

### 3 Judicialização da política no Brasil

#### 3.1 Intróito

Antes de adentrar no exame de casos para a demonstração de que o Judiciário brasileiro, aqui representado pelo Supremo Tribunal Federal, seu órgão de cúpula, é capaz de atuar em judicialização da política e de que tal conduta é prejudicial aos ditames democráticos, deve-se assentar qual conceito de democracia servirá de paradigma para essa afirmação.

Com efeito, *o que se entende por democracia* é tema polêmico, que suscita acalorados debates entre aqueles que a ele se dedicam. Não obstante a dificuldade de se chegar a um consenso sobre qual o melhor ou o mais adequado conceito de democracia, não se pode furtar a essa tarefa quem pretende estudar o funcionamento de um Estado, qualificar sua estrutura ou analisar a legitimidade da atuação de seus órgãos.

De fato, não há como saber se, num Estado denominado *Democrático de Direito*, os órgãos estatais agem dentro dos ditames democráticos, se não se sabe sequer o que representa o conceito de democracia.

O significado original do termo *democracia*, criado pela teoria política da Grécia antiga, é o de *governo do povo* (demos = povo e kratein = governo), e designa a participação dos governados no governo, expressando “o princípio de liberdade no sentido de autodeterminação política”<sup>220</sup>.

A dificuldade de se chegar a um conceito de democracia deriva, já de início, da complexidade interpretativa dessa fórmula *governo do povo*, como ressalta Joseph Schumpeter<sup>221</sup>. A definição de povo é variante, abarcando situações em que há a exclusão dos escravos, das mulheres, dos loucos, dos menores, entre outros. Por outro lado, a forma como procede qualquer governo é difícil de ser explicada, porque até mesmo um monarca ou um ditador podem governar em obediência à vontade do povo, ao menos em alguns pontos.

Outrossim, adverte Kelsen<sup>222</sup>, o governo do povo é desejado por ser, supostamente, para o povo. Mas definir o que seria interesse do povo não é tarefa das

---

<sup>220</sup> KELSEN, H. *A Democracia*. p. 140.

<sup>221</sup> SCHUMPETER, J. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. p. 305/312.

<sup>222</sup> KELSEN, H. *op. cit.*, p. 140/141.

mais fáceis. Pode ser aquilo que o povo acredita ser de seu interesse, ou o que o governo diz que é. Um governo do povo, se exercido por homens sem preparo para tanto, pode revelar-se um governo contra o povo. Muitos autores políticos tentaram demonstrar que uma autocracia é um governo para o povo melhor que o governo do povo. Isso demonstra que governo do povo não é o mesmo que governo para o povo e que, visto poder haver um governo para o povo que seja autocrático, essa característica não pode ser o principal elemento da definição de democracia.

Mesmo diante desses obstáculos, um conceito de democracia deve ser buscado, pois, como pondera Sunstein<sup>223</sup>, para a interpretação da Constituição, faz-se necessário o recurso a princípios substantivos externos a ela e a democracia deve ser a fonte desses princípios. Desse modo, as cortes precisam de conceitos claros do que seja democracia para poderem atuar nos casos que lhe são submetidos à análise. E, para que se critique essa atuação e se identifique se operam em judicialização da política de maneira antidemocrática, deve-se perquirir qual o conceito ideal de democracia.

Existindo diversos conceitos que reivindicam a definição do sentido genuíno de democracia, deve-se assentar qual deles adotar e por quê. A corrente que servirá de paradigma ao presente trabalho, como já dito, será a da democracia deliberativa, haja vista os chamados críticos-deliberativos realizarem uma síntese das principais vantagens dos modelos liberal e republicano (comunitário) de política, implicando uma maior participação popular no processo decisório – ênfase na autonomia pública, na autodeterminação dos cidadãos –, sem descurar-se da preservação dos direitos fundamentais – autonomia privada. A teoria da democracia deliberativa representa, assim, um *tertium genus*, que expurga as anomalias das outras correntes de pensamento, ao tempo em que promove o que têm de mais precioso ao exercício da cidadania e à dignidade humana.

### **3.2** **Democracia deliberativa**

Como já adiantado, identificam-se na filosofia política contemporânea duas principais correntes de pensamento, com correlatos modelos de democracia, a saber, a corrente liberal e a republicana ou comunitária. O pensamento crítico-

---

<sup>223</sup>SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 129; 184/185.

deliberativo representa uma terceira via conciliatória, que se pretende apaziguadora dos conflitos surgidos nessa seara, com a extirpação das principais falhas costumeiramente identificadas em ambos os modelos, embebedando-se de suas mais destacadas virtudes. Habermas resume essas três concepções de democracia da seguinte forma:

Na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses. E as regras da formação do compromisso, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, etc., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais. Ao passo que a interpretação republicana vê a formação democrática da vontade realizando-se na forma de um auto-entendimento ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados, e ser exercitado pelas vias culturais; essa pré-compreensão socialmente integradora pode renovar-se através da recordação ritualizada do ato de fundação da república. Ora, a teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão. Esse processo democrático estabelece um nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação lingüística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa.<sup>224</sup>

O modelo liberal valoriza em primazia o indivíduo, acima de tudo, racional. A autonomia individual é protegida pelos direitos fundamentais, que são pré-políticos, anteriores à existência social dos homens, e visam à concretização de um Estado neutro, que não interfira indevidamente nas esferas individuais. Desse modo, os direitos fundamentais limitam a soberania popular.

Aqui, soberania é apenas um *status*, nada mais que uma lista de direitos. O ideal de justiça é assegurar a cada indivíduo a realização do seu projeto pessoal de vida. A cidadania tem um caráter passivo: “determina-se o *status* dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos”<sup>225</sup>. Prega-se o respeito, a tolerância, a autonomia, a liberdade.

A política, para os liberais, é a forma através da qual se tem acesso ao Estado, ou às instâncias decisórias do Estado, sendo o meio pelo qual se obtém a auto-

<sup>224</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 19.

<sup>225</sup> Id. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. p. 279.

nomia: o indivíduo estabelece sua concepção de felicidade e como alcançá-la. É uma luta por posições mais favoráveis no âmbito do poder administrativo<sup>226</sup>, como ensina Habermas:

“O centro do modelo liberal não é a autodeterminação democrática de cidadãos deliberantes, mas sim a normatização jurídico-estatal de uma sociedade econômica cuja tarefa é garantir um bem comum entendido de forma apolítica, pela satisfação das expectativas de felicidade dos cidadãos produtivamente ativos.”<sup>227</sup>

A política é, então, instrumental, uma soma de preferências individuais, que formam a maioria, por meio de arranjos de interesses, barganhas e agregação. Para os liberais, o Estado não pode adotar uma atitude paternalista, fazendo opções pelo indivíduo. Deve, ao contrário, como visto, ser neutro.

Os direitos individuais, negativos, são tidos como trunfos nas mãos da minoria, possibilitando-a agir contra a maioria, sempre que suas preferências não forem atingidas. Dentro dos limites proporcionados por esses direitos subjetivos negativos, as pessoas se vêem livres de coações externas. O direito tem como única função assegurar os direitos civis – os direitos políticos servem apenas para garanti-los contra intromissões indevidas. Através de votações, formação de corporações parlamentares e composições de governo, os cidadãos, como membros do Estado, controlam o poder estatal, verificando se atua na satisfação de seus interesses.<sup>228</sup>

Desse modo, sob o ângulo de visão liberal, o processo democrático realiza-se por meio de compromissos de interesses, tendo como âmago os direitos fundamentais liberais. A formação democrática da vontade tem como única função a legitimação do exercício do poder político.

A perspectiva republicana – comunitária –, por outro lado, exalta a coletividade, como elemento definidor do indivíduo. Para os republicanos, não existe um sujeito abstrato, racional. A individualidade é construída contextualmente, dialogicamente. Sobreleva, nesse modelo, a virtude cívica, o pertencimento a uma comunidade, sendo o valor supremo o da solidariedade social. O paradigma aqui é, pois, o diálogo e não o mercado, como no modelo liberal, de cunho essencialmente individualista.

O direito serve para assegurar os direitos políticos – a importância dos direi-

<sup>226</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I, p. 337.

<sup>227</sup> Id. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. p. 287.

<sup>228</sup> Ibid., p. 280.

tos sociais, positivos, reside no fato de possibilitarem o exercício dos direitos políticos: “eles não garantem liberdade em relação à coação externa, mas sim a participação em uma práxis comum, por meio de cujo exercício os cidadãos só então se tornam o que tencionam ser – sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais.”<sup>229</sup>

A idéia de justiça, para os republicanos, não está vinculada à de imparcialidade, mas, antes, consoante adverte Gisele Cittadino, ao “estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados”<sup>230</sup>. O Estado existe não para a garantia dos direitos subjetivos, mas para assegurar a participação de cidadãos livres e iguais no processo democrático, possibilitando-os acordarem quanto a quais são os objetivos e normas de interesse comum.<sup>231</sup>

A formação democrática da vontade para os republicanos realiza-se por meio de um auto-entendimento ético-político entre os cidadãos, pressupondo um consenso acerca do conteúdo da deliberação. Ela constitui a sociedade como uma comunidade política. A democracia é entendida, então, como sinônimo de auto-organização política da sociedade. Haja vista que a sociedade se auto administra, o governo vincula-se programaticamente à realização de determinadas políticas derivadas do consenso social.<sup>232</sup>

Para o republicanismo, a política é o *modus vivendi*: se o indivíduo se reconhece como um sujeito que pertence a uma comunidade, participa da vida pública. A autonomia pública, o exercício da soberania popular, a cidadania ativa, enfim, transformam-no em sujeito de direito.

Diferentemente do modelo anterior, a política para os republicanos não é instrumental e sim deontológica, importante independentemente do fim visado. É um processo, desenvolvendo-se de forma dialógica, dinâmica. É o processo de construção do sujeito, que só existe porque participa da vida comunitária – o indivíduo existe em função do Estado, não se fazendo distinção entre o público e o privado. Como assevera Habermas:

“Com isso, a arquitetônica liberal do Estado e da sociedade sofre uma mudança importante. Ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado, surge também a solidariedade

<sup>229</sup> HABERMAS, J. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. p. 280.

<sup>230</sup> CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 5/6.

<sup>231</sup> HABERMAS, J. op. cit. p. 280/281.

<sup>232</sup> Id. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 23.

como terceira fonte de integração social.”<sup>233</sup>

Neste embate ideológico, liberais e republicanos desferem críticas cruzadas. Os primeiros afirmam que o modelo comunitário, ao pressupor uma comunidade homogênea, em que o indivíduo deve se reconhecer no outro como um par, ser participativo e presumivelmente bom, distancia-se da realidade da sociedade pluralista contemporânea<sup>234</sup>. Já a corrente liberal é criticada pela falta de solidariedade social, por ter uma visão estática da política, em que os indivíduos só se reúnem pela força coercitiva do Estado de Direito.

A concepção deliberativa, apresentada como uma terceira via, faz, como ressaltado, uma síntese dos dois modelos, afirmando-se que autonomia pública e privada são co-originais, prescindindo de uma opção por parte do indivíduo.

Habermas, partindo de uma concepção de pluralismo que congloba as subjetividades das concepções individuais acerca da vida digna e as intrassubjetividades das identidades sociais e culturais, não visualiza uma relação de preferência entre a autodeterminação moral defendida pelos liberais e a auto-realização ética propugnada pelos comunitários. Para ele, a autonomia privada dos primeiros e a pública dos últimos pressupõem-se, devendo, ambas, serem submetidas a um amplo debate público, que, mediante a institucionalização de regras procedimentais da prática argumentativa, propicie aos destinatários dos direitos serem também seus autores.<sup>235</sup>

Esse *procedimento democrático* cria uma coesão interna entre *negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça*, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação lingüística.<sup>236</sup>

<sup>233</sup> HABERMAS, J. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. p. 278.

<sup>234</sup> “O modelo republicano tem vantagens e desvantagens. Vejo como vantagem o fato de ele se firmar no sentido radicalmente democrático de uma auto-organização da sociedade pelos cidadãos em acordo mútuo por via comunicativa e não remeter os fins coletivos tão-somente a um ‘deal’ [uma negociação] entre interesses particulares opostos. Como desvantagem, entendo o fato de ele ser bastante idealista e tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum. Pois a política não se constitui apenas – e nem sequer em primeira linha – de questões relativas ao acordo mútuo de caráter ético. O erro reside em uma condução estritamente ética dos discursos políticos.” (Ibid., p. 284).

<sup>235</sup> CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 5/6.

<sup>236</sup> HABERMAS, J. op. cit., p. 286.

Como ensina Gisele Cittadino, os representantes do pensamento liberal desenharam as democracias modernas como “sociedades onde coexistem distintas concepções individuais acerca do bem”, enquanto os republicanos as vêem como uma “multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico.” Já os críticos-deliberativos enxergam nas sociedades contemporâneas as duas dimensões de pluralismo: “a diversidade das concepções individuais acerca da vida digna e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições.”<sup>237</sup>

A vantagem que mais se destaca no delineamento do modelo de democracia deliberativa é, como ressaltado, sua maior adaptabilidade às sociedades plurais hodiernas, cujo alimento é o dissenso. Sunstein também enfatiza esse aspecto positivo da prática deliberativa de democracia, ao asseverar que:

Essa é a regra da *polarização em grupo*, que demonstra que pessoas que pensam de forma parecida normalmente colocar-se-ão em uma posição radical se estiverem em grupos que compartilham de suas tendências originais. Quando as pessoas que pensam de forma parecida só conversam com seus semelhantes, acabam cometendo erros grosseiros e repetidos, simplesmente por não terem se confrontado com perspectivas diferentes. A democracia deliberativa requer uma enorme quantidade de diversidade.<sup>238</sup>

Pela teoria do discurso, os direitos individuais não limitam, mas possibilitam a soberania popular: sem soberania popular não há direitos humanos. Não se pode dizer o significado e o alcance dos direitos humanos sem o debate democrático, que os atualiza e lhes dá conteúdo. Há, assim, uma relação de co-originalidade entre direitos humanos e soberania popular, imprescindível para a formação do direito legítimo.

Neste modelo, o Estado tem por função assegurar os direitos individuais dialogicamente construídos e formalmente institucionalizados, sendo que, se a falta de um direito social impede o acesso à participação democrática, ele é caracterizado como um direito fundamental.

Tem-se, pois, que a individualização, no modelo deliberativo, é alcançada pela socialização. É um modelo procedimental, que visa ao universalismo dialógico. O que é justo é estabelecido em normas elaboradas pelos próprios sujeitos, obtido através da ação comunicativa, do debate. Constrói-se, assim, uma cidadania

<sup>237</sup> CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p.1/2.

<sup>238</sup> SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. XXX.

nia participativa através de atributos racionais, do debate público. A noção de soberania é deslocada do indivíduo para a comunicação e seu *locus* é a esfera pública.

Atribui-se ao processo democrático maiores conotações normativas do que o modelo liberal, e, no entanto, mais fracas que as do modelo republicano. No centro está o processo político de formação da opinião e da vontade, porém o Estado de Direito não aparece como algo secundário, já que constitui o veículo de institucionalização das formas de comunicação.

Para que se possibilite ao indivíduo ser co-autor das regras que obedece, devem-se criar mecanismos institucionais que viabilizem a tomada de decisões racionais pela massa: “A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito.”<sup>239</sup>

A pedra de toque da democracia deliberativa reside justamente na institucionalização dos processos e pressupostos comunicacionais, na procedimentalização da soberania popular, na interligação entre o sistema político e as “redes periféricas da esfera pública política”<sup>240</sup>, independentemente da efetiva participação de uma cidadania ativa.

Produz-se, assim, ao contrário dos modelos liberal e republicano, a imagem de uma sociedade descentrada, não mais focada exclusivamente no Estado ou na sociedade. A separação entre Estado e sociedade é mantida, como no modelo liberal, mas a sociedade civil, base social de esferas públicas autônomas, difere do sistema econômico e da administração pública.<sup>241</sup>

Como adverte Habermas, a política deliberativa constitui parte integrante de uma sociedade complexa, sendo o sistema político um dos sistemas de ação, a par de outros, não sendo o ápice ou o centro da sociedade:

(...) o sistema político depende de outras realizações do sistema, especialmente das realizações fiscais do sistema econômico; ao passo que a política deliberativa, que se realiza através dos procedimentos formais da formação institucionalizada da opinião e da vontade, ou apenas informalmente, nas redes da esfera pública política, mantém um nexu interno com os contextos de um mundo da vida racionalizado. As comunicações políticas, filtradas deliberadamente, dependem das fontes do mundo

<sup>239</sup> HABERMAS, J. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. p. 288.

<sup>240</sup> Id. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 21.

<sup>241</sup> Ibid., vol. II, p. 22.

da vida – de uma cultura política libertária e de uma socialização política esclarecida, especialmente das iniciativas de associações que formam a opinião – as quais se formam e se regeneram quase sempre de modo espontâneo, dificultando as intervenções diretas do aparelho político.<sup>242</sup>

Para a teoria do discurso, os processos e pressupostos comunicativos de formação democrática da opinião e da vontade importam na racionalização discursiva das decisões do governo, obedientes ao direito. *Racionalização*, aqui, quer dizer mais do que a simples legitimação dos liberais, mas menos que a constituição do poder dos republicanos. Não obstante a formação democrática da opinião e da vontade programe de certa maneira o exercício do poder político, somente o sistema político – “sistema parcial, especializado em decisões que obrigam coletivamente”<sup>243</sup> – pode agir. A esfera pública reage às situações problemáticas vivenciadas pela sociedade e estimula a produção de opiniões que influirão e direcionarão a tomada de decisões, sem que, com isso, domine por completo o exercício do poder administrativo.

Salienta-se, todavia, que só há soberania popular se todos aqueles potencialmente afetáveis pelo objeto do debate democrático puderem dele participar ativamente, não havendo constrangimento – interno ou externo – na pauta, nem das pessoas que participarão do debate, que obedecerá a regras discursivas, e no qual todos os argumentos devem estar presentes. O sujeito autônomo pode, no entanto, optar por não tomar parte da discussão.

Na esteira do pensamento crítico-deliberativo, Cass R. Sunstein, como já visto, defende que o constitucionalismo, em sua visão, não resultaria numa preferência ilimitada pela maioria, devendo-se buscar um consenso – “acordo entre cidadãos iguais”<sup>244</sup> –, através de um debate plural, envolvendo todos os interessados, numa discussão embebida de princípios da democracia deliberativa, pelos quais as minorias sempre têm voz e podem convencer a maioria.

Desse modo, argumenta, a democracia deliberativa valoriza extremamente a cidadania, visando a assegurar que os resultados políticos derivem da mais ampla participação dos cidadãos, como recurso indispensável a uma “democracia em bom funcionamento”<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 25.

<sup>243</sup> *Ibid.*, vol I, p. 23.

<sup>244</sup> SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 174.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 172.

Dentro dessa visão, o governo da maioria não deve ser entendido como a simples tradução dos desejos atuais em leis. Como escreveu Dewey, “o que é mais importante é que a contagem de cabeças obriga ao recurso prévio a métodos de discussão, consulta e persuasão”. Esses métodos incluem o “debate precedente, modificação de opiniões para atender às minorias, a satisfação relativa a essas últimas de que tiveram a sua chance e que na próxima vez poderão ser bem sucedidas na sua intenção de se transformar em uma maioria”. Um objetivo da política então é refletir a respeito e às vezes modificar as preferências atuais, não simplesmente implementá-las. As preferências não são estáticas; elas são um assunto de conversas e debates. As pessoas devem justificar os desfechos sociais por meio de uma referência aos motivos.<sup>246</sup>

De se lembrar, nesse passo, da advertência feita por Joshua Cohen<sup>247</sup> de que as desigualdades econômicas, ou mesmo a falta de institucionalização de medidas capazes de corrigir as conseqüências dessas desigualdades, podem comprometer seriamente a igualdade pressuposta pelo debate.

Constituem elementos imprescindíveis ao conceito de democracia, portanto, como enfatizam Juan E. Méndez *et al.*<sup>248</sup>, certos aspectos da igualdade entre indivíduos considerados como pessoas legais, como cidadãos, no sentido de serem portadores de direitos e obrigações, por pertencerem a uma comunidade política e por lhes ser atribuído um grau de autonomia pessoal e, assim, de responsabilidade por seus atos.

De fato, se, numa situação de pobreza extrema, os cidadãos não são efetivamente livres para exercerem suas autonomias, não se pode dizer que vivem em uma democracia, e nem mesmo que sejam cidadãos, pois não bastam os direitos políticos, o indivíduo deve poder exercer seus direitos civis:

Se a privação de capacidades decorrente da pobreza extrema significa que muitos enfrentam enormes dificuldades para exercer sua autonomia em muitas esferas de sua vida, parece haver algo errado, em termos tanto morais quanto empíricos, na proposição de que a democracia não tem nada a ver com esses obstáculos socialmente determinados. Em realidade, dizer que ela não tem nada a ver é muito forte: os autores que aceitam uma definição baseada no regime advertem com freqüência que, se essas misérias não forem enfrentadas de algum modo, a democracia, mesmo numa definição estreita, estará ameaçada. Esse é um argumento prático, sujeito a testes empíricos que, de fato, mostram que as sociedades mais pobres e/ou mais desigualitárias têm menor probabilidade de ter poliarquias duradouras.<sup>249</sup>

<sup>246</sup> SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 171.

<sup>247</sup> COHEN, J. *Deliberation and Democratic Legitimacy*, In HAMLIN, A.; PETIT, B. (eds). *The Good Polity*. Oxford, 1989, 17 ss, apud HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 30.

<sup>248</sup> MÉNDEZ, J. E. et al. *Democracia, Violência e Injustiça. O Não-Estado de Direito na América Latina*. p. 340/341.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 340/341.

Daí a correlação feita por Boaventura de Sousa Santos<sup>250</sup> entre direitos humanos de baixa intensidade e democracia de baixa intensidade.

Como pondera Habermas, em defesa do conceito de democracia deliberativa, ainda que a esfera pública geral tenha a desvantagem de ter uma estrutura anárquica quando comparada à das esferas públicas organizadas do complexo parlamentar – reguladas por processos –, já que suscetível “aos efeitos de repressão e de exclusão do poder social – distribuídos desigualmente – da violência estrutural e da comunicação sistematicamente distorcida”, tem vantagens incontestáveis, a saber: é um meio de comunicação “isento de limitações, no qual é possível captar melhor novos problemas, conduzir discursos expressivos de auto-entendimento e articular, de modo mais livre, identidades coletivas e interpretações de necessidades”<sup>251</sup>.

Essas as razões pelas quais o conceito de democracia deliberativa servirá de norte ao trabalho<sup>252</sup>, podendo-se, por meio dele, identificar a não observância do

<sup>250</sup> SANTOS, B. S. *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. p. 441.

<sup>251</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 33.

<sup>252</sup> Merece menção a posição de Bruce Ackerman (ACKERMAN, B. Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional), para quem o conceito de democracia desejável é o que afirma ser vivenciado nos Estados Unidos, qual seja, a denominada democracia dualista, numa concepção que o situa, como os crítico-deliberativos, entre os liberais e os republicanos. Em que pese figurar numa posição assemelhada à ocupada pela democracia deliberativa e a relevância dos argumentos levantados por Ackerman, sua concepção não será a adotada neste trabalho em virtude de quatro ponderações pontuais. De fato, críticas de quatro ordens podem ser feitas ao seu modelo: abrangência geográfica diminuta, restrição quanto ao objeto suscetível à deliberação, fraca proteção aos direitos das minorias e atribuição de poderes excessivos ao Judiciário. Primeiramente, é um modelo elaborado exclusivamente com base na experiência e no perfil histórico-constitucional norte-americanos, de aplicação restrita, pois. Ackerman, tomando como base a história norte-americana, dividida em três períodos cruciais, a saber, a Fundação, a Reconstrução e o New Deal, constata a dificuldade de engajamento e participação constante dos cidadãos nos assuntos políticos fora desses períodos excepcionais revolucionários. Afirma, então, que se devem deixar os assuntos burocráticos quotidianos a cargo dos representantes eleitos pelo voto popular. Em momentos de crise, no entanto, afirma, a população volta-se para a política e interessa-se demasiadamente pelas decisões a serem tomadas. Apenas nessas situações, quando se tratará de questões essenciais ao povo, que dizem respeito a mudanças sociais sérias, máxime com relação à Constituição e aos direitos fundamentais, deve-se recorrer diretamente (para operacionalizar essa participação popular direta, o autor tem em mente o instituto do referendo: ACKERMAN, B. Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional. p. 74) aos cidadãos mobilizados, únicos legitimados a promover tais transformações no sistema. Para tanto, faz-se imprescindível o prévio debate sobre o tema a ser decidido, nos moldes pregados pela democracia deliberativa. O autor desenvolve, assim, um conceito de constitucionalismo patriótico, que pressupõe a capacidade de autodeterminação da comunidade para, em momentos de crise, modificar legitimamente seus valores e determinar seu destino. Todavia, não se afigura democrático deixar ao crivo popular apenas as decisões cruciais e em momentos de crise, que podem acontecer uma vez em um século, ou a cada cinquenta anos, ou sabe-se lá quanto tempo demorará até que surja questão polêmica que estimule a revolta social e a vontade generalizada de participação na vida pública do país. Nesse aspecto, a democracia deliberativa tem a vantagem de permitir que qualquer cidadão que deseje participe do processo político sempre, independentemente da matéria a ser decidida, mesmo em se tratando de assuntos de políti-

princípio democrático na atuação judicial no âmbito da chamada judicialização da política. Os exemplos a seguir arrolados da atuação concreta do Supremo Tribunal Federal demonstrarão a correção da tese aqui sustentada.

### 3.3

#### Judicialização da política no Supremo Tribunal Federal

##### 3.3.1

##### Considerações gerais

Nos itens que se seguem, procurar-se-á demonstrar, com exemplos concretos da atividade do Supremo Tribunal Federal, que o fenômeno da judicialização da política não é estranho ao Brasil. De fato, como será visto, assiste-se diuturnamente a decisões políticas tomadas pela mais alta corte constitucional do país, que ultrapassam os limites constitucionalmente impostos às suas funções, influenciando sobremaneira a atividade executiva e legislativa, muitas vezes determinando a agenda desses poderes.

Sob o escudo da proteção constitucional, desenvolvem-se técnicas de controle dos demais poderes, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com a notificação do órgão omissor para tomar as providências legislativas necessárias à efetivação do direito vindicado, o mandado de injunção, por meio do qual, pelo atual entendimento da Corte, tem-se regulado a situação dependente da norma faltante até que se supra a omissão, e a interpretação conforme a constituição, em que o tribunal atua como legislador positivo, editando verda-

---

ca corriqueira. Outro equívoco da democracia dualista é não prever mecanismos que protejam os direitos fundamentais das minorias, ao pressupor não haver limites à deliberação majoritária, sobrepondo ilimitadamente a soberania pública à privada. Tem-se, outrossim, que, para Ackerman, tanto a democracia quanto a Constituição são dualistas, na medida em que asseguram a autonomia individual e os direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo quando não desejam tomar partido das questões políticas, e garantem sua participação ativa quando seja de sua vontade, ainda que isso implique numa completa redefinição do sistema vigente. O autor não visualiza, entretanto, limites impostos sequer pelos direitos fundamentais, colocando a soberania pública acima da privada, embora reconheça que todo cidadão tem o direito de delinear seu próprio destino. Nesse cenário, o Judiciário tem por função garantir que as decisões legítimas tomadas pelo povo sejam preservadas contra a atuação indevida dos poderes Executivo e Legislativo. Reside exatamente nesta característica a última crítica à teoria dualista. O Judiciário não pode ser considerado como uma espécie de termômetro da razão popular, como defende Ackerman, pois não se pode permitir que o voto de nove juízes, no caso americano, ou onze, como no Brasil – ou mesmo um único, numa votação de quorum apertado, por exemplo, de cinco votos contra quatro –, decidam qual a vontade manifestada historicamente pelo povo e se os poderes constituídos através do voto popular contrariaram ou não essa vontade.

deira *lei interpretativa*<sup>253</sup>. Mesmo que lastreados por previsão constitucional ou legal, esses instrumentos podem formar uma ponte para abusos e arbitrariedades do Judiciário, merecendo cautela extra no seu uso.

Decisões do Supremo Tribunal Federal, as mais diversas, têm impulsionado discussões no meio acadêmico<sup>254</sup> e político sobre os limites da atividade daquela Corte e sobre a legitimidade de sua intervenção no nicho outrora reservado apenas às instituições político-majoritárias.

Com efeito, ao decidir sobre a exigência de fidelidade partidária e a consequente perda do mandato pelo infiel<sup>255</sup>, ao discutir sobre a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias<sup>256</sup> ou sobre a possibilidade da descriminalização do aborto de fetos anencéfalos<sup>257</sup>, ao estabelecer por completo, e ante a ausência de lei, o regramento das Comissões Parlamentares de Inquérito, ao editar enunciados de súmula de sua jurisprudência dominante com caráter vinculante – e, em alguns casos, sem sequer um número significativo de precedentes –, ao fixar prazo para o Congresso legislar, ou mesmo simplesmente determinar o fornecimento de certo medicamento a um único indivíduo, fora da previsão orçamentária e de gestão do Ministério da Saúde, dentre tantos outros exemplos, o Judiciário invade explicitamente a esfera política, extrapolando sua função judicante.

A atuação legislativa anômala do Supremo Tribunal Federal é até mesmo confessa por um de seus membros, o Ministro Marco Aurélio, que, no RE nº 418.918-6, esboça sua preocupação nos seguintes termos: “Preocupa-me muito a fase que atravessamos no Tribunal, que vislumbro, até mesmo, como uma fase de afastamento de parâmetros, adotando-se regras especiais para o caso concreto, e passando o Colegiado a atuar como se legislador fosse.”

Por outro lado, observa-se que a judicialização da política verifica-se tam-

<sup>253</sup> LEAL, R. S. *A judicialização da política*. p. 3.

<sup>254</sup> A título ilustrativo, podem-se citar: BARROSO, L. R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*; Id., *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*; CARVALHO, E. R. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*; CASTRO, M. F. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*; CHUEIRI, V. K.; SAMPAIO, J. M. A. *Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada nº 91*; LEAL, R. S. *A judicialização da política*; MACHADO, J. S. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*; PAIXÃO, L. A. *A Função Política do Supremo Tribunal Federal*; PEREIRA, B. R. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)* e RAMOS, E. S. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*.

<sup>255</sup> Vide STF, ADI 3.999, MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604, disponíveis em: <www.stf.jus.br>.

<sup>256</sup> Vide STF, ADI 3.510, disponível em: <www.stf.jus.br>.

<sup>257</sup> Vide STF, ADPF nº 54, disponível em: <www.stf.jus.br>.

bém por iniciativa dos próprios agentes políticos, na propositura de ações por minorias vencidas no processo democrático. Podem-se citar os Mandados de Segurança de autos nº 26.441, 24.849 e 24.831<sup>258</sup>, em que minoria parlamentar reivindica direito à instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, e muitos outros, como o MS 28.394, o MS 24.085, o MS 27.873, o MS 27.208/MC e o MS 26.460, que tratam de variados assuntos internos ao Congresso.

Merece destaque o conteúdo da Reclamação nº 4.979, proposta pelo Partido Renovador Trabalhista Brasileiro – PRTB –, que visa a obstar “atos praticados pelo Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal na tramitação do Projeto de Lei nº 84/07 (Câmara dos Deputados) e da Proposta de Emenda Constitucional nº 02/07 (Senado Federal), sob o argumento de que tais atos ferem a autoridade da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 1.351 e 1.354<sup>259</sup>, afrontando o Poder Judiciário e colocando em risco o Estado Democrático de Direito”. Há, no caso, uma completa subversão do conceito de democracia, pretendendo-se – por sorte, sem êxito – vincular o legislador ao que decidido pelo Judiciário.

A intromissão do Judiciário na atividade dos demais poderes não fica adstrita, todavia, às decisões proferidas nas ações que tramitam perante o tribunal. Os ministros do Supremo Tribunal Federal vêm se manifestando, reiteradamente, por meio da mídia, máxime quando da Presidência do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, cujo mandato encerrou-se em abril de 2010, opinando, inadvertidamente, em assuntos políticos que ainda não foram, ou sequer serão, objeto de ação judicial. A esse respeito, a pertinente crítica de Joaquim Falcão:

O Supremo adotou decisões nos últimos anos que estimularam ambiente não cooperativo e intraconcorrencial. Primeiro foi permitir ministros falarem fora dos autos e das sessões de julgamento. Esse padrão começou como defesa dos interesses orçamentários e administrativos do Judiciário perante críticas do Congresso. Depois se ampliou para pronunciamentos isolados, que pretendiam ser opiniões em tese, mas são cada vez mais relacionados a casos concretos e divergências doutrinárias entre ministros. Revelando, sugerindo ou insinuando pré-opiniões, pré-posicionamentos, prejudgamentos. Esse comportamento faz o instante da celebração

<sup>258</sup> Disponíveis em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

<sup>259</sup> Essas ADIs versavam sobre a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.096/95 acerca do funcionamento dos partidos políticos, seu tempo de aparição em mídia nacional e participação no Fundo Partidário, tendo sido reconhecida a inconstitucionalidade das restrições impostas pelo artigo 13, por considerar “conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da graduação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário.”

de individual a erosão da legitimidade institucional.<sup>260</sup>

Nesse cenário, cabe salientar a importância do advento da TV Justiça, que transmite, ao vivo, as sessões dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, aproximando-o do público. Não obstante as críticas que lhe são feitas, podem-se visualizar benefícios consideráveis, já que, como a transmissão é integral, não se corre o risco de haver cortes e manipulações de imagem como pode acontecer nos demais canais privados, sendo salutar para que qualquer cidadão interessado no assunto possa acompanhar o modo como as questões mais fundamentais da República são decididas, realçando-se os casuísmos e as subjetividades dos julgamentos, contribuindo, inclusive, para desmistificar a figura do tribunal<sup>261</sup>.

O exame pormenorizado de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal demonstrará que a forma como o Judiciário, especialmente essa Corte, vem se tornando o protagonista absoluto da cena política brasileira caminha de encontro aos ditames democráticos.

Importa esclarecer que o trabalho tem por objetivo demonstrar, através de exemplos, recentes – visto ser essa uma característica peculiar às últimas composições do tribunal –, e alguns bastante polêmicos, da atividade do Supremo Tribunal Federal, que este órgão tem extrapolado sua competência sob as lentes do conceito de democracia deliberativa. O fim visado é demonstrar do que o tribunal é capaz, até onde pode estender seu poder. Não se visa, pois, a uma análise estatística de uma amostra considerável de decisões daquele tribunal, para apontar o percentual de decisões em que se interveio em assuntos políticos extravagantes. Tal levantamento seria inviável, já que ausente qualquer parâmetro para a filtragem das decisões, haja vista a imensa gama de conteúdos, cuja resolução é passível de configurar a chamada judicialização da política.

<sup>260</sup> FALCÃO, J. *O Supremo: um mal-estar*.

<sup>261</sup> A esse respeito, interessantes matérias nas revistas Piauí nº 47, de agosto de 2010, intitulada *Data vênia, o Supremo – Como funciona a mais alta instância da Justiça brasileira*, e nº 48, de setembro de 2010 – *O Supremo, quosque tandem?* –, ambas de Luiz Maklouf Carvalho, em que o jornalista relata sua experiência, acompanhando os julgamentos do tribunal. Especificamente sobre a TV Justiça, há uma entrevista com o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso – a lei que a criou, apesar de editada no seu governo, foi sancionada pelo Ministro Marco Aurélio, em exercício no cargo de Presidente da República na ocasião –, que não vê com bons olhos o instrumento: “‘Eu tenho dúvida em relação à transmissão pela televisão’, disse-me ele no seu escritório em São Paulo. ‘Porque a imensa maioria da população não entende aquela linguagem. Nos Estados Unidos, duas coisas são muito diferentes daqui: não sai nada, não pode nem fotografar, e tudo aparece como se fosse consensual. Nós não podemos transformar a Corte Suprema em outro congresso. Congresso é diferente: tem que ser aberto, transparente, refletir até mesmo a certa desordem que há no Brasil. Mas o Supremo? Deveria ser mais litúrgico.’”

Para facilitar a compreensão e a explanação dos exemplos, será feita uma divisão em quatro grupos de casos, que abordarão as decisões do Supremo Tribunal Federal como legislador atípico positivo, com *edição de norma* inédita no ordenamento jurídico; sua atuação explicitamente *contra-legem*, sem declaração de inconstitucionalidade da norma regente do caso, afastando-a tão-somente com base em argumentos de política, ou segundo o que o subjetivismo dos ministros considera desproporcional ou desarrazoado; decisões no campo da bioética, e, por fim, decisões na área de políticas públicas, demonstrando-se como, onde e por que essas decisões malferem os desígnios da democracia deliberativa.

### 3.3.2

#### Supremo Tribunal Federal como legislador positivo

A adoção da técnica da *interpretação conforme a constituição*, positivada na Lei nº 9.868/99, declarando-se inconstitucional qualquer interpretação que divirja da do tribunal, constitui uma forma que vem sendo utilizada pela Corte para atuar como legislador positivo, editando uma *lei interpretativa*.

Primeiramente, há que se fazer, nesse ponto, uma ressalva com relação à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, para diferenciá-la da técnica da interpretação conforme a constituição. De fato, essa técnica interpretativa parte da constatação da existência de diversas alternativas exegéticas para o enunciado examinado, sendo que algumas estão de acordo e outras em desconformidade com a Constituição. O julgador, ao utilizar-se dessa técnica, que é uma espécie de deferência ao legislador democrático, tomando por base o princípio hermenêutico segundo o qual, na interpretação da lei, deve-se procurar atribuir-lhe o sentido que preserve sua constitucionalidade, fixará o sentido no qual a norma deverá ser aplicada, sob pena de inconstitucionalidade. Não há, aqui, declaração de inconstitucionalidade, sendo a ação direta julgada improcedente<sup>262</sup>. Já na decla-

<sup>262</sup> Sobre esse ponto, é importante frisar que a técnica da interpretação conforme a constituição é técnica ordinária de hermenêutica, utilizada diuturnamente no controle difuso de constitucionalidade pelos juízes em geral. O problema se avulta diante do seu uso no controle concentrado de constitucionalidade, porque, além de permitir ao tribunal atuar como se legislador fosse, não há consenso doutrinário acerca dos efeitos vinculantes da decisão que julga a ação direta de inconstitucionalidade improcedente. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirma o caráter ambivalente ou dúplice das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade – ADI é o mesmo que a ADC, com sinal trocado, e vice-versa: a improcedência da ação declaratória de inconstitucionalidade importa a declaração de constitucionalidade do dispositivo, com eficácia *erga omnes*, do mesmo modo que a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade implica a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, também com efeito vinculante. (MENDES, G. F.

ração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, todavia, há a declaração da inconstitucionalidade de uma – ou algumas – dada interpretação do texto, sendo impossível ao julgador excluir, de antemão, todos os demais sentidos que lhe possam ser atribuídos.

O limite à técnica da interpretação conforme encontra-se precisamente no texto legal. A alternativa hermenêutica utilizada pelo julgador deve conter-se dentro desse parâmetro e, caso isso não seja viável, na hipótese de a interpretação conforme a constituição se desviar por completo do sentido original da norma, deve-se optar por declarar a inconstitucionalidade do dispositivo. Esse o ensinamento de J.J. Gomes Canotilho:

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. (...)

Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (...) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (ii) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a *rejeição*, por inconstitucionalidade, dessa norma (...), proibindo-se a sua correcção pelos tribunais (...); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.<sup>263</sup>

Esse desvirtuamento da técnica da interpretação conforme pela Corte é confesso pelo Ministro Gilmar Mendes, que, no julgamento da ADI nº 3.510, afirmou que, apesar de o tribunal conhecer os limites teóricos à técnica, sua prática os ignora:

---

*Jurisdição Constitucional*. p. 288). Já Elival da Silva Ramos assevera: “Para aqueles, como é o meu caso, que continuam a sustentar que a decisão de improcedência de ADI, como sempre foi da tradição de nosso sistema de controle, não gera efeitos *erga omnes*, a interpretação conforme, no que tange ao controle abstrato, não produz efeitos vinculantes em relação à jurisdição de base, mesmo porque não se trata de técnica manejável para compor decisão de procedência de ação declaratória de constitucionalidade.” (RAMOS, E. S. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. p. 213). Para o aprofundamento do tema, vide LEITE, F. C. *ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta*.

<sup>263</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1226/1227.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme a Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme a Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

Assim, a prática demonstra que o tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme a Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.

(...) A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.<sup>264</sup>

Em obra doutrinária, o Ministro aduz que esse afastamento do tribunal dos parâmetros impostos pelo dispositivo legal interpretado é virtuoso e até mesmo desejável:

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador.

(...) Portanto, é possível antever se o Supremo Tribunal Federal acabará por se livrar do vetusto dogma de legislador negativo e aliar-se-á à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.<sup>265</sup>

Exemplo de decisão em que a referida técnica foi aplicada é encontrado no julgamento da ADI 1.194/DF, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, em que se discutiu a constitucionalidade de diversos dispositivos do Estatuto da Advocacia. Por impertinência temática, foi declarada a ilegitimidade ativa da Confederação autora quanto aos artigos 22, 23 e 78, sendo objeto de análise apenas os artigos 1º, § 2º – cuja constitucionalidade foi declarada –, 21 e parágrafo único – aos quais foi dada interpretação conforme a constituição – e 24, § 3º –

<sup>264</sup> No mesmo voto, o Ministro cita dois julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra o Estatuto da Advocacia, ADIs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o tribunal, “ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.609/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvendo a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei.” Disponível em: <www.stf.jus.br>.

<sup>265</sup> MENDES, G. F. et al. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1256/1257.

declarado inconstitucional –, todos da Lei nº 8.906/94.

Para facilitar a compreensão do tema, transcreve-se o teor dos artigos 21, parágrafo único e 24, § 3º:

Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.

Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados, são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo.

Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

§ 3º É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência.

Restou decidido na ação em comento que: “O art. 21 e seu parágrafo único da Lei nº 8.906/1994 deve ser interpretado no sentido da preservação da liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente.” E, por via de consequência, “pela interpretação conforme conferida ao art. 21 e seu parágrafo único, declara-se inconstitucional o § 3º do art. 24 da Lei n. 8.906/1994”.

Como se pode ver o tribunal modificou inteiramente a *mens legis*, que expressamente proibia qualquer convenção que retirasse do advogado o direito ao recebimento de honorários de sucumbência e, dando uma interpretação conforme a constituição ao disposto no artigo 21 e seu parágrafo único, subverteu-lhe completamente o sentido original, criando uma nova norma.

Com efeito, o que o legislador intencionou ao aprovar a redação do artigo 21 foi exatamente impedir que um acordo, por vezes obtido mediante pressão do cliente-empregador, pudesse excluir o direito do advogado aos honorários sucumbenciais, verba de natureza alimentar. A decisão do Supremo Tribunal Federal destruiu toda a fundamentação legal, tornando a norma inócua e despicienda, pois que não se necessitaria de permissão legal para estipular-se, por contrato, a quem caberia essa verba.

O que o tribunal fez foi inserir, ao final da redação do *caput* do artigo 21, a expressão “salvo disposição contratual em contrário”, confrontando diretamente com o disposto no parágrafo terceiro do artigo 24: “É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência”. Como retirou do dispo-

sitivo seu sentido genuíno, querido pelo legislador, o correto seria, caso mantivesse o entendimento de que a redação do artigo, tal qual posta, está maculada de inconstitucionalidade, declarar essa inconstitucionalidade, desde que devidamente fundamentada.

No mesmo julgamento, o Ministro Nelson Jobim, que havia sido relator do Projeto de Lei nº 2.938/92, que foi convertido na Lei nº 8.906/94, advertiu os colegas para o fato de estarem diante de uma

tentativa de trazer para o Congresso Nacional uma derrota que esta organização nacional fortíssima [Confederação Nacional da Indústria] teve naquela casa legislativa. Quero lembrar que fui Relator da lei, e houve uma imensa discussão sobre esse assunto, portanto, a proporcionalidade referida com tanta adjetivação pelo Ministro Gilmar Mendes foi amplamente debatida na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

A decisão fere os postulados da democracia deliberativa, ao ir de encontro ao consenso a que se chegou no processo legislativo, após os debates parlamentares, nos quais, inclusive, como ressaltado pelo Ministro Nelson Jobim, influente Confederação restou vencida – e valeu-se do Judiciário para reverter sua perda no processo democrático –, inovando o ordenamento jurídico em atividade tipicamente legislativa.

Ainda quanto à técnica da interpretação conforme a constituição, merece menção o julgamento da ADI 3.096, proposta pelo Procurador-Geral da República contra os artigos 39 e 94 do Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003. O primeiro artigo impugnado diz respeito à gratuidade do transporte coletivo para os idosos, mas, haja vista já ter sido objeto da ADI 3.768, que declarou sua constitucionalidade, a ação não foi conhecida nessa parte. Quanto ao artigo 94, que tem a seguinte redação: “Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couberem, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.”, foi dada interpretação conforme a constituição, com redução de texto (contra os votos dos Ministros Eros Grau, que julgava a ação improcedente, e Marco Aurélio, que a julgava procedente), para suprimir a expressão “do Código Penal e”, e fixar a interpretação do dispositivo como dirigido à aplicação apenas do procedimento sumaríssimo, previsto na Lei nº 9.099/95, no que diz respeito aos benefícios para o idoso com a celeridade processual, restando impossibilitada a aplicação de quaisquer medidas

despenalizadoras, ou de interpretação benéfica ao autor do crime.

Houve, no caso, mais uma vez, uma completa subversão do sentido original do dispositivo *interpretado*, que previa um benefício para aqueles que cometessem os crimes especificamente previstos na Lei – crimes especiais, voltados para a proteção do idoso –, cuja pena máxima não ultrapassasse quatro anos<sup>266</sup>, consistente na aplicação da Lei nº 9.099/95, com todos os seus institutos despenalizadores, como a transação penal e a composição dos danos civis, visto que, na maioria das vezes, tais infrações são cometidas por pessoas da família do idoso<sup>267</sup>. A aplicação da Lei dos Juizados Especiais tem em mira também a proteção ao idoso, com a garantia de um processo mais célere, que lhe permita acompanhar todo o desenrolar do processo, presenciando a solução do caso do qual foi vítima. O tribunal, numa interpretação em *malam partem* para os possíveis réus, criou um novo dispositivo, pelo qual são aplicados ao idoso os benefícios processuais da Lei nº 9.099/95, sintetizados na celeridade do rito, mas ao infrator são negados os benefícios materiais da mesma Lei.

O Ministro Marco Aurélio, por considerar que a Lei feria o princípio da isonomia – aquele que cometesse um crime contra o idoso teria benefícios maiores que o que cometesse o mesmo crime contra um jovem, por exemplo<sup>268</sup> –, entendeu por bem declarar sua inconstitucionalidade, salientando que a Corte não poderia criar um novo dispositivo, como se legislador fosse:

Uma vez fulminado o preceito, teremos simplesmente a incidência da regra geral

<sup>266</sup> Ampliou-se, assim, o benefício previsto na Lei nº 9.099/95, que se aplica aos crimes cuja pena máxima não exceda a dois anos de prisão.

<sup>267</sup> A Ministra Ellen Gracie, ausente na sessão do julgamento final da ação, ressalta essa intenção do Legislador: “Gostaria, Ministro Cezar Peluso, em relação à objeção que Vossa Excelência traz, de dizer que o legislador teve sim uma preocupação, e ela se refletiu na redação desse artigo. Ele teve essa preocupação informado pelas estatísticas gerais que indicaram que a grande maioria desses delitos contra idosos são cometidos no seio da própria família. Portanto, é altamente desejável que haja mecanismos conciliatórios que permitam uma solução e uma pacificação desses núcleos familiares.”

<sup>268</sup> Os Ministros demonstram um desconhecimento do teor da lei nos debates efetuados, tendo o Ministro Lewandowski afirmado que haveria afronta ao princípio da razoabilidade, já que um “roubador” de idosos teria mais benefícios que aquele que praticasse o mesmo crime contra uma criança, um jovem ou um adulto. Todavia, o referido artigo 94 é claro ao assentar que tão-somente para os crimes previstos naquela Lei, com pena de até quatro anos, os benefícios da Lei nº 9.099/95 seriam aplicados e não há, no Estatuto do Idoso, a previsão dos crimes de furto ou roubo – se é que por “roubador” o Ministro a eles quis se referir. De fato, são poucos os tipos que poderiam ser equiparados, em tese, aos tipos comuns previstos no Código Penal, a gerar o malferimento aos princípios da igualdade e razoabilidade propalados pelos Ministros, mas isso teria de ser objeto de estudo muito mais minucioso, já que não há uniformidade sequer nas penas cominadas, quando se trata de delitos assemelhados, podendo gerar outras conseqüências, caso analisados sob o prisma da isonomia.

da Lei nº 9.099/95 e então, evidentemente, será adotado o procedimento respectivo. (...) Receio muito, Senhor Presidente, quando julgo processo objetivo, adentrar no campo reservado a outro Poder, ou seja, ao Legislativo e acabar inserindo no contexto uma regência que não foi aprovada pelos representantes do povo brasileiro e dos Estados – os deputados e os senadores.

Compartilhando o mesmo posicionamento quanto ao caráter legislativo autônomo que o tribunal quer atribuir à interpretação conforme, o Ministro Eros Grau, que reputa, todavia, constitucional o dispositivo, também assevera:

“Senhor Presidente, estou convencido de que a esta Corte incumbe o controle da constitucionalidade das leis e não da razoabilidade ou proporcionalidade das leis. O que se pretende aqui é discutir se a lei é boa ou má. Não há nenhum preceito constitucional que esteja sendo apontado como violado. (...) Isso nós não podemos corrigir. Só o legislador pode fazê-lo.”

Desse modo, em que pese poder-se argumentar que a técnica da interpretação conforme a constituição visa à preservação da norma constitucional, extirpando-lhe as interpretações que poderiam ensejar uma declaração de inconstitucionalidade, o que a prática revela<sup>269</sup> é a assunção de sentidos genuinamente inovadores pelo tribunal, configurando verdadeira atividade legislativa.

Outro exemplo de usurpação da atividade legislativa pelo Supremo Tribunal Federal tem-se na edição de enunciados de súmulas de sua jurisprudência dominante, com efeito vinculante, por força da previsão contida na EC nº 45/04.

Sem entrar no mérito da conveniência ou não da adoção do instituto da súmula vinculante, pressupõe-se que, para edição de um enunciado com esse viés, existam diversas decisões uniformes da Corte sobre determinado assunto, que, depois de ponderadas discussões e amadurecidos entendimentos, justifiquem a elaboração de enunciado que, ao vincular os demais órgãos do Judiciário e do Executivo, dirima as numerosas e atuais controvérsias em torno do tema, inibindo a multiplicação de processos sobre a matéria e, por conseguinte, a insegurança jurídica gerada por decisões discrepantes do entendimento da Corte Suprema. Essas exigências têm sede na Constituição e constam do artigo 103-A e seu parágrafo primeiro<sup>270</sup>, *verbis*:

<sup>269</sup> A título exemplificativo, podem-se citar, ainda, as decisões proferidas na ADPF nº 46 e nas ADIs 2.238 e 3.854. O Ministro Gilmar Mendes cita também as ADIs 3.324, 3.046, 2.652, 1.946, 2.209, 2.596, 2.332, 2.084, 1.797, 2.087, 1.668, 1.344, 2.405, 1.105 e 1.127 (MENDES, G. F. et al. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1256, nota 55).

<sup>270</sup> Artigo incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e regulamentado pela Lei nº 11.417, de 2006.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Violando esses pré-requisitos basilares ao instituto da súmula vinculante, com assento constitucional, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado de número 11, que diz respeito ao uso de algemas nos presos e tem o seguinte teor:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Fonte de Publicação: DJe nº 157, p. 1, em 22/8/2008. DOU de 22/8/2008, p. 1. Legislação: Constituição Federal de 1988, art. 1º, III; art. 5º, III, X e XLIX. Código Penal de 1940, art. 350. Código de Processo Penal de 1941, art. 284. Código de Processo Penal Militar de 1969, art. 234, § 1º. Lei 4.898/1965, art. 4º, “a”. Precedentes: RHC 56465; HC 71195; HC 89429; HC 91952.

Dentre os precedentes citados, o RHC 56.465, do longínquo ano de 1978, afirma que não constitui constrangimento ilegal ao acusado, em plenário do tribunal do júri, o uso de algemas, se necessário à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes; o HC 71.195, do também distante ano de 1994, confirma a tese; o HC 89.429, mais recente, de 2007, foi o primeiro *habeas corpus*, ou mesmo a primeira ação, como salientou o Ministro Sepúlveda Pertence<sup>271</sup> no julgamento, que chegou ao Supremo Tribunal Federal, questionando o abuso no uso de algemas, tratando-se do ato da prisão, e o HC 91.952, de 2008, na mesma linha, mas novamente com relação ao acusado no julgamento pelo tribunal do júri.

Na realidade o único precedente que justificou, de fato, a edição do enunciado de nº 11 foi o HC 89.429, de 2007. Explica-se. Todos os outros precedentes – repita-se, um de 1978, outro de 1994 e o último de 2008 – diziam respeito ao acusado algemado em audiência, especialmente perante o tribunal do júri. Para solucionar essa celeuma, foi editada a Lei nº 11.689/08, que, incluindo o parágrafo terceiro no artigo 474 do Código de Processo Penal, regulamentou o uso de alge-

<sup>271</sup> “Creio que é a primeira vez que o Tribunal tem de enfrentar a questão do abuso das algemas que se tem tornado uma prática freqüente, destinada a dar colorido ao espetáculo da prisão.”

mas em acusado diante do tribunal do júri, nestes termos: “§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.”

No julgamento do HC 89.429 salientou-se a necessidade de obstaculizar a exposição imotivada dos presos algemados à mídia, como troféus da eficiência da polícia. O Ministro Marco Aurélio enfatizou seu espanto ao ver algemados um ex-governador e um ex-senador da República.

Esse, então, o objetivo declarado da edição do enunciado de súmula de nº 11: evitar a espetacularização da prisão e o desrespeito à imagem do preso, em violação aos dispositivos constitucionais que proíbem tratamento humilhante e indigno a qualquer ser humano.

Todavia, em que pesem os nobres motivos que o inspiraram, o tribunal editou ato normativo, que inova o ordenamento jurídico, sem número significativo de precedentes – em verdade, um único – que ensejasse a tomada de tal decisão, configurando verdadeira afronta às atribuições constitucionalmente afetas ao Legislativo, além de desrespeito às exigências constitucionais quanto ao instituto da súmula vinculante.

Mauro Cappelletti, mesmo partidário da judicialização da política, acentua o caráter legislativo das súmulas vinculantes e dos *obiter dicta* das decisões da Suprema Corte:

E, mais uma vez, operam com competência legislativa, ao invés de judiciária, quando exercem, como na hipótese das cortes supremas dos países da Europa oriental, o poder de emanar “diretivas” gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto. De resto, não hesitarei em atribuir caráter legislativo, muito mais do que judiciário, também aos *obiter dicta* prolatados por certas cortes superiores dos países do “*Common Law*”, no caso em que tais *dicta* – que por definição ultrapassam o pedido da parte e não são necessários para a decisão do caso concreto – terminem por assumir, pelo menos de fato, eficácia vinculante *erga omnes*.<sup>272</sup>

Há, *in casu*, burla aos ditames da democracia deliberativa, por usurpar a competência dos poderes legítimos e, desse modo, do cidadão que queira participar do debate legislativo que culmine na norma disciplinadora do caso. Não há consenso social acerca da abusividade ou não de se algemarem presos, principalmente em se tratando daqueles acusados da prática dos chamados *crimes do cola-*

<sup>272</sup> CAPPELLETTI, M. *Juizes Legisladores?* p. 81.

*rinho branco*. Assim, imagine-se uma sociedade pluralista, composta pelas mais diversas opiniões e vontades, que, num ambiente ideal – situação ideal de fala –, após amplos debates, chegue a um consenso sobre o tema, organize-se e mobilize-se, motivada por uma crítica à desigualdade de tratamento conferida aos que praticam crimes de colarinho branco, por exemplo, e, mediante lei de iniciativa popular ou mesmo de um parlamentar sensível aos apelos de seus eleitores, promulga-se uma norma que permita que se algemem aqueles suspeitos da prática de tais crimes. Tal norma seria declarada inconstitucional, simplesmente, porque onze cidadãos, investidos na qualidade de Ministros do Supremo Tribunal Federal, que não representam a pluralidade característica da sociedade, não concordam com o restante da população, acreditando que a prática é abusiva e humilhante.

Outra hipótese de inovação inédita do ordenamento jurídico pelo Supremo Tribunal Federal pode ser vista no julgamento dos Embargos Declaratórios em Recurso Extraordinário, número dos autos 571.752-8, de 2009.

Nesse julgamento criou-se a possibilidade de aviamento de reclamação para o Superior Tribunal de Justiça contra decisão das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais, haja vista a ausência de previsão de dispositivo semelhante ao contido na Lei nº 10.259/01 para os Juizados Especiais Federais, consistente na Turma de Uniformização de Jurisprudência, acionável quando a decisão da Turma Recursal contrariar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Como esse tribunal tem por função a última palavra no que respeita à legislação infraconstitucional, não poderia ter suas decisões desrespeitadas por órgão hierarquicamente inferior. Ausente mecanismo legal que possibilite a preservação dessa competência, os Ministros do Supremo Tribunal Federal ampliaram a competência daquele órgão, prevista no artigo 105, I, *f*, da Constituição da República de 1988, para admitir reclamação para tais casos, até que sobrevenha a legislação sobre o tema<sup>273</sup>, ainda que não caiba recurso especial contra as decisões das Turmas Recursais.

Eis a ementa do acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Federal<sup>274</sup>:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊN-

<sup>273</sup> A Lei nº 12.153/09, que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, previu, em seu artigo 18, a possibilidade de aviar-se pedido de uniformização de interpretação de lei, quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material.

<sup>274</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>

CIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. (...) 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.

Houve, mais uma vez, usurpação da competência do Poder Legislativo e, por via de conseqüência, do cidadão, impedido de manifestar-se sobre a questão normatizada<sup>275</sup>, o que torna a decisão em tela desprovida de legitimidade democrática.

Mais exemplos sobre a atividade legislativa anômala do Supremo Tribunal Federal são encontrados em diversas decisões que estabeleceram, ante a ausência de lei que discipline exhaustivamente o tema, o completo regramento – seus limites e possibilidades – das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Inúmeras decisões a esse respeito podem ser citadas, sendo representativos os seguintes julgados: MS 25.459-AgR; HC 95.277; MS 24.832-MC; MS 26.307-MS; MS 26.900-MC; MS 27.483-REF-MC; Inq 2.245; MS 24.847/DF; MS 26.441; MS 24.831; MS 24.832-MC; MS 25.668; ADI 3.619; ACO 730; HC 80.240; MS 24.831; MS 24.817; MS 24.749; MS 23.851; MS 23.868; MS 23.879; MS 23.852-QO; MS 21.872; MS 23.716; MS 23.466; MS 23.466-AgR; HC 79.812; MS 23.652; MS 23.480.<sup>276</sup>

Nesse caso, o vácuo legislativo foi suprido de ofício pelo tribunal, que regu-

<sup>275</sup> A previsão de mais um instrumento processual à disposição daqueles que litigam nos Juizados Especiais, principalmente se considerado o tempo que leva o julgamento de um recurso pelos tribunais superiores, pode significar um entrave à celeridade diretriz do rito sumaríssimo e ir de encontro aos anseios populares consubstanciados na aprovação da Lei nº 9.099/95.

<sup>276</sup> Disponíveis em: <www.stf.jus.br>.

lou por completo a matéria, em decisões com caráter normativo, que funcionam como *precedentes vinculantes* para os demais casos análogos. Tal normatização, afora o fato de explicitamente extrapolar a competência do Judiciário e adentrar nas funções típicas ao Legislativo, deu-se sem qualquer debate prévio com os cidadãos, em assunto de elevada importância e interesse popular, constituindo mais um exemplar da conduta antidemocrática e, assim, ilegítima, daquela Corte.

As decisões sobre a exigência de fidelidade partidária e a conseqüente perda do mandato pelo infiel, representadas pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.999 e 4.086, também constituem nítida demonstração da veia legislativa, desta feita, exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral, com a chancela do Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, foram impetrados os Mandados de Segurança de autos nº 26.602, 26.603 e 26.604 por partidos políticos que tiveram membros eleitos desfiliaados no decorrer do mandato, contra ato da Câmara dos Deputados que se negara a dar posse aos suplentes, consoante orientação expressa pelo Tribunal Superior Eleitoral na consulta de nº 1.398<sup>277</sup>, de 27 de março de 2007. Neles o Supremo Tribunal Federal, modificando seu entendimento sobre o tema até então<sup>278</sup>, aderiu à decisão do Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo como derivada do texto constitucional – sobretudo dos princípios da representação proporcional e do monopólio das candidaturas pelos partidos políticos – a exigência de fidelidade partidária, o que acarretaria a perda do mandato daquele que se desfiliasse, sem justa causa, do partido que o elegeu.

Todavia, essas decisões necessitavam de regulamentação que as operacionalizasse e, com esse fim, foram editadas as resoluções nº 22.610/2007 e nº 22.733/2008 pelo Tribunal Superior Eleitoral.<sup>279</sup>

<sup>277</sup> O Tribunal Superior Eleitoral respondeu afirmativamente à seguinte consulta do Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM): “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”

<sup>278</sup> Nos Mandados de Segurança de autos nº 20.297-5, 23.405-9 e 20.916-0, já na vigência da Constituição de 1988, o tribunal havia declarado, como exposto pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do MS 23.405-9, julgado em 2004, que: “Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente.”

<sup>279</sup> “O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes: Art. 1º - O

Os requerentes das referidas ADIs nº 3.999 e 4.086 alegam, acertadamente, que o Tribunal Superior Eleitoral violou diversos dispositivos da Constituição da República, usurpando a competência do Legislativo e do Executivo, e violando princípios como o da reserva de lei, da segurança jurídica e da separação dos poderes.

O Ministro Eros Grau restou vencido no julgamento do MS 26.602, expressando sua perplexidade sobre a decisão dos colegas, que fizeram as vezes de Le-

---

partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. § 1º - Considera-se justa causa: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal. § 2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral. § 3º - O mandatário que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução. Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado. Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas. Art. 4º - O mandatário que se desfilou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação. Parágrafo único - Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial. Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas. Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória. Art. 7º - Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subseqüente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou. Parágrafo único - Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito. Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido. Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos. Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias. Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º da Constituição da República. (Artigo com redação alterada pelo art. 1º da Resolução TSE nº 22.733, de 11/03/2008.) Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias. Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Parágrafo único - Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução. Marco Aurélio - Presidente. Cezar Peluso - Relator. Carlos Ayres Britto. José Delgado. Ari Pargendler. Caputo Bastos. Marcelo Ribeiro. Brasília, 25 de outubro de 2007. (Publicada no "Diário da Justiça" de 30.10.2007, pág. 169 e no "Minas Gerais" de 31.10.2007, pág.120) (Republicada no DJ de 27/03/2008, por determinação do art. 2º da Resolução nº 22.733/2008.)”

gislador, ressaltando a necessidade de, como guardiões da Constituição, aterem-se aos seus estritos limites:

Não vejo como, na qualidade de guardião da Constituição, este Tribunal conceder a segurança. Não vejo também como transformarmos o mandado de segurança em ação declaratória para o feito de, *obter dictum* ou não, dizer aquilo que eu gostaria de dizer enquanto cidadão, que a fidelidade partidária é conveniente etc. Não, essa não é a nossa função aqui. Estou inteiramente convicto de que, infelizmente – digo-o agora como cidadão –, o instituto da fidelidade partidária não foi contemplado a este ponto. E eu devo cumprir a Constituição. Meu compromisso é com a Constituição. Não posso ir além do que ela me autoriza a ir, porque só tenho legitimidade para me manter dentro dos seus limites, interpretando-a nos limites do texto.

O Ministro foi, por conseqüência, voto vencido também nas ADIs em tela, reiterando o que chamou de múltipla inconstitucionalidade:

“Para mim essa resolução é multiplamente inconstitucional: o artigo 1º afronta os artigos 22, I e XLVIII, da Constituição; o artigo 2º dispõe sobre matéria reservada à lei complementar; os artigos 3º ao 9º e 11 inovam em Direito Processual; e o § 2º do artigo 1º inova atribuições do Ministério Público. De modo que me perdoem, mas acho que isso é um abuso de inconstitucionalidade.”

O Ministro Marco Aurélio salientou a incongruência na admissibilidade do julgamento por ação direta de inconstitucionalidade de resolução que deveria limitar-se a regulamentar a execução de lei, e, pois, não poderia ser objeto de controle concentrado ou abstrato de normas, restando, todavia, vencido na questão. Reconhecido o caráter de norma primária, geral e abstrata, inédita no ordenamento jurídico<sup>280</sup>, não há margem possível a dúvidas acerca da ultrapassagem pelo tribunal da função que lhe é própria – no caso do Tribunal Superior Eleitoral, o Código Eleitoral lhe confere, no artigo 23, IX, a prerrogativa de editar resoluções para regulamentar suas disposições e da legislação eleitoral<sup>281</sup> –, cruzando os limites que separam a função judicante da legislativa.

O tribunal, então, argumentando com a importância dos partidos políticos e a necessidade para o país da exigência de fidelidade do agente político eleito ao partido que o elegeu para manutenção do mandato, aplicou a teoria dos poderes

<sup>280</sup> O Relator, Ministro Joaquim Barbosa, cujo voto foi acompanhado pela maioria dos ministros, reconheceu o caráter de lei às resoluções em tela: “Inicialmente, firmo a possibilidade de exame concentrado e abstrato do texto normativo impugnado. A Resolução 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral traz normas gerais e abstratas relativas ao processo de perda do cargo por infidelidade partidária. Dispõe, ainda, sobre o processo judicial de determinação da justa causa na desfiliação partidária, o que constitui indicativo de que o texto em questão possui densidade normativa própria e suficiente.”

<sup>281</sup> “Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, (...) IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; (...)”

implícitos, segundo a qual o reconhecimento de um fim implica a instrumentalização, ainda que implicitamente, dos meios para se chegar a ele: “Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo.”<sup>282</sup>

De fato, ao reconhecer a constitucionalidade das Resoluções nº 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária, o Supremo Tribunal Federal, em parceria com aquele órgão, inovou o ordenamento jurídico em matéria eleitoral, segundo restou consignado no julgamento da ADI 3.999, “enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar”.<sup>283</sup>

Essa prática do tribunal é confessa pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na ADPF nº 54: “Sabemos todos – quem vem do Eleitoral vivencia isso

<sup>282</sup> ADI nº 3.999.

<sup>283</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato “pertenceria” ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.” Disponível em: <www.stf.jus.br>.

todo dia – que o Tribunal cria normas até de perfil constitucional, se quiserem, e não é uma novidade nos sistemas jurídicos.”<sup>284</sup>

A afronta à democracia deliberativa salta aos olhos, mais uma vez, diante da assunção de atividade legislativa que não está incluída entre as funções do tribunal, impedindo a participação ativa da cidadania no delineamento da questão, de óbvio interesse geral. Como a interpretação do Tribunal Superior Eleitoral não deriva de norma específica, e não há no Brasil a vinculação aos precedentes – doutrina do *stare decisis* –, a decisão do tribunal pode ser modificada a cada eleição, dependendo de sua composição, gerando casuísmos incompatíveis com a atividade judicial, eventualmente com fins eleitoreiros, somente toleráveis no processo político.

### 3.3.3

#### Decisões *contra legem* do Supremo Tribunal Federal

Exemplo de decisão explicitamente contrária à Constituição e representativa do controle da omissão legislativa às avessas, vez que exercido por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade, é encontrado em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. Após decidir absolutamente *contra legem* – no caso, contra dispositivo constitucional –, consolidando situações de municípios criados ou desmembrados inconstitucionalmente após a Emenda Constitucional nº 15/96, o tribunal fixou prazo de 18 meses para o Congresso editar a lei complementar disciplinadora do caso.<sup>285</sup>

A Emenda Constitucional nº 15/96 foi inserida no texto da Constituição de 1988, dando nova redação ao § 4º do artigo 18, para evitar a expansão anômala do número de municípios que estavam sendo criados por todo o país, sem condições

<sup>284</sup> Cumpre salientar que essa opinião do Ministro deriva de sua visão do Supremo Tribunal Federal como guardião máximo da Constituição. Dessa competência dimanariam, então, todos os poderes que arroga para a Corte, não visualizando qualquer usurpação da função dos demais poderes, já que, segundo afirma, a Constituição de 1988, ao instituir uma ampla predominância do controle judicial concentrado de constitucionalidade, teria operado “uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.” (MENDES, G. F. et al. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1033).

<sup>285</sup> Vide STF, ADIs 2.240, 3.682, 3.316, 3.489 e 3.689, disponíveis em: <www.stf.jus.br>. Ressalte-se, aqui, que o tribunal, através de ação direta de inconstitucionalidade, buscou suplantiar uma omissão legislativa de maneira vedada pelo instituto criado exatamente para esse mister, a saber, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que não prevê a fixação de prazo para o legislador legislar.

econômicas para manterem-se, muitas vezes com fins exclusivamente eleitoreiros<sup>286</sup>.

Referida Emenda Constitucional fixou a necessidade de lei para regulamentar o período em que o desmembramento, incorporação, fusão ou criação de municípios poderiam ser feitos (limitado com relação à época de eleições), bem como a obrigatoriedade de estudo de viabilidade do novo município e consulta às populações envolvidas<sup>287</sup>.

Todavia, invocando a configuração de situação de fato consolidada e o princípio da segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal referendou a criação de municípios em períodos eleitoreiros, destituídos de estudos de viabilidade e sem consulta a todas as populações interessadas, mesmo sem a existência da lei disciplinadora.

Essas decisões estão diametralmente opostas à intenção do legislador constituinte derivado ao promulgar a EC nº 15/96. A ausência de lei regulamentadora, no caso, significa que o Congresso não quer autorizar, por ora, qualquer criação, fusão, incorporação ou desmembramento de municípios, tendo em vista os diversos problemas gerados pela criação desordenada de micro-municípios, dependentes unicamente do Fundo de Participação Municipal<sup>288</sup> – configura-se, nesta situação, o chamado *silêncio eloqüente*.

O Supremo Tribunal Federal, ao permitir a consolidação da criação desses municípios em desacordo com a Constituição, imiscuiu-se em questão política, cuja decisão, por fugir à sua competência, lhe deveria ser totalmente estranha. Ademais, a decisão configura burla à democracia deliberativa, ao disciplinar questão que depende da edição de norma pelo Legislativo, com ampla participação

<sup>286</sup> Vide justificativa ao Projeto de Emenda Constitucional – PEC – nº 41/91, disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=24965](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=24965)>. Dados do IBGE apontam que, a partir da promulgação da Constituição de 1988, surgiram 1.307 novos municípios. (Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/noticias/municipios.html>>). Fabrício Ricardo de Limas Tomio (*A criação de municípios após a Constituição de 1988*) noticia que, entre 1988 e 2000, houve a criação de 1.438 municípios, o que representava 25% de todos os municípios então existentes.

<sup>287</sup> EC nº 15/96: “Artigo único. O § 4º do art. 18 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 18. (...) § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei’.”

<sup>288</sup> A Emenda Constitucional nº 57/2008 consolidou apenas a situação dos municípios criados, incorporados, desmembrados ou fundidos, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

popular em discussão que a anteceda, principalmente em assuntos como esse, que despertam grande interesse, por envolver matéria diretamente ligada ao cotidiano dos cidadãos.

Merece ainda menção a decisão proferida no julgamento do HC 95.370<sup>289</sup>, em que o tribunal também decidiu expressamente contra a previsão contida na alínea *a* do §1º do art. 181 da Lei de Execuções Penais, ao permitir a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos a condenado que descumpriu a exigência legal – não informou a mudança de endereço ao juízo da execução e não compareceu à audiência, quando intimado por edital<sup>290</sup>. Referida decisão, mesmo que desprovida de grande repercussão, e ainda que se pudesse chegar ao mesmo resultado com base em argumentos diversos, é digna de nota em razão dos fundamentos utilizados para justificá-la, por ser mais um exemplo recente – de 31 de março de 2009 – de conduta ilegítima do Supremo Tribunal Federal, que, sem declarar a inconstitucionalidade do dispositivo infringido, alegou “não ser razoável impor que o paciente cumprisse, sem temperamento, a letra fria da lei, em clara ultrapassagem dos limites da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*.”

Conforme acentua Humberto Ávila<sup>291</sup>, as regras também comportam ponderação, podendo ceder ante a presença de outras regras, razões, contra-razões, princípios, enfim, de circunstâncias verificadas no caso concreto em que são aplicadas. A decisão, desse modo, não soa desacertada simplesmente por afastar a regra incidente, diante da identificação de circunstâncias na hipótese concreta que levam a sua não aplicação. O problema aqui, como ressaltado, reside na errônea e casuística aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, transformados em panacéia para todos os males.

De fato, esses princípios têm sido utilizados com frequência pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar decisões que afastam a aplicação de leis claramente subsumíveis ao caso examinado, sem um critério uniforme que permita avaliá-las e enseje segurança ao jurisdicionado quanto ao resultado do julgamento.

<sup>289</sup> Disponível em: <www.stf.jus.br>

<sup>290</sup> “Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal. § 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado: a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; (...)”

<sup>291</sup> ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Vide especialmente o capítulo 2.

A respeito do assunto, Bruno Ramos Pereira<sup>292</sup>, em dissertação sobre o tema, cita diversos exemplos de julgamentos daquela Corte, colhidos entre os anos de 2004 a 2006, especialmente votos do Ministro Gilmar Ferreira Mendes – que foi o Ministro que mais se valeu desses princípios em seus votos no período analisado –, concluindo pela falta de uniformidade e de critérios objetivamente aferíveis na utilização da proporcionalidade pelo tribunal, o que compromete a legitimidade das decisões, que muitas vezes substituem o voluntarismo do legislador pelo do julgador.

Insera-se, desse modo, o tribunal, dentro da corrente denominada particularista, que despreza a lei como fonte cogente do direito, mesmo nos “casos fáceis”, instituindo a ilimitada discricionariedade judicial, com a substituição dos critérios democraticamente escolhidos pelo legislador, por meio do debate democrático, do qual podem tomar parte todos os cidadãos interessados, pelo subjetivismo do julgador – repita-se, casuisticamente –, ferindo de morte a democracia deliberativa.

### **3.3.4 Decisões no campo da bioética**

O Supremo Tribunal Federal tem interferido também em assuntos estranhos ao Judiciário, como nas questões afetas à ciência, mas que também envolvem a religião, a filosofia e a moral, de que são representativos os julgamentos sobre a criminalização do aborto de fetos anencéfalos (ADPF nº 54) e sobre a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510).

A ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – número 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS –, contra a proibição de antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos, patologia que, segundo se alega, torna inviável a vida extra-uterina. A autora afirma que a incriminação da conduta em foco, derivada da interpretação de dispositivos do Código Penal sobre a prática do aborto (artigos 124, 126 e 128, I e II, que tratam do crime de aborto e das causas em que é escusável, a saber, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal), configura afronta à Constituição, em seus artigos 1º, III (digni-

---

<sup>292</sup> PEREIRA, B. R. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*.

dade da pessoa humana), 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, *caput* e 196 (direito à saúde).

A ação visa à declaração de que a antecipação terapêutica do parto não caracteriza aborto, que pressupõe a vida extra-uterina em potencial, julgando-se inconstitucionais os dispositivos do Código Penal acima referidos, quando interpretados a ponto de alcançar a antecipação terapêutica. Subsidiariamente, requer-se seja conhecida a ação como ação direta de inconstitucionalidade, dando-se interpretação conforme a constituição aos citados artigos, sem redução de texto, no sentido de que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do crime de aborto<sup>293</sup>.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB – solicitou sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, tendo seu pleito sido indeferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator, que, logo após, concedeu a liminar requerida. Antes do julgamento pelo Plenário, todavia, foram recebidos diversos pedidos de participação de cidadãos, entidades e associações como *amici curiae*, tendo sido realizada audiência pública, com a oitiva de alguns deles, sendo o requerimento dos demais negado pelo relator, sob a alegação de não se poder proceder à abertura a ponto de permitir que um número indeterminado de interessados se pronunciasse.

A primeira parte da liminar outrora deferida (que dizia respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado sobre o crime de aborto nas circunstâncias em questão) foi referendada pelo Plenário e a segunda parte, revogada (reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos). Posteriormente, foi decidida a admissibilidade da ação, com votos vencidos dos Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso<sup>294</sup>, pendendo ainda de julgamento no mérito.

<sup>293</sup> Não se analisará, aqui, o caráter legislativo que se quer imprimir à decisão, com a criação de mais uma hipótese excludente da ilicitude para o caso de aborto, afora os casos já positivados no Código Penal, haja vista o foque do exemplo em causa ser outro, além de não haver ainda decisão definitiva de mérito. No voto proferido na ADI nº 3.510, o Ministro Gilmar Mendes antevê o perfil da decisão que será tomada no caso: “Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF nº 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.”

<sup>294</sup> Os fundamentos da rejeição da ação podem ser resumidos em quatro pontos: haveria mera questão de interpretação de norma infraconstitucional, sem necessidade de confronto direto com a Constituição; pretendia-se com a ação que o tribunal desse nova redação ao dispositivo impugnado, configurando usurpação da competência do Poder Legislativo; não haveria controvérsia judici-

Mesmo não se tratando de julgamento do mérito, para que decidissem sobre a admissibilidade da ação, os votos adentraram na sua questão fulcral, já se podendo antever seu resultado final.

A controvérsia, no caso, cingiu-se em saber a partir de quando há a tutela da vida, se o feto, mesmo inviável fora do útero, é alcançado pela garantia constitucional, e, ainda, se a situação de anencefalia acarreta realmente a inviabilidade da vida extra-uterina a ponto de não merecer a proteção do ordenamento jurídico, visto que o feto anencéfalo pode sobreviver algumas horas, ou mesmo alguns dias após o parto, como relata a inicial da ação.

Na mesma toada, a ADI nº 3.510, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, a chamada lei da biossegurança, que tem a seguinte redação:

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.

O requerente da ação impugnou os dispositivos acima transcritos, sob a alegação de que contrariavam a inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana, vez que o embrião é vida humana, que acontece na e a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente; que o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”, e que é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento. Afirmou, finalmente, que a pesquisa com células-tronco adultas é mais promissora que a efetuada com células-tronco embrionárias.

---

al relevante sobre a questão a justificar o uso da ADPF, e não poderia ser acolhido o pedido subsidiário de conversão da ADPF em ADI, porque se tratava de direito pré-constitucional, cujo controle concentrado de constitucionalidade, por essa via, não é admitido pela pacífica jurisprudência do tribunal.

Foram admitidos a intervir no processo, na condição de *amici curiae*, diversas entidades e cientistas, designando-se audiência pública para esse fim (a primeira da história do Supremo Tribunal Federal).

A discussão, mais uma vez, gravitou em torno de precisar-se a partir de quando tem início a proteção constitucional à vida, disputando espaço as teorias natalista (a partir do nascimento com vida), da personalidade condicional (o embrião tem garantidos seus direitos, desde a concepção, sob a condição de nascer com vida) e concepcionista (o embrião já conta com a proteção constitucional desde a concepção). Ou ainda, se a tutela constitucional da vida aplica-se aos embriões objeto de fertilização *in vitro*.

Os Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski julgaram parcialmente procedente a ação, modificando o artigo impugnado por inteiro, através do instituto da interpretação conforme a constituição, de acordo com seu entendimento do caso<sup>295</sup>. Os Ministros Eros Grau e Cezar Peluso não julgaram procedente a

---

<sup>295</sup> O Ministro Menezes Direito julgou procedente em parte a ação, nos seguintes termos: “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 da 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 de processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos; 2. ainda no *caput* do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a fertilização *in vitro* seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou de características genéticas, realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e à fiscalização do Ministério da Saúde; 3. no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão ‘embriões inviáveis’ seja considerada como referente àqueles insubistentes por si mesmos, assim, os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após o período no mínimo superior a vinte e quatro horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco; 4. no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados os embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei nº 11.105/2005, ou que, já congelados na data de publicação da Lei nº 11.105/2005, depois de completarem 3 (três) anos de congelamento, dos quais, com consentimento, informado prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por método que não cause a sua destruição; 5. no § 1º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado prévio e expresso, por escrito, dos genitores; e 6. no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde, presente o crime do art. 24, da Lei nº 11.105/2005 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que estabelece a lei, nos termos da interpretação acolhida neste voto.” O Ministro Ricardo Lewandowski também julgou procedente, em parte, a ação, para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos impugnados: “i) art. 5º, *caput*: as pesquisas com células-tronco embri-

ação<sup>296</sup>, mas fixaram diversos requisitos para que fosse reconhecida a constitucionalidade, o que, na prática, equivale às decisões anteriores<sup>297</sup>. O Ministro Gilmar Mendes também julgou constitucional o dispositivo impugnado, desde que interpretado da maneira que julga correta<sup>298</sup>, baseando-se na legislação de outros países sobre o tema. O tribunal, por maioria (de seis votos a cinco), contudo, julgou improcedente a ação, vencidos, em diferentes medidas, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

Para facilitar a compreensão das críticas que serão feitas ao julgamento das

---

nárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilização *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis; ii) inc. I do art. 5º: o conceito de ‘inviável’ compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos; iii) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido; iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento ‘livre e informado’ dos genitores, formalmente exteriorizado; v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.”

<sup>296</sup> Essa divergência de julgamento entre os ministros comprova seu desconhecimento da técnica da interpretação conforme a constituição e seu errôneo uso em suas decisões.

<sup>297</sup> O Ministro Eros Grau condicionou a constitucionalidade da norma aos seguintes requisitos a serem obedecidos na aplicação dos dispositivos impugnados: “(i) pesquisa e terapia mencionadas no *caput* do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde (não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º); (ii) a ‘fertilização *in vitro*’ referida no *caput* do artigo 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados; (iii) a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados – ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, *caput* – será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.” O Ministro Cezar Peluso também julgou improcedente a ação, com os seguintes balizamentos: a lei só permite a produção de embriões humanos por fertilização *in vitro* para fins reprodutivos no âmbito de tratamento de infertilidade e o uso de excedentes em pesquisas ou intervenções genéticas de caráter exclusivamente terapêutico; responsabilização criminal, nos termos do artigo 319 do Código Penal, dos membros dos comitês de ética e da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, para refrear a tendência à lassidão e à passividade no controle das pesquisas, sem prejuízo da responsabilidade penal prevista nos artigos 24, 25 e 26 da Lei nº 11.105/2005, por omissão imprópria; e submissão das atividades de pesquisa ao crivo de outros órgãos de controle e fiscalização estatal, como o Ministério da Saúde, o Conselho Nacional de Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

<sup>298</sup> Desde que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, seja condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. É importante frisar que a legislação estrangeira citada pelo Ministro era de conhecimento também do Congresso, que teve razões para não copiar esse modelo, deixando à regulamentação da Lei as minúcias necessárias à operacionalização da autorização das pesquisas em tela.

duas ações, far-se-á uma divisão em quatro tópicos, assim nominados: necessidade de deferência às escolhas majoritárias, ausência de racionalidade argumentativa, não representatividade pelo tribunal da pluralidade da sociedade brasileira e caráter contramajoritário das decisões.

### 3.3.4.1

#### Da necessidade de deferência às escolhas majoritárias

Alguns ministros enxergaram a inadequação da ADPF nº 54 ao fim proposto, haja vista cuidar-se de atribuição unicamente afeta aos poderes políticos, respaldados pela decisão à qual a sociedade chegará por meio do debate democrático, devendo o tribunal declarar sua incompetência para a resolução do caso, por não ser compatível com suas funções constitucionalmente delineadas efetuar escolhas morais, religiosas ou científicas, que não comportam uma única resposta correta.

A Ministra Ellen Gracie votou nesse sentido, ao ressaltar que qualquer decisão do tribunal nesta ação implicaria usurpação da competência do Congresso Nacional, citando, inclusive, diversos projetos de lei<sup>299</sup> sobre o tema, pendentes de votação, exatamente pela falta de consenso social acerca da questão:

O que a ação pretende é fazer inserir, nesse dispositivo, por criação jurisprudencial, uma terceira causa exculpante. Ou seja, que, além do abortamento sentimental (gravidez fruto de violência) e do abortamento terapêutico (risco para a vida da mãe), também seja isento de penalidade o abortamento de feto diagnosticado como anencefálico. É, sem dúvida, atuação legislativa que se pretende do Tribunal.

A esse propósito, é preciso também registrar que inúmeras são as iniciativas parlamentares tendentes a alargar as excludentes de ilicitude da prática de abortamento. Sete desses projetos encontram-se em tramitação conjunta nas casas legislativas, um deles foi arquivado no Senado em 21-10-2004 [PLS 183/2004] e outro, em regime de tramitação ordinária, aguarda parecer [PL 1.135/1991]. (...)

Entendo, Sr. Presidente, que a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas. E deve fazê-lo por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e em foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que (...) acarretariam uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências entre eles. Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação conclusiva do Congresso Nacional, ainda que registradas tantas iniciativas legislativas em ambas as Casas. Não há o Supremo Tribunal Federal servir de “atalho fácil” para a obtenção do resultado – a legalização da prática do abortamento – que os representantes eleitos do povo brasileiro ainda não se dispuseram a enfrentar.

<sup>299</sup> São eles: PL 4.304/2004, PL 3.744/2004, PL 2.929/1997, PL 1.956/1996, PL 176/1995, PL 3.280/1992, PL 1.1747/1991, PL 1.135/1991 e PLS 183/2004.

Corroborando a tese da necessidade de deferência ao processo legislativo, com lastro na decisão do povo, obtida pelo debate democrático, também os votos dos Ministros Carlos Veloso e Cezar Peluso, respectivamente:

Ora, essa regulamentação, absolutamente necessária, somente poderia ser feita mediante lei. O Supremo Tribunal Federal não poderia, evidentemente, fazê-la, sob pena de substituir-se ao Congresso Nacional.

Parece-me que não é tudo, porque no fundo se trata – e nisso não há dúvida alguma – de criar, à margem da interpretação das normas de caráter penal, mais uma excludente da ilicitude.

E neste ponto gostaria de fazer a seguinte observação: essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas.

(...) Há circunstâncias graves que devem ser objeto de regulamentação específica, e a Corte não tem competência para fazê-lo. (...) E mais: isso não é sem consequência do ponto de vista prático, porque o nascimento com vida tem gravíssimas repercussões jurídicas, no mínimo de ordem patrimoniais, em sucessão, por exemplo. Não podem ser desprezadas sob fundamentos, a meu ver, menos consistentes.

Como já adiantado, no entanto, o tribunal, por maioria, decidiu pela admissibilidade da ação, assumindo o encargo, ilegítimo sob o conceito da democracia deliberativa, de assentar se o feto anencéfalo merece ou não a proteção constitucional de sua vida.

O cenário da ADI nº 3.510 é idêntico ao verificado na ADPF nº 54, haja vista a concorrência de apelos científicos, filosóficos, morais e religiosos na busca de uma solução para o caso. Mas aí cessam as semelhanças, porque agora, ao revés, há uma lei legitimamente aprovada pelo Congresso Nacional, precedida de deliberação democrática, procedimentalizada por meio de audiência pública, sobre a qual o Judiciário somente poderia se imiscuir caso houvesse alguma mácula no processo legislativo, que ensejasse sua nulidade, e tão-somente para proclamá-la, já que não cabe a discussão judicial da legitimidade dos critérios fixados em documento normativo hígido, formado com ativa participação popular, pelo órgão com atribuições para tanto.

O tema envolve, pois, matéria religiosa, científica e filosófica, não alcançando consenso em qualquer desses círculos de discussão, como frisado pelo Ministro relator Ayres Britto:

O 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 ramos de conhecimento como no próprio interior de cada um deles.

No mesmo sentido, voto proferido pelo Ministro Celso de Mello: “As divergências a propósito da definição do início da vida não se registram apenas no campo científico, mas se projetam, por igual, no domínio filosófico e no âmbito das religiões (...).”

Com efeito, a completa ausência de consenso sobre a matéria e mesmo a impossibilidade de obtê-lo foi destacada por diversos ministros<sup>300</sup>. A esse respeito, merece destaque, ainda, o voto do Ministro Gilmar Mendes, que, ao tempo em que destacou que a questão posta a julgamento não envolvia conhecimento jurídico, mas argumentos relacionados à moral, à política, à religião, à filosofia e à ciência, afirmou categoricamente a inexistência de respostas moralmente corretas ou universalmente aceitáveis para o caso:

Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos.

(...) Com todo o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular.

Se podemos tirar alguma lição das múltiplas teorias e concepções e de todo o infindável debate que se produziu sobre temas como o aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é que não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis sobre tais questões.

O Ministro Menezes Direito demonstrou em seu voto que o dissenso sobre o tema não se restringe ao Brasil, pairando sobre todo o mundo, que se divide entre os que permitem e os que não permitem as pesquisas com células-tronco embrionárias.

Do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que ratifica a tese ora defendida, extrai-se ainda mais, ao salientar que essa verificação da absoluta falta de con-

<sup>300</sup> Conforme voto do Ministro Marco Aurélio, “no tocante à questão do início da vida, não existe balizamento que escape da perspectiva simplesmente opinativa.”

senso limita a atuação do tribunal, já que tais matérias, por implicarem discussões metafísicas, devem ser deixadas a cargo da sociedade – e, por conseguinte, dos poderes por ela legitimados à tomada de decisões que envolvam preferências:

Múltiplas posições podem ser assumidas no tocante ao exato momento em que se inicia a vida, dependendo das convicções filosóficas, religiosas ou científicas daqueles que se debruçam sobre a questão. Para os materialistas, a vida resume-se a um fato da natureza, experimentalmente verificável, ao passo que para a maioria dos crentes ela representa um dom divino, transmitido aos seres humanos no momento da concepção. Talvez não seja o Judiciário o foro adequado para debater esse tormentoso tema, visto não estar aparelhado – e nem vocacionado – para entreter discussões que, no fundo, têm um caráter eminentemente metafísico, com relação às quais as instituições acadêmicas e as escolas de teologia, com certeza, encontram-se melhor preparadas.

De fato, constatada a impossibilidade de consenso, não cabe ao Judiciário definir assunto deste porte, que deve ficar a cargo dos *poderes que têm voto*, como corolário do mandato que lhes foi outorgado e que, caso não levado a termo ao modo do outorgante, lhes será *cassado* nas próximas eleições. Decisão de terceiro estranho ao processo democrático só poderá ser arbitrária, como, de resto, asseverou o Ministro Cezar Peluso:

E, para tanto, tampouco é mister disputar, aqui, a respeito do momento exato em que começa a vida, pela mesmíssima razão de que, por mais convergentes e sedutoras que sejam as proposições revestidas de aparente autoridade científica, esta é também seara de opiniões e teorias controversas, que, incapazes de ser refutadas, guardam o estatuto lógico das profissões de fé. A decisão seria, muito provavelmente, arbitrária.

O Ministro Joaquim Barbosa apontou, com precisão, o foro adequado para a decisão em causa, o Congresso Nacional, no seio do qual já foi o tema, inclusive, debatido com a sociedade civil por meio de audiência pública:

Como ficou demonstrado nos autos e nos debates, nem mesmo a ciência está apta a firmar, com precisão, o momento exato em que a vida se inicia ou, ainda, que há vida. (...)

Essa lei, conforme amplamente demonstrado nos autos e na audiência pública realizada em 2007 sobre o tema, foi fruto de debate social no âmbito próprio de discussão de questões dessa natureza que é o Congresso Nacional. Este, ao ponderar entre as várias faces de um mesmo direito – o direito à vida –, optou por aquela que alia a proteção da vida num sentido mais amplo e coletivo com o desenvolvimento científico dentro de determinadas balizas.

Também do voto da Ministra Ellen Gracie colhe-se a prudência de declarar os limites democráticos da decisão do tribunal, ante tema que não alcança consen-

so sequer entre os cientistas e que não contém regulamentação constitucional que lhe possa servir de paradigma:

Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana. Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.

Todavia, não foi essa a tese vencedora, tendo a maioria dos Ministros entendido por bem entrar no mérito da ação, definindo o termo inicial da proteção constitucional à vida. A História, no entanto, demonstra o desacerto de decisões desse viés. Dworkin<sup>301</sup> cita o entendimento do juiz Learned Hand, da Suprema Corte americana (representante da teoria denominada pelo autor de ceticismo moral), que critica a decisão tomada por aquela Corte no caso *Brown*, exatamente sob os fundamentos ora ressaltados, afirmando que:

É errôneo pressupor, disse ele, que as alegações a respeito de direitos morais expressam algo mais do que as preferências dos que as fazem. Se a Suprema Corte justificar suas decisões por meio de tais alegações, em vez de tomar por base o direito positivo, estará usurpando o lugar do poder legislativo, pois a tarefa deste poder, que representa a maioria, consiste em decidir que preferências serão dominantes.

A Suprema Corte americana sofre até hoje ardorosas críticas por ter-se imiscuído em questão tão delicada como a do aborto, sem que alcançasse, antes, algum consenso social sobre o tema. Em *Roe v. Wade* havia proibido a criminalização do aborto nos dois primeiros trimestres da gravidez, permitindo a proibição no último. Todavia, em *Webster v. Reproductive Services* afirmou que não era inconstitucional a negativa de feitura de abortos pelo sistema público de saúde, o que, na prática, tornava inviável o aborto por mulheres pobres.<sup>302</sup>

<sup>301</sup> DWORKIN, R. *Levando Direitos a Sério*. p. 219.

<sup>302</sup> Min. Gilmar Mendes, em seu voto na ADPF nº 54, também reconhece a pertinência da analogia entre os dois casos, admitindo que a decisão da Suprema Corte americana não angariou consenso acerca do tema: “O debate sobre a revisão de *Roe v. Wade*, nos Estados Unidos, é um dos mais marcantes da vida republicana e democrata. E, a toda hora, promete-se a revisão daquele célebre julgado.”

Conforme salienta Sunstein, esse recuo parcial da Suprema Corte americana com relação ao que havia sido decidido no caso *Roe v. Wade*, ao julgar o caso *Webster v. Reproductive Services*, ao invés de significar um golpe na causa das mulheres, importou no fortalecimento do movimento feminista, demonstrando como o afastamento do Judiciário destas questões leva à busca de soluções mais profícuas à sociedade e inatingíveis por meio do processo judicial: “A falta de hospitabilidade do atual judiciário federal tem levado os defensores dos direitos civis a pensar em soluções mais criativas, imaginativas e em longo prazo. Estas irão envolver idéias e ferramentas que não se adaptam bem para o judiciário.”<sup>303</sup>

Também Habermas, citando o exemplo dos movimentos feministas, testemunha que por vezes o paternalismo do Estado social redundou em piora nas condições das mulheres. A proteção da gestação e da maternidade agravou o desemprego das mulheres, normas de proteção do trabalho levaram-nas a receber salários mais baixos que os homens e um divórcio mais liberal sobrecarregou-as com as conseqüências da separação.<sup>304</sup>

Com efeito, nenhuma regulamentação imposta externamente será capaz de efetivar de maneira adequada o direito à igual configuração autônoma da vida privada se não se fortalecer, ao mesmo tempo, a esfera pública, dando voz aos envolvidos e possibilitando diretamente sua participação nos debates políticos.

A esfera pública política, sendo uma estrutura comunicacional arraigada no mundo da vida por meio da sociedade civil, expõe os problemas a serem abordados pelo sistema político. Cabe a ela a função de tematizar e problematizar as questões de relevância para a sociedade civil que, assim, constituirão objeto de deliberação parlamentar.<sup>305</sup>

Como visto, a teoria discursiva do direito parte do pressuposto de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação.<sup>306</sup> A formação racional ou discursiva da vontade não implica uma negociação ou equilíbrio de interesses particulares, mas sim um “exercício público de discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado”<sup>307</sup>.

<sup>303</sup> SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 187.

<sup>304</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. II, p. 163.

<sup>305</sup> *Ibid.*, vol. II, p. 91.

<sup>306</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol I, p. 253.

<sup>307</sup> CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. 93/94.

O próprio Dworkin reconhece que o melhor desfecho para questões que envolvem moral e religião é aquele obtido pela esfera pública política: “Sob esse ponto de vista, os direitos dos negros, dos suspeitos e dos ateus emergirão normalmente do processo das instituições políticas, em resposta às pressões políticas.”; e ainda, ressaltando o valor de uma gradativa evolução social: “Talvez, como Burke e seus seguidores modernos afirmam, uma sociedade produzirá as instituições que melhor se ajustam a ela somente por meio da evolução, e nunca através de reformas radicais.”<sup>308</sup>

Sunstein também enfatiza que em questões morais o consenso não é viável, devendo as decisões que envolvam preferências ser relegadas aos órgãos representativos, únicos com legitimidade democrática para efetuar essas escolhas: “Questões morais ou políticas não se sujeitam a uma defesa racional. Justamente por envolverem assuntos de valor sobre os quais não há consenso, não podem elas ser resolvidas de outra forma a não ser pela afirmação de uma preferência.”<sup>309</sup>

Como ressalta Luís Roberto Barroso: “Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso.”<sup>310</sup>

Tais assuntos são completamente alheios à atividade judicial, haja vista demandarem estudos científicos bem distantes da realidade processual, restrita aos autos e ao aparato administrativo à disposição da Justiça. Ademais, esses temas são bastante delicados, não alcançando consenso sequer entre os cientistas e despertando sérias divergências morais e religiosas entre os vários setores da sociedade, o que impede, por si só, seu exame judicial.

Garapon censura tanto a atividade do juiz ou tribunal que julga essas questões, quanto o fato de se recorrer ao Judiciário para decidir matéria que deveria circunscrever-se à esfera administrativa ou legislativa:

Recorre-se à justiça para que tome o lugar de fator político exatamente porque ela não pode deixar de decidir, correndo inclusive o risco de se expor à condenação da comunidade científica ou da opinião pública. Quando a comunidade científica tem que se pronunciar sobre uma questão, ela se dá o tempo necessário e, às vezes,

<sup>308</sup> DWORKIN, R. *Levando Direitos a Sério*. p. 229/230.

<sup>309</sup> SUNSTEIN, C. R. *A Constituição Parcial*. p. 126.

<sup>310</sup> BARROSO, L. R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 12.

conclui sobre a impossibilidade de se pronunciar. *Idem* para o legislador, como vimos na questão da bioética. A justiça, entretanto, deve dar uma decisão. A justiça *deve* julgar com as informações de que dispõe. Esta obrigação de julgar constitui a particularidade do julgamento judiciário.<sup>311</sup>

Em casos tais, cabe ao tribunal pronunciar sua incompetência para decidir a questão, pois que absolutamente fora de suas atribuições. Não se trata de escusar-se de julgar, o que é proibido, mas apenas reconhecer o fato, como restou consignado em alguns dos já citados votos vencidos nas ações em tela, de que não há como tomar uma decisão sobre tais assuntos com base em argumentos certos ou errados, sendo imprescindível ao pronunciamento judicial uma escolha fundada, no mais das vezes, nas convicções pessoais do julgador, ou julgadores. Diante da ilegitimidade de tal escolha, não resta ao tribunal alternativa que não o reconhecimento de sua incompetência.

Desse modo, temas como o da legalidade do aborto de feto anencéfalo ou da constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, por implicarem uma escolha entre duas posições plausíveis, que envolvem ciência, religião e moral, sem qualquer conclusão definitiva sobre o acerto ou desacerto das diversas opiniões, só podem ser debatidos e regulamentados através do órgão legitimado democraticamente a tanto, qual seja, o Legislativo, respaldado pelo consenso obtido no processo democrático deliberativo.

### **3.3.4.2 Da ausência de racionalidade argumentativa**

Por envolverem questões relacionadas ao direito à vida e à dignidade humanas, as ações em tela provocaram reações passionais, não só da sociedade e da mídia, como dos próprios ministros. O Ministro Marco Aurélio enfatizou a abrangência do interesse no tema objeto da ADPF nº 54, que despertou discussões por todos os setores sociais:

Eis questão que, a partir de 1º de julho do corrente ano, data em que implementada a medida acauteladora neste processo, movimentou, como não aconteceu jamais com qualquer tema submetido ao Judiciário, os mais diversos segmentos da sociedade brasileira. Muitos foram os artigos publicados, prós e contra o pedido formulado na inicial desta ação, variando as opiniões de acordo com as concepções técni-

---

<sup>311</sup> GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas.* p. 161.

cas, religiosas e morais.<sup>312</sup>

Com efeito, pelo voto do Ministro Cezar Peluso na ADPF n° 54, impregnado por suas percepções individuais, filosóficas e morais, em defesa do feto, pode-se compreender a complexidade da matéria, vista sob diferentes matizes ideológicos:

Não me convence o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos somos, todos nascemos para morrer. A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas. Esta é a razão jurídica fundamental por que não apenas as normas infraconstitucionais, mas também a Constituição tutela a vida, porque, no instante em que, independentemente da classificação nosológica que se pudesse emprestar ao feto anencéfalo, o transformássemos em objeto do poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (*res*) porque só a coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito.

(...) [A petição inicial] Disse que, em primeiro lugar, ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana. E disse mais: essa dignidade seria medida pela integridade física da mãe. Não concordo. A integridade física e biológica da vida intrauterina também está em jogo. Depois, o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento.

Observa-se, assim, que os argumentos expendidos, longe de jurídicos, apelam aos sentimentos morais ou religiosos – subjetivamente atribuíveis aos próprios julgadores –, de que é exemplar o voto do Ministro Ayres Britto, como contraponto ao proferido pelo Ministro Cezar Peluso, já que pela possibilidade da realização do aborto:

Sobretudo a autonomia da vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas conseqüências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quicá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda (“A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu”), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus.

Pode-se pinçar também do voto do mesmo Ministro, proferido na ADI n°

---

<sup>312</sup> Nunca nenhuma ação judicial provocou tamanha repercussão, porque assunto que envolve diferentes concepções técnicas, religiosas e morais não poderia ser submetido ao Judiciário, por implicar afronta à democracia deliberativa.

3.510<sup>313</sup>, de sua relatoria, a tônica que embasou a decisão, uma mistura de sentimentalismo religioso, superstição e impressões individuais bem peculiares:

(...) a identidade física, psicológica e amorosa do casal, especialmente a identidade da mulher, é compreensivelmente maior com o zigoto *in natura* ou não-artificial. Com o corpo que se vai formando no interior de outro corpo, de maneira a criar para a gestante (falo a partir do que ordinariamente ocorre nas gestações voluntárias) toda uma diáfana atmosfera de expectativas, sonhos, planos, desejos, risos, cuidados, sustos, apreensões e dores (...).

(...) É um embrião que não corresponde jamais ao conceito de nascituro. **Não há nascituro, muito menos alma. É de se supor que a alma vem ao mundo para cumprir uma função e ela é inteligente o suficiente para não ficar confinada a um vidrinho, sob a forma de embrião.** (*destacado do original*)

Mesmo sabendo-se que a questão não alcança consenso sequer entre os cientistas, recorreram-se ainda a entendimentos científicos como fatores determinantes do conteúdo da decisão, como se depreende do voto do Ministro Nelson Jobim na ADPF nº 54: “Agora, é evidente que remanesce, de tudo isso, uma questão: a de sabermos, com clareza e nitidez, o que se passa, qual a situação efetiva, na perspectiva médica, de um feto anencéfalo.”

Vê-se que os ministros não mencionam os parâmetros constitucionais a serem perscrutados, não há argumentos jurídicos em seus votos, valendo-se tão somente de suas impressões pessoais e do veredicto de alguns cientistas, cuja tese lhes é mais simpática. Não há, desse modo, uma racionalidade argumentativa, que permita o controle de suas decisões.

Ao Congresso, embora não lhe seja atribuído agir exclusivamente permeado de subjetividades, já que mandatário da vontade popular, resta o controle judicial – e, antes, o veto presidencial – de suas normas. Mas o Supremo Tribunal Federal dá a última palavra, como os ministros não se cansam de repetir, sobre a interpretação constitucional, não havendo quem lhe exerça a censura em caso de desvios como o ocorrido nos julgamentos analisados.

Não se pode atribuir ao Judiciário, como advertido por Garapon, o papel de “guardião da moral pública”, passando a representar a “consciência moral da vida social, política e econômica.”<sup>314</sup> A ascensão da justiça à condição de “mais alta

<sup>313</sup> O Ministro Ayres Britto, antes de proferir seu voto, pede desculpa, ou melhor, “todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé”, demonstrando a natureza individualista do substrato que embasou sua decisão.

<sup>314</sup> GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 55.

instância moral da sociedade”<sup>315</sup> a exime de qualquer controle social, o que torna sua atividade ilegítima, já que poder sem controle é poder antidemocrático.

### 3.3.4.3

#### **Da não representatividade pelo tribunal da pluralidade da sociedade brasileira**

O conteúdo dos votos, como visto, foi impregnado de idiossincrasias, de impressões subjetivas, sem qualquer parâmetro constitucional ou legal, em nada fazendo lembrar argumentos jurídicos, derivando tão-somente da bagagem cultural, filosófica, moral e religiosa de cada Ministro. Essa circunstância faz exsurgir outra causa da ilegitimidade democrática das decisões examinadas: a composição do tribunal não representa a pluralidade de que é composta a sociedade brasileira.

Ao contrário do parlamento, composto invariavelmente por representantes dos mais diversos segmentos sociais, o tribunal é formado por juristas que, a par de possuírem influência política, já que sua indicação é feita pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado, provêm, em regra, de uma mesma classe social. Enquanto a pluralidade na composição do Congresso é inerente ao sistema de escolha representativa, só o acaso garantiria uma composição plural da Corte. Vindos de uma elite jurídica, esses juízes não podem avocar-se a representação de uma sociedade tão plural como a brasileira, arrogando-se a decisão sobre matéria tão socialmente sensível, como as de que ora se trata.

Embora se queira erigir o juiz como o grande herói nacional, incorruptível, sábio, ponderado, sem emoção, crença, religião ou qualquer motivação pessoal que contamine sua decisão, ao estilo do juiz Hércules idealizado por Dworkin, ao contrário da massa manobrável e irracional constituída pela população e seus representantes<sup>316</sup>, o que a leitura dos votos proferidos nos julgamentos em questão revela são juízes emotivos, decidindo unicamente com lastro em suas impressões pessoais, religiosas e morais, sem respaldo jurídico algum.

Em assuntos desse viés, que envolvem religião, moral e ciência, sem que se

---

<sup>315</sup> MAUS, I. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. p. 187. Vide também CITTADINO, G. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. p. 108.

<sup>316</sup> Nas palavras de Garapon: “O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um *status* privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político.” (GARAPON, A. op. cit., p. 74).

consiga chegar a um consenso, não se pode deixar ao alvedrio de onze juízes, ou da subjetividade de onze juristas, que nem por hipótese representam a pluralidade de que é composta a sociedade brasileira, a decisão, com base em suas convicções pessoais, sua moral e sua fé.

Fosse o tribunal composto apenas, ou majoritariamente, por católicos praticantes, como o Procurador-Geral da República proponente da ADI 3.510, Cláudio Fonteles, o resultado do julgamento teria sido outro e uma lei legitimamente aprovada pelos representantes do povo, precedida de audiências públicas que debateram o tema, teria sido extirpada do ordenamento jurídico por poucos cidadãos que não corporificam a diversidade de que é composta a sociedade brasileira e que dela não receberam qualquer mandato que os legitime à tomada de decisão dessa envergadura.

#### 3.3.4.4

#### **Do caráter contramajoritário das decisões**

A assunção da função legislativa pelo Supremo Tribunal Federal é tranquilamente admitida pelos ministros, que vêm a Corte como um fórum democrático, em que as vozes dos mais amplos setores sociais são ouvidas através das audiências públicas, que, desse modo, conferem às decisões sua legitimidade. A propósito, em voto preferido na ADI nº 3.510, o Ministro Gilmar Mendes afirmou, com todas as letras, que o tribunal pode, tranqüilamente, substituir o parlamento, e com vantagem, haja vista a racionalidade argumentativa e procedimental inerente à jurisdição constitucional:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético, e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade

dade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdicional Constitucional. Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje.

Há que se deixar assentado, no entanto, que não haveria como negar a legitimidade democrática do julgamento em causa, estivesse o tribunal obrigado a julgar de acordo com o debate promovido por ocasião das audiências públicas realizadas no âmbito da Corte, não levassem os ministros seus votos pré-elaborados para lê-los da tribuna, sem que se estabeleça qualquer debate entre eles ou com os participantes da audiência pública, possuíssem os ministros responsabilidade política pelos seus atos perante os cidadãos, e houvesse instrumento – como o voto – à disposição do povo para controlar suas decisões. Sabe-se, no entanto, que não é essa a sistemática de decisão, de julgamento e de controle adotados, o que esvazia por completo qualquer resquício democrático.

Com efeito, temas como esses de que se trata, apenas a sociedade pode decidir, por meio de um amplo debate, em que todas as vozes sejam ouvidas e levadas em conta na tomada da decisão. As audiências públicas promovidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal para debater tais assuntos não substituem a discussão que pode ser levada a termo pela sociedade diante do Legislativo<sup>317</sup>. A uma, porque não há uma ampla admissão de todos os segmentos ou cidadãos que desejem contribuir para o debate, havendo restrição ao número de manifestantes<sup>318</sup> e também ao tempo das manifestações<sup>319</sup>. A duas, as diversas opiniões apresentadas não vinculam, sequer eventualmente, a decisão tomada pelo tribunal, que pode ignorá-las solenemente, como até mesmo admitido por alguns ministros, como se

<sup>317</sup> Ressalte-se, ainda, que nem sempre o Supremo Tribunal Federal admite o recurso às audiências públicas para debater temas polêmicos de interesse da sociedade. Na ADPF nº 153, o Ministro Eros Grau, relator, negou pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil de realização de audiências públicas sobre a constitucionalidade da chamada Lei de Anistia, sob a alegação de que tal medida retardaria injustificadamente o exame da matéria. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Notícias, 15/04/2010.

<sup>318</sup> Além dos casos ora citados, em decisão de 03/05/2006 (DJ 11/05/2006, PP-00006), o Ministro Carlos Ayres Brito indeferiu a participação na audiência pública designada para a ADPF nº 3.510 de cidadão que a vindicava, justificando-se pela falta de representatividade do postulante. Também o Ministro Ricardo Lewandowski limitou o número de participantes da audiência pública designada para o debate acerca das políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior, alegando, *verbis*: “Tendo em vista o grande número de requerimentos recebidos (252 pedidos), foi necessário circunscrever a participação da audiência a reduzido número de representantes e especialistas. Os critérios adotados para a seleção dos habilitados tiveram como objetivos garantir, ao máximo, (i) a participação dos diversos segmentos da sociedade, bem como (ii) a mais ampla variação de abordagens sobre a temática das políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior.” Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

<sup>319</sup> Limitadas a quinze minutos por expositor. Vide: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

pode depreender dos votos do Ministro Eros Grau e da Ministra Cármen Lúcia, na ADI nº 3.510, a seguir reproduzidos.

O voto do Ministro Eros Grau reconhece o subjetivismo que prevalecerá em qualquer decisão – ainda que sob roupagem jurídica, cujos argumentos serão procurados *a posteriori*, após a tomada da decisão individual –, mesmo depois de ouvidos os mais variados setores da sociedade sobre o tema:

A decisão que vier a ser aqui afirmada será conformada pelas pré-compreensões da cada um dos seus membros, pois a compreensão escapa ao âmbito da ciência. O compreender é algo existencial, consubstanciando experiência. O que se compreende, no caso da interpretação do direito, é um “objeto” que não pode ser conhecido independentemente de um “sujeito”. O processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico. Decidiremos sob sentimentos herdados da nossa história pessoal, sentimentos éticos e, mais ainda, em cada um de modo diverso, de ordem religiosa (para afirmar ou negar). Porém a fundamentação da decisão contemplada em cada voto será literalmente jurídica.

No mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia:

(...) as manifestações sobre as idéias relativas à questão do uso das células tronco embrionárias em pesquisa são legítimas e desejáveis. (...) Entretanto, as manifestações, dotadas – repito – de profunda, legítima e compreensível emoção a envolver o tema e as suas conseqüências sociais, não alteram, não desviam – nem poderiam – o compromisso do juiz do seu dever de ser ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer.

Percebe-se, tanto do voto do Ministro Eros Grau, que o admite expressamente, como dos votos dos demais ministros, cujo expressivo subjetivismo já foi salientado no item *b*, supra, que não há neles a racionalidade argumentativa exaltada pelo Ministro Gilmar Mendes para justificar a vantagem visualizada no *locus* comunicativo estabelecido no âmbito do tribunal. Os ministros votam, repita-se, com base em seus sentimentos pessoais, sua filosofia, sua moral, sua fé. E não há debate propriamente dito, já que, como já se disse, limitam-se a ler os votos que já trazem prontos, sem alterar o juízo anteriormente formulado. As discussões nas sessões cingem-se a aspectos formais, de ordem processual ou regimental. Não há, ainda, qualquer debate com os participantes das audiências públicas, cuja opinião e contribuição para a causa em nada devem influenciar o julgamento, não havendo necessidade nem ao menos de mencioná-las, mesmo que para refutá-las. Essas audiências são, na verdade, recurso retórico utilizado pelo tribunal para dar uma

aparência democrática às suas decisões, sabidamente afrontosas às funções dos demais poderes.

A extrapolação das funções do Judiciário implica, contudo, um grande déficit democrático, vez que, como já explicitado, não há racionalidade argumentativa nos votos, não há debate com a sociedade civil, que também não é devidamente representada, em sua forma plural, pela composição do tribunal e, o que é mais grave, não há controle, de qualquer ordem, dessas decisões, não sendo os ministros sequer responsáveis politicamente perante os cidadãos por suas decisões.

Nesse cenário, merece ressalva a pauta de discussão relativa aos votos vencidos que pretendiam dar interpretação conforme a Constituição aos dispositivos impugnados pela ADI nº 3.510, subvertendo-lhes completamente a redação original, sob o pretexto de adequá-los à Constituição, com a criação, de fato, de nova norma. O Ministro Ricardo Lewandowski, justificando sua postura, afirmou que nada mais fez que seguir a linha da jurisprudência do tribunal, que tem reiteradamente se portado desta maneira, de que são exemplos os julgamentos acerca da ausência da lei de greve dos servidores públicos e da exigência de fidelidade partidária:

Na verdade, dei uma interpretação conforme a lei. Mas, ainda que tivesse colocado algumas condicionantes, gostaria apenas de ponderar que esta Corte, nos últimos tempos, tem estabelecido às diversas leis que examina condicionantes quase que adentrando ao campo do legislador no concernente a algumas atividades. Por exemplo, no caso da lei de greve dos servidores públicos em que nós condicionamos, contra o meu voto, aliás, a atividade da greve no serviço público. Em outro caso, também, no da fidelidade partidária. Em conjunto com o Tribunal Superior Eleitoral, esta Casa entendeu de estabelecer uma série de condicionantes ao direito de mudar de partido.

O Ministro Marco Aurélio, no entanto, seguindo objeção da Ministra Ellen Gracie, manifestou-se contrariamente à interpretação conforme, no caso, salientando a necessidade de se prevalecer a decisão majoritária do parlamento, diante da inexistência de dúvida objetiva quanto à interpretação dos dispositivos impugnados e sua adequação à Constituição:

Quanto ao voto de Sua Excelência, sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme a Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo – contrariando e não protegendo a Constituição Federal – o papel de legislador positivo. Em síntese, a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso. Essas pre-

missas não se fazem presentes.

Também não cabe ao Supremo, ao julgar, fazer recomendações. Não é órgão de aconselhamento. Em processo como este, de duas, uma: ou declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato normativo abstrato atacado.

(...) Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto apreciado há de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante. Os fatores conveniência e oportunidade mostram-se, em regra, neutros quando se cuida de crivo quanto à constitucionalidade de certa lei (...) No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade.

Não há como negar, diante do expressivo placar de votação apontado pelo Ministro Marco Aurélio, a vontade majoritária consubstanciada na promulgação da Lei de Biossegurança. Não restaria, assim, ao tribunal qualquer espaço para juízos de conveniência na manutenção ou alteração da lei, mas tão-somente a análise de sua compatibilidade com a Constituição e a verificação da lisura do procedimento legislativo que culminou na sua aprovação. Entretanto, defendendo a atividade legislativa e contramajoritária da Corte, o Ministro Gilmar Mendes argumentou, em prol da superação do que chamou de “vetusto dogma do legislador negativo”, que o tribunal tem exercido reiteradamente atividade tipicamente legislativa e que essas decisões são superiores às que poderiam ser tomadas pelas instituições majoritárias, não visualizando qualquer problema quanto a sua legitimidade democrática:

Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto.

(...) Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida.

(...) Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias. E que assim teriam maior legitimidade democrática.

Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* – ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de García de Enterría – teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia.

(...) No recente julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.609/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei.

Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*.

Tais sentenças de perfil aditivo foram proferidas por esta Corte nos recentes julgamentos dos MS nºs 26.602, Rel. Min. Eros Grau, 26.603, Rel. Min. Celso de Mello e 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, em que afirmamos o valor da fidelidade partidária; assim como no também recente julgamento a respeito do direito fundamental de greve dos servidores públicos (MI nº 708, de minha relatoria; MI nºs 607 e 712, Rel. Min. Eros Grau). Outra não foi a fórmula encontrada pelo Tribunal para solver a questão da inconstitucionalidade da denominada cláusula de barreira instituída pelo art. 13 da Lei nº 9.096, no julgamento das ADI nºs 1.351 e 1.354, Rel. Min. Marco Aurélio.

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 e 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

(...) Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantidas fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Engrossando o coro contramajoritário, inclusive com citação do célebre precursor “Federalista”, Alexander Hamilton, vale transcrever o voto da Ministra Cármen Lúcia, que apregou a substituição da vontade popular, representada pelo Parlamento, pela do tribunal, que seria a mais ponderada e capaz de frear os abusos de maiorias passionais momentâneas, evitando que mais *Cristos* sejam entregues por *juízes-Pilatos*, de acordo com a vontade do povo:

Finalmente, Senhor Presidente, e ainda como observação preliminar, a se tomar não apenas quanto a esse, mas em relação a qualquer julgamento de controle abstrato de constitucionalidade, preocupa-me o que foi aqui afirmado por um dos ótimos advogados que assomaram a tribuna, na inicial desse julgamento. Segundo o que anotei nas alegações lançadas da tribuna, afirmou um dos eminentes procuradores, que, no presente julgamento, não teria muito a fazer este Supremo Tribunal, pois não haveria um vazio legislativo sobre a matéria. A questão resumir-se-ia na indagação que poderia ser assim traduzida: que legitimidade teria o Poder Judiciário para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo

quer e a comunidade científica apóia?

No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica. Quantos Cristos a humanidade já não entregou segundo emoções populares momentâneas? E quem garante quem será o próximo, que poderá sofrer uma injustiça, evitada pelo que o leigo, às vezes, considera ou apelida ser apenas um ‘firula legal’? Anotava Hamilton, em *O Federalista*, que a “independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que – embora o povo rapidamente se recupere após ser bem-informado e refletir melhor – tendem, entretanto, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade. ... é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão por parte dos juízes para cumprirem seus deveres como guardiões da Constituição se as invasões do legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade.” (HAMILTON, MADISON E JAY – O Federalista. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed Universidade de Brasília, 1984, p. 580).

Sem razão, todavia, como se demonstrou, a Ministra, já que desprovida de legitimidade democrática decisão que substitui a emoção popular pela emoção do julgador. Ademais, se os ímpetos passionais da massa podem ser eventualmente corrigidos pelo controle judicial, os arroubos emotivos do Judiciário, quando manifestados pelo Supremo Tribunal Federal, restam sem controle algum.

Não há como deixar de salientar, por fim, que o que se viu no julgamento da ADI nº 3.510 foi que o tribunal chamou para si a responsabilidade e os méritos devidos unicamente ao legislador que aprovou a Lei. De fato, os ministros se sentiam extasiados por participarem do julgamento, que, segundo afirmaram, era um julgamento histórico, atribuindo a si próprios as honrarias por viabilizarem a cura das mais terríveis doenças que assombram a humanidade, como se pôde ver no voto do Ministro Celso de Mello, que não poupou elogios, quer a seus pares, quer à Corte:

“Em uma palavra, Senhor Presidente, o luminoso voto proferido pelo eminente Ministro Carlos Britto permitirá, a esses milhões de brasileiros que hoje sofrem e que se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de certos direitos básicos e inalienáveis, dentre os quais avultam, por sua inquestionável transcendência, o direito à busca da felicidade e o direito de viver com dignidade (...).”

Outro exemplar dessa auto-exaltação do papel da Corte no assunto teve-se no voto do Ministro Ayres Britto, que ampliou o alcance de sua decisão aos inte-

resses de toda a humanidade, intitulado o Supremo Tribunal Federal de “casa de fazer destino” e atribuindo ao Direito Positivo a árdua tarefa de investigar a natureza da maternidade:

Passa por este ponto de inflexão hermenêutica, certamente, uma das razões pelas quais o sempre lúcido ministro Celso de Mello assentou que a presente ADIN é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias). Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade. Causa ou processo que torna, mais que todos os outros, essa nossa Corte Constitucional uma casa de fazer destino. Pois o que está em debate é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do *homo sapiens*. Mais do que a precisa conceituação jurídica de pessoa humana, da procriação responsável e dos valores constitucionais da saúde e da liberdade de expressão científica. Tudo isso é muito, muito mesmo, porém ainda não é tudo. É também preciso pôr como alvo da nossa investigação de Direito Positivo a natureza mesma da maternidade.

Com efeito, constata-se, hoje, no Brasil, que uma lei só tem sua efetividade reconhecida após passar pelo crivo do Supremo Tribunal Federal, que criou mais uma etapa para o processo legislativo e a avocou para si, qual seja, a atribuição de sanção superveniente de leis já aprovadas, promulgadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo Presidente da República, cuja eficácia fica condicionada ao aceno positivo daquele órgão. A presunção que se verifica na prática é de inconstitucionalidade das leis, que, promulgadas sob uma espécie de condição suspensiva, só passarão a ter vigência no ordenamento jurídico após o julgamento favorável pelo Supremo Tribunal Federal.

### **3.3.5** **Decisões na área de políticas públicas**

Na área de políticas públicas também podem ser citadas diversas decisões do Supremo Tribunal Federal que ultrapassam o marco divisório que o separa do Poder Executivo.

Com relação ao fornecimento de medicamentos ou custeio de tratamentos não cobertos pelo Sistema Único de Saúde, têm-se recentes decisões da Corte, de que são exemplos os julgamentos pelo Pleno do Tribunal do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47 – SL 47 AgR/PE – e do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – STA 175 AgR/CE –, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes (julgamento em 17/03/2010). Não obstante cuidar-se de prática mais comumente identificada nos julgamentos dos juízes e tribunais ordi-

nários, essas decisões do Supremo Tribunal Federal chancelaram-nas, respaldando as decisões dos demais órgãos do Judiciário.

A SL 47 AgR/PE cuidava de agravo regimental interposto contra decisão do Ministro Nelson Jobim, que indeferiu suspensão de tutela antecipada, concedida nos autos de ação civil pública, que determinara ao Município de Petrolina, ao Estado de Pernambuco e à União a adoção de providências administrativas para a melhoria do atendimento no Hospital Dom Malan. O recurso foi indeferido pela unanimidade dos votos do plenário, nos termos consignados pelo relator.

A STA 175 AgR/CE tratava de agravo regimental interposto pela União contra decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal, que indeferiu pedido de suspensão de tutela antecipada, que determinara aos três entes federados o fornecimento de dado medicamento à autora da ação. O recurso também teve provimento negado pela unanimidade dos votantes.

Como ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes, relator de ambos os recursos, buscava-se definir na ação “como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.”

Foge aos limites deste trabalho o exame pormenorizado acerca dos argumentos a favor e contra a judicialização da saúde, que demandariam uma pesquisa autônoma somente a esse tema dedicada. Com o exemplo trazido, tem-se em mira tão-somente demonstrar os atropelos por que passa o Judiciário ao determinar ao Executivo a forma de execução de dada política pública, extrapolando suas atribuições e adentrando em função que lhe é estranha.

O Ministro Gilmar Mendes perpassou – para afastá-las – por alegações como a da necessidade de se compatibilizar o direito à saúde, ou o que se denomina *mínimo existencial*, com a *reserva do financeiramente possível*, ou com a escassez dos recursos, implicando escolhas alocativas, dada à dimensão prestacional desse direito social, bem como pelo princípio da separação dos poderes e pela deficiência vocacional do Judiciário que, focado no caso concreto, é incapaz de visualizar os efeitos sistêmicos de suas decisões<sup>320</sup>.

---

<sup>320</sup> “Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pau-

Afirmou-se, no julgamento, que o direito à saúde é indispensável à realização da dignidade da pessoa humana, sendo que ao menos o *mínimo existencial* desse direito não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. Asseverou-se, também, que os direitos fundamentais contêm, além da proibição do excesso, a vedação da proteção insuficiente e que, dada a tensão que se estabelece entre o Judiciário, erigido em assegurador do exercício efetivo da cidadania, e os elaboradores e executores das políticas públicas, “que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias”, deve haver uma ponderação nesse contexto entre direitos individuais e bens coletivos.

Tal ponderação haverá de ter como referência o disposto no artigo 196 da Constituição da República, que estabelece que o direito à saúde é direito de todos, dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. O Ministro afirmou que considerar tal previsão constitucional como norma programática, incapaz de produzir efeitos, é negar a força normativa da Constituição.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto proferido na SL 47 AgR/PE, afirmou que, embora não seja essa a função ordinária do tribunal, não há ofensa ao postulado da separação dos poderes na atuação da Corte para compelir o poder público a dar efetividade a direito econômico, social ou cultural, repelindo qualquer alegação quanto à chamada “reserva do possível”, a não ser que haja “justo motivo objetivamente aferível”:

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de po-

---

tadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as conseqüências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo.”

líticas públicas conseqüentes e responsáveis. (...)

Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direito de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas. (...)

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Outro exemplo de intromissão do Supremo Tribunal Federal em políticas públicas é encontrado na decisão do Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário nº 482.611, em que determinou ao Município de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, a execução de programa de atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso e exploração sexual. Segundo o Ministro, decisões como essa têm por função expurgar

“os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.”<sup>321</sup>

Não há, nesta postura do Judiciário, conforme alegou, qualquer intromissão na atividade dos poderes Executivo e Legislativo, sendo caso de determinar que se supra uma omissão inconstitucional:

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto ora em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República. É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

(...) Isso significa, portanto, que a ineficiência administrativa, o descaso governa-

<sup>321</sup> Vide também, no mesmo sentido, ADPF 45/DF, AI 583.136/SC e AI 583.264/SC, disponíveis em: <www.stf.jus.br>.

mental com direitos básicos da pessoa, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à criança e ao adolescente, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 227, “caput”, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, a proteção integral da criança e do adolescente.

Conforme assevera Elival da Silva Ramos<sup>322</sup>, os tribunais têm entendido que a omissão dos poderes públicos na concretização de normas assecuratórias de direitos fundamentais sociais, de caráter prestacional, autoriza-os a transformar tais normas, de natureza programática e eficácia contida, em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso, conjugado com referências genéricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas – normativas e não normativas – e orçamentárias) a implementação efetiva do direito contemplado.

Com efeito, o *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, cuida não só do direito à vida, mas também do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No capítulo dedicado aos direitos sociais enumeram-se a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (artigo 6º); e ainda há a previsão, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, do salário mínimo, “fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim” (artigo 7º, IV). No capítulo sobre segurança pública, o *caput* do artigo 144

<sup>322</sup> RAMOS, E. S. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. p. 265/266.

prevê que: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”. O capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica dispõe, em seu artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego.” No que tange à cultura, o artigo 215 assegura: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.” Com relação ao desporto, o artigo 217 assevera: “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um (...)”. Quanto ao meio ambiente: “Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” Finalmente, ao tratar do direito à saúde e à educação, prevêm os artigos 196 e 205: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” O artigo 227 trata da proteção às crianças, adolescentes e jovens: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Como se pode notar, num simples passeio pelo texto constitucional tem-se uma visão geral de todos os direitos igualmente assegurados pela Lei Maior, sem qualquer ordem de precedência, a não ser com relação às crianças, adolescentes e jovens, devendo-se frisar, também, que se consagra, logo em seu artigo 1º, pará-

grafo único, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Diante de um cenário de recursos limitados, ou escassos, em que “escolhas trágicas” devem ser feitas, ou decisões alocativas, como os próprios ministros salientaram em seus votos, e tendo todos esses direitos igual hierarquia constitucional, essa escolha ou decisão não pode ficar a cargo do Judiciário. Não cabe a qualquer juiz ou tribunal, sob pena de ofensa gravíssima ao Texto Maior, a usurpação do poder constitucionalmente outorgado ao povo, exercido através de seus representantes eleitos ou diretamente, seja por meio de projetos de lei de sua iniciativa, seja mediante o debate, estabelecido nos termos apregoados pela democracia deliberativa.<sup>323</sup>

Caso se dê por competente para a tomada de decisões na área de políticas públicas, deve o tribunal estabelecer, então, o que seria mais importante, considerando-se a insuficiência dos recursos públicos para satisfazerem integralmente todas as necessidades da população no que tange aos direitos constitucionalmente assegurados: o atendimento integral do direito à saúde, ou à educação, ou à segurança, ou à cultura, ou à vida, ou à liberdade, ou à moradia, ou ao lazer, ou ao trabalho, ou à propriedade, ou ao salário mínimo que atenda às exigências constitucionais, ou à alimentação, ou ao meio ambiente sadio, ou ao desporto.

Colocando-se a vida em primeiro lugar, tem-se que assegurar, assim, o direito à saúde, mas há que se considerar que o acesso à educação de qualidade incrementa sobremaneira a qualidade da saúde, principalmente com relação à prevenção de doenças. Mas de nada adianta um indivíduo saudável, se não vive em uma comunidade segura, ou mesmo em um meio ambiente sadio. Inútil o cidadão saudável, vivendo num ambiente seguro e preservado, todavia, se não tem onde morar ou o que comer, e, ainda, se não tem trabalho para possibilitar o seu sustento e sua dignidade.

---

<sup>323</sup> O Supremo Tribunal Federal já teve diversas oportunidades de se posicionar acerca do valor inconstitucional do salário mínimo fixado pelos poderes Executivo e Legislativo, declarando, acertadamente, que não lhe caberia estipular um valor que atenda aos parâmetros constitucionais, por não ser sua função – em caso de omissão inconstitucional, deve o tribunal ater-se a cientificar o poder omissivo de que sua inação configura ofensa à Constituição –, e, por outro lado, porque a simples declaração de inconstitucionalidade produziria um efeito mais perverso que a sua manutenção, haja vista implicar a vigência da lei anterior ou mesmo a ausência de piso salarial. Vide ADIs 1.442 e 1.458, ambas relatadas pelo Ministro Celso de Mello, disponível em: <www.stf.jus.br>.

Como se vê, esses direitos devem ser assegurados em conjunto, e, dada a escassez de recursos, e ante a obrigatoriedade de também garantir-se o direito à igualdade, por vezes pode ser melhor a deficiente prestação de todos esses direitos a todos, indistintamente, que assegurar-se apenas um deles a poucos indivíduos, mas, de toda forma, essa é uma decisão política, de responsabilidade unicamente dos poderes legitimados – e controlados – pelo voto popular.

Esse raciocínio é feito por Leonardo André Paixão<sup>324</sup>, ao tratar da função política do Supremo Tribunal Federal, exemplificando as conseqüências inesperadas advindas da intervenção anômala do Judiciário na seara das políticas públicas, podendo ser assim resumido: se se entende que um cidadão enfermo tem direito aos medicamentos mais modernos à custa do poder público, então o poder público terá que adquiri-los, se não espontaneamente, por meio do Judiciário e, em última instância, do Supremo Tribunal Federal. Outros cidadãos acometidos do mesmo mal também procurarão o Judiciário e logo o poder público terá que adquirir grandes quantidades desses medicamentos modernos para cumprir as decisões judiciais. Se esse custo for extremamente alto, isso consumirá recursos vultosos e é provável que não haja previsão desse gasto no orçamento anual proposto pelo Presidente da República e aprovado pelo Congresso Nacional. O poder público terá que encontrar um meio de cumprir as decisões judiciais.

Para tanto, pode usar recursos do orçamento previstos para a compra de outros medicamentos. Nesse caso, cumprem-se as decisões que beneficiam alguns poucos cidadãos, mas muitos outros medicamentos não serão distribuídos à população em geral, que sequer foi ouvida nessas ações. Como essa solução soa injusta, talvez se possa encontrar outra opção.

Poder-se-ia, então, abrir, por meio de lei ou medida provisória, um crédito extraordinário no orçamento, de maneira a possibilitar a compra desses medicamentos determinados pelo Judiciário. Para isso, contudo, outras ações do poder público restarão prejudicadas. Pode ser que uma estrada deixe de ser construída, ou uma escola não seja reformada ou não tenha ampliada sua capacidade de atendimento. Aí, ganham os enfermos que recorreram ao Judiciário, mas perdem o cidadão que sofre um acidente por causa de uma estrada mal conservada, ou a criança sem escola.

---

<sup>324</sup> PAIXÃO, L. A. *A Função Política do Supremo Tribunal Federal*.

Melhor talvez seja, desse modo, obter recursos para o crédito extraordinário, deixando de pagar uma pequena parte dos juros da dívida pública. Todavia, juros não pagos incorporam-se ao principal da dívida pública e no ano seguinte ela será bem maior. Essa situação perdurando, chegará um momento em que os credores desconfiarão da capacidade de o poder público honrar suas dívidas e poderão querer resgatar seus títulos. Não adiantaria emitir novos títulos da dívida pública, porque ninguém mais se interessaria por eles. A dívida pública, assim, não poderia mais ser rolada. Isso poderia levar o poder público a cortar o desembolso de recursos destinados a muitas ações previstas no orçamento, e o corte nos gastos públicos deixaria sem dinheiro muitos setores da economia que deles dependiam e que, por isso, não consumirão. O efeito dominó levaria o país a uma recessão.

Outra saída seria o poder público emitir muita moeda para efetuar os pagamentos dos títulos da dívida pública. Entretanto, caso bilhões de reais entrassem na economia de uma vez, haveria um expressivo aumento da taxa de inflação em função da expansão da base monetária.

Poderia o poder público, então, simplesmente não pagar o resgate dos títulos, por falta de dinheiro, decretando a moratória da dívida pública. A crise de confiança levaria a uma brutal recessão.

Poderia, por fim, o poder público aumentar os tributos para arrecadar mais recursos e com isso pagar o resgate dos títulos. Nesse caso, além de aumentar a ineficiência dos processos produtivos, por causa da tributação excessiva, a recompra dos títulos inundaria o mercado de reais, causando aumento das taxas de inflação.

Como se vê, com a decisão judicial houve a transferência de recursos de toda a população para aqueles beneficiados com a decisão ou decisões que determinaram o fornecimento de medicamentos excepcionais, implicando prejuízo ao princípio da isonomia e gerando efeitos imprevisíveis e indesejáveis na economia do país, e, conseqüentemente, na concretização das diversas políticas públicas pelo Governo.

Também especificamente na área da saúde, a decisão do juiz federal Cristiano Bauer Sica Diniz, da subseção judiciária de Pelotas, Rio Grande do Sul (autos nº 5001617-19.2010.404.7110/RS)<sup>325</sup>, faz uma ponderação acerca dos gastos com

---

<sup>325</sup> Disponível em: <[www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br)>.

medicamentos, negando a liminar pleiteada exatamente em virtude da ausência de razoabilidade em se obrigar o poder público a custear medicamentos caros a um número restrito de cidadãos, o que fatalmente comprometerá sobremaneira o orçamento da área da saúde. Vale a transcrição:

(...) quando se analisa os argumentos contrários à concessão do medicamento, ganha especial relevo a questão do seu custo. Um frasco do Herceptin (trastuzumabe), segundo tem se verificado em processos que veiculam pedido idêntico, pode ser adquirido por cerca de R\$ 9.000,00. O número de frascos necessários para o tratamento integral varia de acordo com o peso corporal da paciente. Partindo-se do princípio de que o peso médio da paciente oscilará entre 45kg e 70kg, um tratamento consumirá, em regra, entre 12 e 18 frascos do medicamento. Assim, pode-se dizer que o custo médio de um tratamento com Herceptin é da ordem de R\$ 135.000,00 (15 frascos).

Conforme artigo publicado no site do Instituto Nacional de Câncer - INCA ([www.inca.gov.br/conteudo\\_view.asp?id=1793](http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=1793), acessado em 26.06.2010), foi estimado, apenas para o ano de 2008, o surgimento de 50.000 novos casos de câncer de mama no Brasil. Considerando-se, outrossim, que 25% das mulheres com câncer de mama apresentam superexpressão do receptor 2 para o fator de crescimento epidermal - HER-2 (informação extraída do artigo “Aspectos clínico-econômicos da quimioterapia adjuvante no câncer de mama HER-2 positivo”, publicado na Revista da Associação Médica Brasileira, vol. 54, nº 6, São Paulo Nov/Dec.2008, que pode ser consultado no endereço eletrônico [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-2302008000600012&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-2302008000600012&script=sci_arttext)), conclui-se que o número de potenciais usuárias do trastuzumabe no Brasil chega a algo em torno de 12.500 mulheres por ano. Assim, ao custo médio de tratamento acima indicado, obrigar o SUS a fornecer o Herceptin (trastuzumabe) a todas as pacientes HER2+++ representa para os cofres públicos o dispêndio de algo em torno de R\$ 1.687.500.000 (um bilhão, seiscentos e oitenta e sete milhões e quinhentos mil reais) a cada ano.

Embora tais cifras falem por si só, não é demais ressaltar que o orçamento total da saúde no Brasil para o ano de 2010 foi de R\$ 54,8 bilhões, dois quais R\$ 23,8 bilhões foram destinados para média e alta complexidade. Admitir a existência de uma obrigação do sistema público de saúde fornecer Herceptin gratuitamente a pacientes que tenham indicação para seu uso implica admitir, em números aproximados, que 3,07% de todo o orçamento destinado à saúde, e, dentro desse, 7,08% dos valores destinados à média e alta complexidade, sejam utilizados para tratamento de uma única doença, beneficiando um número potencial de pacientes do SUS que representa apenas 0,0065% do contingente populacional brasileiro. E isso não para fornecimento de medicamento essencial à cura do câncer de mama, mas sim de quimioterápico cuja eficácia prometida, como repetidamente mencionado, consiste na diminuição, de 12,99% para 7,49%, do risco de recidiva da doença.

Não se trata aqui de quantificar o valor da vida das cerca de 700 pacientes que, com o uso disseminado do trastuzumabe, ficariam definitivamente livres do câncer. Se é verdade que o uso do medicamento teria como possível efeito a preservação da saúde (e nesse caso em grande parte da própria vida) de cerca de 700 portadoras de câncer de mama no Brasil inteiro, é igualmente verdade que R\$ 1,68 bilhões, ou pelo menos boa parte desse montante, teriam de ser retirados de outros investimentos, seja na saúde, seja em outras áreas sociais. (...) Em outras palavras, o reconhecimento do direito pretendido pela parte autora não se justifica também e principalmente pelo fato de que não é possível concretizar direitos sociais fundamentais ao custo do sacrifício de outros direitos fundamentais de idêntica ou mesmo superior hierarquia.

O Judiciário não pode atuar como um administrador às cegas, distante da realidade econômica e social do país, distribuindo parte considerável do orçamento público para apenas uma pequena parcela da população que a ele recorre.<sup>326</sup> Os casos concretos que lhe são submetidos comovem a todos e despertam no julgador a necessidade de ajudar aquele que está a sua frente, pedindo que se concretize um direito constitucionalmente assegurado, que aumentará sua expectativa de vida<sup>327</sup>. O administrador, todavia, deve pensar em toda a população, nas políticas que melhor atenderão ao maior número de cidadãos, diante de uma situação de escas-

<sup>326</sup> Agravando ainda mais essa situação, notícia publicada no jornal *O Globo*, de 15 de novembro de 2009 (FABRINI, F. *Justiça manda Saúde pagar remédios em falta*. p. 8), informa que 15% do orçamento de que o SUS dispunha em 2009 para a compra de remédios e vacinas seria comprometido por decisões judiciais desse viés. A reportagem aponta também que um estudo de pesquisadores de três universidades mineiras mostrou que “das 398 ações contra a Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte entre 1999 e 2007, 53,3% partiram de moradores da Região Centro-Sul, a mais rica da cidade.” Uma das pesquisadoras afirma que “a corrida aos tribunais não democratiza o acesso aos medicamentos.” A pesquisa aponta ainda que quanto mais rica a área de moradia, mais caro é o produto pleiteado. Desse modo, as decisões judiciais consolidam ainda mais a gritante situação de desigualdade social no país.

<sup>327</sup> Digno de nota o diálogo estabelecido entre desembargadores do Tribunal Regional da 2ª Região, no julgamento de recursos de apelação interpostos contra decisão que determinou o fornecimento de certo medicamento (autos nº 2004.51.10.001728-1). O relator, Des. Guilherme Couto de Castro, votou pela procedência dos recursos da União e do Estado do Rio de Janeiro e foi seguido pela maioria, vencida a Juíza Federal Convocada Carmen Sílvia: “JFC Carmen Sílvia: Concordo totalmente com Vossa Excelência, mas em tese. Acho que a tese é perfeita. Entretanto, nesse caso concreto – e, nos outros casos concretos, temos vários exemplos de pessoas que morrem –, já existe uma liminar, o medicamento está sendo dado e a pessoa ainda não morreu. Então, não serei eu a cassar essa ordem, seja por antecipação de tutela... DF Guilherme Couto (Relator): Só quero deixar claro que acho que Vossa Excelência está matando mais pessoas que salvando, está salvando uma vida para matar mais. JFC Carmen Sílvia: Mas, no caso concreto, existe uma pessoa que já está sendo beneficiada com esse medicamento. DF Guilherme Couto (Relator): Sim, como existem muitas que vão morrer se intervirmos nessa política. E isso sem contar com o problema de corrupção. JFC Carmen Sílvia: Concordo, mas, no caso concreto, como ela já está recebendo, não me sinto tranqüila de reformar a sentença, o que causaria a interrupção do tratamento. Portanto, mantenho a sentença. DF Frederico Gueiros: Com a devida vênica da Doutora Carmen Sílvia, vou acompanhar o eminente Relator. (...) Curiosamente, neste fim de semana, eu e dois casais amigos discutimos sobre essas questões porque um parente deles é portador de HIV. Contei-lhes que, em um caso até de sua relatoria em que, inclusive, o Doutor Calmon ficou vencido, decidimos no sentido de que não havia conhecimento acerca da transmissão da doença. E as pessoas diziam que o Estado tinha que suprir, mas como? relatei esse caso e eles entenderam que não somos tão cruéis assim quanto parece.” Disponível em: <www.trf2.jus.br>.

<sup>328</sup> É o clássico recurso dos filmes de guerra: individualizar a dor do personagem para aumentar a sensibilidade do espectador, que se posiciona imediatamente contra o país em guerra, que assassina o filho, deixando a mãe a sofrer, ou o noivo, de quem a *mocinha* tanto aguarda o regresso – superam-se as ideologias, pois o que interessa de fato é que o par romântico fique junto ao final, e *todos* (todos os que tiveram suas vidas individualizadas no roteiro) vivam felizes para sempre. Aos *inimigos*, a morte é justa e merecida. O mesmo se dá com as decisões judiciais. De que adianta um programa básico e universal de atendimento à saúde, se não socorre àquele cuja face enferma atormenta o sono do juiz? Salvando-o, salvam-se todos – ao menos todos que lhe pediram a suposta cura. E que morram de verminose, sem culpa, os demais rostos anônimos, que não tiverem a mesma sorte!

sez de recursos, em consideração a diversos outros princípios constitucionais, dentre os quais o da igualdade.

A violação ao princípio da igualdade é ressaltada por Ricardo Lobo Torres<sup>329</sup>, ao afirmar que a efetivação das políticas públicas deve ter alcance universal, não se podendo permitir que o Judiciário distribua “casuisticamente bens públicos em favor de quem tem cultura e agilidade para requerer aos órgãos judiciais”, sob pena de se contribuir para a “perdição dos direitos humanos no Brasil.”

Nesses casos, afirma Luís Roberto Barroso, “o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal.” Destarte, a intervenção judicial nas políticas públicas implica sua descontinuidade, dificultando a distribuição racional de um montante limitado de recursos públicos, malferindo o princípio da eficiência. Isso sem falar no atentado ao princípio da igualdade: “o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas públicas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.”<sup>330</sup>

Como assevera Garapon, ainda que a intenção seja nobre, o risco de tais decisões é o de “conduzir a jurisprudência a um superlance que ignora a realidade social e despreza as restrições econômicas.”<sup>331</sup>

Evitando-se o conhecido brocardo sobre a eficácia das boas intenções, vale mencionar Bruce Ackerman, que faz uma interessante comparação entre a atuação judicial e a militar, afirmando que, do mesmo modo que os tribunais vêm fazendo, os militares sempre justificaram sua intervenção com a salvaguarda dos “princípios fundamentais da nação ameaçados pela disputa política.”<sup>332</sup>

Luís Roberto Barroso chama a atenção para o fato de que o juiz nem sempre dispõe das “informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.” Ressalta também a irresponsabilidade política do juiz ante “escolhas desastrosas”.<sup>333</sup>

Ricardo Lobo Torres salienta ainda a necessidade premente de sempre se

<sup>329</sup> TORRES, R. L. *A Judicialização da Política*. p. 117.

<sup>330</sup> BARROSO, L. R. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. p. 4.

<sup>331</sup> GARAPON, A. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. p. 73.

<sup>332</sup> ACKERMAN, B. *Nós, o Povo Soberano – Fundamentos do Direito Constitucional*. p. xlv.

<sup>333</sup> BARROSO, L. R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 17.

respeitarem as regras do direito orçamentário, “com a determinação de abertura de créditos suplementares e especiais pelo Executivo ou Legislativo na inexistência de verba ou, até mesmo, com a inclusão das dotações no orçamento do ano seguinte.”<sup>334</sup>

Dentre as deficiências do Judiciário para a tomada de decisões na arena política – que reclama muito mais que o simples conhecimento jurídico –, podem-se citar ainda a falta de recursos financeiros para arcar com as pesquisas necessárias – faltam-lhe as ferramentas necessárias para destrinchar os fatos –; a circunstância de os juízes fundamentarem suas decisões nas argumentações de advogados que servem tão-somente aos interesses de seus clientes; serem isolados dos grupos e eventos relevantes; a constatação realística de que suas decisões, nessa seara, não contam com a coercibilidade e exequibilidade habituais<sup>335</sup>; são inápteis para processar os efeitos sistêmicos de suas decisões, que são, por regra, ainda, casuais; centralizam-se sobre casos particulares, não se ponderando adequadamente os custos e benefícios em larga escala da medida adotada, não se vislumbrando a repercussão em outros setores também essenciais ante a um cenário de distribui-

<sup>334</sup> TORRES, R. L. *A Judicialização da Política*. p. 114.

<sup>335</sup> Destaca-se o problema da ineficiência das decisões judiciais na seara das políticas públicas e de escolhas legislativas. A dificuldade do Judiciário em fazer cumprir suas decisões tomadas em afronta aos demais poderes passa não apenas pela administração da escassez de recursos, como também pela incoercibilidade de seus comandos, como se deu no julgamento do Mandado de Injunção 1.818/DF. Com já relatado, nas ADIs 2.240, 3.682, 3.316, 3.489 e 3.689 o tribunal declarou “o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão”. Todavia, vencido o prazo fixado, o Congresso Nacional, em 18/12/2008, apenas promulgou a Emenda Constitucional nº 57, com a seguinte redação: “Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96: ‘Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.’ Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.” No Mandado de Injunção de autos nº 1.818, a Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, “em virtude da permanente mora do Congresso Nacional na edição da lei complementar federal mencionada no art. 18, § 4º, da Carta Magna”, requereu ao tribunal a antecipação de tutela, com o fim de obter autorização para, substitutivamente, valer-se de norma própria daquela unidade federada, que fixa o fim do ano imediatamente anterior ao das eleições municipais como termo final para a criação, incorporação ou extinção de municípios. A Ministra relatora, Ellen Gracie, negou seguimento ao referido mandado de injunção, destacando a impossibilidade de a Corte substituir o legislador omissor em atividade típica daquele poder, pelo que restaram inócuas as decisões proferidas nas mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade: “Ora, como agora poderia este Supremo Tribunal, em flagrante desacordo com a vontade do legislador constituinte reformador, permitir a utilização de norma complementar estadual de 1992, quando expressamente determinada, desde 1996, a fixação, pela União, do referido período autorizativo? Vale lembrar, nesse contexto, advertência do eminente Ministro Celso de Mello no sentido de que a própria excepcionalidade do mandado de injunção ‘impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder’ (MI 284, DJ de 26.6.1992).”

ção de recursos escassos, ou limitados, e o fato de que nem todos aqueles que serão atingidos pela decisão fazem parte do processo e nela podem influir.

Ao Judiciário restam importantíssimas tarefas para proteger os direitos fundamentais, quer assegurando o emprego do capital reservado pela Constituição nos programas destinados à implementá-los, quer punindo os responsáveis pelo desvio das verbas, os comportamentos corruptos ou ímprobos dos agentes políticos, quer, por fim, assegurando o cumprimento de políticas públicas previamente definidas e regulamentadas pelo poder público, que contem com expressa previsão orçamentária e operacional, sempre desde que provocado.

Mesmo sob a ótica da teoria de defensores da judicialização da política, as decisões judiciais baseadas em argumentos de política mostram-se desacertadas. A esse respeito, discorre Vera Karam Chueiri:

A adoção de argumentos de política por parte do judiciário ainda é muito frequente em uma sociedade como a brasileira, que possui recente história democrática. Por termos uma democracia débil, com ausência de debates públicos e poucas manifestações populares para reivindicar seus direitos, o judiciário é um grande fórum de debate. Ocorre que este fórum se torna usurpador de poderes do legislativo e do executivo no momento em que os julgadores decidem com base em argumentos de política.<sup>336</sup>

O próprio Ronald Dworkin, representante do eixo explicativo substancialista, abordando a questão da política de cotas, ou ações afirmativas, assevera: “Também não é atribuição dos juízes, sobretudo nos casos constitucionais, anular as decisões tomadas por outras autoridades, dado que os próprios juízes divergem sobre a eficácia de políticas sociais.”<sup>337</sup>

Devem-se deixar os poderes legitimamente eleitos para esse fim decidirem em que setor, como e quando alocar os recursos públicos de que dispõem, ouvindo os interessados – a exemplo do chamado orçamento participativo, muito comum nos municípios, e das audiências públicas, realizadas nas três esferas –, atentos a todos os princípios e determinações constitucionais, inclusive ao disposto no artigo 170, VII, que prevê a mobilização do poder público para a promoção de políticas tendentes a diminuir as desigualdades regionais e sociais no país.

<sup>336</sup> CHUEIRI, V. K. e SAMPAIO, J. M. A. *Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91*. p. 61.

<sup>337</sup> DWORKIN, R. *Levando Direitos a Sério*. p. 345.