que indeferi a liminar. Decisão que foi confirmada no julgamento do subsequente agravo regimental.

9. Na seqüência, a União apresentou sua defesa (fls. 309/328, Volume 2), rebatendo - um a um - os fundamentos articulados na inicial. Antes, porém, a ré fez um levantamento histórico da ocupação indígena em toda a região, paralelamente à evolução legislativa sobre o assunto, desde o Brasil-colônia.

10. Para além de tudo isso, a contestante, dizendo-se respaldada pelo art. 231 e parágrafos da Carta Magna, arrematou o seu raciocínio com o juízo de que *"não é o procedimento demarcatório que cria uma posse imemorial, um **habitat** indígena, mas somente delimita a área indígena de ocupação tradicional, por inafastáveis mandamentos constitucionais e legais"*. Donde o seguinte acréscimo de idéias: a) não há lesão ao patrimônio público; b) o autor não comprovou a ocorrência dos vícios apontados na inicial; c) a diferença de 68.664 hectares, detectada entre a área da Portaria nº 820/98 e a da Portaria nº 534/2005, *"é perfeitamente comum e previsível nas demarcações"*.



Pet 3.388 / RR

11. Anoto, agora, que as partes não requereram outras provas (fls. 361/362) e somente a União ofereceu razões finais de fls. 368/387.

12. Ato contínuo, o processo foi remetido à Procuradoria-Geral da República, de cuja análise retornou em 28.04.2008 e com parecer pela improcedência da ação (fls. 390/406). Parecer cujos fundamentos estão sintetizados na seguinte ementa:

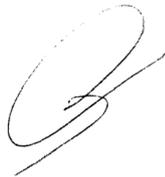
"Petição. Ação Popular. Ato de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e respectiva homologação. Delineamento do modelo constitucional atual em relação aos índios. Necessidade de demarcação das áreas tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas, como a de que tratam os autos, para a preservação de sua tradição e cultura. Distinção entre o conceito de posse indígena e aquela do Direito Civil. Legitimidade do procedimento administrativo de que decorreram os autos questionados, regido por decreto específico. Estudo antropológico realizado por profissional habilitado para tanto. Respeito ao contraditório e à ampla defesa. Risco à soberania nacional que, se existente



Pet 3.388 / RR

não possui imediata implicação com o modelo de respeito ao direito de posse dos indígenas, no que diz com o elemento geográfico, havendo de ser avaliado e, se for o caso, eliminado por mecanismos outros de proteção. Abalo à autonomia do Estado de Roraima elidida pelo caráter originário e anterior do direito dos indígenas. Processo natural em território que sempre contou com a presença de numerosos grupos indígenas. Parecer pela improcedência do pleito."

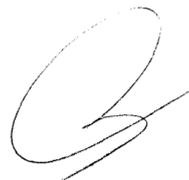
13. Acresce que, **somente em 05.05.2008, quando já encerrada a instrução do processo, compareceu a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para requerer "seu ingresso no feito na qualidade de juridicamente interessada"** (petição nº 62.154). Para o que anexou, por meio da petição nº 66.162, cópias de numerosos documentos (processos administrativos, fotografias, mapas e relatórios), pugnando, em nada menos que 35 (trinta e cinco) laudas, pela improcedência do pedido inicial. Oportunidade em que perfilhou o entendimento da União, revitalizando-lhe os fundamentos. No conjunto, os documentos apresentados pela FUNAI compuseram os volumes de nºs 2 a 19, fls. 412/4.939 e 4.942/5.136.



Pet 3.388 / RR

14. **Dois dias depois (07.05.2008), foi a vez de o Estado de Roraima fazer idêntico movimento, na outra ponta do processo** (petição nº 64.182). Pelo que, ao cabo de 120 (cento e vinte) laudas de minuciosa exposição e escorado em abundantes cópias de documentos, aquela unidade federativa também requereu "*seu ingresso no feito, na condição de autor, ante a existência de litisconsórcio necessário..., possibilitando, assim, a defesa de seu patrimônio*" (fls. 5.138/9.063, Volumes 20/36). Defesa que animou o peticionário a fazer um retrospecto de todos os atos e episódios que confluíram para a demarcação, **de forma contínua**, da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Tudo a compor um processo administrativo que estaria crivado de nulidades formais e materiais, já apontadas na inicial.

15. Não é só. O Estado roraimense houve por bem agregar novos fundamentos à causa do autor popular e seu assistente, assim resumidos: **a)** inconstitucionalidade do Decreto nº 22/91; **b)** nulidade da ampliação da área indígena, cuja demarcação demandaria feitura de lei; **c)** impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais; **d)** ofensa ao princípio da proporcionalidade; **e)** necessidade de audiência do Conselho de Defesa Nacional; **f)** impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade, por meio de simples decreto presidencial.



Supremo Tribunal Federal 93**Pet 3.388 / RR**

16. Nessa mesma toada de intermináveis dissensos é que foram assestados novos pedidos, aplicáveis a "qualquer demarcação de terras indígenas", a saber: **a)** adoção da forma descontínua, ou "em ilhas"; **b)** exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; **c)** exclusão da área de 150Km, referente à faixa de fronteira; **d)** exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras tituladas pelo INCRA antes de 1988; **e)** exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica de Cotingo e do Parque Nacional de Monte Roraima. Imprescindível anotar que tais postulações fazem parte das causas de pedir do autor, a exigir uma única solução jurídica: a nulidade da portaria do Ministério da Justiça.

17. Por último, o Estado requereu a expedição de ordem à União para que ela se abstinhasse "de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental etc."

18. Passo a averbar que, **nos dias 13, 14 e 16 do mês de maio do fluente ano, também acorreram ao processo Lawrence Manly Harte e outros (petição nº 67.733), a Comunidade Indígena Barro e outras (petição nº 68.192) e, bem assim, a Comunidade Indígena Socó**



Pet 3.388 / RR

(petição nº 70.151). Os primeiros, com a finalidade de integrar o pólo ativo da ação (fls. 9.607/9.730, volumes 38/39). Já as comunidades indígenas, o que elas pretendem é se colocar no pólo passivo da demanda (fls. 9.066/9.604, volumes 36/38 e fls. 9.732/9.769, volume 39). Todos eles, requerentes, louvados em fundamentos que, de uma forma ou de outra, já constavam dos autos.

19. Seja como for, o certo é que, no tocante a esses novos pedidos de ingresso no feito, determinei abertura de vista às partes originárias do processo, sobrevindo o pronunciamento apenas da União (fls. 9.783/9.971, volume 39). Pronunciamento no sentido de admitir o ingresso da FUNAI e das comunidades indígenas há pouco referidas, nada dizendo, contudo, sobre o pedido de Lawrence Manly Harte e outros.

20. Já no que toca ao requerimento do Estado de Roraima, a União entende que ele é de ser desentranhado dos autos, juntamente com os respectivos documentos, por veicular pedidos e causas de pedir não oportunamente submetidos ao contraditório, o que significa descabida inovação da lide. Haveria, portanto, a "*impossibilidade do ingresso do Estado ao processo como litisconsorte ativo necessário*". Mesmo porque, se isso acontecesse, o feito teria de voltar à "*estaca zero*", com a abertura de novo prazo para defesa.



Supremo Tribunal Federal **95**

Pet 3.388 / RR

21. Quando muito - já num segundo momento -, a União assente com a admissão do Estado de Roraima, contanto que "na condição de assistente litisconsorcial, recebendo o processo na fase em que se encontra, não mais podendo formular novos pedidos ou juntar documentos, tudo em respeito ao princípio da eventualidade e sob pena, repita-se, de nulidade do processo."

22. Como ponto de arremate, a União repisa os fundamentos que aportou em sua contestação e razões finais.

23. Registro, agora, que, nos termos do art. 232 da Constituição Federal, abri vista ao Ministério Público Federal de todos os pedidos de ingresso na lide. Do que resultou a manifestação de fls. 9.975/9.977 (Volume 39), **no sentido de acatar os fundamentos dos requerentes e, conseqüentemente, reconhecer seu interesse jurídico no desfecho da causa.**

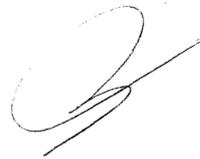
24. Muito bem. Sob esse dilargado histórico dos autos, o que se tem como derradeira constatação é o surgimento de múltiplas questões processuais **quando já encerrada a instrução do feito.** Refiro-me aos pedidos de ingresso na lide, formalizados a partir de 05.05.2008. Data em que já se encontrava suficientemente *maduro* o



Pet 3.388 / RR

processo para julgamento por este Plenário, o que me levou a considerar como temerária a atuação solitária do relator para decidir sobre tantos e tão subitâneos pedidos. Decisão solitária que, seguramente, ensejaria a interposição de recurso pelas partes que se sentissem prejudicadas, de modo a retardar, ainda mais, uma definitiva prestação jurisdicional em causa de grande envergadura constitucional e sabidamente urgente. Por isso que, antes mesmo da apreciação do mérito da ação, encaminho ao Plenário, **em questão de ordem**, o exame de todo esse entrecruzar de pedidos de ingresso no feito. Exame que servirá, além do mais, para a definição daqueles atores que poderão fazer sustentação oral.

É o relatório.



ANEXO II – ADI 3.510

*Supremo Tribunal Federal*Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 96 Divulgação 27/05/2010 Publicação 28/05/2010
Ementário nº 2403 - 1

134

29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE. (S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQDO. (A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV. (A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
REQDO. (A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
INTDO. (A/S)	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO. (A/S)	: CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH
ADV. (A/S)	: ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS
INTDO. (A/S)	: MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE
ADV. (A/S)	: LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO
INTDO. (A/S)	: ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA DIREITOS HUMANOS E GÊNERO
ADV. (A/S)	: DONNE PISCO E OUTROS
ADV. (A/S)	: JOELSON DIAS
INTDO. (A/S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV. (A/S)	: IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE



The image shows a handwritten signature in black ink on the left. To its right is a circular stamp with the text "STF - Secção de Acórdãos" around the perimeter. Inside the stamp, the number "526" is handwritten in blue ink.

ADI 3.510 / DF

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "*in vitro*", e não espontaneamente ou "*in vida*". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

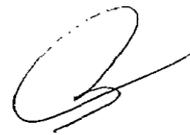
II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "*in vitro*", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já



ADI 3.510 / DF

significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para



ADI 3.510 / DF

se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("*in vitro*" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "*in vitro*". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "*in vitro*" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para



ADI 3.510 / DF

extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa

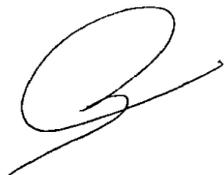


ADI 3.510 / DF

humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA



ADI 3.510 / DF

LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se



ADI 3.510 / DF

refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação direta, o que fazem nos termos do voto do relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente.

Brasília, 29 de maio de 2008.


 AYRES BRITTO

- RELATOR

05/03/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
 REQTE. (S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
 REQDO. (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
 ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 REQDO. (A/S) : CONGRESSO NACIONAL
 INTDO. (A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
 INTDO. (A/S) : CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH
 ADV. (A/S) : ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS
 INTDO. (A/S) : MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE
 ADV. (A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO
 INTDO. (A/S) : ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA DIREITOS
 HUMANOS E GÊNERO
 ADV. (A/S) : DONNE PISCO E OUTROS
 ADV. (A/S) : JOELSON DIAS
 INTDO. (A/S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO
 BRASIL - CNBB
 ADV. (A/S) : IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)**

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 ("Lei da Biossegurança"), de 24 de março de 2005. Artigo assim integralmente redigido:

"Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou



*Supremo Tribunal Federal***143****ADI 3.510 / DF**

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997."

2. O autor da ação argumenta que os dispositivos impugnados contrariam "a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana" (fl.12).

3. Em seqüência, o subscritor da petição inicial sustenta que: a) "**a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação**", desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um "ser humano embrionário"; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe



ADI 3.510 / DF

propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

4. De sua parte, e em sede de informações (fls. 82/115), o Presidente da República defende a constitucionalidade do texto impugnado. Para tanto, acata, por inteiro, peça jurídica da autoria do professor e advogado público Rafaelo Abritta. Peça que também mereceu a irrestrita adesão do ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, então Advogado Geral da União, e da qual extraio o seguinte e conclusivo trecho: "*com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente*" (fl. 115). A mesma conclusão, registre-se, a que chegou o Congresso Nacional em suas informações de fls. 221/245.

5. Não é, todavia, como pensa o atual Chefe do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Fernando de Souza, que, atuando na condição de fiscal do Direito (*custos juris*), concluiu pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais sob a *alça de mira* da presente ação direta. Assim procedeu mediante aprovação de parecer da lavra do mesmo professor Cláudio Fonteles.



ADI 3.510 / DF

6. Prossigo para anotar que admiti no processo, na posição de "amigos da Corte" (*amici curiae*), as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO - ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB. Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema.

7. Não é tudo. Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, **determinei a realização de audiência pública**, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de



ADI 3.510 / DF

experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal¹. Dando-se que, no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas *agitados* nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar. Do que foi lavrada a extensa ata de fls., devidamente reproduzida para o conhecimento dos senhores ministros desta nossa Corte Constitucional e Suprema Instância Judiciária. Reprodução que se fez acompanhar da gravação de sons e imagens de todo o desenrolar da audiência, cuja duração foi em torno de 8 horas.

8. Pois bem, da reprodução gráfica, auditiva e visual dessa tão alongada quanto substanciosa audiência pública, o que afinal se percebe é a configuração de duas nítidas correntes de opinião. Correntes que assim me parecem delineadas:

I - uma, deixando de reconhecer às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco adultas. Mesma corrente que atribui ao embrião uma progressiva função de

¹ Art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868/99 - "Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria".



ADI 3.510 / DF

auto-constitutividade que o torna protagonista central do seu processo de hominização, se comparado com o útero feminino (cujo papel é de coadjuvante, na condição de *habitat*, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento). Argumentando, sobremais, que a retirada das células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. Criatura ou organismo, ressalte-se, que não irrompe como um simples projeto ou u'a mera promessa de pessoa humana, somente existente de fato quando ultimados, com êxito, os trabalho de parto. Não! Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pessoa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo



ADI 3.510 / DF

em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*. O que se diferencia em tema de configuração da pessoa humana é tão-somente uma quadra existencial da outra. Isto porque a primeira quadra se inicia com a concepção e dura enquanto durar a gestação feminina, compreendida esta como um processo contínuo, porque abrangente de todas as fases de vida humana pré-natal. A segunda quadra, a começar quando termina o parto (desde que realizado com êxito, já dissemos, porque aí já se tem um ser humano nativivo). Mas em ambos os estádios ou etapas do processo a pessoa humana já existe e é merecedora da mesma atenção, da mesma reverência, da mesma proteção jurídica. Numa síntese, a idéia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estágio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa.

II - a outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos



ADI 3.510 / DF

os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de u'a mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou *laboriosa parceria* do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explanações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da



ADI 3.510 / DF

gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher - e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo - como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àquela esfera ôntica de que o gênio de William Shakespeare procurou dar conta com a célebre sentença de que "Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia" (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V).

9. Para ilustrar melhor essa dicotomia de visão dos temas que nos cabe examinar à luz do Direito, especialmente do Direito Constitucional brasileiro, transcrevo parte da explanação de duas das referidas autoridades que pessoalmente assomaram à tribuna por ocasião da sobredita audiência pública: a Dr^a **Mayana Zatz**, professora de genética da Universidade de São Paulo, e a Dr^a **Lenise Aparecida Martins Garcia**, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília. Disse a primeira cientista:

"Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante



ADI 3.510 / DF

que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença".

10. Já a Dr^a Lenise Garcia, são de Sua Excelência as seguintes palavras:

"Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível".

11. À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o



ADI 3.510 / DF

tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados, registre-se, em arejada atmosfera de urbanidade e **unísono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios**. Inequívoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos acorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe do biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-**onco** embrionárias, conseguindo cultivá-las em laboratório.

12. É o relatório.



ANEXO III – ADI 4277

Supremo Tribunal Federal
 Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
 DJe nº 198 Divulgação 13/10/2011 Publicação 14/10/2011
 Ementário nº 2607 - 03

611

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(s)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/s)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/s)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/s)	: CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/s)	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO.(A/s)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/s)	: MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/s)	: ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO
ADV.(A/s)	: FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/s)	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/s)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA
INTDO.(A/s)	: ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS
ADV.(A/s)	: REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR
INTDO.(A/s)	: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/s)	: JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES E OUTRO(A/S)

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO



ADI 4.277 / DF

DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos

ADI 4.277 / DF

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

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo

ADI 4.277 / DF

terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação

Supremo Tribunal Federal **615****ADI 4.277 / DF**

conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 05 de maio de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR