

6 A judicialização dos riscos

6.1 “Eu disse que eu não sou um cientista”

Em 2008, a Suprema Corte dos EUA decidiu o caso *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, em que Massachusetts e outros estados norte-americanos acionaram a Agência de Proteção Ambiental (EPA) para que esta regulasse a emissão de dióxido de carbono e outros gases que contribuem para o aquecimento global (gases do efeito estufa). As questões levantadas naquela ação eram se a EPA estava ou não autorizada pelo Congresso a regular a emissão de gases do efeito estufa e, ainda que assim estivesse, se teria discricionariedade para adiar a decisão até que mais pesquisas pudessem ser realizadas para determinar as causas, extensão e significado da mudança climática e das potenciais opções para lidar com aquele problema. Como pano de fundo, estava a controvérsia se o gás dióxido de carbono, emitido por veículos, poderia ser considerado um poluente e se poderia dar causa ao aquecimento global, fato em si próprio altamente controvertido tanto no âmbito científico quanto na política. A Corte deu ganho de causa a Massachusetts, reconhecendo que a recusa da EPA em regular a emissão de gases do efeito estufa apresentava um risco real e iminente aos requerentes. Segundo o voto condutor do julgamento, os perigos associados com a mudança climática são sérios e reconhecidos, e as alterações apresentadas no planeta até o momento são apenas um sinal do que há por vir, conforme consenso de “qualificados *experts* científicos”.⁵⁸⁸

Apesar de ter sido “voto vencido” em *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, o juiz Scalia protagonizou um episódio digno de nota durante os debates orais que antecederam ao julgamento. Ao contra-argumentar as razões dos estados autores, defendendo que a não havia base legal para a EPA atuar na regulação das emissões veiculares, Scalia confundiu a estratosfera com a

⁵⁸⁸EUA. United States Supreme Court. *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. ____ (2007). Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2006/2006_05_1120/> . Acesso em 22.06.2008. Segundo o voto do juiz Stevens, “The risk of catastrophic harm, though remote, is nevertheless real. That risk would be reduced to some extent if petitioners received the relief they seek ”

troposfera, no que foi prontamente corrigido pelo do advogado de Massachusetts. Scalia replicou: “Troposfera, que seja. Eu disse antes que não sou um cientista. É por isso que eu não quero lidar com aquecimento global”.⁵⁸⁹

A reação de Scalia não é de se estranhar. Ao avançar sobre as questões do risco – e especialmente sobre os riscos tecnológicos –, os juízes veem seu campo cognitivo aumentar exponencialmente para áreas sobre as quais não possuem preparação e em que há acirrada controvérsia entre os próprios técnicos e cientistas especialistas no assunto. Os juízes possuem conhecimento técnico na ciência jurídica e legitimam suas decisões com base no que seria a melhor interpretação da Constituição e das leis. Quando assertivas sobre fatos complexos se incorporam à argumentação jurídica, a legitimação técnica dos juristas se enfraquece. Não é à toa que o STF, procurando evitar esse campo espinhoso, assentou certa vez que não cabia ao Tribunal “dar a última palavra” a respeito das propriedades técnico-científicas do amianto e dos riscos de sua utilização para a saúde da população, pois a competência da Corte estava “circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional”.⁵⁹⁰

Mas será que os tribunais realmente podem, desejam ou estão autorizados a deixar de lado as questões ligadas aos riscos? Considerando que as decisões sobre riscos não possuem caráter exclusivamente tecnocientífico, mas também político e constitucional, não se reedita, em relação aos tribunais, o “Dilema de Itaguaí”? Os tribunais podem conformar a ciência ou devem se afastar e transferir as decisões sobre os riscos produzidos socialmente aos experts?⁵⁹¹

A prática constitucional demonstra que os tribunais e juízes não raramente expandem o escopo cognitivo de seus julgados para abordar a questão do risco como um fato, mesmo quando há controvérsia científica sobre o tema. A própria decisão da Suprema Corte dos EUA em *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* é um exemplo desta prática, também verificada nas decisões do

⁵⁸⁹Transcrito em ORESKES, N.; CONWAY, E. M. **Merchants of doubt: how a handful of scientists obscured the truth on issues from tobacco smoke to global warming**. New York: Bloomsbury USA, 2010, p. 2.

⁵⁹⁰STF. ADI 2396, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 08.05.2003, DJ 01.08.2003 p.00100.

⁵⁹¹Vide capítulo 4 deste trabalho.

STF, como exemplifica, dentre outras, a ADI 3937.⁵⁹²

A expansão da cognição dos tribunais na jurisdição constitucional não deveria ser surpresa. Se no Estado de risco ocorre um alargamento do conceito de segurança e dos direitos fundamentais, justificando-se a atuação governamental em grande medida através da proteção dos cidadãos em face dos mais diversos riscos, amplia-se o que é constitucional e o que está sujeito a controle pelas instituições estabelecidas na Constituição, como já ocorreu na transição do Estado liberal para o Estado social. Contudo, se pode ser esperada a expansão da atuação dos tribunais sobre as questões do risco na sociedade contemporânea, isso não significa que esse fenômeno deixe de ser problemático sob o ponto de vista da legitimação. Ao contrário, as dificuldades no campo da legitimação tendem a se agravar. Por um lado, ao incluir argumentos sobre risco e urgência nas decisões, os tribunais precisam sustentar premissas empíricas extrajurídicas voltadas para o futuro e marcadas pela incerteza, e não simplesmente aplicar as decisões pretéritas de constituintes e legisladores. Por outro lado, quando intervém na regulação dos riscos, o judiciário tem o potencial de refazer a distribuição já promovida pelos poderes legislativo e executivo, sem possuir legitimação pelo voto popular e estando sujeito a diversas limitações epistemológicas.

Este capítulo enfrenta o problema da judicialização do risco, ou como judiciário tende a expandir sua atuação sobre as decisões de risco na sociedade contemporânea. Para este tipo de análise, uma opção seria levantar o arcabouço teórico sobre o tema para então proceder-se à análise de casos concretos em função de um marco teórico específico. Contudo, essa metodologia apresenta a deficiência de expor a parte teórica desconectada dos casos, pela qual a ausência de exemplos concretos dificulta a compreensão e a própria coesão do desenvolvimento teórico. Optou-se, neste capítulo, pelo sentido inverso, apresentando-se primeiramente os casos concretos. Esta análise também tem suas dificuldades, pois os casos parecem desconectados inicialmente. Todavia, nesta abordagem, os casos servem para apontar problemas, que na segunda parte serão submetidos à crítica e à teorização. Expor anteriormente os casos tem por objetivo demonstrar duas importantes características na judicialização dos riscos. Em primeiro lugar, a teoria sociológica do risco vem sendo incorporada ao argumento

⁵⁹²STF. ADI 3937 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04.06.2008, DJe-192 pub. 10.10.2008.

jurídico na judicialização. Além disso, a judicialização dos riscos apresenta pontos problemáticos, como a referência às questões empíricas na jurisdição constitucional e a utilização de argumentos consequencialistas, que vão além da problemática sobre o modo de interpretação do texto constitucional nos casos difíceis. Seguindo esta metodologia, na primeira parte de deste capítulo serão expostos de forma sistemática casos selecionados sobre a jurisprudência do risco no STF. Em seguida, será trabalhada a teorização dos problemas institucionais, epistemológicos e de legitimação da judicialização dos riscos.

6.2

O risco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

6.2.1

Considerações iniciais

A referência ao termo “risco” é muito frequente na jurisprudência do STF.⁵⁹³ Na grande maioria dos casos, risco é utilizado como indicador da possibilidade de ocorrência de um efeito indesejado para uma das partes,⁵⁹⁴ sendo aplicado nesse sentido em diversas medidas de urgência de natureza cível e criminal.⁵⁹⁵ O objetivo desta seção, contudo, não é efetuar uma análise quantitativa, mas qualitativa da jurisprudência do STF sobre a temática do risco. Para tanto, foram selecionados julgados representativos dos problemas tratados em capítulos anteriores deste trabalho, assim como casos que fazem referência à literatura jurídica ou sociológica dos riscos, muitos dos quais alcançaram grande repercussão pública. Não foram incluídos casos ligados ao risco administrativo e responsabilidade civil do Estado, matéria que trabalha com o conceito clássico de

⁵⁹³ A pesquisa do termo “risco” na página de pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do STF, no período de 01.01.1989 a 31.12.2010, sem que sejam colocadas outras chaves de busca, retorna mais de novecentos acórdãos, quatro mil decisões monocráticas, e mil decisões da presidência do Tribunal. STF. Pesquisa eletrônica de jurisprudência. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em 30.03.2011. Destaca-se que as bases de decisões monocráticas e decisões da presidência contêm apenas decisões selecionadas, conforme informado na página pesquisada.

⁵⁹⁴ Por exemplo, na ADI 4033, que questionou a isenção da contribuição sindical patronal às microempresas e empresas de pequeno porte, o STF considerou afastado o “risco à autonomia sindical [...]”, na medida em que o benefício em exame poderá tanto elevar o número de empresas a patamar superior ao da faixa de isenção quanto fomentar a atividade econômica e o consumo para as empresas de médio ou de grande porte, ao incentivar a regularização de empreendimentos”. STF. ADI 4033, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 15.09.2010, DJe-024 pub. 07.02.2011.

⁵⁹⁵ Vide, por exemplo, STF. HC 106236 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 pub. 06.04.2011.

risco no direito e já vem sendo objeto de estudo em outros trabalhos. Alguns casos que fizeram expressa referência à sociologia dos riscos também não foram incluídos, como o HC 83554⁵⁹⁶ e o RHC 90197.⁵⁹⁷ Estes casos, embora sejam interessantes para a demonstração de como os riscos se incorporam ao discurso jurídico desenvolvido nos tribunais, não se relacionam propriamente ao problema da judicialização da política ou das políticas públicas.

O principal objetivo desta análise preliminar de casos, além de mapear como a lógica dos riscos é utilizada na argumentação jurídica judicial, é destacar como as questões empíricas e os argumentos consequentialistas são trabalhados no discurso da judicialização.

Seguindo esses parâmetros foram selecionados casos ligados à revisão judicial da regulação dos riscos e casos tipicamente consequentialistas, estes últimos envolvendo a modulação de efeitos na jurisdição constitucional e a suspensão de decisões judiciais.

⁵⁹⁶O HC 83854 teve por objeto o trancamento de ação penal movida contra ex-presidente da empresa Petrobrás por alegada prática de crimes ambientais. O relator da ação consignou que a atuação institucional do presidente de uma empresa do porte da Petrobrás dá-se “em contexto notório de risco”, recorrendo ao pensamento de Canotilho sobre o “paradigma da sociedade de risco”. Segundo Mendes, apoiando-se em Canotilho, “um dos problemas fundamentais da sociedade de riscos é a assinalagmaticidade do risco”, o que evidenciaria, no caso concreto, a “impropriedade em tentar conferir ao indivíduo e à empresa os mesmos riscos”. STF. HC 83554, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16.08.2005, DJ 28.10.2005 p. 00060. No caso de HC 83554, a questão da assinalagmaticidade do risco não foi bem colocada na decisão do STF, pois o que estava em jogo não era imposição, sobre uma pessoa sem poder decisório, de risco assumido por uma grande empresa. A assinalagmaticidade poderia residir justamente na decisão isolada da direção da empresa de não adotar os meios adequados e eficazes à prevenção dos acidentes previsíveis, impondo riscos, sem qualquer suporte democrático, ao meio ambiente e à comunidade.

⁵⁹⁷O RHC 90197 teve por objeto desconstituir condenação penal base por porte de arma de fogo desmuniada. A desordem e a violência urbana, conforme o Min. Lewandowski, relator, teria dado ensejo à elaboração de “tipos penais preventivos”, cujo objetivo seria “prevenir situações prévias que possam levar um prejuízo maior ao corpo social”, entre os quais se incluem os crimes de perigo abstrato. Citando Pierpaolo Bottini (BOTTINI, P. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.), Lewandowski registra que a perda de referenciais éticos nas sociedades modernas implica a insegurança das expectativas, e “incrementa a necessidade da intervenção estatal como meio de reforçar valores vigentes” STF, RHC 90197, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09.06.2009, DJe-167 pub. 04.09.009.

6.2.2 Risco e regulação

6.2.2.1 As Ações Diretas de Inconstitucionalidade do amianto

Como já foi mencionado neste trabalho, o amianto tem sido considerado internacionalmente como um produto tóxico, cuja industrialização ou utilização provoca riscos à saúde dos trabalhadores e consumidores. No Brasil, a questão foi regulamentada pela Lei 9055/1995, que vedou a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais. A lei também proibiu a pulverização e a venda a granel da variedade crisotila (asbesto branco). Entretanto, a Lei 9055 (art. 2º) permitiu a extração, industrialização, comercialização e uso da crisotila (asbesto branco), o que levou a reações contrárias de alguns Estados da Federação, que proibiram em seus territórios o amianto em qualquer de suas formas.⁵⁹⁸

Os casos inicialmente levados ao STF foram contestações contra as leis estaduais que vetaram o a industrialização e comercialização do asbesto branco. Nesta primeira leva de casos, o STF evitou adentrar à questão dos debates científicos sobre o risco inerente à utilização do asbesto branco, atendo-se à questão das competências legislativas. Na ADI 2396, que contestou a constitucionalidade de Lei do Mato Grosso do Sul, o STF assim se manifestou:⁵⁹⁹

Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. [...] o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). A Lei nº 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila.

O mesmo entendimento foi utilizado para julgar a ADI 2656, referente à lei

⁵⁹⁸Vide capítulo 5 deste trabalho, seção 5.1.

⁵⁹⁹ STF, ADI 2396, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 08.05.2003, DJ 01.08.2003 p. 00100.

paulista do amianto:⁶⁰⁰

Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei 9055/95). Consequência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria.

Entendimento semelhante ao das primeiras ações do amianto foi aplicado à regulação estadual sobre a rotulação de alimentos transgênicos. Na ADI 3645,⁶⁰¹ o STF analisou a constitucionalidade da Lei 14.861/2005, do Estado do Paraná, que determinava a informação quanto à presença de organismos geneticamente modificados em alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano e animal. Também neste caso, para o STF, houve substituição – e não suplementação – das regras federais, julgando-se inconstitucional a lei estadual.

A ADI 3356⁶⁰² e a ADI 3937⁶⁰³ iniciam outra fase da questão do amianto, ou melhor, iniciam uma nova fase na abordagem das questões empíricas desse problema pelo STF. Como nos casos da ADI 2396 e da ADI 2656, trata-se de questionamento da constitucionalidade de lei estadual que proibiu o asbesto branco.

A ADI 3356, que questionou a lei do amianto de Pernambuco, teve seu julgamento iniciado na mesma linha dos precedentes anteriores (ADI 2396 e ADI 2656). O Min. Eros Grau, relator, votou inicialmente pela procedência do pedido por entender que a lei em questão invadiria a competência da União para “legislar sobre normas gerais sobre produção e consumo, meio ambiente e controle de poluição, proteção e defesa da saúde”, bem como extrapolaria “a competência

⁶⁰⁰STF, ADI 2656, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08.05.2003, DJ 01.08.2003 p. 00117.

⁶⁰¹STF, ADI 3645, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 31.05.2006, DJ 01.09.2006, p. 00016. A questão dos transgênicos já fora objeto da Lei Federal 11.105/2005 e dos Decretos 4.680/2003 e 5.591/2005, e, por esse motivo, a lei estadual foi contestada por violação do art. 24, V e XII, da CF. Em suma, foi alegado que a Lei 14.861/2005, do Paraná, extrapolou a competência suplementar estabelecida na CF.

⁶⁰² STF, ADI 3356, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, pendente de julgamento. Movimentação processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2258857>. Acesso em 30.05.2011.

⁶⁰³STF, ADI 3937 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04.06.2008, DJe-192 pub. 10.10.2008.

legislativa complementar dos Estados-membros”.⁶⁰⁴ Todavia, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa.

Em 2007, o Estado de São Paulo editou novamente uma lei proibindo o asbesto branco, que foi questionada através da ADI 3937. Seguindo os precedentes da Corte, o Min. Marco Aurélio, relator, que já havia concedido monocraticamente a liminar, votou pela inconstitucionalidade da lei paulista. Porém, o Min. Eros Grau, que na ADI 3356 votara no mesmo sentido do relator, abriu divergência, “salientando sua tendência em evoluir quando retornar o debate da ADI 3356”, afirmando “que a matéria não pode ser examinada única e exclusivamente pelo ângulo formal”. Assim, Eros Grau indeferiu a liminar, “ao fundamento de que a Lei federal 9.055/95 é inconstitucional, na medida em que agride o preceito disposto no art. 196 da CF”. O julgamento, em seguida, foi suspenso por pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa.

Quando o julgamento foi retomado, o Min. Barbosa apresentou voto negando referendo à liminar. Barbosa inicialmente apontou que, naquela oportunidade, tramitavam no STF seis ações diretas sobre a questão do amianto – ADI 3355, 3356, 3357, 3406, 3470, 3937 e 4066 – e lembrou que, em dois acórdãos, o STF reconheceu a autorização ao uso do amianto crisotila.

Barbosa explicitamente afasta-se do limite epistemológico colocado na ADI 2396,⁶⁰⁵ considerando ser importante “oferecer alguns esclarecimentos de natureza científica”. Barbosa apresenta uma revisão da literatura científica sobre os riscos do amianto e das doenças relacionadas a esse produto, concluindo que “não parecem existir níveis seguros para a utilização do amianto, inclusive o crisotila”. Em seguida, lança a pergunta: “diante dos riscos à saúde humana, a questão a ser decidida é a seguinte: os estados estão autorizados a legislar sobre o amianto”?

A pergunta recebe resposta positiva de Barbosa, que se embasa em duas razões. A primeira razão seria a existência de norma que respalda a ação dos estados, qual seja, a Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto 126/1991. O dever assumido na esfera

⁶⁰⁴Conforme Informativo 407 do STF, Brasília, 24 de outubro a 4 de novembro de 2005, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo407.htm>. Acesso em 30.05.2011.

⁶⁰⁵Relembrando, na ADI 2396, o STF assentou que: “não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população”.

internacional estaria apoiado em um dever constitucional, positivado no art. 196 da Constituição Federal, e “quem descumpre o primeiro, descumpre o segundo”.

O outro argumento é que, em caso de defesa da saúde, não haveria sentido em confrontar-se a lei geral federal com leis específicas estaduais, pois “não é razoável que a União exerça uma opção permissiva em lugar do estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade”. Além disso, segundo Barbosa, a limitação estadual ao amianto seria razoável por inexistência de alternativas, pois o contexto fático indica que “não há uma medida intermediária à proibição”.

Fechando seu voto, Barbosa se dedica a um questionamento interessante. A parte autora na ADI 3937 alegou que as fibras apresentadas como substitutivas ao amianto também apresentavam riscos à saúde humana. Haveria, assim, um dilema entre dois riscos, mas não a opção entre risco ou total segurança. A esta questão Barbosa afirma que a literatura científica sugere que os riscos dos produtos alternativos seria bem menor do que os relacionados ao crisotila. O risco dos substitutos do amianto “ainda precisa ser demonstrado”, enquanto que “os danos relacionados à utilização do crisotila já se encontram comprovados”.

Os Min. Eros Grau, Carmem Lúcia, Carlos Britto, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski acompanharam o voto do Min. Joaquim Barbosa. Acompanharam o Min. Marco Aurélio os Min. Menezes Direito e Ellen Gracie. Eros Grau, reafirmando seu voto anterior, concluiu que a lei federal é que deveria ser considerada inconstitucional, por não oferecer a proteção suficiente demandada pelo art. 196 da Constituição. Lewandowski, por sua vez, defendeu o que se poderia chamar de princípio da “máxima proteção” ou da “maior proteção”.⁶⁰⁶

Constata-se, portanto, que na ADI 3937 o STF se afasta da simples confrontação da norma atacada com Constituição, reavaliando diretamente as decisões de risco do legislador federal. Para tanto, foi inevitável ampliar o escopo cognitivo do Tribunal para as questões empíricas subjacentes.

⁶⁰⁶Para Lewandowski: “em matéria de proteção ao meio ambiente e em matéria de defesa da saúde pública, nada impede que a legislação estadual e a legislação municipal sejam mais restritivas do que a legislação da União e a legislação do próprio Estado, em se tratando de municípios”.

6.2.2.2 A ADI dos créditos extraordinários

O julgamento da Medida Cautelar na ADI 4048⁶⁰⁷ marcou outra intervenção do STF sob o paradigma do risco, na qual as questões empíricas foram fundamentais para a lógica da decisão. Na ADI 4048, por maioria apertada (6 votos a 5), o Plenário do STF deferiu liminar solicitada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), para suspender a eficácia da Medida Provisória (MP) 405/2007, posteriormente convertida na Lei 11658/2008. Através da MP 405/2007, o Presidente da República abriu créditos extraordinários no valor de R\$ 5,4 bilhões.

Dentre os vários pontos interessantes neste julgado, é interessante destacar a forma como a noção de risco foi trabalhada no voto do Min. Gilmar Mendes. Segundo o voto, o risco foi apontado como elemento justificador da abertura dos créditos extraordinários em diversas partes da exposição de motivos da MP. Todavia, segundo Gilmar Mendes, somente os riscos imprevisíveis justificariam a adoção da medida:

[S]e, por um lado, não se pode negar a relevância da abertura de créditos para a prevenção contra a denominada gripe aviária, por outro lado pode-se constatar que, nessa hipótese, os recursos são destinados à prevenção de uma possível calamidade pública ainda não ocorrida. Não há calamidade pública configurada e oficialmente decretada, mas apenas uma situação de risco previamente conhecida.

[...]

Também as áreas de segurança, agricultura e aviação civil apresentam problemas que indubitavelmente carecem do aporte de recurso financeiros com certa urgência, mas todos são decorrentes de fatos plenamente previsíveis.

[...]

Nenhuma das hipóteses previstas pela medida provisória configuram situações de crise imprevisíveis e urgentes, suficientes para a abertura de créditos extraordinários.

A decisão do STF na ADI 4048 permite identificar as medidas provisórias como instrumento legislativo de gerenciamento dos riscos orçamentários. Note-se que a própria legitimação do Poder Executivo subordina-se à existência de riscos. Esta ideia está expressa no voto proferido pelo Min. Celso de Mello na ADI 4048 :

É natural – considerando-se a crescente complexidade que qualifica as atribuições do Estado contemporâneo – que se lhe concedam meios institucionais destinados a

⁶⁰⁷STF, ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14.05.2008, DJe-157 pub. 22.08.2008.

viabilizar produção normativa ágil que permita, ao Poder Público, em caso de efetiva necessidade e de real urgência, neutralizar situações de grave risco para a ordem pública e para o interesse social.

Desta forma, para poder chegar à conclusão pela inconstitucionalidade, o STF precisou necessariamente reavaliar o juízo sobre as questões empíricas promovido pelo executivo. Ou seja, se a gripe aviária representava ou não um grave risco para a ordem pública e para o interesse social.

6.2.2.3 A ADI da Biossegurança

A ADI 3510,⁶⁰⁸ ou *ADI da Biossegurança*, questionou a Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) em relação ao uso de células-tronco de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia. A ADI 3510 constituiu julgamento importante para traçar os contornos do Estado de risco no Brasil, pois o STF foi obrigado a lidar com questões ligadas ao indeterminismo científico, ao princípio da precaução, à liberdade científica e à dignidade humana. Como ficou explícito nos debates públicos promovidos pelo STF, não há consenso científico sobre o início da vida, ou sobre os riscos que poderiam ser criados com a pesquisa utilizando células-tronco embrionárias. O STF, na ADI 3510, além admitir diversos *amici curiae*, também inaugurou um dos instrumentos mais interessantes na jurisdição constitucional contemporânea no Brasil – a realização de audiências públicas no procedimento de controle concentrado de constitucionalidade.

A ação foi movida pelo Procurador-Geral da República, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei federal 11.105 /2005.⁶⁰⁹ Entre os argumentos do autor, a norma atacada contrariava “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento

⁶⁰⁸STF. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29.05.2008, DJe-096 pub. 28.05.2010.

⁶⁰⁹Assim dispõe a norma questionada: “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. [...]”.

maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”. O relator, Min. Ayres Britto, admitiu diversos *amici curiae*, o que para ele contribuiu “para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ação direta de inconstitucionalidade”, pois “decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema”.

Além disso, o relator determinou a realização de audiências públicas, nas quais identificou uma dicotomia entre as posições científicas apresentadas. De um lado, não haveria superioridade, para os fins de terapia humana, das células-tronco embrionárias em relação às adultas, sendo o embrião o protagonista no processo de hominização, se comparado ao útero feminino. Do outro, as células-tronco embrionárias seriam muito mais versáteis do que as células adultas, não havendo problemas em usar o embrião, já que este, fora do útero materno, não teria condições de se transformar em ser humano. Para o relator, esses domínios “a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar”, reconhecendo que “o tema central da presente ação direta de inconstitucionalidade é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal”.

Ao desenvolver seu voto, o relator partiu da premissa que “a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural”. A este argumento, soma que “esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva”, ou seja, “não tem como alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela 'nidação' que já é a antessala do feto”. Não se trata, portanto, de autorização de aborto. Ao encerrar seu voto, afirmando a constitucionalidade na norma atacada, o Min. Ayres Britto ressalta “o mais forte compromisso da Constituição-cidadã para com a Ciência enquanto ordem de conhecimento que se eleva à dimensão de sistema”.

O Min. Menezes Direito, que pedira vista após o voto do relator, questionou a noção de metamorfose do embrião para o feto, afirmando que “fixar um marco por convenção [...] não passaria de uma escolha arbitrária”. Ao fazer uma análise do direito estrangeiro, ressaltou que “há preocupação não apenas quanto à definição do estatuto do embrião, mas também quanto às consequências do

progresso das técnicas de manipulação genética e celular”, que poderia trazer o risco de eugenia. Defendendo a dignidade do embrião, propôs o acolhimento parcial da ação, com a interpretação conforme da norma atacada, impondo diversas restrições à pesquisa com células embrionária, entre as quais a fiscalização “pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento”.

Na *ADI da Biossegurança*, foram levantadas questões sobre a relação entre a teoria do risco e o Estado de direito: o indeterminismo científico e a necessidade de controle social sobre a produção de riscos na modernidade tardia. Citando expressamente Beck, o Min. Lewandowski destacou que:⁶¹⁰

Nessa linha, alguns pensadores contemporâneos, dentre os quais o sociólogo Zigmunt Bauman, desenvolveram a idéia de que atualmente vivemos numa “sociedade de risco” (Risk Society), em que, como observa Ulrich Beck, “o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a autoreflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da ‘racionalidade’”.

Em outro ponto, o Min. Lewandowski se refere ao papel do princípio da precaução nesse “novo paradigma” do direito:

Esse novo paradigma emerge da constatação de que a evolução científica traz consigo riscos imprevisíveis, os quais estão a exigir uma reformulação das práticas e procedimentos tradicionalmente adotados nesse campo. Isso porque, como registra Cristiane Derani, é preciso “considerar não só o risco de determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade”.

Não se trata, evidentemente, de exigir uma total abstenção no tocante a ações que envolvam eventual risco, maneira a levar à paralisia do desenvolvimento tecnológico. Cuida-se, ao contrário, de exigir, “em situações de risco potencial desconhecido”, a de soluções que permitam “agir com segurança”, transmutando o risco potencial, “seja em risco conhecido, seja ao menos em risco potencial fundado”.

Isso implica a necessidade de alterar-se profundamente os processos decisórios levados a efeito no âmbito dessa importante área do saber humano, a começar pela ampliação do círculo de pessoas credenciadas a participar dos mesmos, dotando-as de “todas as informações necessárias e indispensáveis das grandes decisões públicas ou privadas que possam afetar a segurança das pessoas”. Isso porque, “o princípio de precaução impõe uma obrigação de vigilância, tanto para preparar a decisão, quanto para acompanhar suas conseqüências”.

⁶¹⁰Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510RL.pdf>.

Assim como o Min. Lewandowski, o Min. Gilmar Mendes tirou um pouco o foco da questão da bioética e do início da vida para centrar sua atenção no problema dos riscos, como se observa neste trecho de seu voto:⁶¹¹

Assim, a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever.

As novas tecnologias ensejaram uma mudança radical na capacidade do homem de transformar seu próprio mundo e, nessa perspectiva, por em risco sua própria existência. E o homem tornou-se objeto da própria técnica.

O Min. Gilmar Mendes também destacou, como uma das dimensões do dever estatal de proteção, o dever do Estado de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado “a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção”. Em seguida, passou a analisar comparativamente as legislações sobre biossegurança (França, Espanha e México), destacando a relevância que a regulação do risco alcança no direito estrangeiro.

A Min. Cármen Lúcia colocou em seu voto certos aportes à compreensão de categorias ligadas à teoria do risco (solidariedade inter geracional, precaução e regulação das pesquisas científicas). A Min. Cármen Lúcia afastou a alegação de violação ao princípio da dignidade humana, sustentando que:

Não há violação do direito à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias, menos ainda porque o cuidado legislativo deixou ao pesquisador e, quando vier a ser o caso, ao cientista ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos.

Mais do que a ausência de violação do direito à vida, a Min. Cármen Lúcia argumentou que a pesquisa com células-tronco promove a dignidade humana, seja por valorizar um embrião que teria o lixo por destino, seja por promover a vida das pessoas potencialmente beneficiárias da pesquisa. A Min. Cármen Lúcia não adotou o princípio da precaução como postulado para tratar das pesquisas científicas ou, pelo menos, em relação às pesquisas com células-tronco. Para a Ministra, é melhor correr o risco da pesquisa, pois a não-pesquisa representaria a ausência de resultados. Defendendo o princípio da liberdade da pesquisa

⁶¹¹Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>.

científica, a Min. Cármen Lúcia, ao invés da precaução, adota para a regulação dos riscos com a pesquisa os princípios da necessidade, da integridade do patrimônio genético, da avaliação prévia dos potenciais e benefícios, e o princípio do conhecimento informado. No seu voto, não descarta a necessidade de controle e fiscalização das pesquisas, mas enfatiza a importância de respeitar-se a margem de cognição empírica e normativa do legislador.

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta. Foram vencidos parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

6.2.2.4 O risco na regulação das profissões

O RE 511961⁶¹² traz um exemplo de como o risco vem sendo usado como um critério para a aferição da legitimidade da regulação estatal e, conseqüentemente, como elemento justificador de restrições a direitos fundamentais.

Tratava-se de questionamento à exigência do curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista, mais precisamente a necessidade de apresentação de diploma de jornalista para exercer a profissão em veículos de comunicação, prevista no art. 4º, V, do Decreto-Lei 972/1969.

Por maioria, seguindo o voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, o Plenário do STF entendeu que a norma atacada não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e que as exigências nela contidas feriam “a liberdade de imprensa e contrariam o direito à livre manifestação do pensamento inscrita no artigo 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos”. Segundo o relator, a norma atacada era uma restrição desproporcional à liberdade de profissão, pois “a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício.”

Também abordando a questão pelo prisma do risco, o Min. Cezar Peluso destacou que a lei não pode arbitrariamente estabelecer limitações à liberdade de

⁶¹²STF. RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17.06.2009, DJe-213 pub. 1.11.2009

profissão: “é preciso que a norma adquira um sentido racional”. E o que seria, então, esse sentido racional? O Min. explica:

Significa admitir não apenas a conveniência, mas a necessidade de se estabelecerem qualificações para o exercício de profissão que as exija como garantia de prevenção de riscos e danos à coletividade, ou seja, a todas as pessoas sujeitas aos efeitos do exercício da profissão.

Seguindo essa premissa, Peluso entende que o curso de jornalismo não pode se constituir em uma restrição à liberdade de profissão, pois:

[N]ão há, em relação ao jornalismo, nenhum conjunto de verdades científicas cujo conhecimento seja indispensável para o exercício da profissão e que, como tal, constitua elemento de prevenção de riscos à coletividade, em nenhuma das dimensões, em nenhum dos papéis que o próprio decreto atribui à profissão, ao ofício de jornalista, em nenhum deles.

Observe-se que o Min. Peluso não nega que haja riscos no jornalismo, mas afirma que o diploma de jornalismo não é capaz de preveni-los ou evitá-los:

Há riscos no jornalismo? Há riscos, mas nenhum desses riscos é imputável, nem direta nem indiretamente, ao desconhecimento de alguma verdade técnica ou científica que devesse governar o exercício da profissão. Os riscos, aqui, como disse, correm à conta de posturas pessoais, de visões do mundo, de estrutura de caráter e, portanto, não têm nenhuma relação com a necessidade de frequentar curso superior específico, onde se pudesse obter conhecimentos científicos que não são exigidos para o caso.

O julgamento do RE 511.961-1/SP alcançou grande repercussão.⁶¹³ A decisão do STF no RE 511961 também provocou outros questionamentos sobre a regulamentação das profissões, entre os quais a ADPF 183, de autoria da Procuradoria-Geral da República (PGR), questionado a Lei nº 3.857/1960, que regulamenta a profissão de músico. Baseando-se na premissa fixada pelo STF no RE 511961, a PGR questionou “que tipo de interesse justificaria a restrição à liberdade profissional do músico e a qual risco social estaria envolvido nesta profissão”.⁶¹⁴

⁶¹³Segundo o sítio eletrônico de notícias do STF, a notícia da decisão do Plenário pela não-obrigatoriedade da exigência de diploma para jornalistas foi a mais acessada no mês de junho de 2009, conforme divulgado em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110373>. Acesso em 15.08.2009.

⁶¹⁴Conforme divulgado em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110886>. Acesso em 15.08.2009.

O RE 511961 igualmente repercutiu sobre a interpretação do Presidente da República a respeito a regulamentação das profissões. Após a decisão no RE 511961, o Presidente vetou leis sobre a regulamentação das profissões de “DJ (disc jockey)”⁶¹⁵ e de “apicultor”,⁶¹⁶ sob o fundamento de que o livre exercício constitucional de qualquer trabalho, ofício ou profissão, pode ser objeto de restrições “apenas quando houver a possibilidade de ocorrer algum dano à sociedade”.

6.2.2.5 A ADPF dos pneus usados

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 101,⁶¹⁷ ajuizada pelo Presidente da República, foram questionadas decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados. O argumento básico da ADPF 101 era que essas decisões ofendiam os preceitos inscritos nos artigos 196 e 225 da Constituição Federal. As decisões atacadas consideravam ilegais ou inconstitucionais Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior - DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior - SECEX, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA e Decretos federais que vedavam a importação de pneus usados. Seguindo a tendência da ADI 3510, foram admitidos *amici curiae* e realizadas audiências públicas durante o processamento da ação.

A relatora, Min. Cármen Lúcia, julgou parcialmente procedente o pedido na ADPF 101 para declarar válidas as normas que proibiam a importação de pneus usados e declarar inconstitucionais as interpretações que permitiram ou permitiam a importação de pneus usados de qualquer espécie, inclusive os remoldados, ressalvados, quanto a estes, os provenientes dos Países integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima citadas e que tenham incidido sobre os casos. Foram excluídas da eficácia ex-tunc da decisão as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estivessem sendo objeto de nenhum questionamento, “uma vez que somente podem ser objeto da ADPF atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente”.

⁶¹⁵BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 680, de 08.12.2010. DJ. 09.12.2010.

⁶¹⁶BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 29, de 19.01.2010. DJ. 20.01.2010.

⁶¹⁷STF. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Tribunal Pleno, julgado em 24.06.2009. Acórdão pendente de publicação em 05.09.2011. Resultado do julgamento conforme <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo538.htm>. Acesso em 20.03.2009.

Segundo a relatora, conflitavam-se “a proteção aos preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo descumprimento estaria a ocorrer por decisões judiciais conflitantes” com o “desenvolvimento econômico sustentável, no qual se abrigaria, na compreensão de alguns, a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima, utilizada por várias empresas que gerariam empregos diretos e indiretos”. A Min. Cármen Lúcia destacou, ainda, os riscos de o Brasil sofrer sanções perante a Organização Mundial do Comércio – OMC, em razão do tratamento diferenciado a importadores por conta das decisões judiciais conflitantes.

A relatora considerou demonstrado “o risco da segurança interna, compreendida não somente nas agressões ao meio ambiente que podem ocorrer, mas também à saúde pública”, sendo “inviável, por conseguinte, a importação de pneus usados”. Sobre o conflito de interesses e direitos fundamentais, rejeitou o argumento de que haveria ofensa ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa, “ao fundamento de que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, preponderaria a proteção destes, cuja cobertura abrange a atual e as futuras gerações”.

O Plenário do STF julgou a ação procedente em parte, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. O Min. Eros Grau, embora tenha votado com a maioria, apresentou voto apartado rejeitando a fundamentação baseada em ponderação de princípios.⁶¹⁸

A ADPF 101 foi um importante caso para demonstrar a crise do paradigma do desenvolvimento, expressando a colisão entre o ideal de desenvolvimento e geração de empregos e a proteção de riscos sanitários e ambientais. Também foi peculiar tendo em vista que a ação atacou interpretações judiciais e não atos legislativos ou regulatórios. Como nos demais casos expostos nesta seção, a avaliação de questões empíricas foi decisiva na fundamentação da decisão. Infelizmente, até a data de conclusão deste trabalho, o STF não havia publicado a decisão nem disponibilizado o inteiro teor do acórdão, prejudicando uma análise mais detalhada.

⁶¹⁸Conforme <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo552.htm>. Acesso em 30.06.2009.

6.2.3 Risco e modulação de decisões judiciais

A modulação, ou modulação temporal, foi trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9868 de 1999, que autorizou o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (art. 27). A lei também fixou as razões que autorizariam a modulação: segurança jurídica ou excepcional interesse social. Ao largo de várias controvérsias sobre o instituto,⁶¹⁹ o STF vem reiteradamente utilizando a modulação, inclusive em casos de controle de constitucionalidade incidental.⁶²⁰

Na ADI 3430, movida pelo Procurador-Geral da República contra lei do Estado do Espírito Santo que disciplinou a contratação temporária de servidores do serviço público de saúde pelo Estado do Espírito Santo. O STF considerou a norma atacada inconstitucional, pois, para a lei autorizar a contratação temporária, “é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade”, o que não era o caso dos serviços de saúde. Contudo, o Tribunal modulou os efeitos da decisão para que tivesse eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação, “tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país, em virtude do surto da denominada 'gripe suína’”.⁶²¹

Outro caso interessante foi do ADI 3756,⁶²² movida pela Câmara Legislativa do DF contra dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). A autora pretendia que o Distrito Federal fosse considerado um município para os fins de limites de gastos de pessoal do poder legislativo. Com isso, seus gastos poderiam chegar a 6% da receita líquida do DF, ao invés de 3%, que é o percentual fixado pela LRF aos Estados. A LRF, no entanto, diz expressamente: “nas referências [...] a Estados entende-se considerado o Distrito Federal” (art. 3º). O STF julgou a

⁶¹⁹Sobre o instituto da modulação, vide MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 1204–1209.

⁶²⁰STF. RE 442683, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 24.03.2006 p. 00055

⁶²¹STF. ADI 3430, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12.08.2009, DJe-200 pub. 23.10.2009.

⁶²²STF. ADI 3756, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 21.06.2007, DJe-126 pub. 19.10.2007.

ação improcedente, mas, em embargos de declaração,⁶²³ considerou que “não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao julgado da ADI 3.756, porquanto as despesas com pessoal já foram efetivamente realizadas”, razão pela qual determinou que a decisão deveria ter efeitos somente partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito, criando uma forma de “modulação invertida”.⁶²⁴

A modulação é uma típica medida de gerenciamento dos riscos da própria decisão judicial. Também neste caso, as questões empíricas possuem papel significativo na argumentação judicial, pois, para aferir a necessidade da modulação, o Tribunal precisa se reportar a fatos, e não necessariamente à interpretação abstrata da norma cuja constitucionalidade é desafiada. O foco do julgamento, na modulação, translada-se da interpretação do texto constitucional para as consequências da decisão.

6.2.4

O risco como critério de suspensão das decisões judiciais

As Suspensões de Segurança (SS) e Suspensões de Tutela Antecipada (STA) se apresentam como típicas medidas de controle de risco das decisões judiciais, com base nas possíveis consequências destas decisões. As Suspensões de Segurança já encontravam previsão desde a Lei nº 4348/1964, matéria hoje regulada no art. 15 da Lei nº 12016/2009, enquanto as Suspensões de Tutela Antecipada foram incorporadas às demais medidas liminares e antecipatórias com a Lei nº 8437/1992, alterada pela Medida Provisória nº 2180-35/2001. Este

⁶²³STF. ADI 3756 ED, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 24.10.007, Dje-147 pub. 23.11.2007

⁶²⁴Criamos o termo “modulação invertida” em um artigo publicado no site *Supremo Tribunal Federal em Debate*. Na modulação simples, o STF declara a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, retirando-o do mundo jurídico, mas, por razões de segurança jurídica ou interesse público, os atos praticados com base no ato normativo inconstitucional são considerados válidos. Na modulação invertida – que foi o caso da Câmara Legislativa do DF – o Tribunal diz que a lei é constitucional, porém os atos contrários a essa lei devem ser mantidos porque o requerente, de boa-fé, entendia que a lei era inconstitucional. A diferença é que na modulação, ao declarar a inconstitucionalidade da lei, o Tribunal altera a ordem jurídica positiva, daí o porquê de resguardar a segurança jurídica ou o interesse público. Na modulação invertida, porém, a ordem jurídica permanece inalterada. A lei é considerada constitucional, mas isso não muda seu status vinculativo. Toda lei já nasce com presunção de constitucionalidade e não depende de declaração do STF para ter vigência e eficácia. Assim, como poderíamos dizer que a modulação invertida estaria amparada na segurança jurídica ou no interesse público? Como um comportamento manifestamente contrário à lei pode ser amparado pela segurança jurídica ou pelo interesse público? MAURICIO JR., A. **Modulação Invertida**. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2007/11/modulao-invertida.html>>. Acesso em: 20 jan. 2009. .

instituto permite às pessoas jurídicas de direito público requerer a suspensão de uma decisão ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, sob o fundamento de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. No caso de indeferimento, novo pedido de suspensão pode ser endereçado ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário, e é com base nessa norma que Suspensões de Segurança e Suspensões de Tutela Antecipada têm chegado ao STF.

Na SS 3273,⁶²⁵ atacou-se a decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Esta última decisão, afastando decreto estadual, restabeleceu tratamento tributário diferenciado para a empresa agravante. Segundo a Presidente do STF, Min. Ellen Gracie, o estado requerente demonstrou inequivocamente a potencial lesão à ordem e à economia públicas, considerando que a decisão do Tribunal carioca refletiria negativamente no mercado estadual de distribuição de combustíveis, ensejando o desequilíbrio da concorrência e possibilitando a prática da sonegação fiscal. Como se pode perceber, o que está em jogo não é um fato pretérito, submetido à cognição do judiciário. O STF, no caso, avaliou a probabilidade de ocorrência de efeitos futuros e incertos da decisão questionada.

Também não deve passar sem atenção o registro feito no voto quanto à falta de necessidade de o STF investigar o mérito da decisão que se pretende suspender. De acordo com a Min. Presidente, as discussões acerca da legalidade da revogação do benefício fiscal concedido não poderiam ser sopesadas e apreciadas na SS 3272, porque dizem respeito ao mérito do processo principal. Ou seja, não caberia “em suspensão de segurança, examinar com profundidade e extensão as questões envolvidas na lide, devendo a análise limitar-se, apenas, aos aspectos concernentes à potencialidade lesiva do ato decisório impugnado”. Por essa linha de raciocínio, a Suspensão de Segurança seria uma medida puramente consequencialista.

A decisão do STF na SS 3273 não é um caso isolado,⁶²⁶ e a constatação da

⁶²⁵STF, SS 3273 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 16.04.2008, DJe-112 pub. 20.06.2008.

⁶²⁶Em igual sentido, anotamos, exemplificativamente, as seguintes decisões do STF: STA 225 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 07.04.2008, DJe-078 pub. 02.05.2008 ; STF. STA 101 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Tribunal Pleno,

natureza específica das Suspensões de Segurança e Suspensões de Tutela Antecipada torna difícil sua compreensão fora de um paradigma que trabalhe com a ideia de risco. Em tese, a decisão objeto de suspensão pode ser considerada legal e constitucional, e, ao fim do procedimento judicial, ser confirmada e ter plena eficácia.⁶²⁷

Outro exemplo interessante da relação entre as suspensões de segurança e o risco, porém desta vez ligada à fundamentação em doutrina da sociologia do risco, vem na SS 3092. A SS 3092⁶²⁸ foi apresentada pelo Município de São Paulo para atacar decisões, proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em mandados de segurança, que suspenderam a divulgação da remuneração dos servidores municipais no sítio eletrônico na Internet denominado “De Olho nas Contas”, de domínio da municipalidade. As decisões contestadas foram proferidas com base na ausência de lei municipal disciplinando o assunto. O Município, por seu turno, alegou grave lesão à ordem pública.

Esta Suspensão de Segurança exemplifica uma tendência, apontada em outras decisões do STF,⁶²⁹ mas intensificada sob a presidência do Min. Gilmar Mendes, de analisar o mérito da medida judicial cuja suspensão é requerida. Na SS 3.902-4/SP, o Presidente do STF entendeu ser cabível proferir um juízo mínimo de delibação sobre o mérito da causa, o que, no caso concreto, consistiria em saber se a divulgação da remuneração mensal dos servidores em sítio eletrônico na Internet significa a concretização do princípio da publicidade e o dever de transparência com os gastos públicos, ou então a exposição indevida de um aspecto da vida, ou ainda a violação da garantia da segurança da própria sociedade e do Estado (sociedade, no caso, constituída pelos servidores públicos municipais e por aqueles que dele dependem).

julgado em 17.03.2008, DJe-074 pub.25.04.2008; STF STA 187 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 06.03.2008, DJe-074 pub. 25.04.2008.

⁶²⁷Explicitando essa possibilidade, a anotação feita na ementa da STA 73 AgR / SP: “Não-ocorrência, no caso, de utilização do pedido de suspensão dos efeitos de decisão como recurso, até porque a decisão ora agravada, com fundamento no art. 4º, caput, da Lei 8.437/92, c/c o art. 1º da Lei 9.494/97, apenas suspende a execução do acórdão em apreço, certo que o mérito da ação principal poderá, ao final, ser favorável à agravante e, portanto, transitar em julgado”. STF, STA 73 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2008, DJe-078 pub. 02.05.2008.

⁶²⁸STF. SS 3.902-4/SP. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Decisão monocrática Julgado em 08.07.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SS3902.pdf>. Acesso em 09.07.2009.

⁶²⁹ Por exemplo, na STA 73 AgR, cit., afirmou-se que “a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal permite o proferimento de um juízo mínimo de delibação, no que concerne ao mérito objeto do processo principal, quando da análise do pedido de suspensão de decisão”.

O Min. Presidente considerou que estava presente a lesão à ordem pública, pois, ao fundamento de preservar a intimidade dos servidores, as decisões atacadas impediram “a concretização da política pública de transparência e possibilidade de maior controle social dos gastos públicos”.

As decisões atacadas poderiam provocar riscos de confusão e indeterminação na divulgação das informações, já que alguns servidores seriam excluídos do portal de transparência. Segundo Mendes, apoiando-se em Raffaele de Giorgi,⁶³⁰ “uma característica marcante da sociedade moderna está relacionada à sua paradoxal capacidade tanto de controlar, quanto de produzir indeterminações”, e, portanto, “o dever de transparência com os gastos e atos estatais deve se pautar pela maior exatidão e esclarecimento possíveis”.

6.2.5

Judicialização dos riscos, questões de fato e consequencialismo

Os casos analisados neste capítulo demonstram que o STF tende a expandir sua atuação sobre as decisões de risco na sociedade, reavaliando as decisões do executivo e do legislativo. Mantendo ou não as decisões dos outros poderes estatais, o STF se dispõe a estender sua jurisdição sobre a regulação do risco. Para tanto, o Tribunal vai além da simples confrontação abstrata entre a Constituição e a norma jurídica desafiada, alargando sua cognição sobre questões empíricas e potenciais consequências da decisão.

O fenômeno da judicialização, como será visto em seguida, já é em si problemático quando são levados em conta os princípios democrático e da divisão de poderes. As características da judicialização dos riscos exacerbam esses problemas, e, portanto, merecem especial tratamento teórico.

⁶³⁰DE GIORGI, R. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Tradução Juliana N. Magalhães; Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Fabris, 1998. No caso, o Min. Presidente se referiu especificamente às pp. 191-192 da obra citada.

6.3 Judicialização dos riscos e legitimação

6.3.1 O fenômeno da judicialização da política

Nos países que adotaram alguma forma de jurisdição constitucional, o poder judiciário deixou de ser um mero protagonista no cenário político. O judiciário, desde o final do século XX, deixa de ser o poder nulo ou a boca que pronuncia a vontade da lei, no esquema proposto por Montesquieu,⁶³¹ ou o menos perigoso dos poderes, segundo Hamilton,⁶³² para assumir a posição que Ingeborg Maus caracterizou como o superego de uma sociedade órfã de pai, na qual “os juízes dos tribunais superiores aparecem como *prophets*, como *olympians of the law*”.⁶³³

O progressivo reconhecimento de direitos fundamentais e o detalhamento das constituições que a marca a passagem do Estado liberal para o Estado social, e deste para o Estado de risco, resultou em um aumento da juridicização do espaço político. Quanto mais específicas as normas constitucionais, menores o espaço de ação e a liberdade de conformação dos poderes instituídos no Estado,⁶³⁴ partindo-se obviamente da premissa de uma Constituição normativa que vincula as decisões na comunidade política.

Uma consequência que se pode esperar da juridicização é a judicialização da política. Quando a Constituição política é traduzida na linguagem jurídica, indivíduos, organizações e até órgãos estatais sentem-se legitimados a buscar a satisfação de seus direitos e interesses através dos tribunais quando perdedores na arena política. Se o judiciário toma para si a missão de garantidor dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, observa-se uma expansão da ação judicial sobre o âmbito de atuação dos poderes legislativo e executivo, que tem sido denominada judicialização da política, observada em maior ou menor

⁶³¹MONTESQUIEU. **The spirit of the laws**. Tradução Anne M. Cohler; Basia Carolyn Miller; Harold Samuel Stone. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 163.

⁶³²HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. **The Federalist Papers**. New York: Cosimo, 2006, p. 504.

⁶³³MAUS, I. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução Geraldo de Carvalho; Gercélia B. O. Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17. Grifos não são do original.

⁶³⁴“Constituições podem bloquear a política. Isto está fora de dúvida. Elas até mesmo falhariam em seu objetivo, caso não o fizessem. E, para os direitos fundamentais, isso é evidente”. GRIMM, D. **Constituição e política**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006, p. 125.

intensidade de acordo com o grau de ativismo dos tribunais e juízes.⁶³⁵

Na sociedade de riscos, esse movimento ganha ainda mais impulso, pois os indivíduos deixam de ser representados por classes homogêneas que poderiam canalizar suas reivindicações no plano político. Cresce o poder co-relativo “da vítima, em substituição ao poder social, e do juiz como substituto do político”, desenvolvendo-se a justiça social nos tribunais, e não no terreno da luta de classes.⁶³⁶

A judicialização é um fenômeno sociológico que se manifesta de três formas. Em primeiro lugar, os tribunais demonstram crescente habilidade e disposição de regular o exercício da atividade parlamentar, impondo aos corpos legislativos limites formais e materiais extraídos da Constituição. Conseqüentemente, o judiciário torna-se com frequência o local onde políticas públicas são desenvolvidas. Além disso, os tribunais dispõem-se a regular a própria conduta política, demandando padrões de comportamento aceitável por parte de grupos de interesse, partidos políticos, e ocupantes de cargos públicos, nomeados ou eleitos.⁶³⁷

A judicialização da política pode se apresentar como uma intervenção do judiciário no processo político propriamente dito, como em julgados que limitam o número de vereadores de um município,⁶³⁸ ou fixam regras de fidelidade partidária.⁶³⁹ A judicialização também pode se apresentar como judicialização das

⁶³⁵Sobre a caracterização da judicialização, vide SWEET, A. S. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. New York: Oxford University Press, 2000. SHAPIRO, M. M.; SWEET, A. S. **On law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002. FERREJOHN, J. Judicializing politics, politicizing law. **Law & Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, pp. 41-68, 2002. VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. C.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. CITTADINO, G. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu**, v. 5, n. 9, pp. 105-113, 2004.

⁶³⁶OST, F. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005, p. 322. Segundo Rosanvallon, analisando o contexto norte-americano, “disadvantaged minorities and groups demand public aid as compensation for an injury suffered, and not as deriving from a right to a specific share of the national pie. Traditional social struggle for redistribution thus give way to a new type of conflict based on the interpretation of legal categories: from now on, the issue of social justice in the United States will be played out in the Supreme Court and not on the ground of class struggle”. ROSANVALLON, P. **The new social question: rethinking the welfare state**. Tradução Barbara Harshaw. Princeton: Princeton University Press, 2000, pp. 35–36.

⁶³⁷Conforme FERREJOHN, J., Judicializing politics, politicizing law..., op. cit.

⁶³⁸Vide, por exemplo, o RE 197917, em que o STF firmou o entendimento de que há uma proporcionalidade inerente ao art. 29, IV, “a”, da Constituição, produzindo uma escala do número de vereadores por município, baseada na população. STF. RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06.06.002, DJ 07.05.2004 p. 00008.

⁶³⁹“A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência

políticas públicas, através das quais o judiciário controla as ações e omissões dos poderes executivo e legislativo relacionadas ao desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais.⁶⁴⁰ Note-se, igualmente, que o fenômeno da judicialização não se restringe ao âmbito dos poderes estatais, “alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como natureza estritamente privada”.⁶⁴¹

Tanto na judicialização da política propriamente dita quanto na judicialização das políticas públicas, o judiciário desenvolve um discurso sobre o que seria a adequada compreensão das normas constitucionais, a ser recepcionada por legisladores e administradores.⁶⁴² A judicialização compreende o processo pelo qual o discurso jurídico penetra e é absorvido pelo discurso político. Em decorrência, parte do debate político sobre novas legislações se ocupa em antecipar a resposta das instituições legais.⁶⁴³ Por outro lado, a judicialização da política é apenas uma das faces da moeda, já que com ela normalmente surge a politização da justiça. Esta última se manifesta tanto quando partidos de oposição buscam se apoiar nos tribunais, tentando ganhar o que eles normalmente iriam perder no processo político ordinário, como na indicação direcionada de juízes de cortes supremas e tribunais constitucionais, com a finalidade de garantir que o judiciário vá se alinhar com uma corrente política específica, ou ainda com a alteração da composição dos tribunais e a modificação de ritos procedimentais.⁶⁴⁴

do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo”. STF. MS 26602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04.10.2007, DJe-197 pub. 17.10.2008.

⁶⁴⁰Conferir, dentre outras obras, FREIRE JÚNIOR, A. B. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. MAURICIO JR., A. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

⁶⁴¹VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. C.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil...**, op. cit., p. 149.

⁶⁴²De acordo com Sweet, a judicialização significaria “(a) the production, by constitutional judges, of a formal normative discourse that serves to clarify, on an ongoing basis, the constitutional rules governing the exercise of legislative power, and (b) the reception of these rules, and the terms of this discourse, by legislators”. SWEET, A. S., **Governing with judges...**, op. cit., p. 195.

⁶⁴³Segundo SHAPIRO, M. M.; SWEET, A. S., **On law, politics, and judicialization...**, op. cit., pp. 187–188.

⁶⁴⁴Vide SHAPIRO, M. M.; SWEET, A. S., **On law, politics, and judicialization...**, op. cit. SWEET, A. S., **Governing with judges...**, op. cit. Conforme Ferejohn, “when courts can make politically consequential and more-or-less final decisions, anyone with an interest in those decisions has reason to try to frame those interests in the form of persuasive legal arguments. And those interested in judicial decisions have reason to seek to influence and, if possible, to control appointments to the courts and other legal institutions. In this sense, 'judicialization' of politics tends to produce the politicization of courts. As a result, judicial decision-making tends to become politics carried on by other means”. FERREJOHN, J., *Judicializing politics, politicizing law...*, op.

É importante observar que a judicialização da política, em sentido amplo, compreende dois fenômenos correlacionados que, porém, apresentam distinções importantes.⁶⁴⁵ A judicialização propriamente dita corresponde à transferência, para o campo do direito e dos tribunais, de debates que primordialmente se desenvolveriam na arena política. Este é um fenômeno que se origina na sociedade e não é controlável – pelo menos não facilmente – pelos tribunais, até porque estes são limitados, por um lado, pelo princípio da inércia, e, por outro lado, pela inafastabilidade da jurisdição. Associado a esse fenômeno, pode surgir outro movimento, que é o ativismo judicial. Neste caso, o judiciário, quando provocado pelos mais diversos atores sociais, apresenta uma firme disposição de rever as decisões dos demais poderes, seja para modificá-las ou mantê-las, mas sempre com a postura de exercer o poder de revisão, de dar a última palavra.⁶⁴⁶ A judicialização não provoca necessariamente o ativismo judicial, mas dá-lhe o combustível necessário. O ativismo judicial, por sua vez, pode incentivar a judicialização, criando um movimento espiral expansivo.

No Brasil, a judicialização da política cresceu de forma significativa a partir da promulgação da Constituição de 1988 em razão de uma extensa declaração de direitos fundamentais, associada à ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, tanto em relação aos instrumentos processuais disponíveis para o questionamento de leis e atos normativos quanto pela inclusão de novos legitimados ativos. Este conjunto de fatores seria responsável por induzir o STF a migrar da “posição de coadjuvante da produção legislativa do poder soberano, de acordo com os cânones clássicos do republicanismo jacobino, para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa

cit. Chemerinsky, em recente obra, analisa o avanço conservador sobre a Suprema Corte norte-americana durante o governo de G. W. Bush, especialmente em relação ao processo de indicação de Harriet Myers, John G. Roberts Jr. e Samuel Alito. CHEMERINSKY, E. **The conservative assault on the constitution**. New York: Simon and Schuster, 2010, pp. 26–28.

⁶⁴⁵No mesmo sentido, vide GRUPO INTERINSTITUCIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL; VIEIRA, J. R. O Supremo Tribunal Federal em tempos de mudança - parâmetros explicativos. In: MACHADO, F.; CATTONI, M. (Orgs.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Forum, 2011, pp. 179-214, especialmente pp. 181-182.

⁶⁴⁶Sobre a relação entre ativismo e judicialização, Gisele Cittadino explica que: “na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como ‘judicialização da política’”. CITTADINO, G., Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia..., op. cit.

humana”.⁶⁴⁷

Em mais de uma oportunidade, o STF afirmou estar “consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional” como “Guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte”, da qual não poderia renunciar sob pena de comprometer seriamente “a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República”.⁶⁴⁸ Afastando-se das limitações de um simples “legislador negativo”, o STF controla tanto as ações quanto a inércia dos outros poderes.⁶⁴⁹ Quando entende cabível, altera ou expande as regulações postas ao seu crivo, adotando sentenças de caráter aditivo, como no MI 670 (greve dos servidores públicos)⁶⁵⁰ ou na Pet 3388 (caso Raposa Serra do Sol).⁶⁵¹

A análise da jurisprudência do STF efetuada na primeira parte deste capítulo demonstra que o Tribunal mantém a disposição de rever as decisões de risco efetuadas no âmbito dos poderes legislativo e executivo. Mesmo quando o STF mantém integralmente uma norma – como no caso da *ADI da Biossegurança* (ADI 3510) – não se afasta a hipótese de que, se assim entendesse, poderia recusar, modificar ou ampliar a regulação da matéria posta sob sua análise, como

⁶⁴⁷Conforme VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. C.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil...**, op. cit., pp. 48–53.

⁶⁴⁸STF. ADI 2010 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30.09.1999, DJ 12.04.2002 p. 00051. Vide, também, STF. AI 604041 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03.08.2007, DJe-092 pub. 31.08.2007. STF. RE 564354, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08.09.2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-030 pub. 15.02.2011

⁶⁴⁹Sobre este tópico, conferir MAURICIO JR., A. *Judicialização da política e a crise do direito constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental*. **Revista de Direito do Estado**, n. 10, pp. 125-142, 2008.

⁶⁵⁰Ao julgar os mandados de injunção n.ºs. 670, 708 e 712, o plenário do STF alterou seu posicionamento para não somente declarar (por unanimidade) a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público, mas também (por maioria) aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei n.º 7.783/1989). Prevaleceu, no julgamento, o voto do Min. Gilmar Mendes, onde se sustenta que o STF “passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário”. Para sanar o impasse, segundo o relator, o Tribunal deveria adotar “uma moderada sentença de perfil aditivo [...] em geral aceita [as sentenças aditivas] quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora ‘solução constitucionalmente obrigatória’”. STF. MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25.10.2007, DJe-206 pub. 21.10.2008.

⁶⁵¹STF. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJe-181pub. 25.09.2009. Sobre o caso Raposa Serra do Sol, vide OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA. *A prática institucional e a representação argumentativa no caso Raposa Serra do Sol* (segunda parte). **Revista Forense**, v. 409, pp. 231-269, 2010.

o fez na ADI 3937 (amianto).

O aumento do intervencionismo judicial na política (e nas políticas públicas) demanda respostas à teoria constitucional, pois tal movimento não pode ser justificado apenas por argumentos empíricos, históricos ou pragmáticos. Muitas vezes os autores que defendem uma intervenção do Judiciário nas questões políticas têm em vista um determinado resultado – como a promoção de certos direitos sociais ou a moralidade na política – mas se esquecem de que a intromissão judicial nem sempre promove esses fins.⁶⁵²

Quando vista pela ótica da distribuição de direitos, a judicialização da vida política e social enfrenta dificuldades relativas ao princípio democrático e ao princípio da divisão dos poderes. A visão do Estado de direito como um estado que distribui riscos tende a ampliar essa dificuldade, pois as decisões judiciais não mais se baseiam simplesmente em aplicar decisões pretéritas dos legisladores e constituintes aos fatos da causa. Quando está em jogo a distribuição de riscos, os julgadores são obrigados a olhar os fatos não somente sob uma ótica retrospectiva, mas também prospectiva, voltada para o futuro e para as possíveis consequências da decisão. Os problemas surgem na questão da legitimação, pois se enfraquece a tese de que os juízes estão apenas interpretando a lei ou a constituição. Como sustentar a simples aplicação do direito escrito – ou mesmo dos princípios fundamentais do direito – quando não há certeza ou possibilidade de determinação científica dos eventos futuros?

6.3.2

A tensão entre judicialização, divisão de poderes e democracia

Em um sistema constitucional, a judicialização da política mantém constante tensão com o princípio da divisão dos poderes e o princípio democrático.

O princípio da divisão dos poderes, enunciado no art. 2º da Constituição brasileira, impõe que executivo, legislativo e judiciário sejam independentes e harmônicos entre si. Este princípio pode ser compreendido tanto através de uma dimensão negativa, extraída da clássica concepção de garantia da liberdade dos cidadãos, quanto de uma dimensão positiva, alinhada com a distribuição ordenada

⁶⁵²Conforme sustentamos em MAURICIO JR., A., *Judicialização da política e a crise do direito constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental...*, op. cit.

e adequada de competência entre órgãos estatais.

Na dimensão negativa, a divisão de poderes serve como instrumento para prevenir a expansão totalitária de um dos poderes estatais,⁶⁵³ evitando a concentração de poder ou um excessivo dirigismo centralizado.⁶⁵⁴ Ligada à própria ideia de constitucionalismo como limitação do poder soberano, a dimensão negativa reflete o pensamento de Locke e Montesquieu, objetivando garantir a liberdade política dos indivíduos.⁶⁵⁵

A dimensão positiva da separação dos poderes, por sua vez, tem por objetivo garantir a adequada ordenação das funções do Estado, intervindo como “esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania”.⁶⁵⁶ A preocupação com a dimensão positiva da divisão dos poderes não é propriamente o controle do poder, mas a atribuição de funções específicas aos órgãos estatais, que devem ter sua estrutura e seu procedimento de atuação conformados de acordo com as tarefas a serem desempenhadas.⁶⁵⁷

De todo modo, em uma constituição concreta, o princípio da divisão dos poderes funciona como um princípio organizatório estrutural do poder político, não se tratando de um dogma intertemporal ou esquema constitucional rígido ligado a uma teoria específica, mas um princípio histórico que se articula com as demais normas constitucionais.⁶⁵⁸

A partir destas premissas, não é difícil vislumbrar-se a dificuldade que o princípio da divisão dos poderes oferece à judicialização da política, especialmente à judicialização das políticas públicas ligadas ao gerenciamento dos riscos na sociedade. A divisão dos poderes opõe-se a um ativismo judicial em políticas públicas em pelo menos dois aspectos. Em primeiro lugar, a Constituição não confere ao judiciário competências expressas para atuar na elaboração ou no desenvolvimento de políticas públicas. Em segundo lugar, questiona-se se o

⁶⁵³ZIPPELIUS, R. **Teoria geral do estado**. Tradução Karin P. Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 383.

⁶⁵⁴CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 250. ZIPPELIUS, R., **Teoria geral do estado...**, op. cit., p. 401.

⁶⁵⁵FIORAVANTI, M. **Costituzione**. Bologna: Mulino, 1999. LOCKE, J. **The second treatise on civil government**. New York: Prometheus Books, 1986. MONTESQUIEU, **The spirit of the laws...**, op. cit.

⁶⁵⁶CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., p. 250.

⁶⁵⁷ZIPPELIUS, R., **Teoria geral do estado...**, op. cit., p. 411.

⁶⁵⁸CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 549–551.

judiciário é o órgão mais adequado – ou minimamente adequado – para tomar decisões sobre a distribuição de riscos na sociedade, levando em conta sua composição e a natureza dos procedimentos judiciais, confrontados com a necessidade de conhecimentos técnicos que envolvem decisões dessa natureza.⁶⁵⁹

Mas não é somente o princípio da divisão dos poderes que cria atritos com a judicialização. A intervenção do judiciário nas políticas públicas também enfrenta tensões com o princípio democrático, pelo qual as decisões de interesses da coletividade devem refletir o autogoverno do povo, através de seus representantes ou diretamente. Como já foi abordado neste trabalho, observa-se no Estado de risco uma transferência de relevantes poderes decisórios a corpos burocráticos, nos quais pode se incluir o judiciário, criando uma curva descendente de legitimação democrática na regulação do risco.⁶⁶⁰

O princípio democrático se concretiza na Constituição através da institucionalização de representantes do povo para o exercício do poder do Estado, bem como mediante a adoção de procedimentos para a eleição e tomada de decisões relativas a esses representantes, ou ainda na participação direta dos cidadãos. Estes procedimentos se regem basicamente pelo princípio majoritário,⁶⁶¹ que pode ser justificado em termos pragmáticos,⁶⁶² mas também nos princípios fundamentais da liberdade democrática de participação e autodeterminação, e da igualdade democrática.⁶⁶³ Também por este ponto de vista a judicialização se choca com o princípio democrático. Como os poderes legislativo e executivo representam a maioria do povo através de eleições, a intervenção do judiciário nas decisões desses poderes assume um perfil contra majoritário e potencialmente antidemocrático.⁶⁶⁴

⁶⁵⁹Desenvolvemos este argumento previamente em MAURICIO JR., A., **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...**, op. cit., pp. 154–157.

⁶⁶⁰Vide capítulo 4.

⁶⁶¹MAURICIO JR., A., **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...**, op. cit., p. 185.

⁶⁶²O princípio majoritário pode se justificar com argumentos pragmáticos, no sentido de que por outra forma não se chegaria a qualquer decisão, ou, de acordo com James Buchanan e Gordon Tullock, embora a regra da unanimidade ou do consenso pudesse produzir melhores decisões coletivas, o peso dos custos envolvidos em alcançar decisões unânimes ditam um certo afastamento dessa regra ideal. BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2001, p. 96.

⁶⁶³BÖCKENFÖRDE, E. W. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, pp. 92–93.

⁶⁶⁴Neste sentido, a crítica de Bickel a uma concepção ativista de jurisdição constitucional. Para Bickel, a principal dificuldade da jurisdição constitucional é que ela funciona como uma força contra-majoritária no sistema (*a counter-majoritarian force*), constituindo-se no controle de uma

6.4

Última palavra sobre o direito ou última palavra sobre os fatos?

Aos problemas colocados pelo princípio da divisão de poderes e pelo princípio democrático, contra-argumenta-se com a regra geral de competência formulada no art. 5º, XXXV, da Constituição, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se o judiciário, desde que devidamente provocado, pode intervir para e impedir uma lesão a um direito ou promover sua reparação, é de se supor que possui, mesmo que implicitamente, os poderes para cumprir essa função.⁶⁶⁵ Esta regra, associada ao princípio da supremacia da norma constitucional, seria a base jurídica para que o judiciário assumisse a função de guardião da Constituição, o “monopólio da última palavra”.

De Hamilton⁶⁶⁶ a Marshall,⁶⁶⁷ a lógica desse argumento sustenta que a Constituição é uma norma jurídica, cuja palavra final sobre a sua interpretação está na competência dos tribunais. Quando uma lei ou ato normativo infraconstitucional vai de encontro à Constituição, esse ato é nulo. O judiciário, portanto, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, não invade a competência do legislador, mas apenas segue sua função de interpretar as leis.

maioria eleita por uma minoria não representativa. Ela também tende a enfraquecer seriamente o processo democrático ao longo do tempo, expressando uma desconfiança (*distrust*) quanto ao legislativo. BICKEL, A. M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1962.

⁶⁶⁵Conforme, MAURICIO JR., A., **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...**, op. cit., p. 155.

⁶⁶⁶Para Hamilton, no Federalista nº 78, permitir ao poder judiciário declarar nulos os atos legislativos contrários à Constituição não significava uma superioridade daquele poder em relação a este último. Nenhum ato legislativo contrário à Constituição poderia ser considerado válido, pois afirmar o contrário seria o mesmo que dizer que os representantes do povo são superiores ao próprio povo. Não poderia se supor que a Constituição pretendesse permitir aos representantes do povo substituir a vontade dos constituintes pela sua própria, concluindo Hamilton que seria mais racional supor que o judiciário foi projetado para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo manter este último nos limites assinalados pela Constituição. A interpretação da Constituição, vista com uma lei fundamental, seria um campo próprio dos tribunais, não significando isto uma superioridade do judiciário frente ao legislativo, mas apenas a superioridade do poder do povo sobre ambos. HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J., **The Federalist Papers...**, op. cit., pp. 502–511.

⁶⁶⁷“If courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”. Note-se, entretanto, que Marshall procura negar o caráter político do judicial review: “The province of the Court is solely to decide on the rights of individuals, not to inquire how the Executive or Executive officers perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court.”. EUA. The United States Supreme Court. 5 U.S. 137 (1803). Disponível em http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1803/1803_0. Acesso em 10.05.2009.

Como já foi observado,⁶⁶⁸ não se pode esquecer que a lógica de Marshall supõe uma mecânica aplicação da Constituição, baseada na teoria da divisão dos poderes. Supõe-se que a Constituição é uma lei como as demais, e que de seu texto pode ser extraída a vontade que o povo não quis ver modificada pelo legislador. Mas até que ponto termina a vontade expressa no texto constitucional e se inicia a vontade do intérprete? Essa forma de legitimação “cai por terra se se considera que o ato jurisdicional não é somente um ato cognitivo, mas também um ato volitivo, através do qual a autoridade judicial cria direito novo”.⁶⁶⁹

O modelo kelseniano de jurisdição constitucional tenta atenuar esse problema ao colocar o controle de constitucionalidade fora das instituições judiciais ordinárias. Ao invés de um controle de constitucionalidade de leis exercidos por todos os juízes, como no modelo norte-americano, Kelsen propôs a criação de um tribunal constitucional. Havendo questionamento sobre a constitucionalidade de um ato normativo, a questão seria remetida ao tribunal constitucional, que teria o poder de anular o referido ato. O sistema de controle de constitucionalidade, no modelo kelseniano, se configura como uma função constitucional não propriamente judicial, mas de legislação negativa, abrogatória.⁶⁷⁰

Afastando a jurisdição constitucional de casos concretos e supostos de fatos, Kelsen pretendia com seu sistema evitar um governo de juízes,⁶⁷¹ ao mesmo tempo em que procurava evitar conflitos com o princípio da divisão de poderes. A anulação da lei efetuada pelo tribunal constitucional seria produzida “essencialmente como aplicação das normas da Constituição”, ausente nesta

⁶⁶⁸MAURICIO JR., A., *A revisão judicial das escolhas orçamentárias...*, op. cit., p. 191.

⁶⁶⁹SOUZA NETO, C. P. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6.

⁶⁷⁰KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. Tradução Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 301–319.

⁶⁷¹Neste sentido, segundo Garcia de Enterría, “proibindo aos juízes que inapliquem as Leis, o sistema [de Kelsen] pretende reforçar os mecanismos de submissão da jurisdição à legislação e de primazia parlamentar em um momento em que os juízes tendem a valorar negativamente o acesso às Câmaras de novas forças sociais e políticas capazes de alterar os valores tradicionais; outorgando ao Tribunal Constitucional a faculdade de declarar, ex nunc e erga omnes, inconstitucional uma Lei, assegura a primazia da Constituição sobre o Parlamento, mas ao vedar cuidadosamente a esse Tribunal exercer um juízo sobre supostos de fato e casos concretos e limitando sua atuação à descrita função abstrata de definir a compatibilidade lógica entre duas normas igualmente abstratas, evita que o Tribunal entre em apreciações de fatos e interesses da decisão de casos concretos, e que nessas apreciações e valorações possa exercer um juízo das Leis sobre o terreno da oportunidade, substituindo com o seu juízo o juízo político que só ao Parlamento pertence”. ENTERRÍA, E. G. DE. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 2001, pp. 57–58.

atividade, quase completamente, a livre criação que caracteriza a legislação.⁶⁷²

É fácil constatar, pela análise dos casos efetuada na primeira parte deste capítulo, que o modelo de Kelsen também não consegue resolver, isoladamente, o problema da legitimação da judicialização dos riscos na sociedade. Por mais que o STF afirme que o controle concentrado de constitucionalidade tem natureza de processo objetivo, não se prestando a discutir fatos,⁶⁷³ a resolução de diversas ações diretas precisou se basear em razões que extrapolam argumentos baseados em simples interpretação do texto constitucional.

Por exemplo, na *ADI dos créditos extraordinários* (ADI 4048), o STF precisou estabelecer um juízo sobre o fato de a gripe aviária ser “uma calamidade configurada” ou “uma situação de risco previamente conhecida”. Na ADI 3937, a discussão girou em torno da existência ou não níveis seguros para a utilização do amianto crisotila, sendo fundamental para a negativa de suspensão liminar da lei paulista o fato de que os danos relacionados à utilização do crisotila, para o STF, já se encontravam comprovados, segundo vasta literatura científica. Já na *ADI da Biossegurança* (ADI 3510), debateu-se o Tribunal sobre o fato de o embrião congelado, resultado da concepção *in vitro*, ser ou não o começo da vida humana protegida constitucionalmente. Na ADI 3510, como foi salientado, o próprio relator reconheceu que o tema central da ação era “salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal”, logicamente extrapolando o campo da ciência jurídica. Não se quer dizer que nesses exemplos o STF tenha analisado, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, um caso concreto específico, mas certamente os fatos – e não somente a contraposição da lei com a norma constitucional – tiveram peso decisivo na fundamentação das decisões. Na judicialização dos riscos, o controle concentrado de constitucionalidade passa a ter sua natureza abstrata relativizada.

No controle difuso de constitucionalidade, por seu turno, a análise de um

⁶⁷²Para Kelsen, “enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne ao seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição”. KELSEN, H., **Jurisdição constitucional**..., op. cit., p. 153.

⁶⁷³Vide, por exemplo, a manifestação do STF na ADI 4356: “entende-se que o exame pressupõe a realização de análise casuística, incompatível com a natureza do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Fundamento que não merece ser apreciado em sede de controle concentrado, o qual não se presta a discutir fatos e casos concretos, reservados que são ao controle incidental”. STF. ADI 4356, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09.02.2011, DJe-088 pub. 12.05.2011.

caso concreto faz parte da essência da argumentação judicial. Porém, mesmo nestes casos, a jurisprudência do STF afasta-se das questões de fato no âmbito do recurso extraordinário, repelindo o reexame de provas.⁶⁷⁴ Todavia, quando se trata de revisão de regulações do risco, essa postura pode se alterar, como ocorreu no RE 586224.⁶⁷⁵

A preocupação com os fatos na jurisdição constitucional em ações ligadas à regulação dos riscos na sociedade não é mera coincidência. Como assinalou Danielle Pinard, o risco pode ser utilizado para a análise da interação entre questões de fato e de direito nos questionamentos constitucionais sobre a violação de direitos e liberdades. Da própria concepção de risco extrai-se um elemento normativo (a indesejabilidade do resultado adverso a um valor protegido na Constituição) e um elemento factual, este último referente à incerteza de sua ocorrência. A dificuldade das questões de fato na jurisdição constitucional de temas ligados aos riscos é que a natureza dos limites impostos aos direitos é colocada sob a forma de análise empírica de dados, criando uma falsa impressão de neutralidade. O que se observa, em muitos casos, é a tentativa dos juízes em legitimar seus votos com base em justificações objetivas, mesmo que para isso tenham de recorrer a improvisos para preencher as lacunas que são próprias de um contexto de risco e incertezas.⁶⁷⁶ Esta dificuldade pode ser notada na *ADI da Biossegurança*, quando o relator, embora reconheça que a questão de fato

⁶⁷⁴STF. Súmula 279. DJ 17.12.1963: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

⁶⁷⁵Neste recurso, que teve repercussão geral reconhecida pelo STF e ainda aguarda julgamento, discute-se a constitucionalidade de lei do município de Paulínea/SP, que proibiu o emprego do fogo para fins de limpeza e preparo do solo, inclusive em relação ao plantio e antecedente à colheita de cana-de-açúcar. O Min. Fux, relator, em despacho de 02.09.2011, determinou “sejam oficiados os seguintes órgãos e entidades, para que emitam parecer, por escrito, no prazo comum de 20 (vinte) dias, esclarecendo quais prejuízos sociais, ambientais e econômicos podem advir da proibição do método da queimada ou da sua manutenção: Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA); Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA); Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente (Abema); Agência Nacional de Águas (ANA), a fim de relatar os impactos das queimadas nos recursos hídricos da região; Ministério do Meio Ambiente; Associação Nacional de Órgãos Municipais de Meio Ambiente (ANAMMA); Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA); Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama); Confederação Nacional dos Trabalhadores”. STF. RE 586224 Repercussão Geral, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 11.12.2008, DJe-025 pub. 06.02.2009. Com a aposentadoria do Min. Eros Grau, o Min. Luiz Fux assumiu a relatoria. Acompanhamento processual disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2616565>. Acesso em 07.09.2011.

⁶⁷⁶PINARD, D. Evidentiary principles with respect to judicial review of constitutionality: a risk management perspective. In: LAW COMMISSION OF CANADA (Org.). **Law and risk**. Vancouver: UBC Press, 2005, pp. 121-155.

subjacente à análise de constitucionalidade envolve “domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar”, acaba optando por um lados.

No Estado de risco, o exercício de juízo de valor sobre as questões empíricas na jurisdição constitucional coloca um grande poder nas mãos dos tribunais e juízes, extrapolando a mera aplicação da Constituição proposta por Kelsen. Conforme Pinard, a regulação legislativa promove uma distribuição dos riscos na sociedade, e a revisão judicial daquela regulação reformula essa distribuição. Por isso, “o manejo dos fatos pelos juízes talvez tenha se tornado sua verdadeira posição de poder nas questões constitucionais”.⁶⁷⁷

6.5 A judicialização consequencialista

Um caso especial das questões de fato na jurisdição constitucional se apresenta nas chamadas decisões judiciais consequencialistas, ou seja, as decisões que se justificam levando em conta suas próprias consequências – e não somente argumentos jurídicos. Na decisão consequencialista, os tribunais não fazem um juízo sobre a interpretação de normas ou mesmo de fatos da causa, mas uma prognose sobre a probabilidade de um evento incerto que pode afetar os bens jurídicos em discussão.⁶⁷⁸ O consequencialismo transforma a judicialização dos riscos em judicialização de risco.

Típicos casos de decisões consequencialistas são as modulações de efeitos e as suspensões de segurança e tutela antecipada. Por exemplo, na ADI 3430, a preocupação do Tribunal é que a eficácia imediata da decisão provoque um prejuízo à ordem jurídica maior do que a manutenção do ato considerado inconstitucional.⁶⁷⁹ Em certos termos, um paradoxo, considerando que o sistema jurídico passa a admitir a existência, validade e eficácia, mesmo que temporária, de uma norma contrária à Constituição. Na “modulação invertida”, como visto na

⁶⁷⁷PINARD, D., Evidentiary principles with respect to judicial review of constitutionality..., op. cit.

⁶⁷⁸MACCORMICK, N. **Rhetoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 101.

⁶⁷⁹Coma mesma fundamentação consequencialista, o RE 442683: “Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito ex nunc para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos”. STF RE 442683, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 24.03.2006 p. 00055

análise da ADI 3756, o consequencialismo induz à manutenção de um ato concreto contrário a uma lei que o próprio Tribunal considerou constitucional. A questão da legitimidade democrática na modulação temporal das decisões do STF já é, em si, complicada. No caso da modulação invertida, o problema é ainda mais intrincado, pois o Tribunal chama para si a competência de estabelecer exceções a leis constitucionais.⁶⁸⁰

Também são tipicamente consequencialistas as suspensões de segurança e suspensões de tutela antecipada. Estas não têm por objeto – ou podem não ter por objeto – atacar erro de julgamento propriamente jurídico na decisão que se pretende suspender. Estes instrumentos processuais podem se embasar em elementos extrajurídicos ou metajurídicos: a decisão pode estar de acordo com as normas constitucionais e legais aplicáveis ao caso, porém é potencialmente capaz de provocar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. São típicos instrumentos de controle de risco nas decisões judiciais porque não somente tratam de questões geralmente identificadas como riscos na sociedade contemporânea – ordem, saúde, segurança e economia públicas – como também trabalham com a ideia de probabilidade, de incerteza e de contingência: a “grave lesão” é apenas uma possibilidade da decisão, mas não uma certeza. Esta natureza específica dos instrumentos de suspensão de decisões judiciais é exemplificada no julgamento do Agravo Regimental na SS 2273, exposta na primeira parte deste capítulo.

As suspensões de segurança e suspensões de tutela antecipada atuam nesses casos como uma espécie de bloqueador de decisões que, apesar de juridicamente corretas, oferecem risco à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Não há como se falar, nessas hipóteses, sequer em um “desenvolvimento do direito para além do plano da lei”, nos limites proposto por Larenz, haja vista que a decisão “já não pode ser fundamentada somente em considerações jurídicas”.⁶⁸¹

O consequencialismo funciona em oposição ao raciocínio do *fiat iustitia, et pereat mundus*, e, em diversas gradações, estará sempre presente na judicialização das questões ligadas à regulação dos riscos na sociedade, transferindo o foco do risco do objeto da regulação (decisão de risco anterior) para a própria decisão

⁶⁸⁰Conforme MAURICIO JR., A., **Modulação Invertida...**, op. cit.

⁶⁸¹LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 588–610.

judicial (decisão de risco posterior).⁶⁸² Na na *ADPF dos pneus usados* (ADPF 101), por exemplo, a manutenção de decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados poderia levar à condenação do Brasil perante à OMC. Se isto ocorresse, o Brasil poderia ser obrigado a suportar o passivo de pneus usados da Europa, na ordem de 2 a 3 bilhões de unidades, segundo a decisão.

Se por um lado decisões puramente consequencialistas não são admissíveis, afastá-las completamente da argumentação jurídica não parece aceitável, conforme aponta MacCormick. Um caminho do meio se apresenta recomendável, porém não isento de dificuldades. As decisões consequencialistas tornam-se problemáticas, em primeiro lugar, pelo recurso a justificações extrajurídicas, e, além disto, por estarem baseadas em uma cadeia de eventos futuros e incertos sobre os quais os tribunais podem apenas estimar. Quanto mais incerta e quanto mais projetada no futuro colocar-se a consequência exposta na decisão, maior será a dificuldade para justificá-la racionalmente.⁶⁸³

Segundo Luhmann, a injunção de neutralidade da decisão é violada quando esta se justifica pelas consequências presumíveis, e, embora a decisão ainda possa se apresentar como válida, ela cai em um paradoxo. Isto porque, de um lado, as futuras consequências podem ser plausíveis, provendo justificação para decisão, porém, de outro lado, ao clamar pela sua validade, a decisão uma vez tomada torna irrelevante o fato de as consequências efetivamente se realizarem ou não. O direito, assim, fica sobretaxado ao tentar trazer o futuro para o presente em uma roupagem jurídica, buscando formas que mesmo assim se mantenha justiciáveis em algum grau.⁶⁸⁴ Ao trazer as consequências para a argumentação jurídica, os juízes assumem nítida atitude prospectiva, normalmente trabalhada no campo político, colocando em suas decisões contingências que sobrecarregam o sistema social do direito. Como assinalou De Giorgi:⁶⁸⁵

⁶⁸²Afinal, como insiste De Giorgi, “nel generale contesto di una insicurezza rispetto al futuro e di un danno possibile, si potrebbe parlare di rischio quando un qualche danno venga imputato ad una decisione, cioè quando questo danno debba essere trattato come conseguenza di una decisione (o da colui che decide o da altri)”. DE GIORGI, R. **Decisione razionale e azione sociale**. Disponível em: <<http://cc.fondazioneancarolo.it/fsc/Viewer?cmd=attivatdettaglio&id=60>>. Acesso em: 21 out. 2009. .

⁶⁸³Neste sentido, MACCORMICK, N., **Rhetoric and the rule of law...**, op. cit., p. 102.

⁶⁸⁴LUHMANN, N. **Risk: a sociological theory**. New Brunswick: Aldine Transaction, 2006, pp. 59–62.

⁶⁸⁵DE GIORGI, R., **Direito, democracia e risco...**, op. cit., pp. 198–199.

Para afrontar as situações caracterizadas pelo risco, os sistemas sociais singulares são constringidos a reestruturar os dispositivos que possuem, de maneira a sempre poder imputar um dano a uma decisão. É visto que o processo e imputação é sempre uma mera construção, torna-se necessária uma contínua repolitização dos riscos, e, como se sabe, para a política é arriscada tanto a situação em que se decide, como a situação em que não se decide.

Apesar das dificuldades impostas pela análise de consequências na jurisdição constitucional, deve-se também questionar se os tribunais podem simplesmente passar ao largo dos possíveis desdobramentos de suas decisões, especialmente quando a Constituição consagra direitos fundamentais ligados aos riscos. O princípio da precaução, analisado no capítulo anterior, não deixa de ser um argumento normativo consequencialista para a tomada de decisões na jurisdição constitucional.⁶⁸⁶

Segundo De Giorgi salientou no excerto acima transcrito, haverá riscos tanto na decisão quanto na não-decisão. Ignorar completamente as consequências corresponde a afirmar que não merece ser resguardada a possibilidade – futura e incerta – de danos a bens protegidos pela Constituição. Desta forma, a decisão que ignora completamente as consequências também apresenta problemas em sua justificação. O que não pode ocorrer, em termos de argumentação jurídica, é que a consequência seja apresentada conclusivamente, e não argumentativamente, escondendo o verdadeiro debate sobre os valores em jogo na discussão.⁶⁸⁷ Não importando que direção a decisão adote, um dos valores em jogo sofrerá as suas consequências. A consequência desfavorável que se quer evitar é exatamente aquela que poderá atingir o valor constitucional considerado superior no conflito.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶Conforme o voto do Min. Lewandowski na ADI da Biossegurança, supra, “o princípio de precaução impõe uma obrigação de vigilância, tanto para preparar a decisão, quanto para acompanhar suas consequências”.

⁶⁸⁷MACCORMICK, N., *Rhetoric and the rule of law...*, op. cit., pp. 101, 111–112.

⁶⁸⁸Assim, por exemplo, na decisão no ARE 639337, que manteve a determinação imposta à Prefeitura de São Paulo para que matricule crianças menores de cinco anos em creches próximas de onde moram ou trabalham seus pais. Sendo o STF, “a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental”. STF.

Além de serem ligadas a valores, as consequências demandam uma forma específica de justificação. O discurso jurídico precisa justificar-se internamente, para que das premissas colocadas seja extraída a conclusão apontada. As premissas utilizadas no processo de justificação interna do discurso jurídico também precisam ser suportadas, o que se dá através de um processo que se denomina justificação externa.⁶⁸⁹ As consequências assumem no discurso jurídico o papel de premissas empíricas, e, portanto, necessitam justificação externa compatível com a sua natureza, não podendo tomar por base somente opiniões ou preferências.

6.6 A judicialização da técnica

A partir do reconhecimento da importância dos fatos na judicialização das regulações do risco, outro problema é delineado: as limitações dos juízes e tribunais em termos de conhecimento e de procedimento. Tomando por base a dimensão positiva do princípio da divisão dos poderes e a necessidade de adequação funcional dos órgãos estatais, questiona-se se o judiciário é capacitado para rever as decisões sobre a distribuição de riscos na sociedade. Por outro lado, se o judiciário está encarregado de controlar a constitucionalidade dos atos normativos, e a Constituição consagra direitos fundamentais ligados aos riscos tecnológicos, também é problemático delegar essa função a técnicos e cientistas.

O problema da judicialização da técnica foi muito bem ilustrado por Stephen Breyer, juiz da Suprema Corte norte-americana. Questões científicas atualmente permeiam os casos jurídicos, trazendo novas dificuldades. Falta aos juízes treinamento científico que poderia facilitar a compreensão e a avaliação de testemunhas e peritos. Juízes são tipicamente generalistas. Seu objetivo primário é usualmente condicionado pelo processo, buscando uma solução justa em um

ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23.08.2011, DJe-177 pub. 15.09.2011

⁶⁸⁹Conforme ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução Z. H. S. Silva. São Paulo: Landy, 2001, pp. 224–225. As premissas na argumentação jurídica podem ser de diferentes tipos, podendo ser distinguidas: a) regras da lei positiva, b) premissas empíricas, e c) outras premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva. Segundo Alexy, a justificação de uma regra como regra da lei positiva é feita demonstrando-se sua compatibilidade com a ordem jurídica, enquanto as premissas empíricas são justificadas por uma série de procedimentos, tais quais os métodos das ciências empíricas, as máximas de presunção racional e as regras do ônus da prova.

tempo limitado e normalmente focado em um caso particular, baseando-se em provas específicas e individualizadas. Por fim, vem a questão da incerteza e controvérsia entre os próprios cientistas.⁶⁹⁰

A formação profissional dos juízes, em regra, limita-se à ciência jurídica. Os juízes são treinados nos bancos acadêmicos a lidar com as questões técnicas e filosóficas que envolvem a regulação da vida social pelo direito. Quando enfrentam questões relacionadas a outras tecnologias no curso do processo, os juízes recorrem aos peritos – os experts do juízo.

Os peritos, técnicos em suas áreas específicas, atuam como a “interface entre o mundo científico e o mundo da decisão”. Sua função não se basta ao fornecimento de um simples conhecimento, “mas um conhecimento que se destina a esclarecer aqueles que têm a responsabilidade de tomar decisões”, ou seja, “um conhecimento que serve à decisão, embora não constitua a própria decisão”, gerando entre peritos e decisores uma relação de reciprocidade e de diferenciação funcional. A reciprocidade resulta da permuta de legitimidades – a convocação do perito pelo decisor aumenta seu reconhecimento no meio científico ao mesmo tempo em que a legitimidade da decisão se socorre da autoridade científica do perito. A diferenciação funcional, por sua vez, é que permite a permuta de legitimidade, ao mesmo tempo em que a torna frágil por conta da tensão entre peritos e decisores. O perito detém o conhecimento científico, mas sua atividade não corresponde ao desenvolvimento do conhecimento científico em sentido estrito, pois é chamado a formular pronunciamentos a partir dos conhecimentos existentes, tendo em vista a resolução de um caso concreto.⁶⁹¹

Apesar das tensões entre decisores e peritos, a atuação destes últimos servia muito bem à complementação da insuficiência cognoscitiva do judiciário, legitimando suas decisões. Todavia, o conhecimento científico perdeu considerável parte do seu potencial legitimatório. Além das controvérsias que se instalam na própria comunidade científica, os conhecimentos técnicos são questionados por diversas outras formas de conhecimento, cedendo lugar a disputas ideológicas e à erosão da confiança.⁶⁹² Na sociedade de riscos, a

⁶⁹⁰BREYER, S. Introduction. **Reference manual on scientific evidence**. Washington, D.C.: F.J.C., 2000, 2ª ed., pp. 1-8.

⁶⁹¹Conforme JERÓNIMO, H. M. A peritagem científica perante o risco e as incertezas. **Análise Social**, v. XLI, n. 181, pp. 1143-1165, 2006.

⁶⁹²Vide capítulo 4 deste trabalho.

atividade pericial não se encontra imune às pressões políticas e apresenta seus próprios limites epistêmicos.⁶⁹³

Os problemas da complexidade técnica, segundo Esteve Pardo, são especialmente sentidos nos tribunais, que são obrigados a decidir na incerteza. Incerteza que parte do próprio ordenamento jurídico, pois muitos setores são regulados por normas técnicas e esparsas, cuja correta compreensão não dispensa conhecimento profundo da tecnologia regulada, mas que principalmente se manifesta em relação aos fatos da causa.⁶⁹⁴

Esse salto no escuro da incerteza aumenta a tensão entre a ciência tecnológica e o direito.⁶⁹⁵ Muitos espaços relevantes tradicionalmente ocupados pelo direito passam a ser ocupados pela ciência,⁶⁹⁶ mas por outro lado os tribunais também se colocam como árbitros da ciência, como foi visto na *ADI da Biossegurança* e nos casos do amianto no STF. Nesse embate, verifica-se a tendência dos tribunais em controlar o que é e o que não é científico, expressada no voto-vista do Min. Luiz Fux no RE 363889:

Em primeiro lugar, a prova pericial vive hoje, no processo civil, um momento de crítica e de renascimento. O juiz, como se sabe, é titular do que se pode chamar de uma cultura média, porquanto, no que excede o campo do exclusivamente jurídico, seu conhecimento serve-se de noções de fato que estão dentro da experiência comum do lugar e do tempo em que vive. Não é de todo raro, porém, que no desenrolar de um litúgio civil se faça necessário o apelo a conhecimentos técnico-científicos, que apenas um especialista nos domínios particulares do saber humano pode manusear com segurança e habilidade. E é nessas hipóteses que deve ocorrer a cooperação entre o perito – o expert técnico – e o julgador.

Mas essa cooperação não pode ser levada a cabo sem as devidas cautelas. Com efeito, há um grande risco de que o julgador simplesmente se demita da prestação da jurisdição, delegando-a ao expert, sem que tome em consideração a prova técnica produzida em seus devidos termos, isto é, como um componente da instrução processual, e que, para lastrear uma decisão de mérito, deve se submeter,

⁶⁹³JERÓNIMO, H. M., A peritagem científica perante o risco e as incertezas..., op. cit. “Uma coisa é considerar que a peritagem científica é um recurso necessário e relevante quando assuntos complexos têm de ser decididos. Outra completamente diferente é concebê-la como tendo o monopólio da decisão racional e como sendo o meio mais adequado para assegurar que uma dada decisão é legítima e aceitável.”

⁶⁹⁴PARDO, J. E. **Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental**. Barcelona: Ariel, 1999, pp. 25–27.

⁶⁹⁵“ [I] problema della rilevanza dei dati scientifici è cruciale soprattutto nei giudizi di merito, ove la tentazione di delegare alle scienze "certe" ciò che il giudice non ritiene di poter decidere sulla base dei soli strumenti giuridici costituisce ormai un problema di grande rilievo . [...] Tutto ciò si riflette immediatamente sull'esercizio della funzione giurisdizionale, ponendo il giudice in una posizione di "dipendenza necessaria" dai risultati della scienza . BIN, R. La Corte e la scienza. In: D'ALLOIA, A. (Org.). **Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti Del seminario di Parma, 19 marzo 2004**. Torino: Giappichelli, 2006, pp. 1-22.

⁶⁹⁶PARDO, J. E. **El desconcierto del leviatán**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 100.

como qualquer outro material probatório, ao dever de motivação inerente ao sistema do livre convencimento motivado de valoração da prova civil [...]

Foi diante desses riscos, que se concretizam muitas vezes com a utilização, por peritos, de supostas técnicas que sequer gozam de aceitabilidade nos respectivos campos do conhecimento humano (junk science), que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América impôs aos juízes, principalmente a partir do célebre caso *Daubert vs. Merrell*, de 1993, um controle sobre a racionalidade da prova pericial a ser valorada em juízo.[...]

Em razão da *cientização* reflexiva,⁶⁹⁷ aumenta-se a consciência do risco na sociedade, causando um correlato aumento na possibilidade de decisões.⁶⁹⁸ Com esse acréscimo, diversas opções de respaldo técnico às decisões estão disponíveis aos juízes, colocando-os na difícil situação de escolher uma posição científica sem serem cientistas, como ocorreu na ADI 3937 (amianto).

Adiciona-se a essa dificuldade, a qual não se limita à jurisdição constitucional, o fato de a relação entre ciência e judicialização ser indireta, normalmente mediada pela ação do legislador e, com grande frequência no Estado de risco, por corpos burocráticos administrativos. Se estes últimos já enfrentam um frágil equilíbrio na harmonização entre ciência e direito,⁶⁹⁹ juízes e tribunais colocam-se na complicada posição de observadores de segunda e terceira ordem das regulações do risco efetuadas por outros poderes, com a obrigação de revê-las, confirmá-las ou rejeitá-las, assumindo os ônus daí decorrentes.

Nesse “casamento forçado” entre ciência e direito, o judiciário deve decidir sobre a correção das decisões de risco dos agentes regulatórios que pairam na fronteira da ciência, utilizando para essa tarefa procedimentos e *standards* de prova bem diferentes dos que regem a produção científica.⁷⁰⁰ Nisto vê-se uma progressiva limitação temporal e substancial da produção do conhecimento. No campo científico, o conhecimento a princípio é buscado sem limitações temporais ou de conteúdo.⁷⁰¹ No âmbito regulatório, que em geral atua a reboque do desenvolvimento tecnológico, já existe foco específico em determinados produtos ou atividades e a vinculação a procedimentos legislativos e administrativos. Não

⁶⁹⁷BECK, U. **Risk society: towards a new modernity**. London: Sage, 1992, pp. 155–161.

⁶⁹⁸“Nella società moderna la maggiore coscienza del rischio sia correlata all'accrescimento delle possibilità di decisione”. DE GIORGI, R., **Decisione razionale e azione sociale...**, op. cit.

⁶⁹⁹Conforme visto no capítulo 4 deste trabalho.

⁷⁰⁰DAVIS, D. L. The Shotgun wedding of science and law: risk assessment and judicial review. **Columbia Journal of Environmental Law**, v. 10, pp. 67-109, 1985.

⁷⁰¹Isto obviamente não afasta as pressões políticas e econômicas na produção científica, como foi explicado no capítulo 4 deste trabalho.

existe nesse âmbito exigência de definitividade, mas apenas de estabilidade temporária, pois leis e regulamentações podem ser objeto de constante revisão. Mesmo as autorizações, que no paradigma liberal criavam um escudo de definitividade em prol da segurança jurídica, assumem caráter precário, “por força da necessidade de prevenção do risco na medida do tecnicamente possível”.⁷⁰² No fórum judicial, a produção do conhecimento limita-se ao que está nos autos, desenvolvendo-se em um processo que precisa terminar em prazo razoável e, quando findo, reveste-se da autoridade da coisa julgada,⁷⁰³ muito embora esta última possa ser relativizada nos casos envolvendo os riscos, como aconteceu na *ADPF dos pneus usados* (ADPF 101).

Portanto, entre o dever de decidir e as limitações temporais e epistemológicas do procedimento judicial, juízes e tribunais devem observar uma presunção em favor das regulações legislativas e administrativas ao exercer um juízo de revisão das relações causais hipotéticas e prognoses efetuadas nas decisões questionadas.⁷⁰⁴ Esta deferência, segundo Sunstein, justifica-se em parte pela extrema complexidade das questões envolvidas e, também, pela possibilidade de “ossificação” do processo regulatório que pode advir de um ativismo judicial agressivo.⁷⁰⁵

6.7 Democracia e judicialização: reconciliação possível?

Apesar das diversas dificuldades que se apresentam ao equacionamento entre democracia e controle de constitucionalidade, negar completamente este

⁷⁰²GOMES, C. A. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 626–627.

⁷⁰³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º: “LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁷⁰⁴Conforme Roberto Bin, esta presunção é apenas relativa: “È fuori dubbio che viga una sorta di 'presunzione' favorevole alle valutazioni che il legislatore ha compiuto in merito ai presupposti di fatto e alle prognosi: è parte del self restraint che la Corte opera in nome della 'discrezionalità' del legislatore, che si presume sappia quel che fa. Ma è una presunzione 'debole', destinata a cedere ad un'indagine più serrata ogni qual volta gli elementi fattuali e previsionali appaiano prima visu non del tutto immuni da critica e la legge 'si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà'. BIN, R., *La Corte e la scienza...*, op. cit.

⁷⁰⁵Essa “ossificação” seria resultante do grande incentivo ao questionamento judicial de qualquer regulação, em face da prontidão dos tribunais em rever os parâmetros regulatórios. SUNSTEIN, C. R. **Risk and reason**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 225.

último não parece ser uma hipótese viável para a teoria constitucional, pelo menos enquanto esta teorização quiser manter um potencial descritivo. Os textos e práticas constitucionais em muitos países que adotam um regime democrático atualmente consagram uma forma ou outra de controle de constitucionalidade. Esse é um dos paradoxos do constitucionalismo, que, ao mesmo tempo em que reconhece o poder soberano do povo, limita e restringe o exercício desse poder através de diversas formas institucionais.⁷⁰⁶

O constitucionalismo no Brasil não escapa a esse paradoxo. Pode-se até dizer que no Brasil ele é até mais intenso, pois, ao se preocupar em intensificar o acesso à justiça, o constituinte brasileiro criou um amplo sistema de controle de constitucionalidade, somando modelos concretos e abstratos, difusos e diretos, dentro do sistema judicial. O controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, além de ter sido expressamente reconhecido na Constituição de 1988, foi seguidamente reafirmado e ampliado por emendas constitucionais.⁷⁰⁷ Ao regular esse poder, o legislador democrático foi ainda mais longe e criou mecanismos como a modulação de efeitos, aumentando ainda mais a competência do judiciário.

Não causa surpresa que tantas páginas da literatura político-constitucional tenham sido dedicadas a esse paradoxo, surgindo daí teorias de viés procedimental, como a de John H. Ely⁷⁰⁸ e a de Jürgen Habermas,⁷⁰⁹ como também teorias que procuram justificar a jurisdição constitucional como um mecanismo de garantir o próprio desenvolvimento do princípio da soberania

⁷⁰⁶ LOUGHLIN, M.; WALKER, N. Introduction. In: LOUGHLIN, M.; WALKER, N. (Orgs.). **The paradox of constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 1-7.

⁷⁰⁷ Vide a EC nº 03/1993, que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, e a EC nº 45/2004, que deu competência ao STF para editar súmulas vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁷⁰⁸ ELY, J. H. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. John H. Ely parte da premissa de que os juízes, quando aplicam a Constituição, não estão simplesmente aplicando a vontade do povo para defender um modelo puramente procedimental, no qual o controle de constitucionalidade deveria estabelecer e manter as condições procedimentais necessárias para que o processo legislativo seja aberto e justo a todos os participantes da comunidade política.

⁷⁰⁹ Para Habermas, “o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas questionadas principalmente em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo. Tal compreensão procedimentalista da constituição coloca o problema da legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da democracia”. HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Tradução William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998, p. 264.

popular, como a de Ronald Dworkin⁷¹⁰, em que o judiciário se apresenta como uma instituição deliberativa própria das democracias constitucionais.⁷¹¹

Não obstante as diferenças na fundamentação filosófica, e ressalvadas certas posições, como a de Jeremy Waldron,⁷¹² os teóricos do constitucionalismo admitem a jurisdição constitucional de alguma forma, deslocando-se o debate para a intensidade do controle de constitucionalidade.

Esta multiplicidade de teorias não deixa de ser um reflexo das sociedades complexas, pluralistas e multiculturais, em que não se chega a consensos teóricos definitivos. Apesar disto, conforme Sunstein, acordos sobre determinadas práticas podem ser alcançadas mesmo que não haja um amplo consenso teórico sobre a Constituição. Uma ordem constitucional que funciona a contento pode resolver seus problemas através de consensos incompletamente teorizados, e “as pessoas podem concordar que certa prática é constitucional ou não constitucional, mesmo quando as teorias que subjazem aos seus argumentos divergem frontalmente”.⁷¹³ Este foi o caso, por exemplo, da ADPF 101, em que os Min. Eros Grau e Cármen Lúcia discordaram sobre a possibilidade de o STF efetuar ponderações entre valores constitucionais, mas concordaram que a liberação judicial da importação de pneus usados contrariava a Constituição.

A questão, portanto, reside não exatamente na aceitação sem limites ou na rejeição integral do controle de constitucionalidade, mas na forma em que a atuação do judiciário pode buscar a compatibilização com o ideal de autogoverno do povo que caracteriza a democracia.

Assim, há que se buscar um equilíbrio na atuação do judiciário como revisor

⁷¹⁰Dworkin rejeita a ideia de que haja razões institucionais para que uma decisão do legislativo sobre direitos seja mais exata do que uma decisão judicial; ao contrário, a técnica judicial no exame de direitos é muito mais desenvolvida em juízes do que nos legisladores ou na massa dos cidadãos que os elegem. Argumenta, também, que embora a população que elege os legisladores participe em alguns casos das discussões políticas, o legislativo está sujeito a pressões a que não está submetido o judiciário, o que conta a favor deste como razão para chegar a conclusões fundamentais sobre o conteúdo dos direitos. DWORKIN, R. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 24–25.

⁷¹¹Sobre as compreensões teóricas da jurisdição através de Ely, Habermas e Dworkin, conferir MAURICIO JR., A., **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...**, op. cit., pp. 192–211.

⁷¹²Waldron argumenta que o *judicial review* é antidemocrático, pois a exigência de direitos constitucionais através da jurisdição é inconsistente como o direito dos cidadãos de participar, em bases iguais, no processo público de tomada de decisões. Este autor compreende que a legislação através de uma assembleia representativa é a forma de produção do direito mais apta para uma sociedade em que seus membros estão em desacordo entre si. WALDRON, J. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

⁷¹³SUNSTEIN, C. R. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 50.

de políticas públicas e regulações do risco. Como Gisele Cittadino destacou, a ampliação do raio de ação do judiciário pela judicialização da política “não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático”. Segundo esta autora, “a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político”. Todavia, a judicialização não pode provocar uma violação do equilíbrio do sistema político, pois mesmo que os tribunais inaugurem um novo espaço público, “isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos”.⁷¹⁴

6.8 Representação argumentativa e democracia deliberativa

Uma das formas de tentar compatibilizar o controle jurisdicional com o ideal de autogoverno do povo é entender o judiciário como uma instância não-majoritária de representação argumentativa dos cidadãos, ampliando o espaço de deliberação democrática.

Representante desse ponto de vista, Christopher Eisgruber expõe que as democracias contemporâneas são demasiadamente complexas para serem entendidas como um governo de legisladores ou de eleitores. As constituições estabelecem governos democráticos através de um amplo leque de instituições, incluindo legisladores, governantes, tribunais, bancos centrais e agências reguladoras, sendo que nenhuma delas representa perfeitamente o povo, mas todas contribuem para a democracia. A regra majoritária seria importante para a democracia, mas não a única forma de avaliar-se o perfil democrático de uma instituição, devendo também ser consideradas a imparcialidade, a participação dos cidadãos e a deliberação pública. Por isso, o controle jurisdicional não deveria ser visto como uma coação sobre a democracia, mas como um ingrediente em uma complexa, não-majoritária, forma de autogoverno.⁷¹⁵

A jurisdição constitucional estaria assim encaixada na ideia de razão pública

⁷¹⁴CITTADINO, G., Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia..., op. cit.

⁷¹⁵EISGRUBER, C. L. **Constitutional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. 77–87.

rawlsiana desenvolvida em uma sociedade pluralista e razoável, na qual os cidadãos percebem que não têm condições de alcançar um consenso com base em doutrinas irreconciliáveis. Segundo Rawls, a ideia de razão pública se aplica aos tribunais porque os juízes têm de explicar e justificar suas decisões, o que não acontece com os atos do legislativo e do executivo. Um dos papéis mais importantes do judiciário é “o de dar uma existência apropriada e contínua à razão pública”, pois “a razão pública é a única razão que o tribunal exerce”, e ele é o único ramo do Estado em que se dá “direta e visivelmente a criação dessa razão”.⁷¹⁶

A noção de representação argumentativa parte da constatação de que a jurisdição constitucional é uma forma de exercício de autoridade estatal e, como tal, deve emanar do povo, de acordo com a Constituição. O exercício da autoridade estatal pelo legislativo é legítimo porque a representação do parlamento é democrática, através da seleção pelo povo mediante eleições livres e gerais. Como os tribunais não são legitimados pelo voto, o único meio de reconciliar seu exercício de autoridade com o princípio democrático seria concebê-lo, também, como uma forma de representação do povo.⁷¹⁷

No caso do parlamento, a relação entre representante e representados é determinada essencialmente pela eleição. Se a representação democrática se limitasse a esse modelo centrado em eleições e vontade da maioria, o modelo de democracia seria puramente decisional. Porém, de acordo com Alexy, um conceito adequado de democracia deve incluir não somente decisão, mas também argumento, transformando-a em democracia deliberativa. Para atingir os fins de uma democracia deliberativa, a representação do parlamento é tanto volitiva quanto discursiva, mas, em contraste, a representação do povo pela corte constitucional é puramente argumentativa.⁷¹⁸

Esta tese encontrou reflexo no STF. Na *ADI da Biossegurança*, por exemplo, durante os debates e votos, o Min. Gilmar Mendes lançou um autoelogio ao caráter deliberativo da Corte, afirmando que “a jurisdição constitucional

⁷¹⁶RAWLS, J. **O liberalismo político**. Tradução D. A. Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, pp. 281–291.

⁷¹⁷Conforme ALEXY, R. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, pp. 572-581, 2005.

⁷¹⁸ALEXY, R., Balancing, constitutional review, and representation..., op. cit. Sobre a teoria da representação argumentativa, conferir OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA. A prática institucional e a representação argumentativa no caso Raposa Serra do Sol (primeira parte). **Revista Forense**, v. 408, pp. 219-253, 2010.

legitima-se democraticamente pela reflexão e pela argumentação produzidas segundo a racionalidade própria das normas e procedimentos que conduzem os julgamentos”. Citando expressamente a doutrina de Alexy, Gilmar Mendes afirma que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente”.⁷¹⁹

Entretanto, segundo leitura crítica efetuada pelo Observatório da Justiça Brasileira (OJB), o que houve no STF com o uso da teoria da argumentação representativa não foi propriamente a busca do “aprimoramento do discurso em termos de coerência e consistência”, mas “a apropriação ideológica desse discurso”, buscando o Tribunal “ampliar sua base de conhecimento e alcance com a sociedade”, manifestado em casos como o de Cesare Battisti e o da Raposa Serra do Sol.⁷²⁰

De fato, como Alexy reconhece, a representação argumentativa precisa atender a certas condições, sob pena de dar razão aos críticos da jurisdição. Se os tribunais puderem afirmar que qualquer argumento é um argumento que representa o povo, o encadeamento de institutos como direitos constitucionais, balanceamento, discurso e jurisdição constitucional materializariam uma ilusão na qual a legitimação de tudo é possível. Para afastar essa objeção é preciso, em primeiro lugar, partir do pressuposto de que nem todo argumento pode ser admitido no controle de constitucionalidade, podendo ser alcançada uma objetividade mínima para diferenciação de argumentos bons e argumentos ruins. Se os argumentos levam a um impasse, aí então deve ser privilegiada a discricionariedade do legislador. Além disso, não basta que o tribunal afirme que o argumento representa o povo, sendo necessário que “um número suficiente de pessoas devem, pelo menos no longo prazo, aceitar esses argumentos por razões de correção”.⁷²¹ Um exemplo dessa aceitação, por exemplo, ocorreu na adoção, pela Presidência da República, dos argumentos do STF no RE 511961, ao vetar leis que regulamentavam profissões que não ofereciam riscos à sociedade.⁷²²

Desta forma, apresentam-se duas condições fundamentais para a verdadeira representação argumentativa: (1) “a existência de argumentos sólidos ou

⁷¹⁹STF. ADI 3510, cit.

⁷²⁰OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA, A prática institucional e a representação argumentativa no caso Raposa Serra do Sol (primeira parte)..., op. cit.

⁷²¹ALEXY, R., Balancing, constitutional review, and representation..., op. cit.

⁷²²Vide subseção 6.2.2.4 deste capítulo.

corretos”; e (2) “a existência de pessoas racionais, ou seja, pessoas que estejam dispostas e sejam capazes de aceitar sólidos ou corretos argumentos pelo motivo de eles serem sólidos ou corretos”, também chamadas por Alexy de “pessoas constitucionais”. Para Alexy, o constitucionalismo contemporâneo é um “constitucionalismo discursivo”, através do qual se realiza o propósito de institucionalização da razão e da correção. Portanto, se existem pessoas racionais e argumentos sólidos e corretos, a institucionalização será melhor alcançada com o controle de constitucionalidade do que sem ele.⁷²³

6.9

Pluralidade de intérpretes e a última palavra nos casos difíceis e trágicos

Um entrave à ideia de representação argumentativa é o reconhecimento de que as questões mais complexas submetidas à jurisdição constitucional – e especialmente na judicialização dos riscos – constituem o que se costuma denominar casos difíceis (*hard cases*) ou, ainda, casos trágicos.⁷²⁴

Os casos difíceis surgem, segundo Dworkin, quando a questão posta em juízo não pode ser resolvida por uma regra de direito clara, estabelecida previamente por uma instituição. Nesta situação, segundo as teorias positivistas, os juízes atuam em um espaço de discricionariedade, enquanto para Dworkin os juízes teriam condições de descobrir qual o direito correto mesmo nos casos difíceis.⁷²⁵ Entretanto, para chegar a essa conclusão, Dworkin sustenta que os juízes decidem não somente com base em argumentos estritamente jurídicos, mas também argumentos morais.⁷²⁶ Nem todas as teorias da argumentação seguem estritamente a tese de que existe uma resposta correta, mas a corrente dominante da teoria do direito sustenta que há “pelo menos uma resposta correta”, ou seja, que “sempre é possível fazer justiça por meio do direito”.⁷²⁷

⁷²³ALEXY, R., *Balancing, constitutional review, and representation...*, op. cit.

⁷²⁴ATIENZA, M. *Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. Isonomía*, n. 6, pp. 7-30, 1997.

⁷²⁵Para Dworkin, quando os operadores do direito atuam em casos difíceis (*hard cases*), eles não agem com discricionariedade. Utilizam – como razões de decidir nesses casos – normas que não funcionam como regras, mas como princípios ou políticas (*policies*). DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 14–28, 81 e ss.

⁷²⁶“A claim of right presupposes a moral argument and can be established in no other way”. DWORKIN, R., **Taking rights seriously...**, op. cit., p. 147.

⁷²⁷Conforme ATIENZA, M., *Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos...*, op. cit.

Existem, por outro lado, casos trágicos, nos quais “não cabe encontrar nenhuma solução [jurídica] que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado como fundamental desde o ponto de vista jurídico e/ou moral”. Nesses casos, na ausência de critérios prévios oferecidos pelo direito, os juízes são obrigados a recorrer a critérios de razão prática,⁷²⁸ como ocorreu na *ADI da Biossegurança*. De um modo ou de outro, a existência de casos difíceis e trágicos abala a justificação de um tribunal que avoque, para si, o monopólio da última palavra.

Entender o judiciário como uma instância não-majoritária de representação argumentativa dos cidadãos pode ajudar a compatibilizar o controle jurisdicional com o ideal de autogoverno do povo, mas daí a se afirmar que os tribunais constitucionais têm a última palavra sobre os grandes temas de interesse da sociedade vai uma distância muito grande.

Em uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, como propôs Häberle, todos os órgãos do Estado, todos os poderes públicos, todos os cidadãos e todos os grupos devem ser potencialmente incluídos nos processos de interpretação constitucional.⁷²⁹ Disto depende a legitimidade do direito, pois “quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica”.⁷³⁰

A Constituição, como advoga Sunstein, é um produto de “muitas mentes” (*many minds*). Por este argumento, que busca sua base no Teorema de Condorcet, a interpretação constitucional deve prestar atenção à “sabedoria das multidões”, em outras palavras, “a possibilidade que grandes grupos de pessoas, em virtude de seu tamanho e independência, possuem distintamente uma maior probabilidade de oferecer boas respostas a questões difíceis”. Os tribunais, portanto, devem guardar certa humildade em seus julgamentos, pois sempre há o risco de tomarem uma decisão errada – como de fato ocorreu na era *Lochner*, nos EUA. O argumento “muitas mentes” ainda teria uma dimensão cosmopolita, indicando aos tribunais e intérpretes da Constituição a olhar o direito estrangeiro e internacional

⁷²⁸ ATIENZA, M., Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos..., op. cit.

⁷²⁹ HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

⁷³⁰ CITTADINO, G., Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia..., op. cit.

em busca de soluções para problemas que não se limitam ao contexto doméstico. Com isso, abre-se o caminho para uma Constituição plural e evolutiva.⁷³¹

Também partindo do Teorema de Condorcet, porém afastando-se do modelo *many minds*, Vermeule afirma que não existe conexão relevante entre a virtude epistêmica das “muitas mentes” e a produção judicial do direito, advogando que esse argumento favorece a produção do direito por legislaturas e outras instituições não-judiciais.⁷³² Vermeule adota uma perspectiva de desenho institucional.⁷³³ Pare este autor, a análise institucional é indispensável para compreender a interpretação jurídica. Seu argumento institucional se volta à defesa de um modelo de formalismo jurídico com as seguintes características: a) os tribunais deveriam seguir os claros e específicos significados dos textos jurídicos, quando esses textos possuem significados claros e específicos; e b) os tribunais deveriam ser deferentes às interpretações das legislaturas e agências administrativas quando os textos jurídicos não apresentam significados claros e específicos. Isto porque, segundo Vermeule, os tribunais se encontram em uma posição epistêmica inferior às legislaturas e agências quando confrontados com a os problemas de incerteza e racionalidade limitada (*bounded rationality*).⁷³⁴

Em resumo, poderia se dizer que enquanto o modelo de Sunstein defende a abertura das cortes supremas para outras opiniões, domésticas e estrangeiras, Vermeule pega o argumento das “muitas mentes” para ir mais longe e afirmar que os limites da razão, interpretados nos termos do Teorema de Condorcet, indicam que a maximização da qualidade epistêmica da produção do direito seria uma combinação de um constitucionalismo legislativo com tribunais deferentes à legislação.⁷³⁵

No Estado de risco, a hipótese da última palavra não pode ser aceita

⁷³¹Pelo Teorema do Juri de Condorcet, a probabilidade de de uma resposta correta, pela maioria de um grupo, tende a 100% à medida que o grupo cresce. O ponto central é que grupos terão melhor desempenho do que indivíduos, desde que duas condições sejam satisfeitas: 1) a decisão é tomada por maioria; e 2) cada pessoa tem maior probabilidade de estar correta do que errada. SUNSTEIN, C. R. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

⁷³²VERMEULE, A. **Law and the limits of reason**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 55.

⁷³³Neste sentido, e procurando aplicar a teoria dos desenhos institucionais na análise do problema da judicialização, conferir OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA, A prática institucional e a representação argumentativa no caso Raposa Serra do Sol (primeira parte)..., op. cit.

⁷³⁴VERMEULE, A. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, passim.

⁷³⁵VERMEULE, A., **Law and the limits of reason...**, op. cit., p. 96.

normativamente, pois o controle jurisdicional frequentemente se encontra em uma situação de incerteza não somente quanto às premissas normativas da interpretação constitucional, mas principalmente em relação às premissas empíricas que embasam os julgados, impondo-se o diálogo com os demais intérpretes da Constituição.

Ademais, a Constituição não institui os tribunais como oráculos finais sobre as controvérsias da comunidade política. Os tribunais supremos e cortes constitucionais dão a última palavra em um processo judicial, mas isso não interrompe o ciclo de discussões e debates em uma sociedade plural. No Canadá, por exemplo, a cláusula do “não obstante” (*notwithstanding*) permite que os parlamentos e assembleias provinciais instituíam legislações imunes ao controle judicial, ainda que o tribunal supremo daquele país possa declarar a inconstitucionalidade de uma lei.⁷³⁶ No Brasil, embora não exista semelhante instituto, nada impede que ocorra o fenômeno da “correção legislativa de decisão judicial”, quando o Congresso Nacional, através de emenda à Constituição, provoca a alteração da jurisprudência do STF.⁷³⁷ Isto ocorreu, por exemplo, no RE 573675, em que o STF, alterando sua jurisprudência anterior relativa às taxas de iluminação pública, considerou constitucional a cobrança de semelhante tributo na forma de contribuição, criada pela Emenda constitucional nº 39/2002.⁷³⁸

6.10

Abertura participativa na judicialização dos riscos

O Estado de risco, como já se afirmou anteriormente neste trabalho, demanda a expansão do princípio democrático na Constituição, de modo a integrar novas formas de participação popular nas decisões públicas.⁷³⁹ A concepção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, o reconhecimento da “sabedoria das multidões” e as dificuldades epistemológicas

⁷³⁶ Conforme CITTADINO, G., Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia..., op. cit.

⁷³⁷ Sobre a correção legislativa de decisão judicial, vide SENGÈS, G. A. **O fenômeno da correção legislativa de decisão judicial**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. Dissertação de mestrado. .

⁷³⁸ Na ocasião, o Min. Gilmar Mendes afirmou que “o que acontece aqui é um fenômeno que sói acontecer também no Direito americano, que é o fenômeno da correção legislativa de uma decisão judicial por emenda constitucional”. STF. RE 573675, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 25.03.2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-094 pub. 22. 05.2009.

⁷³⁹ Vide capítulo 4.

geradas no procedimento judicial apontam para a necessidade de abertura dos tribunais a mecanismos de participação dos interessados e potencialmente atingidos. Afinal, o processo de judicialização “deve representar um compromisso com a concretização da Constituição, através do alargamento do seu círculo de intérpretes”.⁷⁴⁰

Um dos mecanismos utilizados na jurisdição constitucional para ampliar o debate e aumentar a participação nas decisões é o instituto do *amicus curiae*. Este instituto foi positivado no Brasil pela Lei 9868/1999 (art. 7º, § 2º), pela qual o relator da ação no STF, “considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes”, poderá admitir “a manifestação de outros órgãos ou entidades” além das partes no processo.⁷⁴¹

Segundo manifestação do STF no RE 597165, a intervenção do *amicus curiae* “tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional”, permitindo que o STF “venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia”, objetivando ainda “superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática” de suas decisões. Para tanto, não é suficiente dar ao *amicus curiae* apenas o direito de ingressar no processo e apresentar memoriais, mas também de fazer sustentações orais. Contudo, não basta ao *amicus curiae* possuir interesse e poder oferecer contribuições à decisão, mas também deve ter “representatividade adequada”.⁷⁴²

Na judicialização do risco no STF, pode ser observada a ação de *amici curiae* na ADI 3937 (amianto), na ADI 3510 (células-tronco) e na ADPF 101, por exemplo.⁷⁴³

Apesar de o modo de participação dos *amici curiae* já ter alcançado um grau de definição razoável no STF, e o seu potencial de aumento de participação ter sido aclamado pelo Tribunal, ainda não é claro se efetivamente eles contribuem

⁷⁴⁰CITTADINO, G., Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia..., op. cit.

⁷⁴¹Vide MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., **Curso de direito constitucional...**, op. cit., p. 1070.

⁷⁴²STF. RE 597165, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Decisão monocrática em 04.04.2011, pub. Dje 12.04.2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo623.htm>. Acesso em 10.05.2011.

⁷⁴³No caso da ADI 3510, o Min. Relator, referindo-se às qualidades dos *amici curiae*, afirmou: “Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ação direta de inconstitucionalidade. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema”.

para o aumento da representatividade argumentativa na jurisdição constitucional ou se constituem mais uma forma de “Estratégia do Tabaco”, vista no capítulo 4 deste trabalho, ou seja, uma maneira de criar dúvidas e paralisar o controle público da produção social de riscos em prol de interesses privados.⁷⁴⁴ Também ainda não existe um perfil delineado sobre a utilização das informações trazidas pelos *amici curiae* nas decisões do STF, já que o Tribunal não está adstrito a uma regra rígida de apreciação das contribuições apresentadas pelos *amici curiae*. Desta forma, os ministros podem se utilizar das informações dos *amici curiae*, podem ignorá-las, ou, ainda, podem utilizá-las de forma seletiva, aproveitando-as para legitimar seus votos naquilo que lhes é conveniente. Esta é uma análise que só pode ser realizada caso a caso, para então firmar-se a conclusão se as contribuições dos *amici curiae* serviram ou não para incrementar a representação argumentativa das decisões do STF.

Outro instituto para promoção do diálogo informado e racional das decisões na jurisdição constitucional são as audiências públicas, que no STF foram inauguradas na *ADI da Biossegurança*, conforme visto na primeira parte deste capítulo. As audiências públicas foram positivadas no art. 9º, § 1º, da Lei 9868/1999, para que o STF, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”, pudesse “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

As audiências públicas são, desta forma, um importante instrumento para ampliar o debate dos tribunais e contribuir para uma melhor – e mais representativa – decisão na jurisdição constitucional. Nas audiências o Tribunal pode provocar ativamente a participação, sendo interessante observar que a Lei 9868/1999 fala em peritos, mas também se refere às pessoas com experiência e autoridade na matéria, as quais não necessariamente contribuirão com conhecimentos científicos, abrindo espaço para conhecimentos tradicionais e para “ecologia dos saberes”⁷⁴⁵ no processo decisório.

As observações críticas acima efetuadas sobre o *amicus curiae* também se aplicam ao instituto das audiências públicas, pois os experts podem muito bem

⁷⁴⁴Vide ORESKES, N.; CONWAY, E. M., *Merchants of Doubt...*, op. cit.

⁷⁴⁵Vide SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos Estudos - CEBRAP*, pp. 71-94, Nov 2007.

estar vinculados a grupos com interesse na decisão, bem como a simples oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria não significa que a contribuição tenha sido levada a sério na formação da decisão.

Tanto o *amicus curiae* quanto as audiências tem potencial para aumentar legitimidade argumentativa na jurisdição constitucional, mas, para isso, como ressaltou o estudo do Observatório da Justiça Brasileira, é necessário que o STF “responda aos argumentos lançados pelos sujeitos do processo, os quais, por sua vez, representam vários outros cidadãos na decisão política”.⁷⁴⁶

6.11 Constituição como ordem marco

A expansão dos direitos fundamentais e tarefas estatais no Estado de risco provoca uma expansão do espaço constitucional. Como também cabe ao judiciário a proteção desses direitos – considerados tanto na dimensão subjetiva quanto na objetiva – há uma correspondente tendência do aumento na judicialização das regulações do risco, reduzindo-se o espaço de ação política dos demais poderes estatais. Uma estratégia para delimitar normativamente o ativismo judicial consiste na construção de uma concepção de Constituição que deve ser adotada pelos tribunais. Em outras palavras, a questão é definir se a Constituição deve ser vista como uma ordem fundamental ou ordem marco,⁷⁴⁷ com diretas implicações na judicialização da regulação dos riscos.

Concebida como ordem fundamental, a Constituição é vista como “o fundamento de toda a ordem jurídica estatal”.⁷⁴⁸ A Constituição não é compreendida como mero “enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade”; não é “somente um 'estatuto jurídico do político', mas

⁷⁴⁶OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA, A prática institucional e a representação argumentativa no caso Raposa Serra do Sol (primeira parte)..., op. cit. Segundo o referido estudo, ao fixar as condições para a demarcação de terras indígenas, o STF “não ouviu a sociedade” e “extrapolou suas funções constitucionais”.OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA, A prática institucional e a representação argumentativa no caso Raposa Serra do Sol (segunda parte)..., op. cit.

⁷⁴⁷Conforme MAURICIO JR., A., Judicialização da política e a crise do direito constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental..., op. cit.

⁷⁴⁸KÄGL, W. **La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional.** Tradução Sergio Ma Diaz Ricci; Juan José Reyven. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2005, pp. 80, 93, passim.

sim um plano global normativo da sociedade e, por isso mesmo, do Estado”.⁷⁴⁹

Como ordem fundamental, a Constituição poderia ocasionar a concentração de poderes nas mãos do judiciário, invadindo a competência do legislador e do administrador. Preocupado com essa tendência, Forsthoff afirmava que “uma constituição não é uma lei social; ela se dirige à coletividade”, sendo função do legislador concretizá-la.⁷⁵⁰ Forsthoff criticava a concepção da Constituição como um “ovo jurídico originário”, do qual tudo surge, desde o Código Penal até a Lei sobre fabricação de termômetros.⁷⁵¹ Compartilhando esta preocupação, Bockenförde considera que a liberdade e a autonomia individuais estariam submetidas ao domínio daqueles que exercem o monopólio da interpretação das normas constitucionais, caso a Constituição fosse considerada uma ordem fundamental de valores vinculantes de toda a ordem jurídica.⁷⁵²

A Constituição, porém, pode também ser vista como uma ordem marco para o sistema jurídico. Nesta concepção, onde a Constituição não é tratada como um sistema fechado, mas como um contexto aberto de elementos cuja concretização, dentro de certos limites, seja deixada ao legislador, reconhece-se à legislação “um valor em si mesma”.⁷⁵³ Como ordem marco, existe na Constituição um espaço no qual o legislador não está obrigado a agir nem proibido de agir; um espaço em que o legislador tem permissão para atuar ou para se omitir, ou seja, um espaço de discricionariedade.⁷⁵⁴

A Constituição deve ser vista como uma ordem marco para que as regras constitucionais que permitem o controle judicial sejam compatíveis com o princípio democrático e o princípio da divisão dos poderes. A intervenção judicial para a proteção de direitos fundamentais não só é autorizada como também é exigida pelo sistema constitucional brasileiro, mesmo que para isso algumas políticas públicas sejam revistas pelo judiciário. Isto, porém, não implica um

⁷⁴⁹Conforme GRAU, E. Canotilho, constituição dirigente e vinculação do legislador, 2ª edição: resenha de um prefácio. In: COUTINHO, J. N. DE M.; NETO, A. R. M. (Orgs.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁷⁵⁰FORSTHOFF, E. Problemas constitucionales del estado social. In: ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E.; DOEHRING, K. **El estado social**. Tradução José Puente Egido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 43-67.

⁷⁵¹Apud ALEXY, R. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista española de derecho constitucional**, v. 22, n. 66, pp. 13-64, 2002.

⁷⁵²BÖCKENFÖRDE, E.-W. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução Juan Luis Requejo Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, pp. 40-43.

⁷⁵³ZAGREBELSKY, G. **Il diritto mite: legge, diritti, giustizia**. Torino: Einaudi, 1992, p. 210.

⁷⁵⁴ALEXY, R., Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales..., op. cit.

dirigismo judicial.⁷⁵⁵ Conforme Cittadino,

Se a Constituição brasileira não pode ser tomada como uma ordem particular de valores, é preciso, portanto, implementar e inscrever os seus princípios em nossa história política. Para isso, o processo de “judicialização da política” não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário.

6.12 Minimalismo e margens de ação

A partir de uma Constituição pensada como ordem marco, e considerando as limitações, institucionais, procedimentais e epistemológicas vistas neste capítulo, o judiciário deve adotar uma postura minimalista na revisão das regulações do risco, o que não significa negar a prestação jurisdicional, mas apenas não avançar sobre questões cujo deslinde não depende a solução do caso concreto, deixando aberta a porta para futuras reflexões e para que essas outras questões sejam resolvidas no livre jogo político e no debate democrático.⁷⁵⁶

Em uma perspectiva minimalista, as decisões judiciais devem ser “estreitas” ao invés de “amplas” (*narrow rather than wide*), mantendo o foco nas questões debatidas em cada caso. As decisões judiciais também devem se limitar à menor profundidade que permita a solução do caso (*shallow rather than deep*), pois quanto mais profundas maior será o grau de desacordo na comunidade sobre aquele tema e, conseqüentemente, maior a dificuldade democrática. O minimalismo apresenta duas grandes vantagens. Se o judiciário quisesse esgotar um determinado assunto, teria de obter e lidar com informações que normalmente não estão ao seu alcance, razão pela qual o minimalismo reduz a carga sobre a decisão judicial. O minimalismo também reduz a chance de erros, e, mesmo quando estes ocorrem, o seu custo para a sociedade será menor. Mas, principalmente, o minimalismo reduz a tensão entre o controle jurisdicional e a democracia.⁷⁵⁷

Ao lado do minimalismo, o judiciário deve reconhecer margens de ação e

⁷⁵⁵Conforme já afirmamos em MAURICIO JR., A., *Judicialização da política e a crise do direito constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental...*, op. cit. Conforme Cittadino, “

⁷⁵⁶Conforme nosso MAURICIO JR., A., *A revisão judicial das escolhas orçamentárias...*, op. cit., pp. 227–228.

⁷⁵⁷Conforme SUNSTEIN, C. R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, passim.

prognose para o legislador e para o executivo em uma perspectiva de Constituição como ordem marco.

Especialmente em relação aos direitos fundamentais que exigem uma atitude positiva do Estado para garantia – como é a tônica dos direitos fundamentais no Estado de risco – o dever de atuação estatal é suscetível de concretização de diversas maneiras, “dependendo de uma avaliação de ponderação e concordância prática e concreta entre juízos de prognose relativamente às medidas à tomar”. Por isso, em um Estado de direito que privilegia o princípio da divisão de poderes e o princípio democrático, “as instâncias competentes para proceder a este tipo de escolha devem ser, pelo menos primariamente, o legislador e o poder político democraticamente legitimados”.⁷⁵⁸

As margens de ação do legislador e do executivo podem ser tanto estruturais quanto epistêmicas. As margens estruturais se encontram no espaço do que nem é proibido nem diretamente determinado pela Constituição, e nesse espaço o legislador possui discricionariedade para fixar fins, eleger meios e ponderar os valores eventualmente em conflito.⁷⁵⁹ Por exemplo, na *ADPF dos pneus usados*,⁷⁶⁰ o STF entendeu que a legislação que proíbe a importação de pneus usados não extrapolou o que foi determinado no marco constitucional para proteção da saúde e do meio ambiente em contraposição ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa, tanto no que diz respeito à eleição dos meios quanto na ponderação dos valores em conflito.

Além das margens estruturais, o legislador também dispõe de margens de ação epistêmicas, “quando são incertos os conhecimentos acerca do que está ordenado, proibido ou confiado à discricionariedade do legislador pelos direitos fundamentais”. As margens epistêmicas advêm da incerteza que reside tanto no conhecimento impreciso sobre as premissas empíricas quanto a respeito das premissas normativas sobre o que está ordenado ou proibido pela Constituição.⁷⁶¹ Novamente, da *ADPF dos pneus usados*, extrai-se exemplo em que o STF respeitou a margem de ação epistêmica adotada na legislação, reconhecendo a premissa de que os problemas advindos do aumento do passivo de pneus usados

⁷⁵⁸NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, pp. 93–95.

⁷⁵⁹ALEXYS, R., Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales..., op. cit.

⁷⁶⁰STF. ADPF 101, cit.

⁷⁶¹ALEXYS, R., Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales..., op. cit.

demonstravam “o risco da segurança interna, compreendida não somente nas agressões ao meio ambiente que podem ocorrer, mas também à saúde pública”.⁷⁶²

As margens de ação do legislador e do executivo não se conflitam com a exigência de proteção, no maior grau possível, dos direitos fundamentais previstos na Constituição, pois o princípio da divisão dos poderes e o princípio democrático implicitamente estabelecem um “princípio formal” de competência dos órgãos políticos para a tomada de decisões. Esse princípio é formal ou procedimental porque não estabelece qualquer conteúdo, mas apenas assinala quem deve estabelecer esse conteúdo, impondo que “o legislador democraticamente legitimado seja, na maior medida possível, quem tome as decisões importantes para a comunidade”.⁷⁶³

A partir do reconhecimento do princípio formal de competência do legislador e do executivo, o judiciário não está livre para, a partir da norma constitucional, reconstruir *ab initio* a regulação dos riscos na sociedade. Mesmo que a Constituição confira ao judiciário competência para rever atos legislativos e trace coordenadas básicas da regulação de uma determinada matéria, os tribunais não podem afastar as opções do legislativo e do executivo porque simplesmente com ela não concordam. É ônus argumentativo do judiciário demonstrar que a legislação sob revisão não protege minimamente os direitos fundamentais previstos na Constituição, não sendo possível rejeitar a regulamentação somente porque ela poderia ser feita de outra forma, mais encaixada às preferências pessoais dos juízes. Um exemplo do reconhecimento do princípio formal pode ser observado no voto da Min. Cármen Lúcia na *ADI da Biossegurança*:⁷⁶⁴

Ao legislador infraconstitucional conferiu-se a competência para estabelecer o cuidado com as pesquisas, incluídas aquelas que decorressem da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas. E é nessas que se incluem os embriões, como matrizes de que poderia decorrer a vida, mas que para essa não segue pela sua não implantação no útero de uma mulher, conforme antes enfatizado.”

Mas é atenta a tudo isso que legislação brasileira – em especial a de que agora se cuida – estabelece a necessidade de controle e fiscalização das pesquisas e procedimentos efetivados com células-tronco – adultas ou embrionárias – por órgãos e instituições responsáveis pela avaliação do cumprimento dos princípios éticos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 11.105). É bem certo que esse dispositivo não deixa

⁷⁶²STF. ADPF 101, cit.

⁷⁶³ALEX Y, R., Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales..., op. cit.

⁷⁶⁴Conforme divulgado em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110373>. Acesso em 15.08.2009.

suficientemente claro e afirmado o rigor do controle determinado naquelas normas para a constituição e o desempenho das atividades destes comitês de ética e pesquisa. Porém, não parece caber aqui uma declaração de inconstitucionalidade. Talvez se pudesse afirmar declaração de déficit de constitucionalidade, pois o atendimento do disposto no art. 225, § 1º, inc. II, que outorga ao poder público o dever de “fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” reclama maior severidade no regramento das formas de controle das instituições de pesquisa e dos serviços de saúde que as realizem.

[...]

Mas esta competência é conferida ao Congresso Nacional, no qual já tramita o Projeto de Lei n. [...] que busca estabelecer maior rigor legislativo na matéria. Naquele projeto se definem condições para a habilitação das instituições especificamente voltadas às pesquisas mencionadas no caput do art. 5º, da Lei n. 11.105/2005, e da autorização especial a ser concedida pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). A aprovação daquele ou de outro projeto que restrinja e torne mais seguros os mecanismos de controle de ética nas pesquisas e nos tratamentos com células-tronco obviamente suprirão aquele déficit de constitucionalidade e tornarão mais seguros os direitos constitucionalmente afirmados.

6.13

Tolerância e autocontenção dos tribunais

Segundo Arthur Kauffmann, a tolerância é uma das mais importantes virtudes na “sociedade pluralista de risco”. Por sua complexidade, a sociedade atual “só pode funcionar como sociedade aberta”. Em muitos casos, não há quem possa afirmar o que seja correto; nem mesmo a lei, pois não se trata de decisões generalizáveis. Por isso, a tolerância surge como um “um dos mais importantes mandamentos éticos da sociedade atual”.⁷⁶⁵ As lições de Kauffmann valem para todos os atores políticos e sociais ligados à judicialização do risco.

As limitações institucionais, procedimentais e epistemológicas vistas neste capítulo sugerem uma autocontenção do judiciário na revisão das decisões dos poderes legislativo e executivo, e em particular naquelas ligadas à regulação dos riscos sociais, onde a incerteza sobre as premissas normativas e empíricas tende a ser maior. O judiciário deve adotar uma posição minimalista, respeitando as margens de ação e prognose dos demais poderes.

Esta autocontenção, entretanto, não se confunde com uma deferência acrítica às instâncias políticas, sob pena de inviabilizar um importante mecanismo de defesa dos direitos fundamentais. A análise crítica que rejeita a visão idealista da jurisdição constitucional não pode, por coerência, nutrir uma visão idealista da

⁷⁶⁵KAUFMANN, A. **Filosofia do direito**. Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 440–455.

produção legislativa. No Brasil, por conta do presidencialismo de coalizão, a agenda do legislativo recebe grande influência do executivo.⁷⁶⁶ Ademais, não se pode esquecer que o executivo, no Brasil, também apresenta comportamento ativista sobre a atividade legislativa, sendo este apontado como uma das causas do grande crescimento da judicialização no Brasil nos anos 1990.⁷⁶⁷ Não se pode esquecer, também, o problema da captura de agências reguladoras por interesses econômicos.⁷⁶⁸

O judiciário não é uma academia de ciências, muito menos pode ser-lhe atribuída a posição de primazia na tomada de decisões em uma sociedade democrática, mas mesmo assim tem um papel a representar na proteção dos direitos fundamentais e na abertura de espaço para as reivindicações dos que foram excluídos do processo político de tomada de decisões, como determina a própria Constituição.

Em algumas hipóteses, apesar das limitações institucionais, procedimentais e epistemológicas do judiciário, a autocontenção não se recomenda. Uma destas hipóteses é quando o legislativo ou os órgãos reguladores retardam injustificadamente a correção das regulações claramente defasadas em relação a mudanças nos quadros normativo e social ou no consenso científico sobre os riscos de determinada atividade ou produtos. Exemplos podem vir dos casos *da prisão do depositário judicial*,⁷⁶⁹ *do diploma de jornalismo*⁷⁷⁰ e do *amianto crisotila*.⁷⁷¹

⁷⁶⁶Segundo Limongi & Figueiredo, “O controle exercido pelo presidente e os líderes partidários sobre a agenda dos trabalhos parlamentares e do processo decisório no interior do Congresso, tendo por base os seus poderes institucionais, tem efeitos significativos sobre o desempenho da coalizão de apoio ao presidente e a sua capacidade de manter-se unida ao longo do tempo. [...] A baixa autonomia do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas aumenta a importância da participação no governo para parlamentares que visam garantir retornos eleitorais. Sendo assim, o controle de cargos fornece mecanismos que permitem a cobrança de disciplina partidária. Parlamentares podem incorrer em custos, votando favoravelmente a medidas contrárias a seus interesses imediatos, em função dos ganhos que podem auferir como membros da coalizão de governo”. LIMONGI, F.; FIGUEIREDO, A. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 44, pp. 81-106, 1998.

⁷⁶⁷Conforme VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. C.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil...**, op. cit., pp. 49-51.

⁷⁶⁸Vide PELAEZ, V. Biopoder & regulação da tecnologia: o caráter normativo da análise de risco dos OGMs. **Ambiente & sociedade**, v. 7, n. 2, pp. 145-158, Dez 2004.

⁷⁶⁹STF, HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 pub. 21.08.2009.

⁷⁷⁰STF, RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17.06.2009, DJe-213 pub. 1.11.2009.

⁷⁷¹STF, ADI 3937 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04.06.2008, DJe-192 pub. 10.10.2008.

Outra hipótese em que a autocontenção judicial não é recomendada surge quando o legislativo, por entraves políticos insuperáveis, deixa de legislar sobre temas importantes, criando um vácuo jurídico que viola direitos fundamentais. O caso da *união estável homoafetiva* exemplifica esse tipo de violação.⁷⁷²

Com essas hipóteses não se tem a pretensão de elaborar uma lista *numerus clausus*, mas destacar que a autocontenção também não é um dogma. O controle de constitucionalidade é inerente a um sistema constitucional de direitos fundamentais. No caso do Brasil, o constituinte fez uma opção expressa em depositar parcela relevante da competência de controle de constitucionalidade sob encargo do judiciário, e, como já se anotou, o constituinte derivado vem progressivamente ampliando a possibilidade desse controle na modalidade concentrada.

Isto, porém, não afasta a obrigação institucional e constitucional do judiciário, ao exercer parcela do poder-dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, de adotar uma postura humilde, compatível com o princípio da tolerância na sociedade de riscos, ouvindo e levando a sério os argumentos dos demais indivíduos e instituições que também fazem parte da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

⁷⁷²STF. RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16.08.2011, DJe-164 pub. 26.08.2011. Discorda-se, entretanto, da afirmativa colocada na ementa, de que a Constituição confere ao STF “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional”.