SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CASOS DIFÍCEIS

SUPREME COURT, FUNDAMENTAL RIGHTS AND HARD CASES

LUÍS ROBERTO BARROSO*

Recebido para publicação em abril de 2012.

RESUMO: Este artigo pretende analisar cinco casos, cada um deles objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, que contaram com a minha atuação profissional e que veiculam temas de grande relevância para a sociedade. O artigo inclui a análise dos seguintes casos: (i) vedação ao nepotismo, (ii) constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, (iii) reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, (iv) não extradição de Cesare Battisti e (v) possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico. Em relação a cada caso, são analisadas, primeiramente, as circunstâncias fáticas pertinentes à questão; na sequência, são apresentados os argumentos defendidos pelas partes e, por fim, relata-se a decisão proferida pelo plenário do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; direitos fundamentais; Supremo Tribunal Federal; casos difíceis.

ABSTRACT: This article describes five cases, decided by the Brazilian Supreme Court in the past years, in which I have worked as a lawyer. All of them dealt with important and controversial matters within the civil society. The paper focuses on the analysis of the following cases: (i) prohibition of nepotism, (ii) constitutionality of researches with embryonic stem cells, (iii) legal recognition of same-sex unions, (iv) non-extradition of the Italian former leftist activist Cesare Battisti and (v) the possibility of therapeutic antecipation of child-birth in the case of an anencephalic fetus. In each case, there is a description of the factual circumstances relevant to the issue; followed by a presentation of the parties' arguments, and ending with a summary of the decision rendered by the Supreme Court.

KEY WORDS: Constitutional Law; fundamental rights; Supreme Court; hard cases.

1. Introdução

O presente artigo constitui uma breve retrospectiva de casos relacionados à minha atividade advocatícia e que considero de interesse público, em razão da relevância da matéria discutida e da ampla repercussão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Todos os casos envolvem a interpretação e aplicação de normas relacionadas a direitos fundamentais. O trabalho está dividido em cinco partes, cada qual relacionada ao caso nela relatado: (i) constitucionalidade da Resolução nº 7 do CNJ, que veda o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC nº 12); (ii) constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permite a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas (ADI nº 3510); (iii) reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas (ADPF nº

* Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor visitante da Universidade de Brasília – UnB. Conferencista visitante da Universidade de Poitiers, França e da Universidade de Wroclaw, Polônia. Mestre em direito pela Universidade de Yale. *Visiting Scholar* na Universidade de Harvard (2011). Doutor e livre-docente pela UERJ. O presente artigo foi escrito com a valiosa colaboração de Julia Ryfer, responsável pela adaptação dos argumentos processuais para o formato aqui adotado.

132); (iv) validade da permanência de Cesare Battisti no Brasil (Ext nº 1085/MS 27.875 e Rcl 11243); e (v) possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de gestação de feto anencefálico (ADPF nº 54). Cada parte será divida em sub-partes, que se ocuparão de apresentar as teses jurídicas sustentadas, bem como de descrever o julgamento e a decisão proferida pelo STF.

2. ADC nº 12: vedação ao nepotismo

Este caso tinha por objeto a declaração de constitucionalidade da Resolução n° 7 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de 14.nov.2005, que cuida basicamente da nomeação de parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores para cargos de direção e assessoramento na administração do Poder Judiciário e da contratação, sem licitação, de empresas das quais sejam sócios parentes, cônjuges e companheiros dos agentes públicos referidos. Três foram os propósitos principais da resolução: (i) explicitar, de modo não exaustivo, condutas que caracterizam nepotismo no âmbito da atividade administrativa do Poder Judiciário; (ii) descrever o nepotismo como prática ilícita e, *a fortiori*, vedá-lo no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário; e (iii) assinalar prazo para a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e funções gratificadas que se encontrem nas situações vedadas pela resolução. Em razão das impugnações direcionadas à resolução[1], a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, por mim representada[2], ajuizou a ação declaratória de constitucionalidade – ADC nº 12 – no Supremo Tribunal Federal.

2. 1. Teses jurídicas apresentadas pela AMB

[1] Em síntese, essas as impugnações direcionadas contra a referida resolução: (i) questionava-se a competência do CNJ para, por meio de ato próprio, proibir as práticas de nepotismo descritas na Resolução nº 7/05. Para alguns, apenas lei formal – isto é: ato editado pelo Poder Legislativo – poderia tratar da matéria; (ii) argumentava-se que a Resolução estaria legislando sobre direito civil. Isso porque o Código Civil descreve como parente por afinidade, além dos ascendentes e descendentes do cônjuge, apenas seus irmãos (art. 1.595, § 1º), ao passo que a Resolução faz referência a "parente colateral de terceiro grau"; (iii) afirmava-se que a Resolução nº 7/05 afrontaria a separação de Poderes, já que produziria uma subordinação do Poder Judiciário a um órgão de outro Poder – o CNJ –, violando com isso a autonomia dos Tribunais; (iv) alegava-se que a Resolução violaria a Federação, e isso por duas razões: ela invadiria a competência dos Estados-membros de disporem sobre a organização e estruturação de sua Administração Pública; e ela produziria a subordinação hierárquica dos Tribunais estaduais ao CNJ, órgão não estadual; por fim, (v) a Resolução restringiria direitos dos servidores públicos e de terceiros, titulares de contratos, em particular criando nova modalidade de rescisão contratual em favor do Poder Público, não contida nos contratos já celebrados com a Administração.

[2] A sustentação oral que proferi por ocasião do julgamento pode ser conferida em: <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/nepotismo/>.

Na ADC nº 12 foram sustentadas cinco teses jurídicas. A principal tese foi a de que a vedação ao nepotismo é regra constitucional que decorre do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas (CF/88, art. 37, *caput*). Com efeito, do núcleo dos princípios da moralidade e da impessoalidade extraem-se determinadas regras de forma imediata, sendo uma delas, sem dúvida, a que veda o favorecimento pessoal no acesso a cargos públicos e na celebração de contratos, isto é, as práticas de nepotismo. A rigor, esse comando é instrumentalizado pelas técnicas do concurso público e da licitação. Entretanto, o fato de a Constituição haver considerado a técnica do concurso inconveniente na hipótese dos cargos em comissão não afasta a incidência da regra que veda o favorecimento pessoal ou familiar nesse contexto. Desse modo, a Resolução n° 7/05 do CNJ limitou-se a declarar uma obrigação que decorre diretamente do texto constitucional[3].

Em adição a essa tese central, a petição inicial também se ocupou de demonstrar que a elaboração da referida resolução se insere na competência constitucional do CNJ de zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a legalidade de atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 103-B, § 4°, II). Com efeito, se o CNJ tem o poder-dever de avaliar, diante de casos concretos, a juridicidade de nomeações para cargos em comissão, ele poderia também antecipar, de forma pública e em caráter geral e abstrato, aquilo que considera e considerará inválido. Essa providência confere à sua atuação maior previsibilidade e oferece aos destinatários de seu controle maior segurança jurídica e convicção de um tratamento isonômico. Ademais, parece natural que a identificação de condutas violadoras do art. 37 se insira na competência constitucional de zelar pelo seu cumprimento (afinal, quem determina os fins, concede igualmente os meios).

A terceira tese jurídica sustentada foi a de que o Poder Público está vinculado não apenas à legalidade formal, mas à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui a Constituição. Como se sabe, a crise da legalidade formal, a ascensão normativa da Constituição e as transformações do Estado contemporâneo deram nova feição à ação administrativa. Nesse contexto, a vinculação específica do administrador à lei formal deu lugar a fenômeno diverso. A vinculação da Administração Pública passou a se dar em relação a um bloco mais amplo de juridicidade, que

[3] Demonstrou-se, ainda, que o argumento de que haveria uma quebra da isonomia em desfavor do parente não resistia ao contraste com os antecedentes históricos e com as regras de experiência. Exatamente nessa linha, aliás, já tinha se manifestado o STF, ao rejeitar o pedido cautelar formulado na ADIn nº 1521-4/RS. Nele se pretendia suspender dispositivos da Constituição do Rio Grande do Sul que veiculavam normas genéricas antinepotismo.

congrega não apenas as leis formais, mas também, e sobretudo, a Constituição. Assim, mesmo na ausência de ordem ou autorização específica de lei formal, a Administração poderá estar obrigada a agir por conta de imposições diretamente extraídas do texto constitucional. Deste modo, independentemente da competência específica atribuída pela Constituição ao CNJ para zelar pelo cumprimento do art. 37, o fato é que todos os agentes públicos estão diretamente vinculados ao seu conteúdo, o que, por si só, justificaria a edição da Resolução nº 7/05 do CNJ.

Ademais, demonstrou-se que a Resolução n° 7/05 do CNJ não afeta o equilíbrio entre os Poderes, por não subordinar um Poder a outro, nem tampouco o princípio federativo, por não subordinar um ente estatal a outro. Quanto ao princípio da separação dos poderes, argumentou-se que o CNJ é órgão do próprio Judiciário, composto por magistrados, membros do Ministério Público e cidadãos, que não pertencem a outros Poderes nem a estes representam. Além disso, as decisões do Conselho estão sujeitas a controle judicial pelo órgão de cúpula do Poder do Judiciário, que é o Supremo Tribunal Federal. Por fim, a proibição de nomear parentes de magistrados para cargos em comissão ou de contratá-los temporariamente ou ainda de contratar, sem licitação, empresas das quais parentes de magistrados não afeta em nada a autonomia dos Tribunais[4].

Quanto ao princípio federativo, afirmou-se que na estruturação do Poder Judiciário a Constituição previu a existência de tribunais estaduais, de tribunais federais e de tribunais nacionais (como os Tribunais Superiores, CF, art. 92, § 2°) e que existem na matéria normas constitucionais de âmbito nacional – como o art. 37 e o art. 93 – e normas legais de âmbito nacional – como a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n° 35/79). Nesse contexto, o CNJ é um órgão nacional integrante da estrutura do Judiciário – tanto assim que dele fazem parte membros de órgãos judiciários estaduais e federais (da União) –, e não um órgão do ente central ou dos entes locais. Desse modo, não há fundamento para o argumento da subordinação de órgãos estaduais a um órgão do ente central. Ademais, os princípios do art. 37 da Constituição não estão associados ao ente central ou aos entes locais: eles são normas nacionais que se aplicam indistintamente a todos os agentes públicos.

[4] Na petição inicial, afirmou-se que os Tribunais estão livres para, afora os parentes em questão, e observados os parâmetros constitucionais e legais, nomearem e contratarem quem entenderem por bem. Por certo, ainda com a limitação declarada pela resolução, continuariam a existir no mercado de trabalho inúmeras pessoas e empresas capacitadas a prestarem serviços aos Tribunais.

Por último, demonstrou-se que Resolução nº 7 do CNJ não encontra óbice em eventuais direitos de terceiros contratados pela Administração e não havia qualquer violação a direitos de servidores. Sob a ótica da Administração, atos praticados com violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade – sejam nomeações, sejam contratos – são inválidos e não só podem como devem ser assim declarados pela Administração. Ainda, quanto aos servidores públicos, há amplo consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que não têm eles direito adquirido a regime jurídico. Em suma, não havia quaisquer direitos que se opusessem a tal comando. Com base nesses argumentos jurídicos, a AMB requereu a declaração de constitucionalidade da Resolução.

2.2. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

Em 16.fev.2006, foi realizado o julgamento da medida cautelar. Após a leitura do relatório e das sustentações orais, votou o Ministro-Relator, Carlos Ayres Britto. A tese firmada em seu voto foi acompanhada por quase a totalidade dos demais ministros, restando vencido apenas o Ministro Marco Aurélio.

Para a corrente majoritária, a Resolução nº 7/05 é dotada dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade, tratando-se de ato normativo primário que extrai diretamente do art. 103-B, § 4º seu fundamento de validade. Entendeu-se que a Constituição Federal confere ao CNJ poder para expedir atos primários sobre as matérias relacionadas no art. 103-B, § 4º, II[5], de modo que a Resolução foi validamente editada. O argumento inaugurado pelo Ministro-Relator foi o de que a competência para zelar pela observância do art. 37 e baixar atos de sanção às condutas que lhe sejam contrárias traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, como forma de prevenir a ocorrência de efetivas transgressões[6]. Segundo se afirmou, o espírito da Resolução do CNJ

[5] CF/88, art. 103-B. § 4º: "Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União".

[6] Em adição ao argumento, o Ministro Carlos Britto ainda afirmou que a EC nº 45/04 tomou o cuidado de diferenciar as competências outorgadas ao CNJ daquelas outorgadas ao Conselho de Justiça Federal (art. 105), bem como ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho (art. 111-A, § 2º, II), que deveriam ser exercidas "*nos limites da lei*", não havendo

é o de esmiuçar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais que regem toda a atividade administrativa, tais como: impessoalidade; eficiência; igualdade; e moralidade administrativa[7], e, portanto, do ato normativo impugnado decorriam as mesmas restrições já impostas pela Constituição e dedutíveis dos referidos princípios republicanos. Como se extrai do voto do Ministro Celso de Mello:

> A prática do nepotismo, tal como corretamente repelida pela Resolução nº 07/2005, traduz a própria antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa no postulado da moralidade administrativa, que não tolera – porque incompatível com o espírito republicano e com a essência da ordem democrática – o exercício do poder 'pro domo sua'.

O Tribunal também afastou a impugnação relacionada aos princípios da separação dos poderes e federativo, entendendo que o CNJ compõe o Poder Judiciário, cuja estrutura nacional se compatibiliza com o caráter estadualizado de parcela de sua composição. Ademais, após um pequeno debate acerca da possibilidade de a Resolução incluir na vedação a nomeação de "parentes" por afinidade até o terceiro grau, que, pela legislação civil, estariam restritos pela legislação civil aos irmãos do cônjuge ou companheiro, na linha lateral, entendeu-se válida a extensão, sob o argumento de que a Resolução não pretendia alterar classificações oriundas do direito civil, mas apenas conferir plena eficácia ao princípio da impessoalidade. Desse modo, o Ministro-Relator ajustou o seu voto. Por fim, entendeu-se que, por a Constituição Federal vincular os cargos em comissão e as funções de confiança às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V), a Resolução merecia interpretação conforme, para se incluir o termo "chefia", que não havia sido incluído em sua redação.

A corrente divergente capitaneada pelo Ministro Marco Aurélio – e que não encontrou outros adeptos no âmbito do Tribunal –, defendeu que a ação declaratória de constitucionalidade pressuporia um ato normativo abstrato, bem como que a concessão de liminar, que não está prevista expressamente, deveria encontrar maiores limites, sob pena de se esvaziar o poder de cautela dos juízes. Segundo o Ministro, se o ato do CNJ é simplesmente decorrente de uma

semelhante restrição nas competências outorgadas pelo art. 103-B ao CNJ, cuja atuação, portanto, não precisa ser necessariamente precedida por lei.

[7] Para o Ministro-Relator, eventual violação à moralidade administrativa decorrente das condutas vedadas pela Resolução pressuporia prévia violação direta aos princípios da impessoalidade, isonomia e igualdade, que, portanto, teriam maior relevância no caso.

interpretação da Constituição, não desafiaria o controle concentrado de constitucionalidade. Tendo em vista a conclusão da maioria no sentido de que a Resolução teria normatividade primária, porém, o voto dissidente passou ao mérito da controvérsia, afirmando que o art. 103-B, § 4º, da Constituição não teria outorgado tal poder normativo ao CNJ, o qual teria sido exercido em usurpação da função do Congresso Nacional. Desse modo, não seria adequado o deferimento da liminar, que acabaria por potencializar a eficácia da Resolução.

Desse modo, por nove votos a um, a liminar foi deferida, para o fim de: a) realizar interpretação conforme para incluir o termo "chefia" nos incisos II, III, IV e V do art. 2º do ato normativo em questão; b) suspender processos que pudessem vir a contestar a constitucionalidade da Resolução, até o julgamento de mérito da ação; c) impedir que juízes e tribunais proferissem decisões que impedissem ou afastassem a aplicabilidade da Resolução; e d) suspender com eficácia *ex tunc* as decisões que determinaram o afastamento da Resolução.

O mérito da ação foi julgado em 20.ago.2008, ocasião em que se confirmou, por unanimidade de votos, a validade constitucional da Resolução nº 7/05 do CNJ. O STF novamente afirmou que dos princípios da moralidade e da impessoalidade se extraía a regra da vedação do nepotismo. Vale dizer: mesmo na ausência de lei explícita, a interdição de tal conduta poderia ser extraída válida e razoavelmente de princípios constitucionais. Dessa forma, e com base nos argumentos já assentados no julgamento da medida cautelar, o Tribunal, de forma unânime, julgou procedente a ação declaratória de constitucionalidade, e, por maioria, decidiu emprestar interpretação conforme a Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção", constante dos incisos II, III, IV e V do art. 2º do ato normativo em questão, vencidos os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Marco Aurélio, que entendiam desnecessária a interpretação conforme, tendo em vista que o alcance natural da Resolução já seria o pretendido pela maioria do Tribunal.

Na sequência, ao julgar recurso extraordinário oriundo do Rio Grande do Norte (RE nº 579.951/RN, *DJ* 24.out.2008, Rel. Min. Ricardo Lewandowski), no qual se discutia a validade da nomeação de parentes de vereador e de vice-prefeito para cargos públicos, o Tribunal estendeu a vedação do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo, num importante avanço republicano, aprovando a Súmula Vinculante de nº 13, com o seguinte teor: "*A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau, inclusive, da*

autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

3. ADI nº 3510: constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias

O presente caso tinha por objeto o art. 5º da Lei nº 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança. O dispositivo legal impugnado dispõe, especificamente, sobre a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidos mediante fertilização *in vitro*, e que não foram transferidos para o útero materno. Segundo a lei, a realização de pesquisas demanda a observância das seguintes exigências: a) que os embriões tenham resultado de tratamentos de fertilização *in vitro* (art. 5º, *caput*); b) que os embriões sejam inviáveis (art. 5º, I) ou não tenham sido implantados no respectivo procedimento de fertilização, estando congelados há mais de três anos (art. 5º, II); c) que os genitores deem seu consentimento (art. 5º, § 1º); e d) que a pesquisa seja aprovada pelo comitê de ética da instituição (art. 5º, § 2º). Além disso, a lei proibiu: (i) a comercialização de embriões, células ou tecidos (art. 5º, § 3º, e Lei nº 9.434/97, art. 15); (ii) a clonagem humana (art. 6º, IV); e (iii) a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano (art. 6º, III).

Por entender que a norma seria incompatível com a Constituição, o Procurador-Geral da República (Dr. Cláudio Fonteles) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 3510) no Supremo Tribunal Federal. A tese central afirmada na ação foi a de que "*a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação*". Fundado em tal premissa, o Procurador-Geral sustentou que os dispositivos legais impugnados violariam dois preceitos da Constituição da República: o art. 5º, *caput*, que consagra o *direito à vida*; e o art. 1º, III, que enuncia como um dos fundamentos do Estado brasileiro o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Os argumentos desenvolvidos na peça inicial podem ser resumidos em uma proposição: o embrião é um ser humano cuja vida e dignidade seriam violadas pela realização das pesquisas que as disposições legais impugnadas autorizam. Em defesa da constitucionalidade da norma, determinadas entidades pleitearam ingresso na ação na

qualidade de *amicus curiae*, dentre elas o Movimento em Prol da Vida – MOVITAE –, por mim representado[8].

3. 1. Teses jurídicas apresentadas pelo MOVITAE

A validade da norma impugnada foi defendida sob diversos pontos de vista: ético, jurídico, institucional e interesse nacional. Antes de passar à sua demonstração, o MOVITAE argumentou que a discussão acerca do momento em que tem início a vida era irrelevante no que diz respeito à pesquisa com células-tronco embrionárias, tal como disciplinada na legislação brasileira. Com efeito, a regra vigente é a de que somente se podem utilizar embriões congelados há mais de três anos ou inviáveis, que, de qualquer forma, nunca seriam implantados em um útero materno. Dessa forma, um embrião que não tem possibilidade de ser implantado em um útero materno não poderia ser considerado uma vida potencial.

Do ponto de vista ético, demonstrou-se que a disciplina dada à matéria pela lei impugnada conferia aos embriões que jamais seriam implantados em um útero materno o fim digno de contribuir para a ciência e para a superação do sofrimento de inúmeras pessoas. A declaração de inconstitucionalidade da lei faria cessar as pesquisas, mas não mudaria em nada o destino de tais embriões, que permaneceriam congelados e fadados ao futuro descarte. Nessa linha, sustentou-se que jogar o embrião fora, em lugar de permitir que ele servisse à causa da humanidade, seria uma escolha de difícil sustentação ética.

Do ponto de vista jurídico, demonstrou-se que o dispositivo legal impugnado não afronta o direito à vida. Com efeito, é a partir do nascimento com vida que surge a pessoa humana, com aptidão para se tornar sujeito de direitos e de deveres. Nada obstante, a lei resguarda os direitos do nascituro, que, de acordo com a doutrina civilista, é o ser humano já concebido, em fase de desenvolvimento no útero da mãe. Como consequência dessas premissas, demonstrou-se que o embrião resultante da fertilização *in vitro*, conservado em laboratório: a) não é uma pessoa, haja vista não ter nascido; b) não é tampouco um nascituro, em razão de não haver sido transferido para o útero materno. De todo modo, por se tratar de um ser humano em potencial – embora possa

[8] A sustentação oral que proferi por ocasião do julgamento pode ser conferida em: <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/celulastronco/>.

permanecer indefinidamente como uma mera potencialidade –, não pode ser instrumentalizado. Justamente com essa finalidade, a lei determina que só possam ser utilizados em pesquisas embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos e veda expressamente a sua comercialização, a clonagem humana e a engenharia genética, promovendo o adequado equilíbrio dos interesses em jogo.

Do ponto de vista institucional, sustentou-se que a questão acerca das pesquisas com células-tronco tem sido debatida em todo o mundo, ensejando visões contrapostas e que, no Brasil, o Poder Legislativo, por votação expressiva, tomou posição na matéria, produzindo disciplina que se harmoniza com o tratamento dado na maior parte dos países ocidentais. Com efeito, em um Estado democrático, o Poder Legislativo, composto por representantes eleitos, toma as decisões políticas que expressam a vontade da maioria e o Poder Judiciário só deve invalidar um ato do Congresso se ele for manifestamente inconstitucional. Em um tema que envolve desacordo moral razoável – pessoas bem intencionadas e esclarecidas professam convicções opostas –, o legislador, ao exigir o prévio consentimento dos genitores como condição para a utilização do embrião na pesquisa científica, tomou a decisão correta: a de permitir que cada um viva a sua autonomia da vontade, a sua própria crença. Desse modo, sustentou-se que não haveria razão para o Supremo Tribunal Federal desautorizar a decisão do Congresso Nacional, que é razoável e equilibrada.

Por fim, sob o ponto de vista do interesse nacional, demonstrou-se que as pesquisas com células-tronco embrionárias são o futuro da medicina, com a perspectiva de tratamento regenerativo. Não desenvolvê-las significaria ficar para trás e, mais adiante, ter de importar as terapias criadas por outros países. Com base nesses argumentos jurídicos, o MOVITAE requereu a declaração de constitucionalidade do dispositivo legal.

3. 2. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

O julgamento foi cindido em duas partes. Na sessão de 5.mar.2008, foi lido o relatório e foram feitas as sustentações orais. Em seguida, votou o Ministro-Relator, Carlos Ayres Britto. Após o voto, pediu vista o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. O julgamento foi retomado em 28.mai.2008 e concluído em 29.mai.2008. Embora a divulgação do resultado do julgamento pela imprensa tenha feito menção a uma vitória por 6 votos a 5, foram três as linhas de votação seguidas pelos Ministros.

A corrente majoritária foi liderada pelo Ministro-Relator, Carlos Ayres Britto, acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello, julgando o pedido integralmente improcedente. No seu voto, o relator destacou alguns pontos, como os que se seguem: (i) as células-tronco embrionárias oferecem maior contribuição em relação às demais, por se tratarem de células pluripotentes; (ii) o bem jurídico vida, constitucionalmente protegido, refere-se à pessoa nativiva; (iii) não há obrigação de que sejam aproveitados todos os embriões obtidos por fertilização artificial, em respeito ao planejamento familiar e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; (iv) os direitos à livre expressão da atividade científica e à saúde (que também é dever do Estado), bem como o § 4º do art. 199 da CF/88, contribuem para afirmar a constitucionalidade da lei; e (v) já se admitiu que a lei ordinária considere finda a vida com a morte encefálica (Lei nº 9.434/97), sendo que o embrião objeto das normas impugnadas é incapaz de vida encefálica. E, em desfecho, lavrou o Ministro Carlos Ayres Britto:

> É assim ao influxo desse olhar póspositivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.

A segunda corrente foi inaugurada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, tendo sido seguida, igualmente, pelos Ministros Ricardo Lewandoswski e Eros Grau. A ideia central a esta posição é a de que, no caso dos embriões congelados, não é aceitável sua destruição para a realização da pesquisa. Como, no estado atual da ciência, não é possível desenvolver pesquisas com células-tronco embrionárias sem a destruição do embrião, esta posição significava, em última análise, a não admissão das pesquisas. Confira-se a conclusão, sobre o ponto, do voto do Min. Menezes Direito:

> Destarte, com as razões acima deduzidas, julgo procedente, em parte, a ação direta de inconstitucionalidade para, nos termos que se seguem: 1. no *caput* do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo

> Ministério de Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões "pesquisa e terapia" como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos; (...).

Por fim, a terceira posição foi defendida pelos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Ambos se alinharam a uma interpretação conforme a Constituição do artigo impugnado para exigir, com caráter de decisão aditiva, a prévia submissão das pesquisas com células-tronco embrionárias a um órgão central de controle – um "Comitê Central de Ética" –, subordinado ao Ministério da Saúde. Nas palavras constantes do fecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

> Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Portanto, a votação, em rigor, foi de seis votos favoráveis à pesquisa, sem qualquer limitação aos termos da lei; dois votos favoráveis à pesquisa, mas com a exigência de sua prévia aprovação por um comitê central de ética; e três votos no sentido de não admissão das pesquisas que importassem na destruição do embrião, o que significa, no estágio contemporâneo, a sua proibição.

4. ADPF nº 132: reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas

O presente caso tinha por objeto o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Na ausência de regra específica sobre a matéria no direito positivo, pretendia-se obter a declaração de que o regime jurídico da união estável deve se aplicar, também, às relações homoafetivas. A ação (ADPF nº 132) foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro (Sérgio Cabral) – de modo que minha atuação se deu na qualidade de Procurador do Estado[9] – e apontava como atos lesivos as decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais que negavam às uniões homoafetivas o mesmo regime das uniões estáveis[10].

[9] A sustentação oral que proferi por ocasião do julgamento pode ser conferida em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?p=388>.

[10] A Procuradora-Geral da República (Dra. Deborah Duprat) ajuizou a ADPF 178 no STF – recebida como ADI 4277 –, na qual requereu o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os

O contexto fático do ajuizamento da ação pode ser descrito da seguinte forma. Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, consequentemente, existiam incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

A Constituição de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual. Como consequência natural, também não faz menção às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões heterossexuais, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher (CF/88, art. 226, § 3º). O Código Civil, por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha (Código Civil, art. 1.723). A despeito da ausência de normatização expressa, a postura do Estado em relação ao assunto já era de crescente reconhecimento. Certas manifestações do Poder Público atribuem às uniões entre pessoas do mesmo sexo, para determinados fins, *status* semelhante ao das uniões entre homem e mulher (*v.g.*, IN nº 25/200 do INSS). A posição, contudo, não era dominante ou incontroversa, havendo diversos pronunciamentos judiciais divergentes sobre o tema. Esse era o cenário encontrado pela ADPF nº 132.

4. 1. Teses jurídicas apresentadas pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro

A ADPF indicou como preceitos fundamentais violados o direito à igualdade (art. 5º, *caput*); o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art. 5°, II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*), todos contidos na Constituição da República; e como atos do Poder Público causadores da lesão: a) o art. 19, II e V e o art. 33, I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei nº 220, de 18.07.1975 (Estatuto dos Servidores

mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, bem como a declaração de que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Dada a similaridade das ações, foram as mesmas apensadas e julgadas conjuntamente, tendo a ADPF 132 sido recebida, também, como ação direta de inconstitucionalidade.

Civis do Estado do Rio de Janeiro), se interpretados de maneira discriminatória em relação aos homossexuais; b) o conjunto de decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais, inclusive e notadamente o do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis.

No mérito, a petição inicial apresentou duas teses jurídicas principais. Antes, porém, de demonstrá-las, foram declinadas as premissas filosóficas sobre as quais se fundava a ação, quais sejam: a) a de que homossexualismo é um fato da vida. Seja ele considerado uma condição inata ou adquirida, decorra de causas genéticas ou sociais, a orientação sexual de uma pessoa não é uma escolha livre, uma opção entre diferentes possibilidades. Ademais, o homossexualismo – e as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo que dele decorrem – não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros; e b) a de que o papel do Estado e do Direito, em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos. O Poder Público não pode nem deve praticar ou chancelar o preconceito e a discriminação, cabendo-lhe, ao revés, enfrentá-los com firmeza, provendo apoio e segurança para os grupos vulneráveis.

A primeira tese central sustentada na ação foi a de que um conjunto de princípios constitucionais – igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica – impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação (v. preâmbulo; art. 3º; art. 5º). Desse modo, o não reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas importa desequiparação fundada em orientação sexual e, portanto, violação direta ao princípio em seu conteúdo mais tradicional e elementar, relacionado à chamada igualdade formal. Note-se que tal desequiparação não é fundamentada por qualquer motivo legítimo, significando tão somente intolerância, incoerência ou convicção religiosa – que, embora respeitável, é insuscetível de imposição coativa em um Estado laico. Quanto ao direito à liberdade, argumentou-se que não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos significa privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Nessa linha, exclusão das uniões homoafetivas do regime da união estável seria uma forma comissiva de

embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e os seus afetos.

Ademais, quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, argumentou-se que a não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que, embora majoritário, não é juridicamente obrigatório, bem como equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. Por fim, quanto à segurança jurídica, defendeu-se que a exclusão das uniões homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um regime específico similar, cria um quadro de incerteza, alimentado por manifestações díspares do Poder Público, o que contraria diversos valores relacionados à segurança jurídica, tais como previsibilidade de condutas, estabilidade das relações jurídicas e proteção da confiança. Em conclusão da tese, sustentou-se que os preceitos fundamentais descritos são dotados de inegável densidade normativa, devendo ser aplicados diretamente ao caso, determinando que as relações homoafetivas sejam submetidas ao regime jurídico da união estável.

Registrou-se, ainda, que a conclusão não seria afetada pela redação do art. 226, § 3º, da Constituição, que protege expressamente a união estável entre homem e mulher. O argumento foi o de que o dispositivo teve como propósito afastar definitivamente qualquer discriminação contra as companheiras, consolidando uma evolução que teve início em decisões judiciais. Desse modo, não faria nenhum sentido realizar uma interpretação a *contrario sensu* do referido artigo, de modo a expandir seu sentido e convertê-lo em norma de exclusão, ou seja, exatamente o oposto de seu propósito original.

A segunda tese central desenvolvida na petição inicial apresentava a seguinte solução alternativa: caso se entendesse impossível a aplicação direta dos preceitos fundamentais referidos para regular as relações homoafetivas, deveria ser reconhecida a existência de uma lacuna normativa, a ser integrada por analogia. Uma vez que os elementos essenciais da união estável identificados pelo Código Civil estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas – isto é: convivência pacífica e duradoura, movida pelo intuito de constituir entidade familiar –, seria natural a extensão do regime jurídico da união estável, previsto no art. 1723 do

Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo. A tese demanda, portanto, que se faça uma interpretação da legislação ordinária à luz dos princípios constitucionais, atividade desenvolvida corriqueiramente pelo STF. Com base nesses argumentos jurídicos, o Governador do Estado do Rio de Janeiro requereu a declaração de que o regime jurídico da união estável deve se aplicar, também, às relações homoafetivas.

4. 2. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

O julgamento das ações foi iniciado em 4.mai.2011, quando foi lido o relatório e foram feitas as sustentações orais dos autores (Governador do Estado do Rio de Janeiro e Procurador-Geral da República) e dos quatorze *amici curiae*. Em seguida, votou o Ministro-Relator, Carlos Ayres Britto. Dado o avançado da hora, a sessão de julgamento foi suspensa, para continuação no dia seguinte. No dia 5.mai.2011, o julgamento retomou seu curso com os votos dos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Em seu voto-condutor, o Ministro Carlos Ayres Britto acentuou a liberdade individual, o direito à intimidade e à privacidade das pessoas, além de enquadrar a orientação sexual como direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, percorreu os dispositivos constitucionais que vedam tratamento discriminatório em razão do sexo, de modo a concluir que eventual interpretação reducionista do conceito de família iria de encontro a princípios constitucionais, bem como redundaria em discurso homofóbico ou preconceituoso. Nesse sentido, os casais homoafetivos teriam o mesmo direito subjetivo titularizado pelos casais heteroafetivos de formar uma família. Em conclusão, o Ministro-Relator atribuiu ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável (contínua, pública e duradoura) entre pessoas do mesmo sexo como família, reconhecendo a aplicação das mesmas regras e consequências conferidas à união estável heteroafetiva.

O voto foi acompanhado pela unanimidade dos Ministros da casa, embora em algumas manifestações seja possível identificar divergências pontuais. Com efeito, segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas decorreria diretamente

de uma interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º da Constituição. Embora o resultado seja semelhante, outros Ministros optaram pela solução analógica, por encontrar na matéria uma lacuna normativa. Nessa linha, votaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser enquadrada no instituto da união estável, por faltar-lhe o requisito da diversidade de sexos. Desse modo, reconhecido o caráter familiar e a inexistência de regime jurídico específico, o Ministro concluiu em favor da aplicação às uniões homoafetivas das prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais – por ser o instituto jurídico mais próximo –, excluindo-se aquelas que exigem diversidade de sexo para a sua persecução, até que venham disposições normativas específicas que regulem tais relações. De forma semelhante, os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso reconheceram a existência de uma lacuna, à qual deveria ser integrada por meio da aplicação do regime jurídico da união estável heteroafetiva, naquilo que for possível. Segundo o Ministro Cezar Peluso, ainda, por haver equiparação entre as formas de família, mas não igualdade, o Poder Legislativo deveria regulamentar as uniões homoafetivas.

O precedente é histórico em todas as direções que se queira contemplar, sobretudo pela altivez com que o STF assumiu o seu papel contramajoritário para proteger os direitos fundamentais de um segmento da população que, a despeito de sua progressiva emancipação social, ainda não conseguiu superar os gargalos do sistema político. Segundo o entendimento adotado enfaticamente pelo STF, a exclusão baseada na orientação sexual seria incompatível com o direito à busca da felicidade, com o princípio da igualdade, com a proibição do preconceito, com a cláusula geral de liberdade – da qual decorre a proteção à autonomia privada – e com a própria dignidade da pessoa humana, que impede o Estado de negar as individualidades e de impor determinada visão do que seja a vida boa. Merece destaque, igualmente, a afirmação de que a Constituição deve ser interpretada em seu conjunto, com a qual se afastou a leitura reducionista do art. 226, § 3º, que trata da forma mais tradicional de união, mas não contém vedação a que outros tipos de família sejam reconhecidos. Por fim, também é digna de nota a postura interpretativa do STF, que construiu a necessidade de reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo gênero a partir da aplicação direta de princípios constitucionais.

5. Ext nº 1085/MS nº 27875 e Rcl 11243: não extradição de Cesare Battisti e validade de sua permanência no Brasil

O presente caso tinha por objeto a extradição do ex-ativista Cesare Battisti, requerida pelo Governo da Itália em 24.abr.2007, para cumprimento de prisão perpétua por fatos ocorridos há mais de trinta anos[11]. O contexto fático do ajuizamento das ações pode ser descrito da seguinte forma. Entre o final dos anos 60 até meados dos anos 80, a Itália viveu um período conhecido como "anos de chumbo". Em resposta à atuação radical de grupos políticos armados, houve forte reação do Estado, com a edição de legislação especial de grande teor repressivo. Em 1981, Cesare Battisti, juntamente com outros membros do PAC – Proletários Armados pelo Comunismo, foi levado a julgamento pela prática de ações subversivas que incluíram quatro homicídios. Não foi sequer acusado de qualquer deles – ou de qualquer ato de violência –, tendo sido condenado, tão-somente, por participação em organização subversiva e ações subversivas. Tal decisão transitou em julgado em 1983.

Posteriormente, após sua evasão da Itália, um dos acusados pelos homicídios referidos acima tornou-se arrependido e colaborador da justiça. A partir daí, passou a acusar Cesare Battisti de ser autor de todos os quatro homicídios. Em 1988, Battisti foi levado a novo julgamento por Tribunal do Júri, tendo sido revel. Não foi ouvido nem produziu provas em sua defesa. Foi "defendido" por advogado com o qual jamais manteve qualquer contato e que representava, também, outros acusados. Foi condenado à prisão perpétua. Desde sua fuga, em 1981, viveu no México, inicialmente e, depois, passou 14 anos na França, onde recebeu abrigo político, visto de permanência e, na sequência, naturalização. Em 1991, a França negou sua extradição, requerida pela Itália. O pedido só veio a ser renovado doze anos depois, no final de 2003, sob outras condições políticas, sendo deferido em 2005. Cesare Battisti refugiou-se no Brasil em setembro de 2004.

Em 18.mar.2007, ele foi preso preventivamente, no Rio de Janeiro, para fins de extradição. Em 24.abr.2007, o pedido de extradição foi formalizado por Nota Verbal apresentada pela Embaixada da Itália. Em 27.jun.2008, Cesare Battisti solicitou refúgio político ao CONARE - Comitê Nacional para os Refugiados. Em 28.nov.2008, o pedido foi indeferido, por 3 votos a 2. Em 13.jan.2009, o Ministro de Estado da Justiça deu provimento ao recurso e reconheceu a condição de refugiado a Cesare Battisti,

[11] A sustentação oral que proferi por ocasião do julgamento pode ser conferida em: <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/cesarebattisti/>.

nos termos do art. 1°, da Lei n° 9.474 de 22.jul.1997. A decisão do Ministro da Justiça se baseou em um conjunto de fatos que são notórios e foram adequadamente narrados na sua fundamentação. O ato foi publicamente endossado pelo Presidente da República em mais de uma ocasião. Inconformada, a República Italiana impetrou o Mandado de Segurança sob a alegação de que sua soberania fora afetada (MS 27875), assim como ajuizou o Pedido de Extradição n° 1.085 perante o Supremo Tribunal Federal.

5. 1. Teses jurídicas apresentadas

A defesa apresentou cinco teses jurídicas centrais. A primeira tese se ocupou de defender a validade do refúgio concedido pelo Ministro da Justiça a Cesare Battisti, bem como a sua consequência jurídica natural, que é a extinção do processo de extradição (art. 33, Lei n° 9.474/97). A concessão do refúgio se fundamentou no fundado temor de perseguição política (art. 1º, I, Lei nº 9.474/97), constituindo evidente ato político, com ampla margem de valoração discricionária. Nessa linha, assentado tratar-se de ato político, demonstrou-se que a jurisprudência histórica do STF é no sentido de que o Judiciário não deve sobrepor a sua própria valoração política sobre a da autoridade competente. O mérito do ato político não dever ser revisto. Além disso, o STF, também de longa data, já havia assentado que atos referentes às relações internacionais do país – como o refúgio – são de competência privativa do Poder Executivo. Dessa forma, a concessão do refúgio implica a extinção da extradição, por constituir decisão política tomada pelo Ministro da Justiça e endossada pelo Presidente da República, autoridades competentes na matéria.

A segunda tese sustentava o caráter político dos crimes imputados a Cesare Battisti, o que afastaria a sua extradição, ainda que o refúgio fosse anulado. Com efeito, a Constituição de 1988 inclui, entre os direitos fundamentais, a garantia de que o estrangeiro não poderá ser extraditado por crime político ou de opinião (art. 5º, LII). Trata-se de previsão tradicional no Direito brasileiro, amplamente aceita nas democracias contemporâneas, no direito internacional e prevista de forma específica no tratado de extradição entre Brasil e Itália (art. 3º, 1). A fim de impedir a extradição política disfarçada – situações nas quais o Estado requerente procura disfarçar a natureza política da acusação ou da condenação imposta ao extraditando – entende-se pacificamente que a avaliação acerca da natureza da infração penal (política ou comum) compete ao Estado requerido. No

presente caso, a natureza dos crimes se extraía da própria sentença, que informa que os quatro homicídios foram praticados e julgados como partes integrantes de uma ação política subversiva, que foi objeto de condenação sob pena única – prisão perpétua – pelo conjunto de ações, referida como "um único desenho criminoso". De fato, se a sentença é única, a pena é única e a decisão se refere ao "conjunto da obra", não é possível destacar quatro fatos e tratá-los como crimes comuns.

Demonstrou-se, ademais, que a aplicação ao caso dos três critérios tradicionalmente empregados pelo STF para a distinção entre crimes comuns e crimes políticos produz uma mesma conclusão no sentido da natureza política dos crimes em discussão, quais sejam: (i) motivação política: a sentença estrangeira registra que os atos foram praticados como parte de uma estratégia organizada e publicamente assumida para a subversão da ordem vigente, por ser esta considerada iníqua; (ii) finalidade política*:* a sentença registra que as ações faziam parte da estratégia dos referidos grupos para alcançar o poder pela via revolucionária. Ao todo, a sentença contém dezenas de menções à subversão ou ao ato de subverter a ordem do Estado, ou a ordem social e econômica; (iii) contexto político conturbado: os anos de chumbo na Itália foram marcados pela radicalização de ambos os lados, ativistas revolucionários e Estado. Nesse sentido, a mobilização particularmente intensa do Estado requerente para obter a extradição, passados trinta anos dos eventos, apenas corrobora a natureza política das infrações e da condenação perpétua que se pretendia executar.

A terceira tese sustentava a inviabilidade da extradição à luz do requisito da dupla-imputação, segundo o qual é preciso que o fato seja crime no país requerente e no país requerido, em razão de a Lei nº 6.683/79 e a EC nº 26/85 terem anistiado os "crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política", praticados entre 2.set.1961 e 15.ago.1979. A quarta tese sustentava a ocorrência de prescrição em 2003, quando teriam se passado 20 anos (Código Penal, arts. 107 a 113) desde o trânsito em julgado da sentença, em 1983 (art. 77, VI, Lei nº 6.815/80). No ponto, argumentou-se que a decisão proferida em 1988 veiculou apenas revisão criminal da decisão anterior, por força da qual os mesmos fatos foram novamente julgados. Como se sabe, porém, além de a revisão criminal *in pejus* ser vedada pela ordem jurídica nacional, não constitui causa interruptiva da prescrição em prejuízo do réu.

Por fim, a quinta tese de defesa foi a de que a sentença que condenou o extraditando violou elementos essenciais do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88; art. 77, VIII, Lei nº 6.815/80),

tendo em vista: (i) constituir revisão criminal *in pejus*; (ii) ter sido proferida em processo coletivo perante o Tribunal do Júri, no qual o extraditando restou revel e foi condenado a prisão perpétua; (iii) ter se fundamentado exclusivamente em depoimento obtido em programa de delação premiada; e (iv) o advogado indicado para a defesa do réu jamais ter se encontrado ou falado com ele, além de ter sido o patrono de outros réus implicados nos mesmos fatos, em óbvio conflito de interesses.

5.2. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

Em julgamento que ocupou três sessões do Tribunal (9.set.2009; 12.nov.2009; e 18.nov.2009), o STF decidiu, por maioria, seguir o voto do Ministro-Relator, Cezar Peluso, e declarar incidentalmente a nulidade do refúgio concedido, para deferir, afinal, a extradição. Essa orientação foi acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie. Ficaram vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Marco Aurélio, que assentavam a validade do ato concessivo do refúgio e, consequentemente, indeferiam o pedido de extradição. Não participaram do julgamento os Ministros Celso de Mello, que se declarou suspeito, e o Ministro Menezes Direito, que estava afastado por problemas de saúde à época da primeira sessão e veio a falecer antes de encerrado o julgamento. Seu sucessor, o Ministro Dias Toffoli, também se declarou suspeito. O então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, desempatou a questão para deferir o pedido de extradição. No final, porém, a maioria se inverteu, prevalecendo o voto da Minª. Cármen Lúcia, que reafirmou a jurisprudência pacífica do STF no sentido de que sua decisão, no processo de extradição, é autorizativa. Consequentemente, o deferimento do pedido não vincula o Presidente da República, que tem a competência política para determinar ou não a entrega do indivíduo. Quanto ao ponto, ficaram vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

A corrente majoritária, inaugurada pelo voto do Ministro-Relator, entendeu que o reconhecimento da condição de refugiado obedece aos requisitos estabelecidos em lei, de modo que a decisão do Ministério da Justiça deve se submeter ao controle jurisdicional. Nesse sentido, o Ministro Cezar Peluso afirmou que a situação política e histórica atual do Estado Italiano não traduz nenhum risco de perseguição futura ao extraditando e que não haveria razão para se desconfiar da independência e isenção da magistratura italiana, bem como que a competência para avaliar o

caráter político dos crimes seria do STF. Quanto aos crimes imputados ao extraditando, entendeu que os mesmos não teriam qualificação política, o que implicaria a nulidade do ato de refúgio. Quanto ao mérito da extradição, afastou as alegações de prescrição e violação ao direito de defesa, bem como afirmou que, diante do sistema brasileiro de cognição limitada, cabe ao Tribunal apenas apreciar a legalidade da extradição, sem reconhecer eventuais defeitos da instrução criminal.

Em divergência, o Ministro Joaquim Barbosa – acompanhado pelos Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia – proferiu um voto contundente em favor da validade do refúgio e pelo fim do processo de extradição. Em seu voto, afirmou que Cesare Battisti estava preso indevidamente e queixou-se da "arrogância" da atuação da Itália e da "insistência inapropriada" do embaixador italiano nas gestões junto ao STF. O Ministro Marco Aurélio também aderiu à divergência, por reconhecer o caráter político dos crimes descritos na sentença italiana.

Embora o Tribunal tenha deferido a extradição, prevaleceu a tese de que caberia ao Presidente da República dar a palavra final da matéria. Dos cinco votos proferidos em favor da não vinculação do Presidente da República à decisão que deferiu a extradição, quatro (Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia) entenderam que o Presidente da República teria discricionariedade para decidir a questão, enquanto o Ministro Eros Grau – que expressamente se alinhou aos demais para compor a maioria – votou no sentido de que a competência do Chefe do Executivo era de natureza política, mas deveria observar o Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália[12]. Em exercício desta competência, em 31.dez.2010, nas últimas horas antes de deixar o governo, o então Presidente Luís Inácio Lula da Silva comunicou a decisão de não extraditar Cesare Battisti, com base em parecer firmado pela Advocacia-Geral da União.

5.3. A tentativa final do Governo da Itália: impugnação à decisão política do Presidente da República (Rcl 11243)

Após a decisão presidencial, o Governo italiano ajuizou Reclamação no STF, sob o argumento de que teria sido violada a decisão que deferiu a extradição. No caso, a defesa de Cesare Battisti

[12] O próprio Ministro Eros Grau registrou, porém, que o Tratado firmado entre Brasil e Itália permite expressamente que os Chefes de Estado não efetuem a entrega e que em determinadas hipóteses essa avaliação será feita de forma privativa pelo Chefe do Executivo, não se subordinando a controle ou confirmação posterior por parte do Tribunal. Como exemplo, o Ministro Eros Grau apontou o art. 3º, I, *f* do Tratado, que autoriza o Chefe do Executivo a decidir pela não entrega caso entenda que há risco de agravamento da condição pessoal do extraditando.

sustentou o descabimento da reclamação, em razão da falta de legitimação processual da República Italiana para questionar a decisão presidencial acerca do pedido de extradição, tendo em vista que um Estado estrangeiro não tem direito subjetivo a que o Estado brasileiro pratique determinado ato de cooperação que seja do seu interesse, muito menos em matérias como a extradição, que envolvem o exercício direto da soberania e avaliações de cada Estado acerca da proteção aos direitos humanos na esfera internacional. No mérito, defendeu-se que a decisão presidencial ateve-se ao acórdão e à jurisprudência tradicional do STF, no sentido de que a competência final para decidir acerca da entrega ou não do estrangeiro em matéria de extradição é do Presidente da República.

Em julgamento ocorrido em 8.jun.2011, o STF decidiu, por 6 votos a 3, não conhecer da Reclamação. Segundo a corrente majoritária, o mérito da decisão presidencial seria insuscetível de reavaliação por parte do STF. Destacou-se, igualmente, o fato de a concessão ou negativa de extradição constituir ato de soberania, que não poderia ser questionado por Estado estrangeiro perante as instâncias judiciais internas. Nesse sentido, votaram os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Marco Aurélio. Em divergência, os Ministros Gilmar Mendes (Relator), Ellen Gracie e Cezar Peluso votaram no sentido de cassar o ato do ex-presidente da República e determinar a entrega de Cesare Battisti ao governo da Itália. O principal fundamento adotado pelo ministro Gilmar Mendes foi o de que o ex-presidente da República negou a extradição de Battisti com base em argumentos rechaçados pelo Supremo em novembro de 2009 e que a não extradição na hipótese importaria descumprimento do tratado de extradição, que deveria ser analisado pelo STF. Em sentido semelhante, a Ministra Ellen Gracie afastou o caráter soberano do ato do Presidente da República que, segundo afirmou, estaria sujeito ao controle jurisdicional como qualquer outro ato administrativo.

Após uma luta árdua e longa, que enfrentou as mais diversas forças políticas e críticas da opinião pública, finalmente Cesare Battisti foi solto na madrugada do dia 9.jun.2011.

6. ADPF nº 54: possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de gestação de feto anencefálico

O presente caso tinha por objetivo a realização de interpretação conforme à Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o aborto (arts. 124, 126, *caput* e 128, I e II) , para o fim de declarar que eles não incidem no caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico. Pretendia-se, com isso, o reconhecimento do direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento, sem a necessidade de prévia obtenção de autorização judicial, que envolve uma batalha em diferentes instâncias, inacessível a muitas mulheres. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, por mim representada[13], ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº 54 – no Supremo Tribunal Federal.

Antes de passar à descrição da demanda, cabe fazer um pequeno registro técnico. A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como "ausência de cérebro", a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal, tratando-se de condição incompatível com a vida extra-uterina.

Dada a complexidade da matéria envolvida, o Min. Relator (Marco Aurélio) convocou audiências públicas, realizadas em 26.ago.2008, 28.ago.2008, 04.set.2008 e 16.set.2008, quando prestaram depoimentos os representantes das principais entidades médicas e científicas do país. Por meio de tais audiências, todos os elementos de fato em que se baseou a ADPF foram confirmados, a saber: (i) O diagnóstico de anencefalia é feito com 100% (cem por cento) de certeza, sendo irreversível e letal na totalidade dos casos. A rede pública de saúde tem plenas condições de fazer esse diagnóstico, assim como de realizar o procedimento médico de antecipação do parto, caso seja esta a vontade da gestante; (ii) A gestação de um feto anencefálico é de maior risco para a mulher, em especial no que diz respeito a hipertensão, acúmulo de líquido amniótico e pré-eclampsia. Além disso, impor à mulher levar a gestação a termo pode ser gravoso à sua saúde mental; (iii) No Brasil não há registro de transplante de órgãos de um anencéfalo para uma criança viva. O feto com

[13] A sustentação oral que proferi por ocasião do julgamento pode ser conferida em: <http://www.youtube.com/watch?v=plUKobkpBB4>.

anencefalia não é um doador de órgãos potencial, pois apresenta múltiplas malformações associadas que aumentam o índice de rejeição dos órgãos pelo receptor; (iv) A interrupção da gestação neste caso deve ser tratada como antecipação terapêutica do parto e não como aborto, por inexistir potencialidade de vida. A definição jurídica do final da vida é a morte encefálica. O feto anencéfalo não tem vida encefálica; e (v) Anencefalia não se confunde com deficiência. Não há crianças ou adultos com anencefalia.

6. 1. Teses jurídicas apresentadas pela CNTS

A ADPF indicou como preceitos fundamentais violados o art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal; e como atos do Poder Público causadores da lesão: o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.1940), que tipificam o crime de aborto, sem contemplarem, expressamente, como exceção à incidência de tais normas, a hipótese de interrupção da gestação de feto anencefálico.

Em sua petição inicial, a autora assentou um conjunto de premissas fáticas sobre as quais construiu seu argumento, associadas ao diagnóstico da patologia, ao prognóstico no tocante à viabilidade do feto e aos riscos para a gestante, assim como à questão do sofrimento psicológico a que estava sujeita a mulher, dentre outros fatores. Também foram apresentadas distinções relevantes em relação às situações caracterizadas como aborto pela legislação penal. No mérito, foram apresentadas três teses jurídicas principais.

A primeira tese foi a de que a antecipação do parto na hipótese é fato atípico, por faltar o suporte fático exigido pelo tipo penal relativo ao aborto. Com efeito, o aborto é descrito pela doutrina especializada como "a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)". Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extrauterina do feto. A morte do feto anencefálico, porém, decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os nove meses normais de gestação. Essa linha de entendimento decorre, inexoravelmente, do próprio conceito jurídico de morte adotado no Direito brasileiro,

segundo o qual o indivíduo é considerado morto quando o seu cérebro deixa de ter atividade. Ora bem: o feto anencefálico sequer chega a ter início de atividade cerebral, pois não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Tragicamente, não chega a tornar-se um ser vivo, em sentido técnico. A interrupção da gestação nessa hipótese é, portanto, fato atípico, de modo que não pode ser punido, em nome do princípio geral da legalidade e do princípio específico da reserva penal.

A segunda tese, subsidiária, sustentava que, ainda que se quisesse qualificar a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico como aborto, ela não deveria ser punida. O Código Penal tipifica o aborto provocado pela gestante ou por terceiro nos arts. 124 a 126, mas não pune o aborto dito necessário, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, nem tampouco o aborto desejado pela mulher, em caso de gravidez resultante de estupro. Veja-se que no caso de gravidez decorrente de estupro, o legislador fez uma ponderação moral entre a potencialidade de vida do feto e o sofrimento da mãe, vítima de uma violência, e permitiu a cessação da gestação. No caso aqui estudado, a ponderação é mais simples e envolve escolha moral menos drástica: o imenso sofrimento da mãe, de um lado, e a ausência de potencialidade de vida, do outro lado. Parece claro que o Código Penal, havendo autorizado o mais, somente não fez referência ao menos porque não era possível vislumbrar esta possibilidade no momento em que foi elaborado. Deve-se aplicar aqui, portanto, uma interpretação evolutiva do Direito, admitindo-se sua adaptação a novas situações, ainda que não antecipadas pelo legislador, mas compreendidas na ordem de valores que o inspirou e nas possibilidades e limites oferecidos pelo texto normativo.

A terceira tese sustentada foi a de que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde paralisam a incidência das normas do Código Penal na hipótese. Com efeito, obrigar uma mulher a levar até o final a gestação de um feto anencefálico, sem viabilidade de vida extrauterina, viola as duas dimensões da dignidade: (i) do ponto de vista da integridade física, a gestante será obrigada a passar cerca de seis meses – o diagnóstico é feito no terceiro mês – sofrendo as transformações de seu corpo, preparando-se para a chegada do filho que ela não vai ter; (ii) no tocante à integridade psicológica, é impossível exagerar o sofrimento de uma pessoa que dorme e acorda, todos os dias, por 180 (cento e oitenta) dias, com a certeza de que o parto, para ela, não será uma celebração da vida, mas um adiado ritual de morte. Quanto ao direito à saúde, destacam-se as evidências de que a gestação de um feto anencefálico envolve riscos maiores

para a gestante, não apenas no plano físico, mas também no plano psicológico, em caso de gravidez forçada nessas circunstâncias.

Às razões fáticas e jurídicas apresentadas, a CNTS acrescentou o seguinte elemento moral, que não podia ser deixado de lado: a gestação de um feto anencefálico traz para a mulher um imenso sofrimento, que envolve medo, perda e frustração, e a decisão existencial de como lidar com essa dor deve, evidentemente, caber à mulher, e não ao Estado. Imaginar que o Poder Público possa utilizar seu aparato institucional e punitivo contra uma mulher nessa situação violaria todos os limites humanitários e civilizatórios que devem estar presentes uma sociedade plural e democrática. Com base nos argumentos descritos, a CNTS requereu ao STF que procedesse à interpretação conforme a Constituição das normas do Código Penal que cuidam do aborto, pronunciando sua não-incidência à situação em que a gestante de feto anencefálico, por deliberação própria, prefira interromper a gravidez.

6. 2. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

A ação foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio, que levou sua decisão liminar "em mesa" na sessão de 1º de julho de 2004, última sessão antes de se iniciar o recesso. O processo não foi chamado e, na tarde desse mesmo dia, o Ministro divulgou sua decisão monocrática, a ser referendada posteriormente pelo Plenário. A liminar foi concedida para reconhecer o direito das gestantes portadoras de fetos anencefálicos de se submeterem à antecipação terapêutica do parto, uma vez atestada em laudo médico a anomalia. O Ministro determinou ainda o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado sobre a matéria, "*diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados*". Para o Ministro Marco Aurélio, "*diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar*".

Em outubro de 2004, o Plenário do STF deixou de referendar a liminar concedida, por 7 votos a 4. Pelo mesmo placar, decidiu pela admissibilidade da ação. Em meados de 2008, foram realizadas as sessões de audiência pública, sob a presidência do Ministro Relator e, em março de 2011, o

Ministro distribuiu o seu relatório. O julgamento foi iniciado em 11.abr.2012. Após a leitura do relatório, foi realizada a sustentação oral da requerente e, em seguida, proferida manifestação do Ministério Público Federal. Nesta sessão, votaram os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. No dia seguinte, o julgamento foi retomado, com leitura dos votos dos Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. Por 8 votos a 2, o Tribunal julgou procedente pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico seria conduta tipificada no Código Penal.

Em seu voto-condutor, o Ministro Marco Aurélio acentuou que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencefálico não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Segundo o Ministro, por a vida do feto anencefálico ser inviável, ele não se torna titular do direito à vida, de modo que o conflito entre direitos fundamentais na hipótese seria apenas aparente, dado que, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontraria o direito à vida ou à dignidade humana do feto. Nesse caso, portanto, a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final seria irremediavelmente a morte do feto iria de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, dentre eles a autodeterminação e o reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. O voto foi acompanhado pela grande maioria dos Ministros da casa.

A divergência foi inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que concluiu não ser possível ao STF estabelecer uma nova hipótese de isenção de pena, para além das hipóteses já expressamente disciplinadas pelo Código Penal. O Ministro afirmou que a lei teria sido clara, de modo que não seria possível afrontar sua expressão literal a pretexto de dela extrair conteúdo em conformidade com o texto constitucional, sob pena de indevida atuação como "legislador positivo". O Ministro Cezar Peluso, que também julgou improcedente o pedido, divergiu da corrente majoritária por fundamentos diversos. Em seu ponto de vista, o feto anencefálico, não obstante a deficiência, seria dotado de vida humana, a merecer proteção jurídica e constitucional. Desse modo, a antecipação do parto configuraria o crime de aborto, que pressuporia apenas a eliminação da vida, pouco importando a sua viabilidade futura ou extrauterina. Nesse cenário, concluiu que a autonomia

da vontade da gestante não poderia lhe assegurar a possibilidade de pôr termo a gravidez incômoda e dolorosa, uma vez que a conduta importaria na eliminação egoística da vida de outrem.

O julgamento, que foi celebrado por grande parcela da comunidade jurídica, trouxe novas perspectivas para diversas gestantes, que passarão a ter a liberdade de viver suas tragédias pessoais da forma mais compatível com as suas convicções existenciais.

7. Conclusão

Como já disse em outra oportunidade, sou um professor que advoga algumas causas. E não um advogado que dá aulas. Não é pequena a diferença. No entanto, em uma ou outra situação da vida, ambos os papéis se superpõem quase integralmente. Por sorte ou por fatalidade, estive à frente, como advogado, de casos de grande complexidade teórica e filosófica debatidos perante o Supremo Tribunal Federal. Felizmente, o desfecho dos cinco casos relatados neste trabalho foi o melhor possível, tendo o STF adotado a solução jurídica que entendo ser a mais justa e correta à luz do direito vigente, no fiel exercício de seu papel como guardião dos direitos fundamentais.