

Revista
JURIDICA

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro, dezembro de 2008

EDIÇÃO ESPECIAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Reitor
Aloisio Teixeira
Vice-reitora
Sylvia da Silveira de Mello Vargas
Pró-reitoria de Graduação
Belkis Valdman
Pró-reitoria de Pós-graduação e Pesquisa
Angela Uller
Pró-reitoria de Planejamento e Desenvolvimento
Carlos Antonio Levi da Conceição
Pró-reitoria de Pessoal
Luiz Afonso Henriques Mariz
Pró-reitoria de Extensão
Laura Tavares Ribeiro Soares

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Decano
Alcino Ferreira Câmara Neto

Faculdade Nacional de Direito

Diretora
Juliana Neuenschwander Magalhães
Vice-diretor
Ricardo Nery Falbo
Coordenador do Curso de Graduação
João Marcelo de Lima Assafim
Coordenadora do Curso de Pós-graduação
Margarida Camargo

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA JURÍDICA

Editor científico: Francisco Amaral
Editor adjunto: Marcelo Araújo
Editor executivo: José Ribas Vieira
Editor do v. 1, n. 3 (nova série), edição especial: Alexandre Garrido

PRODUÇÃO EDITORIAL

Coordenação de produção: *Andrea Pestana*
Tradução/Revisão de língua inglesa: *Vitor Miguel Naked de Araújo, Pilar Schweller Carneiro de Mendonça, Daniel Bartha de Mattos Almeida, Joana El-Jaick Andrade e Alexandre Garrido*
Revisão de português: *Fabio Fisciletti*
Projeto gráfico, editorial e capa: *Márcia Carnaval*

Agradecimentos: *Valéria Reis Siqueira, Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Fundação Universitária José Bonifácio (FUB).*

APOIO: Ministério da Justiça - Secretaria da Reforma do Judiciário
A **Revista Jurídica - Faculdade Nacional de Direito - UFRJ** é um periódico semestral, arbitrado, de circulação nacional e internacional, dirigido a advogados, juristas, magistrados e profissionais de áreas afins, professores, pesquisadores e técnicos das áreas jurídicas. A revista pretende ser um instrumento de divulgação e de disseminação de produções atuais e relevantes do ensino, da pesquisa e da extensão, no âmbito do Direito e de suas áreas afins, por meio da publicação de artigos, ensaios teóricos, pesquisas científicas, resenhas de livros, comunicações e relatórios de pesquisas científicas, visando a contribuir para a consolidação da pesquisa em Direito.

Faculdade Nacional de Direito - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Rua Moncorvo Filho 8, Centro, Rio de Janeiro - RJ
CEP: 20211 - 340
Tel.: (21) 2242 - 7319
Fax: (21) 2224 - 8904 ramal:219
E-mails: revistajuridicafrd@gmail.com.br
www.direito.ufrj.br

Tiragem: 500 exemplares
CATALOGAÇÃO NA FONTE UFRJ/REDE MINERVA
Ficha catalográfica

Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. v. 1, n. 3 (Edição Especial), dez. 2008. % Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2008 - .

v. ; 23 cm.

Semestral.
ISSN 1984-0950

1. Direito – Periódicos.

CDD 340.05

Revista JURÍDICA

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Revista Jurídica - Faculdade Nacional de Direito
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
ISSN: 1984-0950

EDITOR CIENTÍFICO: Francisco Amaral
EDITOR ADJUNTO: Marcelo Araújo
EDITORES EXECUTIVOS: José Ribas Vieira e Alexandre Garrido

CONSELHO EDITORIAL:

- Professores titulares na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ
 - Francisco Amaral
 - Leonardo Greco
 - Nilo Batista
- Professores associados na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ
 - José Ribas Vieira
 - Juliana Neuenschwander Magalhães
- Professores convidados
 - Raffaele De Giorgi
(Universidade de Lecce - Itália)
 - Antônio José Avelãs Nunes
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
 - André Jean Arnaud
(Universidade de Paris)
 - Wanda Capeller
(Universidade de Toulouse)
 - Friedrich Müller
(Universidade de Heidelberg)

Revista JURÍDICA SUMÁRIO

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

[APRESENTAÇÃO] 13

[ACESSO À JUSTIÇA E METODOLOGIA DA DECISÃO
JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL] 19

Alexandre Garrido, Fernando Gama,
José Ribas, Juliana Neuenschwander,
Margarida Camargo e Noel Struchiner

1. INTRODUÇÃO 20

2. PARTE GERAL 22

2.1. Justificativa

2.2. Objetivos

2.3. Democratização e acesso à justiça

3. PARTE ESPECÍFICA 24

3.1. Metodologia

3.2. Categorias analíticas e aplicativas

3.2.1. Dogmática jurídica e interdisciplinaridade

3.2.2. Neoconstitucionalismo

3.2.3. Modelo argumentativo

4. CONCLUSÕES 31

Referências bibliográficas 33

[A FUNÇÃO LEGISLATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E OS PARTIDOS POLÍTICOS] 35

Alexandre Garrido, Fernando Gama,
José Ribas, Juliana Neuenschwander,
Margarida Camargo e Noel Struchiner

1. INTRODUÇÃO 36

2. HISTÓRICO DOS CASOS 39

2.1. Verticalização

2.1.1. ADI n° 2.626-7/2002

2.1.2. ADI n° 3.685-8/2006

2.2. Cláusula de barreira

2.3. Fidelidade partidária

3. QUADRO DAS DECISÕES DO STF 50

SOBRE A QUESTÃO PARTIDÁRIA (2002-2007)

4. ANÁLISE DO CASO DIFÍCIL DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA 52

4.1. A judicialização da política e o ativismo judicial

5. NEOCONSTITUCIONALISMO, MINIMALISMO E DEMOCRACIA 55

6. INTERPRETAÇÃO E DECISÃO DO CASO DIFÍCIL DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA	63
6.1. Formalismo	
6.2. O problema da mudança na interpretação da Constituição	
7. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DA DECISÃO	70
8. CONCLUSÕES	72
Referências bibliográficas	76

[ANEXO A]

MAPEAMENTO DAS REFORMAS LEGISLATIVAS DECORRENTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004	79
Marcus Firmino Santiago	

1. INTRODUÇÃO	79
2. OBJETIVOS PERSEGUIDOS COM A REFORMA LEGISLATIVA	80
3. REGULAMENTAÇÃO DA EC Nº 45/2004	82
4. DISPOSITIVOS DEPENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO MEDIANTE EDIÇÃO DE LEI DE INICIATIVA DO PODER JUDICIÁRIO, SEGUNDO A COMISSÃO MISTA ESPECIAL PARA REFORMA DO JUDICIÁRIO	83
4.1. Iniciativa do STF	
4.2. Iniciativa do TST	
4.3. Iniciativa dos Tribunais de Justiça dos Estados	
5. DISPOSITIVOS DEPENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO MEDIANTE EDIÇÃO DE LEI DE INICIATIVA DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA, SEGUNDO A COMISSÃO MISTA ESPECIAL PARA REFORMA DO JUDICIÁRIO	85
6. “PACOTE” DE MEDIDAS INFRACONSTITUCIONAIS	85
6.1. Processo Trabalhista	
6.2. Processo Civil	
6.3. Processo Penal	
6.4. Outros projetos relevantes	
7. CONCLUSÕES	92

[ANEXO B]

PROPOSTA DE ESTRUTURAÇÃO DO OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA	93
Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas, Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner	
1. INTRODUÇÃO	94
2. PROPOSTA DE ESTRUTURAÇÃO DO OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA	94

[ANEXO C]

**ORGANOGRAMA DE ESTRUTURAÇÃO
DO OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA**

97

Alexandre Garrido, Fernando Gama,
José Ribas, Juliana Neuenschwander,
Margarida Camargo e Noel Struchiner

[O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E A FORÇA NORMATIVA DOS FATOS]

99

Alexandre Garrido, Fernando Gama,
José Ribas, Juliana Neuenschwander,
Margarida Camargo e Noel Struchiner

1. INTRODUÇÃO	100
2. GRÁFICO DE ANÁLISE METODOLÓGICA	101
3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OS SENTIDOS DO ATIVISMO JUDICIAL	103
4. HISTÓRICO DOS CASOS	106
4.1. ADI nº 1881 - AL (Caso Jequiá da Praia)	
4.2. ADI nº 2240 - BA (Caso Luis Eduardo Magalhães)	
4.3. ADI nº 3489 - SC (Caso Vila Arlete)	
4.4. Quadro Comparativo	
5. INTERPRETAÇÃO E DECISÃO DOS CASOS SOBRE OS MUNICÍPIOS	113
5.1. Pragmatismo	
5.2. ADI nº 2240-7: voto do ministro Eros Grau e a força normativa dos fatos	
5.3. ADI nº 3489-8: voto do ministro Gilmar Mendes e a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade	
5.4. Formalismo	
6. CONCLUSÕES	127
Referências bibliográficas	129

[JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ENTRE
O RESPEITO AO LEGISLADOR E O ATIVISMO JUDICIAL -
O ARTIGO 5º DA LEI Nº 11.105/05]

131

Alexandre Garrido, Fernando Gama,
José Ribas, Juliana Neuenschwander,
Margarida Camargo e Noel Struchiner

1. INTRODUÇÃO	132
2. HISTÓRICO	133
2.1. Ministro Ayres de Britto e o respeito ao legislador	
2.2. Ministra Cármen Lúcia e o direito à vida	
2.3. Ministro Cezar Peluso e a busca do controle da manipulação dos embriões	
2.4. Ministra Ellen Gracie e a função minimalista do STF	
2.5. Ministro Eros Grau e o bloco de constitucionalidade	
2.6. Ministro Gilmar Mendes: ativismo judicial e representação argumentativa dos cidadãos	
2.7. Ministro Marco Aurélio Mello e a função do STF como legislador negativo	

2.8. Ministro Ricardo Lewandowski: sociedade de risco, internacionalização e direitos humanos	
3. A SOCIEDADE DE RISCO E O CASO DAS CÉLULAS-TRONCO	149
3.1. Formulação teórica e questionamentos	
3.2. Construção jurisprudencial da teoria do risco no STF	
3.3. Sociedade de risco e acesso à justiça	
4. A CRIAÇÃO DO DIREITO E O MITO DO LEGISLADOR NEGATIVO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	151
4.1. Premissa: inexistência de uma resposta correta	
4.2. Classificação das decisões no processo constitucional	
5. DECISÕES CRIATIVAS	157
5.1. Interpretação conforme à Constituição	
5.2. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto	
5.3. Atuação positiva como combate à ineficácia da Constituição	
5.4. Atuação positiva sem limites	
5.5. Resultado	
6. O CASO DOS EMBRIÕES SOB A PERSPECTIVA PRAGMATISTA	162
7. CONCLUSÕES	164
Referências bibliográficas	167
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	171

Revista JURÍDICA CONTENTS

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

[PRESENTATION]

15

[ACCESS TO JUSTICE AND METHODOLOGY OF THE LEGAL DECISION AT THE FEDERAL SUPREME COURT]

19

Alexandre Garrido, Fernando Gama,
José Ribas, Juliana Neuenschwander,
Margarida Camargo e Noel Struchiner

1. INTRODUCTION	20
2. GENERAL PART	22
2.1. Justification	
2.2. Objectives	
2.3. Democratization and access to justice	
3. SPECIFIC PART	24
3.1. Methodology	
3.2. Analytical and applicatory categories	
3.2.1. Legal dogmatic and the interdisciplinarity	
3.2.2. Neoconstitutionalism	
3.2.3. The argumentative pattern	
4. CONCLUSIONS	31
Bibliographical references	33

[SUPREME COURT'S LEGISLATIVE FUNCTION AND THE POLITICAL PARTIES]

35

Alexandre Garrido, Fernando Gama,
José Ribas, Juliana Neuenschwander,
Margarida Camargo e Noel Struchiner

1. INTRODUCTION	36
2. HISTORICAL OF THE CASES	39
2.1. Verticalization	
2.1.1. ADI n. 2626-7 (2002)	
2.1.2. ADI n. 3685-8 (2006)	
2.2. Barrier Clause	
2.3. Party Loyalty	
3. FRAMEWORK OF FEDERAL SUPREME COURT'S DECISIONS ON THE PARTISAN ISSUE (2002-2007)	50
4. ANALYSIS OF THE PARTY LOYALTY'S HARD CASE	52
4.1. The judicialization of politics and judicial activism	
5. NEOCONSTITUTIONALISM, MINIMALISM AND DEMOCRACY	55

6. INTERPRETATION AND DECISION OF THE PARTY LOYALTY HARD CASE	63
6.1. Formalism	
6.2. The Problem of Change in the Interpretation of the Constitution	
7. ANALYSIS OF THE ELEMENTS OF THE DECISION	70
8. CONCLUSIONS	72
Bibliographical references	76

[EXHIBIT A]	
MAPPING OF LEGISLATIVE REFORMS ARISING FROM THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 45/2004	79
Marcus Firmino Santiago	
1. INTRODUCTION	79
2. OBJECTIVES PURSUED WITH THE LEGISLATIVE REFORM	80
3. REGULATION'S OF THE CONSTITUTIONAL AMENOMENT N. 45/2004	82
4. REGULATION'S DEPENDENT DEVICES THROUGH THE EDITION FROM JUDICIARY'S INITIATIVE LAW, ACCORDING TO THE SPECIAL COMMISSION WITH MEMBERS FROM BOTH HOUSES FOR THE JUDICIARY REFORM	83
4.1. Federal Supreme Court's Initiative	
4.2. High Tribunal for the Labor Law's Initiative	
4.3. Seconds Instances of the States Justices' Initiative	
5. REGULATION'S DEPENDENT DEVICES THROUGH THE EDITION FROM THE GENERAL ATTORNEY'S INITIATIVE LAW, ACCORDING TO THE SPECIAL COMMISSION WITH MEMBERS FROM BOTH HOUSES FOR THE JUDICIARY REFORM	85
6. "PACKAGE" OF CONSTITUTIONAL DERIVATIVE MEASURES	85
6.1. Labor Legislation Process	
6.2. Civil Process	
6.3. Criminal Process	
6.4. Other relevant projects	
7. CONCLUSIONS	92

[EXHIBIT B]	
PROPOSAL FOR STRUCTURING THE BRAZILIAN JUSTICE OBSERVATORY	93
Alexandre Garrido, Fernando Cama, José Ribas, Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner	
1. INTRODUCTION	94
2. PROPOSAL FOR STRUCTURING THE CENTER FOR THE BRAZILIAN JUSTICE	94

[EXHIBIT C]

ORGANIZATION CHART ON THE STRUCTURE
OF THE BRAZILIAN JUSTICE OBSERVATORY

97

Alexandre Garrido, Fernando Gama,
José Ribas, Juliana Neuenschwander,
Margarida Camargo e Noel Struchiner

[THE SUPREME FEDERAL COURT
AND THE FACTS' LAW ENFORCEMENT]

99

Alexandre Garrido, Fernando Gama,
José Ribas, Juliana Neuenschwander,
Margarida Camargo e Noel Struchiner

1. INTRODUCTION	100
2. GRAPHIC OF METHODOLOGICAL ANALYSIS	101
3. POLITICS JUDICIALIZATION AND THE VERSIONS OF JUDICIAL ACTIVISM	103
4. THE HISTORICAL OF THE CASES	106
4.1. ADI n. 1.881 - AL (Jequiá da Praia case)	
4.2. ADI n. 2.240 - BA (Luis Eduardo Magalhães case)	
4.3. ADI n. 3.489 - SC (Vila Arlete case)	
4.4. Comparative chart	
5. INTERPRETATION AND DECISION ON THE CITIES'S HARD CASES	113
5.1. Pragmatism	
5.2. ADI n. 2.247-7: the minister Eros Grau's vote and the fact's law enforcement	
5.3. ADI n. 3.489-8: the minister Gilmar Mendes and the unconstitutionality without nullity pronouncement	
5.4. Formalism	
6. CONCLUSIONS	127
Bibliographical References	129

[CONSTITUTIONAL JURISDICTION: BETWEEN THE RESPECT
TO THE LEGISLATOR AND THE JUDICIAL ACTIVISM -
THE 5TH ARTICLE OF LAW N. 11.105/05]

131

Alexandre Garrido, Fernando Gama,
José Ribas, Juliana Neuenschwander,
Margarida Camargo e Noel Struchiner

1. INTRODUCTION	132
2. HISTORIC	133
2.1. The minister Ayres de Brito and the respect to the legislator	
2.2. The minister Cármen Lúcia and the right to life	
2.3. The minister Cezar Peluso and the search for the embryonary control manipulation	
2.4. The minister Ellen Gracie and the STF's minimalist function	
2.5. The minister Eros Grau and the constitutionality block	
2.6. The minister Gilmar Mendes: the judicial activism and the citizen's argumentative representation	
2.3. The minister Marco Aurélio Mello and the STF's function as negative legislator	
2.5. The Minister Ricardo Lewandowski: risk society, internationalization and human rights	

3. THE RISK SOCIETY AND THE STEM CELLS'S CASE	149
3.1. Theoretical formulation and subjects	
3.2. Jurisprudential construction of the risk theory in the Supreme Federal Court	
3.3. Risk society and the access to justice	
4. THE CREATION OF THE LAW AND THE MYTH OF THE NEGATIVE LEGISLATOR IN THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION.	151
4.1. Premise: inexistence of a correct answer	
4.2. Classification of the decisions in the constitutional process	
5. CREATIVE DECISIONS	157
5.1. The interpretation recordingly to the Constitution	
5.2. Declaration of partial unconstitutionality without text reduction	
5.3. Positive action as opposition to the inefficacy of the Constitution	
5.4. Positive action without limits	
5.5. Results	
6. THE STEM CELLS' CASE UNDER A PRAGMATIC PERSPECTIVE	162
7. CONCLUSIONS	164
Bibliographical references	167
PUBLISHING RULES	171

Revista JURÍDICA

APRESENTAÇÃO

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

A REVISTA JURÍDICA DA UFRJ, em seu terceiro número, traz uma edição especial com a publicação dos resultados do *Projeto Dossiê Justiça: Uma Proposta de Observação da Constituição e da Democracia no Brasil*, trabalho desenvolvido com o apoio da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB). O Conselho Editorial da REVISTA JURÍDICA acredita que esse número contribuirá, de um ponto de vista metodológico, para o debate sobre a institucionalização de um Observatório da Justiça Brasileira, assim como para o fortalecimento da política de fomento à pesquisa no âmbito da Faculdade Nacional de Direito.

O *Projeto Dossiê Justiça*, iniciado em setembro de 2006 com o propósito de estudar as interfaces do acesso à justiça, foi concluído no final de agosto de 2008. Nesse período, o grupo composto por pesquisadores e professores da Faculdade Nacional de Direito concentrou-se na análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos constitucionais difíceis, procurando destacar os efeitos da atuação do STF sobre o processo democrático e sobre a ampliação do acesso à justiça. Neste primeiro estudo, foram privilegiados três casos que abordam questões políticas, morais e científicas complexas: a fidelidade partidária, a criação de municípios e a pesquisa científica com células-tronco embrionárias.

Os resultados obtidos pelo *Projeto Dossiê Justiça* demonstraram que os processos coletivos de elaboração de estudos como esses são valorosos para todas as instituições envolvidas. Ganha o STF, pois obtém um diagnóstico preciso sobre as repercussões jurídicas e sociais de sua prestação jurisdicional; e ganha a Universidade, que con-

solida a importância de sua política de pesquisa, fortalecendo, assim, o seu Programa de Pós-graduação em Direito e o intercâmbio acadêmico com outras instituições públicas de ensino superior.

Por fim, expressamos o agradecimento à Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça pelo apoio financeiro concedido, e o reconhecimento da valiosa parceria entre os professores e pesquisadores dos cursos de Direito das universidades federais do Rio de Janeiro (UFRJ) e de Brasília (UnB).

*Alexandre Garrido, editor;
Margarida Camargo e José Ribas, coordenadores*

Revista JURÍDICA

PRESENTATION

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

THE LAW JOURNAL OF THE UFRJ, in its third number, brings a special edition containing the publication of the results obtained in the *Project Justice Report: an Observation Proposal of the Constitution and the Democracy in Brazil*, which was a work developed with the support of the Secretariat of the Judiciary Reform, associated to the Ministry of Justice, in partnership with the University of Brasilia (UnB). The Publishing Council of The LAW JOURNAL believes this number will contribute, from a methodological point of view, to the debate for the institutionalization of a Brazilian Justice Observatory, as well as to strengthen the policy of the research promotion in the scope of the National Law School.

The *Project Justice Report*, initiated in September 2006 with the purpose of studying the interfaces of the access to justice, was concluded at the end of August 2008. On that period, the group composed of researchers and professors of the National Law School remained concentrated in the analysis of the Supreme Federal Court (STF) rulings in hard constitutional cases, intending to emphasize the effects of the STF's performance over the democratic process and the improvement of the access to justice. In this first study, three cases that approach complex political, moral and scientific subjects have been privileged: the party loyalty, the creation of cities and the scientific research with embryonnary stem cells.

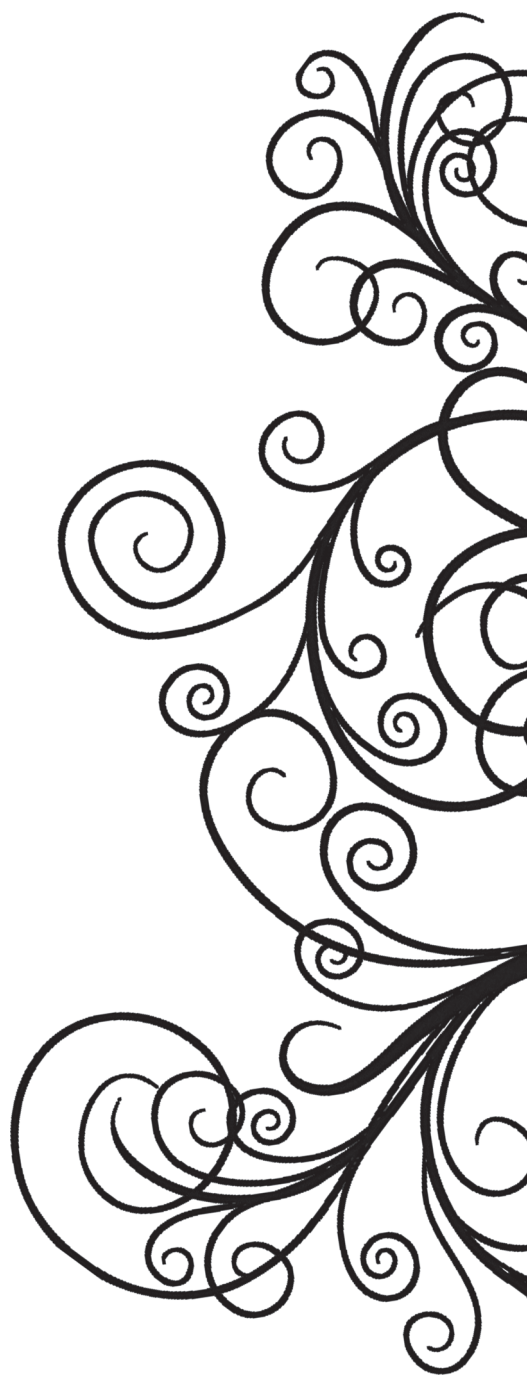
The results achieved by *Project Justice Report* established that the collective processes of studies' elaboration as these are extremely important for all the involved institutions. The STF gains, as it obtains a precise diagnosis on the juridical and social reper-

cussions of its juridical activities; and the University gains, once it consolidates the importance of its research policy, solidifying, thus, its Post-graduation Program in Law studies and the academic exchange with other public institutions of superior education.

At last, we express our gratitude to the Secretariat of the Judiciary Reform associated to the Ministry of Justice for the financial support granted and to the recognition of the valuable partnership between the professors and researchers of the Law School courses from the federal universities of Rio de Janeiro (UFRJ) and Brasilia (UnB).

Alexandre Garrido, publisher;

Margarida Camargo e José Ribas, coordinators





[Acesso à Justiça e Metodologia da Decisão Judicial no Supremo Tribunal Federal]*

Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas,
Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner**

Resumo: A pesquisa objetiva analisar importantes decisões do Supremo Tribunal Federal no campo dos casos difíceis, segundo as definições propostas por Ronald Dworkin e Herbert Hart. O presente estudo reveste-se de uma preocupação interdisciplinar, principalmente na perspectiva de construir uma metodologia jurídica adequada à análise de casos constitucionais difíceis a respeito das temáticas escolhidas. O quadro metodológico proposto destaca a importância da argumentação jurídica e do acesso à justiça para casos jurídicos analisados.

Palavras-chave: Casos difíceis. Metodologia do Direito. Supremo Tribunal Federal. Acesso à Justiça.

Abstract: The research aims to analyze important decisions of the Federal Supreme Court over hard cases, according to definitions proposed by Ronald Dworkin and Herbert Hart. This study has a interdisciplinary concern, mostly in the perspective of building a legal methodology in accordance to the analysis of hard constitutional cases about the themes chosen. The methodological framework that was proposed emphasizes the importance of legal argumentation and the access to justice for the understanding of the legal cases analyzed.

Keywords: Hard cases. Legal methodology. Federal Supreme Court. Access to Justice.



* Artigo desenvolvido a partir das pesquisas do *Projeto Dossiê Justiça: Uma Proposta de Observação entre Constituição e Democracia no Brasil*, na Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Participaram das pesquisas os graduandos da FND, Liana de Souza Lyrio, Vinicius Iglesias Alves de Rezende, Vítor Miguel Naked de Araújo, Pilar Schweller Carneiro de Mendonça e Daniel Bartha de Mattos Almeida, graduado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

** **Alexandre Garrido da Silva** é doutorando e mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em Direito Público.

Fernando Gama de Miranda Netto é doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF), professor adjunto do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), da Universidade Cândido Mendes e professor substituto da UFRJ.

José Ribas Vieira é doutor em Direito pela UFRJ com pós-doutoramento pela Université de Montpellier II (França). É professor titular da Universidade Federal Fluminense (UFF), professor associado da PUC-Rio. **Juliana Neuenschwander Magalhães** é doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pela Università degli Studi di Lecce (Itália). Atualmente é diretora da FND da UFRJ.

Margarida Maria Lacombe Camargo é doutora em Direito pela UGF e pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Casa de Rui Barbosa. É professora adjunta da UFRJ e do curso de Pós-graduação da UGF.

Noel Struchiner é doutor em Filosofia pela PUC-Rio e professor da mesma instituição. Foi vencedor do Prêmio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) de teses em 2006.

1. INTRODUÇÃO

O Grupo 5 do Projeto Dossiê: *Uma Proposta de Observação das Relações entre Constituição e Democracia no Brasil*, formado por professores e alunos do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) – com apoio do Ministério da Justiça (MJ), e parceria com o curso de Direito da Universidade de Brasília (UnB) – elaborou o presente trabalho, que estabelece os parâmetros de análise e permanente acompanhamento de seu objeto de estudo. Tal objeto é formado pelo conjunto de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) nos denominados “casos difíceis”. Foram adotados procedimentos teóricos e metodológicos incorporados aos instrumentais analíticos e aplicativos.

Torna-se necessário delimitar, no entanto, o entendimento sobre os *hard cases* do Direito. Os *casos difíceis* ou *casos insólitos* ocorrem no contexto jurídico e, conceitualmente, surgem a partir das investigações de Herbert Lionel Adolphus Hart (1986) e Ronald Dworkin (2000) sobre a objetividade do Direito, isto é, sobre a capacidade de o Direito de determinar apenas uma solução correta para cada caso.

O debate preserva a vivacidade original, mas é importante salientar que a expressão tem sido usada com significados diferentes em situações diversas. Torna-se necessário, por conseguinte, demarcar o uso do termo. Na presente publicação, a expressão “casos difíceis” será utilizada para fazer referência aos casos do Direito para os quais não é possível apenas uma solução correta – seja por não existir uma solução previamente estabelecida pelo ordenamento jurídico, seja por haver mais de uma possível –, ou ainda aos casos que, mesmo admitindo-se a hipótese de apenas uma solução correta, causam perplexidade à comunidade jurídica pela maneira como devem ser resolvidos. Embora ampla demais, essa definição incorpora as sugestões de Hart e de Dworkin e nos permite selecionar casos instigantes do STF para análises detalhadas.

As fontes filosóficas que produzem os casos difíceis são variadas: lacunas normativas; inconsistência no repertório de normas jurídicas; indeterminações lingüísticas; e normas incapazes de realizar seus propósitos e que deixam dúvidas sobre o tipo de fidelidade devida ao Estado de Direito. Entretanto, acredita-se que os casos difíceis tenham origem principalmente no uso de termos vagos, controversos e moralmente carregado, os quais convidam ou exigem uma leitura moral ou política dada a falta de convergência sobre sua utilização na solução de casos concretos.

Com o objetivo de conceituar o trabalho de investigação jurídica e apontar os diversos padrões apresentados pelos teóricos sobre metodologia jurídica, para a pesquisa foi considerada – como fundamento teórico-metodológico para as análises aqui elaboradas – a sistematização dos textos contidos na obra *Observar la Ley*, organizada por Christian Courtis.

Em razão do encaminhamento desta vertente do *Observatório da Justiça Brasileira* (OJB) de estabelecer como objetivo um quadro metodológico interpretativo das posições do STF, tendo como referência os casos difíceis, que possi-

bilibem uma análise de suas decisões e a forma pela qual possam contribuir para mudanças da sociedade brasileira, foram adotados os seguintes autores: Manuel Atienza (in: COURTIS, 2006, prólogo); Roberto Lara Chagoyán (ibid., p. 69-82)¹; Rafael Escudero Alday (ibid., p. 83-103)²; Christian Courtis (ibid., p. 105-156)³; e Santiago Sastre Ariza (ibid., p. 157-174)⁴. Os textos relacionados revelam a dificuldade para definir um método único, dado o pluralismo conceitual apresentado pelos autores. Têm como destinatários os pesquisadores do Direito e, como objetivo, estabelecer a tarefa do jurista: observar atenciosamente seu objeto de estudo. Tal opção mostra-se bastante diferente da postura que os juristas têm adotado atualmente, quando recorrem, com frequência, aos *argumentos de autoridade*.

Manuel Atienza apresenta duas maneiras de se entender a investigação jurídica. No primeiro enfoque, ela deve buscar melhorar o funcionamento do sistema jurídico na aplicação, interpretação e reprodução do direito. O pano de fundo, nessa perspectiva, traz à tona a ascensão de uma atitude política e institucional do Judiciário, com o objetivo de transformação social, tema a ser abordado na pesquisa e no processo de acompanhamento das decisões do STF. No segundo enfoque, a investigação jurídica atua de forma mais crítica e cética em relação ao papel transformador do Direito, e visa a desmistificar os dogmas jurídicos, mostrando sua escassa utilidade ou nenhuma legitimidade como papel reformador.

Atienza (op. cit.) aconselha a adoção do primeiro enfoque, mas numa perspectiva consciente dos riscos e limitações, chamando atenção às teorias críticas. Isso permitirá, diante do ativismo judicial⁵, avaliar a legitimidade das decisões do STF, ao considerar o contexto do Estado Constitucional, a questão da segurança jurídica e a necessidade de se efetivarem direitos.

O presente trabalho está estruturado em três partes: a primeira composta por justificativa e objetivos que compõem as atividades do OJB; a segunda, pelas metodologias; por fim, uma conclusão. Os segmentos teóricos e aplicativos deste trabalho resultaram de um processo coletivo de discussões entre seus integrantes.



¹ CHAGOYÁN, R. L. Argumentación jurídica e investigación en Derecho. In: COURTIS, C. (Org.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006, p. 69-82.

² ALDAY, R. E. Metodología jurídica y conceptos morales: una propuesta de análisis, COURTIS, op. cit., p. 83-103.

³ COURTIS, C. Introducción: El juego de los juristas, COURTIS, op. cit., p. 105-156.

⁴ ARIZA, S. S. Para ver con mejor luz una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica, COURTIS, op. cit., p. 157-174.

⁵ Utiliza-se a expressão "ativismo judicial" em um sentido amplo: compreende o papel ativo do STF na determinação do significado do texto constitucional e a sua atuação não puramente técnica, mas também política, que envolve, em outras palavras, a judicialização da política. CF. GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

2. PARTE GERAL

2.1. Justificativa

Tradicionalmente, os tribunais são vistos como instâncias de consolidação do Direito, a partir da interpretação que conferem às normas diante de casos concretos que são chamados a resolver. Muitas vezes, verifica-se que as decisões não se limitam a uma demanda específica: alcançam uma dimensão maior, política e instrumental, de conformação das práticas sociais. Assim, da simples função de estabilizar expectativas sociais mediante a conformação de práticas, os tribunais agem como atores políticos a perseguir uma melhor feição de sociedade. Essa questão acentua-se quando se considera o papel do STF: interpretar a Constituição e aplicá-la em relação aos demais poderes.

Percebe-se, então, uma crise estrutural do Direito, que, em decorrência de sua tradicional posição técnica restrita aos códigos e à doutrina, é desafiado pelas expectativas da vida e das experiências acumuladas em sociedades complexas. Reclama-se, assim, por um Direito mais efetivo que teórico, mais próximo do senso comum, sensível às diferenças, solidário e capaz de promover a inclusão social de populações marginalizadas dos limitados círculos institucionais. Ou seja: almeja-se a um Direito vivo.

No entanto, os tribunais não estão preparados para a mudança, assim como a teoria do Direito, que ainda oferece vetores de inteligibilidade da prática jurídica restritos aos princípios consensuais básicos construídos pela doutrina. Dessa forma, ganham destaque os argumentos de autoridade, capazes de conservar tais princípios, ainda que se observe algum nível de adequação às novas necessidades. Verifica-se um discurso jurídico mais preocupado em perpetuar a tradição, em vez de admiti-la como ponto de partida para a compreensão dos novos fenômenos.⁶

Este documento justifica-se, então, na medida em que procura denunciar o suposto fortalecimento do pensamento técnico e doutrinário na atuação dos tribunais, vis à vis a sua atuação política em atenção às demandas sociais. Afinal, o Direito é técnico ou político? A atuação dos tribunais é técnica ou política? E o que dizer do STF, a mais alta corte do país, encarregada de garantir o documento base da nação, fruto do acordo político fundamental?

Essas perguntas ganham maior relevância ao admitirem, como ponto de pauta da jurisdição constitucional brasileira, a oferta de um quadro social, político e econômico de estabilidade, mediante a domesticação do Poder Judiciário, em conformação com a jurisprudência superior. Note-se, neste ponto, o ativismo judicial do STF, em matéria de competência, bem como sua relação com os outros poderes, sobretudo o Legislativo.



⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 6ª ed., Petrópolis: Vozes, 2004.

2.2. Objetivos

Busca-se, com base na análise dos fundamentos dos votos dos ministros nas decisões do STF, em especial nos chamados “casos difíceis”, identificar o Supremo como ator político. Devem ser consideradas as mudanças institucionais ocorridas com a nova composição decorrente das vagas abertas após 2003, que coincidiu com a maioria eleitoral expressa nas eleições presidenciais de 2002 e com a Reforma do Judiciário, traduzida pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/04. Portanto, ficam ainda mais fortalecidas as atribuições constitucionais de nossa jurisdição, como é o caso dos institutos da súmula vinculante, Lei nº 11.417/06, e da repercussão geral, Lei nº 11.418/06. A partir da análise da prática deste tribunal, o *Grupo 5* do *OJB* buscou oferecer subsídios de caráter crítico e propositivos capazes de impulsionar reformas para a democratização e a ampliação do acesso à justiça, que está longe de ser, por si só, sinônimo de acesso ao Judiciário, mas encontra neste uma de suas vertentes mais importantes.

Outro debate proposto pelo *Grupo 5* é a relação entre o Judiciário e sociedade brasileira – em especial a interação do STF com o acesso à justiça e suas variáveis, observadas em uma sociedade partida como a nossa.⁷ Assim, não se pode ignorar que, além do contexto social indicado, há outros parâmetros para compreender e efetivar o acesso à justiça como, por exemplo, as atuais teorias do Direito Constitucional e as conseqüências de uma sociedade de risco.

2.3. Democratização e acesso à justiça

O debate original sobre o acesso à justiça, segundo Mauro Cappelletti, Bryant Garth (1988, p. 9-13)⁸, e Boaventura de Sousa Santos (1996, p. 34-42)⁹ esteve vinculado à consolidação e à crise do Estado do Bem-Estar Social. Essa noção foi recebida, no final da década de 1970 e início da década de 1980, nos seus aspectos teórico e prático, dentro de uma linha do pluralismo jurídico. No entanto, na última década do século passado, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a consolidação de novos dogmas sobrepôs-se à importância do acesso à justiça, reduzindo-o a aspectos processuais. A materialização do *OJB* é uma oportunidade efetiva de resgatar o sentido teórico e prático do acesso à justiça, além de instrumento vital de uma revolução do Direito e da justiça, possível apenas a partir de uma *revolução democrática*, capaz de impulsionar uma profunda reestruturação do Estado e da sociedade.

Este tema expressa o compromisso do *OJB* com a idéia de democracia e com um Estado em transformação. Busca-se, então, compreender o exercício do STF e identificar as linhas de equívocos e acertos em sua atuação, no que diz res-



⁷ CHOUDRY, S. Constitutionalism in divided societies. In: *International Journal of Constitutionalism Law*. Vol. 5, n. 7, 2008, p. 573-575. A publicação discute como o constitucionalismo de hoje vem enfrentando sociedades fragmentadas, com destaque para o editorial. Serve como reflexão sobre o papel do acesso à justiça na conjuntura atual.

⁸ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁹ SANTOS, B. S. et al. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *RBCS*, n. 30, 1996, ano 11, fev. SANTOS, B. S. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

peito à necessidade de inserção dos cidadãos nos processos decisórios, e que deve ocorrer com a apresentação de argumentos racionais.¹⁰

É inegável, a esta altura, a relação entre jurisdição constitucional e democracia, cerne de muitas teorias da democracia contemporânea como, por exemplo, em Habermas (1997). A atividade do STF, entretanto, esbarra no princípio da separação dos poderes ao decidir questões de ordem pública que, em outro contexto histórico, caberia aos poderes Executivo ou Legislativo solucionarem. O STF estaria, então, suprindo um vazio deixado por crises institucionais dos outros poderes. Pergunta-se, por conseguinte, se as decisões da Justiça Constitucional estão coerentes com seu papel de guardião da democracia e dos direitos fundamentais.¹¹

Na conclusão, o *Grupo 5* apresenta os seguintes questionamentos: 1) como será possível estabelecer um diálogo entre Teoria do Direito e Teoria Constitucional Contemporânea, tendo em vista o problema do acesso à justiça em seu alinhamento democrático e emancipador?; 2) é possível vencer o desafio das dificuldades de um processo de inclusão social e de solução de conflitos diante de uma sociedade na qual a noção de cidadania está diluída na fratura da segmentação social, ou ainda, diante das múltiplas identidades sociais?; 3) como é possível dar sentido prático e amplo ao acesso à justiça diante de um STF de perfil centralizador?

3. PARTE ESPECÍFICA

3.1. Metodologia

Os artigos reunidos por Courtis, em *Observar la Ley*, notadamente os de Manuel Atienza, Santiago Sastre Ariza, Roberto Lara Chagoyán, Rafael Escudero Alday e Oscar Sarlo, além do próprio Courtis, apontam para uma metodologia do Direito conforme a Teoria do Direito Contemporâneo¹², que distingue o observador interno do externo. À simples tarefa descritiva, soma-se a perspectiva interna do participante: quem vivencia o Direito como destinatário final. Com isso, os autores mostram que as justificativas do que deve ser, além do que simplesmente é, também compõem o Direito. A forma como nos referimos ao Direito ou falamos dele – como participantes, por exemplo – é suficiente para revelar uma face moral.¹³ Portanto, é na razão de decidir que devemos buscar subsídios para compreender melhor o Direito, não apenas sua dimensão teórica ou dogmática,



¹⁰ BELLO, E. Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e a atuação do STF. In: VIEIRA, J. R. (Org). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-36.

¹¹ *Ibid.*, p. 3-36.

¹² HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad.: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. HESPANHA, A. M. *O caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

¹³ Audiência pública dos embriões, realizada pelo ministro Carlos Ayres de Britto, no âmbito da ADI nº 3510.

mas também sua dimensão prática. Por outro lado, também é na razão de decidir que se pode conhecer mais a fundo a prática dos tribunais, para melhor avaliar criticamente suas funções.

Serão escolhidas algumas decisões tomadas como paradigmas do reconhecimento do papel político do STF. Entende-se como papel político o comportamento não apenas técnico ou jurídico: tal comportamento pode ser diagnosticado a partir de vivências formadoras de uma pré-compreensão do fenômeno jurídico, algo mais abrangente e experimentado, ou seja, como prática histórica.¹⁴ É, portanto, como prática histórica que se deve compreender o Direito. Daí a importância de se ressaltar sua dimensão prática, que ganha contornos pragmáticos.

É sintomática a recente classificação apresentada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2007) de *interpretação de bloqueio* e *interpretação de legitimação*.¹⁵ Não há de se falar de um sujeito interpretante de algo que não faz parte de si: sujeito e objeto dão-se mutuamente. O intérprete, por isso, experimenta e vivencia uma *situação jurídica* na qual se reconhece como ser também histórico. É de si e do seu mundo que fala.¹⁶ Assim, identifica-se facilmente a decisão recente do STF que afirmou a fidelidade partidária em um cenário de deteriorização da vida política do país. O sentimento de crise de legitimidade das instituições parlamentares é descrita por chavões como “troca-troca de partidos”, trânsfugas que procuram benefícios pessoais com a privatização de práticas políticas. O uso dos termos confirma a conotação pejorativa de uma prática distorcida de determinado ideário.

Busca-se também identificar uma nova conformação de Estado de Direito, em que a posição clássica cede lugar ao protagonismo do Poder Judiciário. São sintomáticas as declarações de parlamentares e ministros do STF de que, diante da omissão do Legislativo em legislar, cabe ao Judiciário fazê-lo quando provocado pelos que se sentem violados em seu direito subjetivo decorrente da Constituição.¹⁷ Foi o que ocorreu com o pedido de alguns partidos, por meio do instrumento do mandado de segurança (proteção de direito líquido e certo), de reaver mandatos de parlamentares que migraram para outras legendas. A questão provocou a criação da tese da fidelidade partidária, mais um ponto da Reforma Política executada pelo Judiciário.

Acrescente-se a disposição do STF em *ontologizar* o texto constitucional com suas expressões: “a Constituição é o que nós dizemos que ela é”, afirma o



¹⁴ Segundo Gadamer (2004): “O ser que compreende projeta-se no seu acontecer”.

¹⁵ O autor tem como pano de fundo de sua teoria hermenêutica problemas inerentes às atividades econômicas do Estado, como os que dizem respeito às Agências Reguladoras e os de natureza tributária. (FERRAZ, Jr. Tercio Sampaio. *Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.

¹⁶ Como referência para esta análise, vale também considerar o texto *A Nova Hermenêutica*, de Margarida Camargo, no prelo da Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, como parte da coletânea organizada por Daniel Sarmento.

¹⁷ MENDES, F. G. A Revolução Silenciosa no STF. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 18 out. 2007.

ministro Eros Grau no julgamento da Reclamação nº 4.219-QO/SP, o *Caso do Tabelião*¹⁸. A partir da distinção básica entre texto e norma, mostrada por Friedrich Müller¹⁹ (2005) e encampada pelo ministro Grau, sem discordância de seus pares, o STF, ao interpretar, legisla. Conforme declaração do ex-ministro Carlos Velloso, veiculada nos canais de televisão,²⁰ o Congresso agora não poderá decidir de forma diferente: o STF já disse o que está na Constituição. Nesse sentido, a tese da fidelidade partidária, por exemplo, não poderá ser objeto de projeto de emenda constitucional a ser votada no Parlamento.

O papel político do STF também pode ser analisado a partir dos argumentos utilizados por seus membros. É importante ressaltar, os argumentos de ordem econômica, psicológicos, além daqueles de caráter pragmático, que consideram mais os efeitos sociais da decisão do que propriamente os da norma.²¹ Como exemplo, citamos o MS nº 24.405-4²² – caso do Tribunal de Contas da União (TCU).²³ São formas que podem ser identificadas como *acesso à justiça*, na medida em que buscam elementos para a melhor compreensão do problema.²⁴ Destaca-se a participação dos *amici curiae*, por propiciarem o contato com setores sociais organizados. Como exemplo recente, a presença de biólogos na audiência pública realizada para instruir a apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.510), assim como da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e de representantes dos movimentos feministas, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54.



¹⁸ As palavras exatas do ministro são: [“a Constituição diz o que nós, juízes desta Corte, dizemos que ela diz. Nós transformamos em norma o texto escrito da Constituição. Por isso é enorme a responsabilidade que suportamos. Nós, aqui neste Tribunal, produzimos as normas que compõem a Constituição do Brasil hoje, agora. Nós é que, em derradeira instância, damos vida à Constituição, vivificamos a Constituição. E ela será do tamanho que a ela atribuímos na amplitude dos nossos juízos”].

¹⁹ MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁰ VELLOSO, C. Declaração sobre fidelidade partidária. *TV Globo*, 5/10/2007.

²¹ CAMARGO, M. Um Tribunal Federal pragmático. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 24 jul. 2007, p. A-14. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, Renovar, n. 6, 2007.

²² DUARTE, F., VIEIRA, J. R. et al. *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²³ De forma semelhante, ainda que fora do âmbito do STF, cabe considerar as bases não propriamente jurídicas sobre as quais decidiu a juíza Cláudia Maria Pereira Bastos Neiva, da 14ª Vara Federal do Rio de Janeiro, sobre a pensão concedida à viúva de Carlos Lamarca pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Considerou a juíza, naquele caso, que a concessão do benefício era incompatível com a realidade de um país carente. Conforme assinala matéria do jornal *O Globo*, de 6/10/2007, p. 17: [“Cláudia Maria cita a carência de saúde pública em padrões dignos, inclusive com incapacidade estatal de fornecer certos remédios sem ônus financeiros, a deficiência na educação pública fundamental e de nível médio, nos investimentos para saneamento básico, moradia popular e na área de segurança, sempre com a alegação de ausência de disponibilidade financeira”]. A juíza lamenta, na sentença, que o governo federal priorize seus escassos recursos para pagar indenizações dissociadas do quadro sócio-econômico do povo brasileiro. Trata-se, apenas, de um exemplo da forma de julgar, certa ou errada, amparada num contexto político.

²⁴ A perspectiva privilegiada aqui é a tópica, conforme defendida por Theodor Vieweg, em *Tópica e Jurisprudência*, ao contrário da sistemática.

3.2. Categorias analíticas e aplicativas

3.2.1. Dogmática jurídica e interdisciplinaridade

Santiago Sastre Ariza (In: COURTIS, 2006) apresenta questões importantes sobre a análise da atividade geradora da dogmática jurídica. Começa insistindo na caracterização da dogmática como um saber de finalidade prática, de maneira que seu exercício é influenciado por questões valorativas. Aborda também o fato de a dogmática poder repassar uma visão extremamente reducionista do fenômeno jurídico. Para não padecer de tal problema, tenta qualificar e a dogmática, ao estabelecer relações com análises realizadas por outras disciplinas, como a Filosofia e a Sociologia.

Os juristas deveriam, segundo Ariza, estar atentos às contribuições que outros campos podem dar ao Direito, como forma de adensamento teórico. O autor preocupa-se com o fortalecimento da fundamentação dos estudos dogmáticos. Importa-se, também, com a análise conceitual – que poderia ocorrer em um manejo cuidadoso das categorias proporcionadas pela teoria do Direito – capaz de trazer uma série de outras ferramentas para a fundamentação jurídica.

A dogmática jurídica acentua o caráter de externalidade do Direito com questões que se estabelecem de fora para dentro. A externalidade do Direito está fundamentada, segundo alguns autores, no princípio da legalidade, o qual cria uma base suficientemente forte, acabada, para ser concebido e estudado pela dogmática.

A dogmática tem papel importante, pois contribui para reconstruir e melhorar o Direito, além de facilitar a sua aplicação: não exerce apenas funções descritivas, mas participa do processo de reconstrução, baseado em interpretações e comportamentos. Explica o autor: “A la dogmática no le interesa solamente conocer el derecho, sino explicarlo y estudiarlo a la luz de su dimensión práctica, ya que se crea com la finalidad de cambiar la realidad” (ARIZA, in: COURTIS, 2006, p. 157-174). Portanto, cabe à dogmática examinar se o Direito cumpre seus objetivos: se é aplicado para solucionar conflitos de forma eficaz, prover serviços, distribuir bens, etc. –, portanto, o seu aspecto prático.

Christian Courtis (op. cit. p. 105-156), aborda a dogmática jurídica contemporânea, caracterizada por um gradual reconhecimento dos supostos axiológicos, a partir dos quais se realiza tanto a reconstrução do ordenamento normativo como a proposta de soluções interpretativas em casos problemáticos. A orientação político-axiológica da dogmática manifesta-se de forma clara quando apresenta propostas de modificação do ordenamento jurídico. No entanto, a dogmática só parte para a discussão no plano axiológico quando considera não ser possível elaborar o tratamento de um problema no plano da semântica, lógica ou sistêmica.

Dentre as tarefas desempenhadas pela dogmática, destacam-se:

a) uma expositiva, ordenadora e sistematizadora, relevante para a formulação de teorias;

b) uma de orientação descritiva (*de lege lata*), que se caracteriza por identificar problemas interpretativos no Direito Positivo vigente e propor soluções adequadas, derivadas deste Direito.

c) uma de orientação crítico-prescritiva (*de lege ferenda*), que postula que a melhor solução implica não a interpretação, mas a modificação do Direito Positivo vigente. O sentido desta função é propor o abandono da regra vigente e sua substituição por uma nova.

d) uma que recai sobre as sentenças judiciais, e não mais sobre as normas, e consiste em sistematizar, interpretar e criticar as sentenças. Note-se que as três tarefas anteriores recaem sobre as sentenças havendo apenas uma troca de objeto, que antes eram as normas.

Sobre a última tarefa, Courtis mostra que os juristas cometem o erro de analisar somente a sentença final, como se ela fosse auto-suficiente. Assim, eles não observam o processo como um todo, não conseguindo ter noção da totalidade dos motivos que levaram o tribunal àquela decisão. Por essa razão, a proposta do OJB é analisar o fundamento dos votos dos ministros nas decisões judiciais do STF, assim como o histórico de decisões em casos semelhantes.

A investigação jurisprudencial deve partir, primeiro, da escolha das decisões ou do conjunto de decisões analisadas. Essa escolha poderá ocorrer por vários modos ou critérios, como o posicionamento de determinado tribunal sobre uma mesma matéria, as tendências dos juízes, os direitos fundamentais e a efetivação dos direitos das minorias pelo STF, etc. O segundo passo da investigação jurisprudencial é definir a orientação que se pretende dar ao trabalho, ou seja, qual a intenção predominante para a análise das decisões judiciais. O autor propõe algumas orientações:

a) descrevê-las e sistematizá-las, a fim de selecionar e expor os critérios de decisão dos tribunais;

b) identificar problemas interpretativos nas sentenças analisadas, esclarecer seu sentido e projetar suas conseqüências para casos futuros (investigação *de sententia lata*);

c) considerar que a sentença judicial tem sido equivocada e que deve ser corrigida para casos futuros (orientação *sententia ferenda*);

d) nesta investigação, aceitar que a sentença constitua uma aplicação justificada das normas que regem o caso. Porém, o que o dogmático não aceita é a adequação do resultado desta aplicação. Ele utiliza as decisões judiciais para demonstrar a necessidade de introduzir uma modificação no Direito vigente (esta orientação funciona como sustentação de uma proposta de *lege ferenda*).

Definidos o objeto e a orientação do trabalho, é necessário decidir quais fontes serão relevantes e úteis para executá-lo, e que tipo de análise atenderá à questão proposta.

Para estas tarefas, a dogmática recorre, principalmente, à História, ao Direito Comparado, à jurisprudência e à doutrina como fontes de investigação e de métodos como a análise de linguagem, lógica, sistemática, ideológica e empírica.

3.2.2. Neoconstitucionalismo

Rafael Escudero Alday (in: COURTIS, 2006, p. 83-103) aborda a questão do neoconstitucionalismo, a incorporação da moral no Direito, já mencionado anteriormente por Ariza, e ressalta que esta corrente transformou toda a metodologia jurídica.

Os princípios morais, entretanto, pertencentes à zona de penumbra, têm difícil delimitação de conteúdo, já que seus conceitos são indeterminados e não deixam claro as finalidades que, conseqüentemente, dificultam a pretensão de aquisição de conhecimento do investigador. A atividade de desenvolvimento de tais conceitos compete ao juiz e ao legislador, cada um utilizando as referências morais – doutrina – de seus órgãos jurídicos. Ressalva-se que tais referências não serão as mesmas, já que o legislador possui uma liberdade maior para decidir que o juiz constitucional. Cabe ao investigador analisar o caminho seguido pela autoridade jurídica na hora de desenvolver tais princípios de valores morais.

Em sua atividade, o legislador deve ajustar-se ao teor literal do estabelecido no preceito constitucional, mesmo que muitas vezes o texto, pela sua indeterminação, não consiga impor limites nítidos. O investigador deve estar atento às variáveis que guiam e limitam a ação do legislador para que possa oferecer a reconstituição mais fiel possível do trabalho legislativo em interpretar e desenvolver conceitos morais. As normas jurídicas devem ser criadas e interpretadas de acordo com uma hipotética moral objetiva ou com uma moral social, o que acarreta metodologias distintas, assim como conclusões divergentes. O legislador tenta fundamentar sua decisão tanto na moral objetiva quanto na social, já que terá, assim, melhor argumento e maior aceitação que com a exposição de jus-tificativas políticas. Esses critérios são seguidos pelo legislador no desenvolvimento desses tipos de conceitos.

No caso do juiz constitucional, Alday afirma que, por trás de sua aparente formalidade e objetividade, se esconde uma distorção, já que, diante de normas vagas e pouco claras, o tribunal constrói – preenchendo lacunas – por meio de sua jurisprudência, o conteúdo desses preceitos constitucionais, sendo seu trabalho mais criativo do que se poderia imaginar. Assim, os juízes e tribunais estão inevitavelmente configurando conceitos constitucionais anteriormente indeterminados. Em muitos sistemas jurídicos, isso acarreta a sujeição do juiz à sua própria jurisprudência, como aspectos que devem ser respeitados em sua criação normativa. Entretanto, nada impede que o próprio tribunal mude sua doutrina de acordo com as modificações sociais, sendo a sujeição do juiz relativa e não absoluta na hora de sua criação. Ao interpretar e desenvolver esses tipos

de conceitos, o juiz constitucional justifica sua decisão em preceitos constitucionais, assim como em sua própria jurisprudência.

Em razão dos conceitos morais, Alday afirma que, tanto o legislador quanto o juiz constitucional incorporam suas próprias crenças morais ao valorar as leis. Segundo ele, ambos procuram justificar sua decisão na moral objetiva ou social. Isso permitiria que o legislador se desenvolvesse de acordo com seu critério político, enquanto que ao juiz seria concedido um poder enorme e insuportável, visto que poderia impor sua concepção moral à do legislador, que na democracia representa a soberania popular.

O autor salienta que o investigador do Direito não pode se conformar com a argumentação do juiz e do legislador quando ela é considerada incorreta – validade de normas inválidas. Deve, ao contrário, questioná-la e denunciar seus erros para encontrar os fundamentos reais segundo o estudo crítico do investigador, contrapondo-se ao positivismo ideológico.

Escudero Alday realiza uma reflexão sobre o melhor sistema jurídico: aquele com cláusulas vagas, que deixam uma margem de discricionariedade às autoridades jurídicas; ou aquele cuja finalidade das normas esteja mais clara, afastando a moral e garantindo a segurança jurídica. Conclui que a opção deve se basear na realidade institucional e ressalta que a metodologia jurídica não deve se limitar ao estudo e à análise das normas jurídicas, mas abrir-se à realidade que cerca e configura tais normas.

3.2.3. Modelo argumentativo

Roberto Lara Chagoyán (COURTIS, 2006, p. 69-82), em *Argumentación Jurídica e Investigación em Derecho*, apresenta a proposta de Manuel Atienza, de um Direito com uma visão mais instrumental, pragmática e dinâmica, considerando-o como argumentação. Tal proposta seria de grande importância para a resolução de casos de maior complexidade, que afirma localizarem-se na chamada “zona de penumbra”.

O modelo argumentativo difere do tradicional, uma vez que exige a elaboração de uma tese fortalecida mediante a submissão a uma antítese, tornando-a, portanto, mais consistente. Esse processo garante uma originalidade do argumento e contribui diretamente para o projeto de um observatório, já que tem como um dos objetivos a análise da consistência dos argumentos presentes na fundamentação dos votos dos ministros do STF.

Vale destacar o aspecto de um modelo reconstrutivo, ligado a uma releitura, sob filtro moral, dos argumentos consolidados, com foco no caso prático. A mera importação de teses nem sempre a torna capaz de solucionar um problema prático: pode estabelecer, no máximo, suas linhas gerais, além de não esclarecer a “zona de penumbra”.

É necessário, entretanto, buscar conteúdo nos argumentos, em detrimento da repetição de teses e citações. A instrumentalidade da argumentação visa a uma integração com os métodos tradicionais, com o objetivo de tornar os enfoques sociológico, estrutural ou valorativo capazes de resolver os casos mais difíceis.

Este trabalho teve como objetivo apresentar aspectos desse método, com a finalidade de utilizá-lo ao longo do processo de elaboração da pesquisa. Deste modo, considerando as decisões do STF, o modelo argumentativo poderá ser utilizado para sistematizar as teses defendidas pelos ministros, tentando identificar suas tendências teóricas, ou seja, suas concepções sobre o Direito e sobre o papel do Judiciário e do STF, em particular.

Conforme estabelecido no projeto institucional do OJB, o objeto de estudo serão os fundamentos dos votos dos ministros do STF em casos difíceis, que demonstram o ativismo judicial e uma atmosfera de insegurança e falta de legitimidade, na medida em que suas decisões trazem à tona a luta política entre os poderes Legislativo e Judiciário.²⁵

Delimitado o problema, Chagoyán (Ibid., p. 69-82) faz uma distinção entre o contexto de descobrimento – ou seja, a atividade do investigador relativa à enunciação do problema em estudo – e o contexto de justificação, ou seja, a atividade suscetível de análise lógica, regida pelas regras do método científico.

Outra questão refere-se à diferenciação entre razões explicativas, relativas aos motivos, antecedentes causais das ações, e razões justificativas, que servem para valorar essas ações. Nesse sentido, Chagoyán apresenta o modelo de Stephen Toulmin (2001), que auxilia o investigador a desenvolver uma pesquisa consistente. Para tal, deve-se trabalhar com uma *pretensão (tesis de la tesis)*, que, por sua vez, é apoiada pelas *razões*, que seriam as diversas perspectivas de análise do problema. Deve-se utilizar, entretanto, a *garantía*, que é a exposição das fontes doutrinárias e do Direito Comparado. Por último, o modelo de Toulmin alerta para a necessidade de buscar o *respaldo*, ou seja, a construção de uma análise crítica sobre o que foi exposto como garantia.

Outro aspecto interessante diz respeito ao fortalecimento do resultado final do trabalho, para prevenir ataques às soluções oferecidas ao término da pesquisa. Para isso, é necessário justificar cada solução e, na revisão, eliminar as hipóteses de fraca sustentação ou de falta de sentido. Após o processo, a pesquisa realizada apresentará maior credibilidade como fonte de referência para os operadores do Direito.

4. CONCLUSÃO

É desnecessário falar sobre a relevância das reflexões desta obra organizada por Curtis (2006), ao constatarmos a postura de ministros do STF que fundamentam suas decisões com termos sofisticados e categorias articuladas num discurso argumentativo.



²⁵ CAMARGO, M. L. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 133.

A atuação do STF, preocupado em garantir direitos fundamentais, muitas vezes esbarra não só no quadro acima esboçado, como também em questões políticas. Por consequência, não se pode descartar o propósito de compreender se, nas suas motivações, não haveria um excesso, com a interferência nas funções dos outros dois poderes. Como guarda da Constituição, seria realmente legítimo questionar o fato de a jurisdição constitucional proferir sempre a última palavra, como preconiza, aliás, o caput do artigo 102 do Texto Maior?

Nesse horizonte teórico e prático, demarcado no compromisso com o efetivo acesso à justiça, o papel dos investigadores deve recair sobre o objeto das decisões dos casos difíceis julgados pelo STF. Definiu-se, como orientação fundamental, buscar a intenção predominante para a análise dessas decisões judiciais e encontrar uma lógica na fundamentação destas, realizando análise crítica da consistência dos argumentos apresentados. Discutiu-se, também, a legitimidade desse ativismo judicial, já que o acesso da sociedade ao STF é restrito.

Não se perdeu de vista que a análise do acesso à justiça deverá ser privilegiada com relação à necessidade da inserção dos cidadãos no processo decisório. A análise deve considerar se a fundamentação das decisões do STF está de acordo com a função justificativa que legitima a sua autoridade ao efetivar ou negar direitos²⁶, de modo a favorecer um quadro denominado por Boaventura de Sousa Santos como “materialização de uma cultura democrática”(2007).



¹⁹ MENDONÇA, G. P. S. Cidadania multicultural e os novos desafios para a ordem constitucional. In: VIEIRA, J. R. (Org.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87-105.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELLO, E. *Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e a atuação do STF*. In: VIEIRA, J. R. (Org). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-36
- CAMARGO, M. Um Tribunal Federal pragmático. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 24 jul. 2007, p. A-14.
- _____. Fundamentos filosóficos do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 6, 2007.
- _____. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 133.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CHOUDRY, S. Constitutionalism in divided societies. *International Journal of Constitutionalism Law*. Vol. 5, n. 7, 2008, p. 573 - 575.
- COURTIS, C. *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.
- DUARTE, F.; VIEIRA, J. R. et al. *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GADAMER, H-G. *Verdade e método*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- HESPANHA, A. M. *O caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MENDES, F. G. A Revolução Silenciosa no STF. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 18 out. 2007.
- MENDONÇA, G. P. S. *Cidadania multicultural e os novos desafios para a ordem constitucional*. In: VIEIRA, J. R. (Org). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87-105.
- MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SANTOS, B. S. et al. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *RBCS*, n. 30, ano 11, fev. 1996.
- _____. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- VELLOSO, C. Declaração sobre fidelidade partidária. *TV Globo*, 5 out. 2007.



[A Função Legislativa do Supremo Tribunal Federal e os Partidos Políticos]*

Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas,
Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner**

Resumo: A discussão sobre o tema da fidelidade partidária (MS nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604) mereceu um tratamento analítico de acordo com a metodologia proposta no âmbito da pesquisa. Procedeu-se à sua contextualização de acordo com as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da verticalização das coligações partidárias e da cláusula de barreira. O caso difícil da fidelidade partidária foi analisado tendo em vista as variáveis do ativismo judicial, do formalismo e do pragmatismo jurídicos. Por fim, foi possível verificar que o STF decidiu ratificar a solução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no sentido de se definir um marco temporal para a proibição da migração partidária injustificada.

Palavras-chave: Partidos políticos. Fidelidade partidária. Democracia e Constituição.

Abstract: The discussion about Party Loyalty (MS nº 26.602, nº 26.603 and nº 26.604) deserved an analytical treatment according to the methodology suggested in researching. In this way, the procedure was to make the contextualization of this theme with the decisions of the Federal Supreme Court over the verticalization of party coalitions and the barrier clause. The hard case of party loyalty was analyzed over the variables of judicial activism, legal formalism and legal pragmatism. Finally, it was possible to verify that Supreme Federal Court decided to ratify the solution of the Superior Electoral Court, to define a time frame for the prohibition of unjustified partisan migration.

Keywords: Political parties. Party loyalty. Democracy and Constitution.



* Artigo desenvolvido a partir das pesquisas do *Projeto Dossiê Justiça: Uma Proposta de Observação entre Constituição e Democracia no Brasil*, na Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Participaram das pesquisas os graduandos da FND, Liana de Souza Lyrio, Vinicius Iglesias Alves de Rezende, Vítor Miguel Naked de Araújo, Pilar Schweller Carneiro de Mendonça e Daniel Bartha de Mattos Almeida, graduado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

** **Alexandre Garrido da Silva** é doutorando e mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em Direito Público.

Fernando Gama de Miranda Netto é doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF), professor adjunto do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), da Universidade Cândido Mendes e professor substituto da UFRJ.

José Ribas Vieira é doutor em Direito pela UFRJ com pós-doutoramento pela Université de Montpellier I (França). É professor titular da Universidade Federal Fluminense (UFF), professor associado da PUC-Rio. **Juliana Neuenschwander Magalhães** é doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pela Università degli Studi di Lecce (Itália). Atualmente é diretora da FND da UFRJ.

Margarida Maria Lacombe Camargo é doutora em Direito pela UGF e pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Casa de Rui Barbosa. É professora adjunta da UFRJ e do curso de Pós-graduação da UGF.

Noel Struchiner é doutor em Filosofia pela PUC-Rio e professor da mesma instituição. Foi vencedor do Prêmio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) de teses em 2006.

1. INTRODUÇÃO

A temática do acesso à justiça comporta uma pluralidade de abordagens elaboradas por diferentes disciplinas, cada qual com suas particularidades metodológicas. No Brasil, o tema constitui, desde a década de 60, um dos principais objetos de investigação pelos sociólogos do Direito, acompanhados, nas décadas seguintes, pelos processualistas. Recentemente, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou também a ser estudado pelos constitucionalistas preocupados com a questão da efetividade das normas constitucionais, especialmente dos direitos difusos, coletivos e sociais. Para além do campo teórico do Direito, este assunto também é estudado por cientistas sociais por intermédio de diferentes orientações metodológicas.

O direito fundamental de acesso à justiça possui, diante da complexidade de seu objeto e de suas múltiplas abordagens, diferentes significados. Os distintos enfoques construídos tendem a destacar ora uma dimensão mais sociológica da questão ora um viés mais procedimental do problema. Cabe mencionar algumas definições que contribuirão para a delimitação e problematização do presente tema. Neste sentido, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), o enfoque do acesso à justiça determina dois objetivos básicos para o sistema jurídico: em primeiro lugar, o acesso formal, a igual possibilidade jurídica de todos demandarem seus respectivos direitos, e o acesso efetivo, real ou concreto à justiça, considerados indissociáveis. Em segundo lugar, o sistema jurídico deve produzir resultados que sejam, ao mesmo tempo, individual e socialmente justos.¹

Para Canotilho (1999), o direito fundamental de acesso à justiça pelo cidadão, que constitui uma dimensão essencial do Estado de Direito, desdobra-se em acesso ao Direito e aos tribunais. O primeiro refere-se ao “direito de acesso ao Direito, o direito de conhecer e reclamar os seus direitos”², que por sua vez não pressupõe somente os modos tradicionais de litigância formal ante os tribunais. O acesso aos tribunais implica diferentes modalidades de organização e de procedimento que aproximem a via judiciária do cidadão, especialmente os excluídos ou menos favorecidos, na luta pela garantia de direitos em *igualdade de chances*. Esta última dimensão aproxima-se do ideal de uma “justiça democrática de proximidade”³, isto é, uma justiça próxima *fisicamente* de todos os cidadãos, capaz de romper os obstáculos financeiros, temporais, geográficos e processuais, que separam os que possuem dos que não têm acesso *efetivo* à justiça.

As definições mencionadas ressaltam duas dimensões fundamentais, porém não suficientes. Primeiramente o tema “acesso à justiça” refere-se à ex-



¹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 8.

² CANOTILHO, J. J. G. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 70.

³ SANTOS, B. S. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 57.

pansão, formal e institucional, da representação judicial efetiva, ou seja, investiga a promoção de modelos alternativos – estatais ou não – de solução de conflitos; a difusão de práticas de assistência e assessoria jurídicas populares; a capacitação de líderes comunitários para a identificação de demandas jurídicas reprimidas; a expansão dos juizados especiais estaduais e federais; a inovação da justiça itinerante, entre outras experiências. Há ainda a dimensão procedimental ou instrumental do acesso à justiça para garantir uma prestação jurisdicional mais ágil, menos custosa e menos burocrática. Entre outras questões, deseja-se encontrar um ponto ótimo entre dois valores nem sempre convergentes: a rapidez da justiça e a justiça justa. Pode-se citar as reformas processuais como responsáveis por uma crescente informatização da justiça;⁴ a introdução e ampliação da representação de interesses coletivos e difusos com a participação da sociedade; a constitucionalização da justiça itinerante;⁵ e medidas processuais para a celeridade e descongestionamento de processos idênticos nos tribunais superiores, como a súmula vinculante, o efeito vinculante e a cláusula de repercussão geral.⁶

O mapeamento das reformas legislativas decorrentes do advento da EC nº 45/04⁷ estuda o acesso à justiça a partir das duas dimensões mencionadas, definindo-o como “a possibilidade irrestrita de invocar a atuação jurisdicional e a presença de todos os mecanismos necessários à sua manifestação”.⁸ Estas duas dimensões são indispensáveis para a correta análise da temática em tela. No entanto, apesar de indispensáveis, não são suficientes, pois ambas não estão aptas a conferir o merecido relevo teórico ao atual protagonismo institucional exercido pelos tribunais superiores no sistema político brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF), com a intensificação do processo de judicialização da política, assim como a autocompreensão construída pelo tribunal para legitimar a sua própria atuação em casos controversos – *hard cases* e, finalmente, a repercussão de suas decisões sobre o tema da democratização do acesso à justiça, objeto central de estudo do *Projeto Dossiê Justiça*.

O tema do acesso à justiça é tradicionalmente abordado a partir de uma perspectiva externa ao sistema judiciário e, particularmente, também ao STF e ao seu papel institucional desempenhado no sistema político brasileiro. No entanto, é difícil imaginar hoje em dia alguma questão política, econômica, cultural ou ambiental que não possa ser debatida em termos jurídico-constitucionais e que, mais cedo ou mais tarde, não venha a ser objeto de um pronunciamento do



⁴ Cf. Lei nº 11.419, de 19/12/2006, que dispõe sobre a informatização dos procedimentos judiciais.

⁵ Cf. artigos 107, § 2º e 125; § 7º da CF/88, acrescentados pela EC nº 45/04.

⁶ Cf. Lei nº 11.418, de 2006.

⁷ Verificar o Anexo A do presente artigo, p. 79.

⁸ WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. Participação e Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, *apud* SANTIAGO, M. F. *Mapeamento das reformas legislativas decorrentes do advento da Emenda Constitucional nº 45/04*, p. 79.

STF. Este documento destacará importantes decisões do STF em casos difíceis envolvendo a discussão e redefinição das regras do jogo democrático. Serão estudados comparativamente os casos sobre a verticalização das coligações partidárias,⁹ a cláusula de barreira¹⁰ e o recente caso sobre a fidelidade partidária.¹¹ A elaboração de um histórico e de um quadro comparativo entre os casos mencionados permitirá a construção de um panorama do protagonismo desempenhado pelo STF. Leva-se em consideração um contexto de intensificação do processo de judicialização da política, concebida, em breve síntese, como um processo de expansão decisória do Poder Judiciário em direção a áreas de competência tradicionalmente exercidas pelo Poder Executivo e Legislativo.¹² A partir de uma análise do discurso dos ministros sobre a autocompreensão de sua atuação na garantia dos direitos fundamentais em relação às decisões do legislador ordinário, pretende-se também investigar em que medida o sistema político brasileiro caminha para uma *juristocracia* – *juristocracy*¹³ – ou, segundo Oscar Vilhena Vieira (2007), para uma *supremocracia*.¹⁴

A análise deste artigo parte de uma perspectiva interna ao sistema judiciário, particularmente em relação ao STF, que se propõe a pensar, entre outras importantes questões: a) a relação entre o Direito e a política a partir do estudo de decisões do STF em casos difíceis; b) o papel institucional desempenhado atualmente pelo tribunal, tendo em vista o seu maior *ativismo* em recentes decisões sobre a definição e reformulação das regras partidárias e eleitorais; e c) a autocompreensão dos ministros do STF como *representantes argumentativos*¹⁵ do cidadão e sua repercussão sobre a atuação político-institucional dos demais poderes, bem como a tematização, mobilização e participação da sociedade em debates sobre questões políticas e morais profundamente controversas.

Os autores propõem, de modo complementar, uma terceira dimensão do acesso à justiça, cuja análise será destacada no decorrer do presente artigo. Esta terceira dimensão traduz-se nas seguintes indagações: como os ministros concebem o papel institucional do STF na definição de questões políticas e morais controversas na sociedade brasileira? Em que medida a compreensão, a atuação e as decisões do STF orientam ou estimulam a participação da sociedade em tais questões? O STF encontra-se aberto à participação argumentativa da sociedade civil nestes casos difíceis? Qual a relação do STF com os demais órgãos do Poder



⁹ ADI nº 2.626-7 e ADI nº 3.685-8.

¹⁰ ADI nº 1.351-3 e ADI nº 1.354-8.

¹¹ MS nº 26.602, MS nº 26.603 e MS nº 26.604 (STF) e Resolução nº 22.526 (TSE).

¹² Cf. EISENBERG, J. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-61.

¹³ Cf. HIRSCHL, R. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. In: *Harvard University Press*. Cambridge, Massachusetts, 2004.

¹⁴ Cf. VIEIRA, O. V. *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. *Valor Econômico*, 6 nov. 2007.

¹⁵ ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*, 217, 1999, p. 66.

Judiciário, por um lado, e com os poderes Legislativo e Executivo, por outro? Os objetivos estão intimamente ligados à institucionalização de um *Observatório da Justiça Brasileira*, instância crítica de reflexão acadêmica sobre o Poder Judiciário e a solução de conflitos.

O presente artigo apresentará, em primeiro lugar, um histórico sobre os casos da verticalização partidária, da cláusula de barreira e da fidelidade partidária. Em segundo lugar, mostrará um quadro comparativo entre os casos mencionados. Em seguida, analisará o caso difícil da fidelidade partidária segundo a abordagem descrita no artigo *Acesso à justiça e metodologia da decisão judicial no STF*, da presente publicação (p. 19), destacando os seguintes pontos: a) a judicialização da política e o ativismo judicial; b) a tensão entre o neoconstitucionalismo e a democracia; e c) a interpretação e decisão do caso. Por último, encontram-se anexos três documentos, que constituem três produtos elaborados pelo *Grupo 5* para o *Projeto Dossiê Justiça*¹⁶, o texto com a proposta de estruturação do *Observatório da Justiça Brasileira* (OJB)¹⁷ e o organograma com a proposta de sua estruturação.¹⁸ No âmbito das atividades desenvolvidas pelo *Grupo 5*, cabe ressaltar, ainda, a elaboração de um blog¹⁹, intitulado *Supremo em Debate*, para discutir a atuação do STF em *hard cases* e sobre temas de Direito Constitucional Comparado.

2. HISTÓRICO DOS CASOS

2.1. Verticalização

Proceder-se-á ao exame dos seguintes casos:

2.1.1. ADI nº 2.626-7/2002

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em questão teve como requerentes o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Liberal (PL) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB), que objetivavam a declaração de inconstitucionalidade do §1º do artigo 4º da Instrução nº 55 – aprovada pela Resolução nº 20.993 de 26/2/2002 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). O dispositivo impugnado foi resultado de uma resposta a uma consulta de nº 715, formulada por parlamentares para esclarecer a disciplina das coligações previstas no artigo 6º da Lei nº 9.504/97.

Na consulta ao TSE, os parlamentares indagaram sobre a possibilidade de coligação com alguns partidos para a eleição de presidente da República e com outros partidos – que também possuíam candidatos a presidente – para a eleição de governador. Com base na interpretação da lei, houve ponderação de



¹⁶ Anexo A: Mapeamento da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, p. 79.

¹⁷ Anexo B: Documento sobre a proposta de estruturação do OJB, p. 93.

¹⁸ Anexo C: Organograma de estruturação do OJB, p. 97.

¹⁹ Cf. www.supremoemdebate.blogspot.com.

dois princípios do estatuto constitucional dos partidos políticos: de um lado, o *caráter nacional*; do outro, a *autonomia dos partidos políticos*, ambos assegurados no artigo 17 da CF/88. O primeiro desses princípios prevaleceu por 5 votos a 2. Assim, a resposta do TSE à consulta foi negativa. Foram vencidos os votos dos ministros Sepúlveda Pertence e Sálvio de Figueiredo.

O advogado-geral da União, dr. Walter do Carmo Barletta, no exercício de sua atribuição conferida pelo artigo 103, § 3º da CF/88, apresentou defesa do ato impugnado, sustentando que a ação não preenchia os pressupostos necessários para o seu conhecimento, por tratar-se de matéria que afetava apenas o campo da legalidade.

O STF, por maioria de votos, não conheceu do pedido formulado pelos requerentes, vencidos os ministros Sydney Sanches – relator, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e o presidente do tribunal à época, ministro Marco Aurélio de Mello.

Os ministros vencidos na votação consideraram que o ato em causa teria caráter normativo autônomo passível, assim, de controle normativo abstrato de constitucionalidade. Argumentaram que o que se impugnava não era a resposta dada à consulta, de mero caráter administrativo, mas a inclusão do § 1º do artigo 4º nas instruções baixadas pelo TSE, a serem observadas por todos os juízes e tribunais regionais eleitorais, o que afetaria, mesmo indiretamente, os partidos políticos e os candidatos, ao modificar o processo eleitoral. Assim, o ato objeto de ADI *trata-se de norma de decisão*, e não apenas *de decisão sobre normas*, como menciona o ministro Sepúlveda Pertence em seu voto, enfatizando que o objeto da ADI nº 2.626-7, muito mais que uma mera interpretação da norma, como pretendeu afirmar o TSE, revela-se, na realidade, uma regra nova que transforma a disciplina das ligações no processo eleitoral.

Em relação ao mérito, esses mesmos ministros vencidos na votação declararam procedente o pedido dos requerentes ao fundamentarem suas decisões com os seguintes argumentos:

a) ofensa ao *princípio da anualidade*: o TSE, no exercício do poder-dever de baixar instruções, acabou por introduzir norma inteiramente nova, alterando abruptamente o processo eleitoral de 2002 fora do prazo estabelecido pelo artigo 16 da CF. A regra citada é claramente resultante do *princípio da segurança jurídica*, que também é ofendido pela resolução, uma vez que este é orientado para evitar bruscas alterações de caráter construtivo de direitos, na exegese de leis.

A norma constitucional – malgrado dirigida ao legislador –, contém princípio que deve levar a Justiça Eleitoral a moderar eventuais impulsos de viradas jurisprudenciais súbitas, no ano eleitoral, acerca de regras legais de densas implicações na estratégia para o pleito das forças partidárias (ministro Sepúlveda Pertence).

b) ofensa ao *princípio da autonomia partidária*: a imposição pelo TSE, por intermédio do dispositivo impugnado, subtrai dos partidos a autonomia para definir seu *funcionamento*, segundo o artigo 17, § 1º, da CF/88. O texto constitucional delega, claramente, às agremiações partidárias a definição das normas disciplinares e de fidelidade partidária, inclusive quanto à deliberação das coligações para os pleitos eleitorais. A autonomia dos partidos políticos é total, respeitada a circunscrição definida no artigo 86 do Código Eleitoral.

c) violação do *princípio constitucional da reserva legal* (artigo 5º, II, da CF/88): o TSE determina em sua resolução uma nova regra, não se tratando apenas de interpretação da lei, mas de inovação legal, visto que o ato normativo estabelece proibição não prevista em lei, agredindo, assim, o princípio da reserva legal. Neste sentido, “[...] verticalização é eufemismo para vinculação que quer se estabelecer sem base legal”.²⁰

d) violação do *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade*: um juízo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade de uma medida ter que resultar da ponderação entre o significado da alteração para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador, assim como da necessidade da medida e a adequação do meio eleito para se alcançar o objetivo visado. Partindo destes pressupostos, observa-se que a *verticalização* das coligações nas eleições de 2002 não só impõe restrição vedada constitucionalmente – reserva legal – como também não se compatibiliza com o princípio da proporcionalidade, pois há desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido, agravada, pela questionável necessidade de sua utilização e inadequação absoluta do meio eleito para a consecução dos objetivos.

e) Ofensa ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa do Congresso Nacional. A disciplina do processo eleitoral, que inclui as regras sobre a celebração das coligações partidárias, configura matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional, conforme previsto no artigo 22, inciso I, combinado com o artigo 48 da CF/88, competindo ao TSE somente a expedição de instruções necessárias à execução das leis eleitorais (artigo 23, IX, do Código Eleitoral). Deste modo, no exercício dessa competência, não cabe ao regulamento inovar na ordem jurídica, criando, modificando, ampliando ou restringindo direitos e obrigações estabelecidas pela lei regulamentada. No caso em exame, o TSE, ao instituir a vinculação das coligações formadas nas circunscrições dos estados àquela composta para a eleição de presidente



²⁰ Trecho do voto do ministro Sydney Sanches na ADI nº 2.626-7.

da República, exorbitou seus limites, ao inovar na ordem eleitoral:[“O juízo de conveniência, confiado ao TSE, tem por objeto a expedição ou não da instrução, não o seu conteúdo”]²¹

Os ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie, Moreira Alves, Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Celso de Mello e Néri da Silveira acolheram a preliminar de descabimento da ADI nº 2.626-7, fundamentados no argumento de que o ato questionado, por veicular conteúdo meramente interpretativo, teria resultado do exercício, pelo TSE, de competência materialmente administrativa que lhe foi conferida pelo Código Eleitoral.

Assim, os ministros que tiveram seus votos vencedores, não conheceram da ação, visto que o objeto desta seria ato normativo secundário, decorrente de ato normativo primário, no caso o artigo 6º da Lei nº 9.504/97.

O ato em causa revela-se efetivamente desprovido do necessário coeficiente de normatividade qualificada, configurando, por isso mesmo, ato de caráter meramente secundário, eis que se limitou a interpretar, na espécie, regra legal pertinente à celebração de coligações partidárias. (ministro Celso Mello)²²

Segundo o posicionamento vencedor, o objeto da ação consiste inequivocamente em ato de interpretação. Entretanto, saber se tal interpretação excede ou não os limites da norma que visava a integrar exigiria o confronto com esta regra, e o STF tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado de constitucionalidade o controle de legalidade do poder regulamentar. Os alegados excessos do poder regulamentar da Resolução em face do artigo 6º da Lei nº 9.504/97 não revelariam inconstitucionalidade, mas eventual ilegalidade diante de lei ordinária regulamentada, sendo indireta ou reflexa a alegada ofensa à Constituição.

Logo, segundo a posição sustentada por esses ministros, não há violação direta a nenhum dos princípios constitucionais invocados no caso em exame. Não há desrespeito ao princípio da anualidade, já que foi respeitado o termo final para o TSE expedir as instruções para as eleições de 2002, segundo o artigo 105 da Lei nº 9.504/97. Quanto ao princípio da autonomia partidária, a Constituição dá autonomia aos partidos políticos quanto ao seu funcionamento. Entretanto, não pode haver autonomia quanto ao funcionamento externo do partido, visto que a CF/88 não se ocupa diretamente do assunto, não estabelecendo o princípio constitucional da liberdade de coligação. A autonomia partidária, portanto, não é total.



²¹ Trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence.

²² Trecho do voto do ministro Celso de Mello.

No *hard case* da verticalização em 2002, outro tribunal superior assumiu uma postura ativista, típica do processo de judicialização da política.²³ No caso examinado, é o TSE que exerce esse ativismo judicial, ao estabelecer normas referentes ao processo eleitoral que inicialmente seriam de competência exclusiva do Congresso Nacional, como já mencionado anteriormente.

Por último, cabe ressaltar que a ADI em pauta restringe o acesso à justiça, devido ao excesso de formalismo por parte dos ministros, visto que não foi avaliado sequer o mérito da questão, por concluírem que seu objeto era apenas um ato de interpretação, mera norma secundária.

2.1.2. ADI nº 3.685-8/2006

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados propôs, em 2006, ação direta de inconstitucionalidade em face do artigo 2º da EC nº 52/2006, que alterou a redação do artigo 17º, § 1º, da CF/88, ao introduzir um texto que disciplina o regime das coligações partidárias eleitorais, estabelecendo a regra da não-obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, municipal e distrital.

A EC proposta em 2002 visava, claramente, a contornar a Resolução nº 20.993 votada pelo TSE no mesmo ano, pois esse dispositivo determinava a aplicação dos seus efeitos às *eleições que ocorrerão em 2002* e ainda atribuía status constitucional à matéria antes tratada apenas por legislação ordinária, invalidando qualquer restrição à autonomia dos partidos políticos nos planos federal, estadual, distrital e municipal.

Por maioria de votos, os ministros do STF decidiram pela procedência da ação: a EC nº 52/2006 não se aplicaria às eleições de 2006. Foram vencidos os votos dos ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio de Mello.

Segundo a linha de pensamento dos ministros Ellen Gracie, Nelson Jobim, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski, que votaram pela procedência do pedido, os principais argumentos foram:

a) violação do *princípio da anualidade* (artigo 16º da CF): a EC sob exame dispunha que entraria em vigor na data de sua publicação, desrespeitando o prazo legal para a introdução de novas regras no processo eleitoral, de um ano. Esse princípio visa a conferir segurança jurídica, tanto aos candidatos que serão surpreendidos pela medida quanto ao eleitor, a fim de afastar qualquer alteração feita por conveniências de momento, independentemente se por emenda à constituição, lei ordinária ou com-



²³ Os temas da judicialização da política e do ativismo judicial serão aprofundados no item 4.1., p. 52.

plementar, que acabassem por ferir a legitimidade democrática. Com isso previne-se o casuísmo legislativo.

b) ofensa ao *princípio da segurança jurídica* (artigo 5º, caput, CF): a confiança depositada em determinado modelo legal torna essencial a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um instituto jurídico. Este é o papel – limite temporal – exercido no caso pelo artigo 16º da CF, constituindo uma previsão de segurança jurídica qualificada expressamente pela Carta Magna.

c) violação do *princípio do devido processo legal* (artigo 5º, LIV, da CF): garantia genérica que pode ser concretizada no princípio do devido processo legal eleitoral, compreendida como cláusula pétrea pelos ministros vencedores, a teor do inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição. Segundo os ministros, a garantia do devido processo legal foi desrespeitada pela EC nº 52/06, uma vez que a anterioridade exigida pelo artigo 16 é essencial à segurança e à isonomia, subjacentes à idéia qualificada de processo, não bastando que o legislador respeite os preceitos que regem o processo legislativo.

Os ministros que tiveram seus votos vencidos insistiram na questão de que a EC nº 52/06 não modificou o cenário eleitoral, pois não alterou coisa alguma em termos de normatividade, apenas constitucionalizou o artigo 6º da Lei nº 9.504/97. O argumento de que a EC nº 52/06 ofende uma cláusula pétrea (artigo 16 – princípio da anualidade) foi questionado, na medida em que esse artigo seria passível de reforma, até porque sua redação atual decorreu da EC nº 04/93, não cabendo assim a sua classificação como cláusula pétrea:

Se nem o próprio artigo 16º eu consigo erigir em cláusula pétrea, com todo o respeito que tenho por aquela decisão do TSE (consulta 715 de 2002 que gerou a ADI nº 2.626-7), não consigo erigir em cláusula pétrea a decisão do Tribunal Superior.²⁴

De acordo com esse trecho, consegue-se extrair, assim, como em seu voto na ADI nº 2.626-7 de 2002 – no qual o ministro compara o TSE com o Supremo Tribunal de Eleições da Costa Rica –, a preocupação de Sepúlveda Pertence em garantir o acesso à justiça, na medida em que se posiciona contra a tendência da imutabilidade das decisões não somente a do STF.

Durante seu voto, o ministro Marco Aurélio de Mello afirma sua presença, assim como a de outros ministros não seria possível se, em 2002, não tivesse havido a guinada na interpretação da ordem jurídica, bem como se “[...] houvé-



²⁴ Trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence na ADI nº 3.685-8, disponível no site www.stf.jus.br.

semos aberto, como costume dizer, o embrulho, quando se atacou a resolução do TSE, mediante a ADI nº 2.626-7, sob o ângulo da autonomia dos partidos políticos e da atuação do referido Tribunal, como se fosse órgão incumbido de legislar”.²⁵

Por último, de acordo com o ministro Sepúlveda Pertence, ainda se referindo à Consulta nº 715, o TSE não pode deixar-se envolver nas polêmicas sobre a conveniência ou não de impor a simetria entre as coligações, visto que faz-se necessário saber se o problema encontra solução na legislação eleitoral. O ministro tem a compreensão de que a resposta é afirmativa, uma vez que o artigo 6º da Lei nº 9.504/97 é o único dispositivo legal pertinente à questão. O ministro conclui que há expressamente uma opção legislativa que deriva do princípio da autonomia dos partidos políticos, e não cabe substituí-la pela visão do tribunal sobre como deveriam se organizar os partidos, até porque esta competência já foi conferida aos próprios, segundo o artigo 17, § 1º, da CF/88.

2.2. Cláusula de barreira

Em dezembro de 2006, o STF julgou a ADI nº 1.351 e nº ADI 1.354 propostas pelos partidos políticos que se sentiram prejudicados com a cláusula de barreira instituída pelo artigo 13 da Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), e que passaria a ter seus efeitos a partir da legislatura de 2007. Estas ações tramitavam no STF desde 1995, ano em que entrou em vigor a referida lei, e tinham como pedido a declaração da inconstitucionalidade da cláusula de barreira, sob alegação de que confrontaria os princípios da isonomia e do pluralismo político, ferindo-se, assim, o direito de manifestação política das minorias.

No passado, a matéria relativa à cláusula de barreira foi disciplinada na Constituição Brasileira de 1967, exigindo que, para a manutenção de sua existência, as agremiações deveriam ter obtido na última eleição geral para a Câmara dos Deputados 10% do eleitorado – distribuído em pelo menos sete estados, com um mínimo de 7% em cada um deles. Atualmente são 5% distribuídos em nove estados com um mínimo de 2% em cada. Sob a regência da Carta Política de 1967, tanto na redação primitiva quanto nas resultantes das EC nº 01/69 e nº 11/78, as exigências ligadas à representatividade de partidos políticos resultaram na própria organização, funcionamento e extinção das agremiações. Com a EC nº 25/85, foram estabelecidas as conseqüências para os partidos que não atingissem os patamares fixados, dentre as quais a perda do mandato dos representantes eleitos por essas agremiações, se estes não optassem por nenhum outro partido remanescente em 60 dias.²⁶

Com a ruptura do período autoritário (1964-1985) e o início de uma nova fase política nacional, assentada em uma Constituição com bases democráticas,



²⁵ Trecho do voto do ministro Marco Aurélio de Mello na ADI nº 3.685-8, disponível no site www.stf.jus.br.

²⁶ A CF/67 considerava o mandato político como pertencente ao representante, podendo permanecer com o cargo desde que se filiasse a outro partido, qualquer que fosse. Trata-se, assim, a filiação partidária como mera condição para o exercício do cargo no Poder Legislativo.

o constituinte originário optou por disciplinar apenas as linhas gerais partidárias, estabelecendo princípios jurídicos, como o pluripartidarismo e a livre organização, e deixando o seu funcionamento parlamentar como matéria a ser regulada por lei infraconstitucional.²⁷

No Brasil, os partidos políticos sofreram com a alternância entre regimes democráticos e ditatoriais, que pouco contribuiu para conferir-lhes uma base ideológica sólida, capaz de ensejar o surgimento de agremiações partidárias divorciadas do patriarcalismo, do patrimonialismo e dos interesses econômicos dominantes.

A discussão do caso, portanto, diz respeito a dois pontos muito importantes: 1) o conflito entre norma infraconstitucional e princípios constitucionais que não admitiriam os efeitos provocados pela cláusula de barreira; e 2) qual deveria ser a interpretação dada ao artigo 17 da CF/88, que dispõe sobre os partidos políticos.

O STF entendeu que o texto constitucional estabelece diversos princípios, além de regras, que devem prevalecer diante de normas que os contrariem. O texto constitucional pode, quando couber, ser mitigado, mas a sua observância deve ser atenta. Dentre os princípios mencionados na fundamentação do julgamento, destaca-se os da soberania popular, do pluralismo político, da igualdade de chances entre os partidos políticos e, finalmente, o princípio da proporcionalidade.

Os ministros começam o julgamento tentando se posicionar em discussões sobre matérias nas quais não são especialistas, como é o caso do sistema de representação proporcional, soberania popular, democracia, mandato político, etc, matérias que são objeto, sobretudo, da ciência política. No entanto, verifica-se que, apesar da relevância social do caso em discussão e da acentuada repercussão na vida política brasileira, os ministros ainda assim sentem-se plenamente capazes de discutir, analisar e julgar as ADIs mencionadas. Podem ser destacados os seguintes pontos centrais da argumentação dos ministros do STF, que decidiram unânimes pela inconstitucionalidade da cláusula de barreira:

a) reconheceram a relevância de um dos fundamentos do Estado de Direito brasileiro, o *pluralismo político*, que assegura aos partidos a liberdade de criação o *direito à igualdade de chances* no tocante à defesa, funcionamento e manifestação dos ideais políticos, pois todos têm o direito à liberdade de expressão.

b) defenderam o *direito à igualdade* entre os eleitores: todos têm direito a voto com o mesmo peso político, e não estão subordinados à possibilidade do partido ter representatividade no Parlamento através de uma restrição imposta pela cláusula.



²⁷ Cf. artigo 17, caput, IV e § 1º, da CF/88.

c) observaram que, através desta análise, a *soberania popular* não seria respeitada, pois um representante ou partido legitimado a assumir uma cadeira no Parlamento e representar o ideal de uma parcela da sociedade perderia o cargo por não ter alcançado os limites exigidos pela cláusula de barreira.

d) acolheram o *direito das minorias*: um Estado democrático deve respeitar as diferenças, desigualdades e o direito de pensar livremente. As previsões constitucionais encerrariam a neutralização da ditadura da maioria, que outrora existiu, afastando do cenário nacional a ótica hegemônica e, portanto, totalitária, garantindo a representatividade dos diversos segmentos sociais, com ênfase nas minorias. Todos têm igual direito de associação livre e podem formar um partido fundado em determinado ideal político.

e) observaram que, com as regras da cláusula de barreira, o financiamento desses partidos e suas possibilidades de propagarem seus ideais se restringiriam, de forma tão *desproporcional* que os levariam a extinção, o que impossibilitaria também o surgimento de novos partidos.

f) mencionaram a importância de se observar o *princípio da proporcionalidade*, escolhendo para o caso a interpretação que menos restrinja os demais princípios constitucionais.

g) em relação à interpretação a ser dada ao artigo 17, IV, da CF/88, entenderam que a expressão “na forma da lei” não pode ser compreendida como uma liberdade absoluta para o legislador ordinário dispor livremente sobre a representação parlamentar, esvaziando os princípios constitucionais.

Foram discutidos, em alguns momentos da decisão, assuntos correlatos como a necessidade de se respeitar a fidelidade partidária, que deveria ter como consequência a perda de mandato em caso de desfiliação por motivos não relevantes, e a enorme necessidade de reforma política em nosso país, por conta da crise estrutural do sistema político e os recentes escândalos amplamente veiculados pelos meios de comunicação de massas.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes menciona dois precedentes relativos ao caso: o primeiro, do TSE²⁸, que teve a oportunidade de discutir a aplicação do princípio da igualdade de chances em 1986 e, na ocasião, por quatro votos a três, decidiu que não se aplicava o princípio ao caso; e o segundo, relativo à de-



²⁸ MS nº 754 (TSE), relator: ministro Roberto Rosas, DJ de 11/4/1990; MS nº 746 (TSE), relator: ministro Roberto Rosas, DJ de 11/4/1990; RMS nº 785, relator: ministro Aldir Passarinho, DJ de 2/10/1987.

cisão do próprio STF²⁹, em 1981, que decidiu que a infidelidade partidária não teria repercussão sobre o mandato exercido pelo representante eleito.

Em síntese, no caso sob exame, decidiu-se por unanimidade sobre a inconstitucionalidade da cláusula de barreira, que ofenderia diversos princípios constitucionais e impediria o crescimento dos pequenos partidos, levando-os à morte.

2.3. Fidelidade partidária

A CF/67 passou a disciplinar a fidelidade partidária com a Emenda nº 1/69 que, em seu artigo 152, parágrafo único – com alteração de redação, passou a parágrafo 5º por força da EC nº 11/78 –, estabelecia que o deputado que deixasse o partido sob cuja legenda fora eleito, perderia o mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, em processo contencioso, no qual era assegurada a ampla defesa e, em seguida, declarada pela mesa da Câmara dos Deputados. Com a EC nº 25/85, deixou de existir esse princípio, e a atual Constituição não o adotou em seu texto. Assim ficou sem previsão constitucional a fidelidade partidária, o que tem permitido a livre mudança de partido pelos parlamentares, sem a perda do mandato.

O debate político e judicial sobre a fidelidade partidária ganhou relevo quando o Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), formulou ao TSE a consulta nº 1.398/DF,³⁰ que indagava se os partidos e coligações teriam o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.

Em julgamento realizado em março de 2007, o TSE entendeu, por maioria de seis contra um, que os partidos tinham, sim, o direito de preservar as vagas pois o mandato pertenceria ao partido, e não ao candidato. As consultas não têm caráter vinculante; no entanto, podem servir de suporte para as razões do julgador.

Em maio de 2007, três partidos políticos impetraram mandados de segurança no STF (MS nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604) em face de ato do presidente da Câmara dos Deputados que indeferiu o requerimento por eles formulado para que fosse declarada a vacância dos mandatos exercidos por deputados federais, desfiliaados das agremiações partidárias, sob o fundamento de não figurar a hipótese de mudança de filiação partidária entre as expressamente previstas no § 1º do artigo 239 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Nas decisões analisadas, as linhas gerais dos votos contêm os seguintes entendimentos:



²⁹ MS nº 20.297: relator ministro Moreira Alves, julgado em 18/12/1981; Acórdão - TSE nº 11.075, relator: ministro Célio de Oliveira Borja, DJ de 15/5/1990.

³⁰ Demais consultas sobre o caso: TSE - CTA nº 1.439; CTA nº 1.403; CTA nº 1.407; CTA nº 1.416; CTA nº 1.440 e CTA nº 1.408.

a) reconhecimento de uma *partidocracia*, sendo os partidos, essenciais ao funcionamento da democracia.³¹ A vinculação entre candidato e partido é inerente ao sistema representativo proporcional, adotado por nosso ordenamento, e o partido seria um ente intermediário entre povo e Estado. Fala-se também em *fidelidade ao eleitor*.

b) aplicação imediata dos princípios constitucionais, fundamentada no voto do ministro Cesar Asfor Rocha, na consulta feita ao TSE, baseada numa superação da *velha hermenêutica*.³² Defende-se que a interpretação do Direito deve ser sistemática, pois textos combinados exprimem diferentes normas, as quais não encerram, em si mesmas, todas as soluções do Direito. Portanto, cabe ao intérprete combinar normas e extrair o seu significado.

c) menção que Cesar Asfor Rocha faz sobre o *princípio da moralidade*, contido no artigo 37, caput, da CF/88. Para ele, a desfiliação e o uso do mandato como patrimônio pessoal seriam atos imorais. O ministro também afirmou que as cortes de Justiça têm papel importante na tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos axiológicos do Direito.³³

d) dicotomia entre *direito público e direito privado*. É ressaltada a função pública do mandato, tendo em vista que não deve prevalecer o interesse particular do candidato. No regime do direito público, tudo o que a lei não permite considera-se implicitamente ilícito – a lei não autoriza que o candidato se aproprie do mandato ou que a este lhe pertença.

e) a perda do mandato por desfiliação *não tem natureza de sanção*,³⁴ pois a mudança de partido não é ato ilícito. Os ministros entendem que o artigo 55 da CF/88 estabelece sanções de perda de mandato em rol taxativo somente para atos ilícitos – deve-se, nestas hipóteses, respeitar o *princípio da legalidade*. No entanto, a troca de partido é ato lícito e tem a perda do mandato como consequência lógica e natural, decorrente do reconhecimento de inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo – perda da legitimidade para ser representante. Consolidam-se como exceções à perda do mandato pelo candidato a mudança significativa de orientação programática pelo partido e os casos de perseguição ao candidato, com o objetivo de respeitar o voto do eleitor.



³¹ Destaque para o voto do ministro Cesar Asfor Rocha: “ao seu sentir”, o mandato pertenceria ao partido.

³² Classificação dada pelo professor Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2000).

³³ Sobre o voto do ministro César Asfor Rocha, confira o item 5., p. 55.

³⁴ Confira o item 4 sobre a análise dos elementos da decisão, p. 52.

f) decidiu-se que o candidato *infiel* tem direito ao devido processo legal, exercendo *ampla defesa* em processo perante órgão competente da Justiça Eleitoral, para posterior definição sobre a perda do mandato. Além disso, em observância ao *princípio da segurança jurídica*, os ministros fixaram o dia 27/3/2007, data do julgamento da consulta nº 1.398 pelo TSE, como início da vigência do princípio da fidelidade partidária. Na decisão da consulta, observou-se a prevalência dada aos princípios constitucionais. Todavia, em alguns momentos, eles desvirtuaram alguns conceitos tradicionais de institutos jurídicos para conseguir chegar, assim, à decisão desejada.

Ministros como Celso de Mello e Cármen Lúcia, por exemplo, levaram em consideração, a realidade do sistema político brasileiro, analisando dados e situações fáticas em nossa sociedade, como o *troca-troca* que tem atendido a interesses particulares; a falta de congruência entre os ideais partidários e a plataforma política do candidato; e, ainda, os escândalos recentes no Poder Legislativo. O Poder Judiciário, diante do descrédito popular em relação ao Legislativo e de sua suposta omissão, sente-se legitimado a agir como ator político fundamental, para estabelecer regras na vida política brasileira e interferir em competências originárias do Poder Legislativo, ao ditar as regras do *jogo político* de acordo com o que ele julga ser a *melhor* interpretação da Constituição. No entanto, durante o julgamento, foi o Poder Judiciário que afastou a alegação de que o STF estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional, ao sustentar que competiria ao STF, guardião da Constituição Federal, interpretá-la e, de seu texto, extrair a máxima eficácia possível.

3. QUADRO DAS DECISÕES DO STF SOBRE A QUESTÃO PARTIDÁRIA – 2002-2007

Como sugere a metodologia analítica já exposta no *Projeto Dossiê Justiça*, um trabalho consistente de pesquisa não deve limitar-se apenas ao caso difícil ou à decisão em si. Deve também estar atento aos contextos político, histórico e normativo concernentes à questão, além de seguir metas bem delimitadas de estudo ao estabelecer os rumos, os objetivos e a linha investigativa do trabalho. Para um estudo aprofundado sobre o caso difícil da fidelidade partidária (MS nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 - STF), destaca-se no quadro a seguir, variáveis consideradas fundamentais, sistematizando em um corte temporal³⁵ a postura dos julgados do STF sobre a temática partidária. Esse quadro explicita as linhas



³⁵ De acordo com os casos utilizados como base de análise do comportamento do STF no presente artigo.

estruturais da análise a serem tratadas em estudos futuros. O quadro foi elaborado para atingir esses objetivos, fundamentado em variáveis de caráter interpretativo – princípios), parâmetros articulados com a Teoria do Direito (a questão normativa) e, dentro dos objetivos do *Projeto Dossiê Justiça*, o aspecto político, com destaque para a judicialização e o acesso à justiça.

VARIÁVELS	VERTICALIZAÇÃO	CLÁUSULA DE BARRERA	FIDELIDADE PARTIDÁRIA
VIA JUDICIAL	- ADI n. 2.405-7 e ADI n. 2.405-8	- ADI n. 1.351 - ADI n. 1.354	- MS n. 24.803, n. 24.603 e n. 24.604
PRINCÍPIOS	- Anualidade - Segurança Jurídica - Autonomia Partidária - Reserva Legal - Razoabilidade e Proporcionalidade - Reserva Constitucional de Competências - Direito-Processo Legal	- Igualdade de chances (suavemente) - Pluralidade - Proporcionalidade	- Mandato - Segurança jurídica - Amplo debate - Legalidade
NATUREZA DAS NORMAS	- 2002: interpretação de lei pelo TSE é levada ao STF por aparente conflito com princípios constitucionais. - 2006: EC que revoga a contagem a interpretação de 2002 do TSE é levada ao STF por estar em conflito com princípios constitucionais.	- Lei infra-constitucional incompatível com os princípios constitucionais - interpretação de normas constitucionais	- Análise de regulação expressa - interpretação de princípios
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	- Neste caso, em respeito à decisão do TSE, o STF suspendeu a análise a mérito	- Discussão sobre os meios do sistema político	- Inicialmente regras do jogo democrático - Interferência na esfera de competência do Poder Legislativo
ACESSO À JUSTIÇA	- Inércia de fiscalização na ADI n. 2.405 impede a análise de mérito	- Acesso e direito dos ministros - Defesa da igualdade	- Prevalência dos princípios constitucionais - Decisão e fidelidade ao voto do eleitor

Tabela 1: Decisões do STF sobre a fidelidade partidária – 2002-2007

4. ANÁLISE DO CASO DIFÍCIL DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

4.1. A judicialização da política e o ativismo judicial

A expansão do protagonismo político dos tribunais nas democracias contemporâneas, ao menos no ocidente, constitui um fenômeno que caracteriza este início de século. *Revoluções constitucionais* vêm sacudindo, inclusive, os últimos bastiões da democracia majoritária, como os sistemas políticos da África do Sul, Canadá, Israel e Nova Zelândia.³⁶ Muitos são os fatores apontados pelos cientistas políticos, sociólogos e juristas, responsáveis pela ampliação e consolidação deste processo. Ernani Rodrigues de Carvalho (2004), por exemplo, lista seis condições para o surgimento e consolidação da judicialização da política: a existência de um sistema político democrático; a separação dos poderes; o exercício dos direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição; e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias.³⁷ Todos esses fatores, em maior ou menor intensidade, encontram-se presentes nos sistemas político e jurídico brasileiros. De acordo com José Eisenberg (2002), a judicialização da política é um processo complexo composto por dois movimentos distintos:

1) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário; 2) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma *tribunalização* da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento.³⁸

Ran Hirschl (2004) define esse processo como “juristocracia” (*juristocracy*), ou seja, a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário.³⁹ Tal fenômeno é acompanhado e alimentado por uma mudança na ideologia jurídica, consistente em uma crítica crescente realizada pelas principais elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária que define a democracia em sua dimensão popular. Hirschl assume uma metodologia de análise que procura afastar o tema em questão dos debates normativos usuais nesse campo de investigação, procurando estudar as origens



³⁶ Cf. HIRSCHL, R. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

³⁷ CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, 2004, p. 117-120.

³⁸ EISENBERG, J. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002, p. 47.

³⁹ HIRSCHL, *op. cit.*, p. 1.

e conseqüências das *revoluções constitucionais*, isto é, da consolidação do novo constitucionalismo – *new constitutionalism* – em diferentes sociedades.

O autor enumera três postulados responsáveis pela orientação metodológica de sua abordagem sobre o tema da judicialização da política. As premissas descritas a seguir também constituirão importantes guias metodológicos para as futuras análises a serem empreendidas pelo OJB sobre a necessidade, o design e o impacto dos projetos de reformas institucionais em diferentes áreas dos sistemas jurídico e judiciário. As futuras investigações do OJB, para além da dimensão de justificação normativa, devem também levar em consideração os efeitos distributivos inseridos em uma opção por um determinado modelo institucional em detrimento de outros.

O primeiro postulado metodológico afirma que a transferência progressiva de poderes do Legislativo para o Judiciário, assim como para outras instâncias administrativas de decisão cujos representantes não são eleitos democraticamente – agências administrativas independentes ou agências reguladoras, por exemplo – não pode ser estudada separadamente das lutas políticas, econômicas e sociais que modelam o sistema jurídico-político de uma sociedade. Em segundo lugar, as instituições políticas e jurídicas promovem efeitos distributivos diferenciados, isto é: tendem, inevitavelmente, a privilegiar mais alguns grupos e indivíduos que outros. Por último, os diferentes atores políticos, econômicos e jurídicos tendem a agir estrategicamente no sentido de apoiar a consolidação de estruturas institucionais que beneficiarão na maior medida possível os seus próprios interesses particulares ou corporativos.⁴⁰

Essas premissas metodológicas deslocam a análise da judicialização da política, em especial as suas origens e conseqüências, de um debate puramente normativo para uma abordagem institucional, enriquecendo a interpretação dessa temática. Tais postulados ampliam o escopo da análise de modo a vislumbrar os interesses corporativos ou particulares inscritos em uma opção por um arranjo legal-institucional mais ou menos favorável à “juristocracia”. A hipótese explicativa desenvolvida pelo autor consiste na tese da preservação hegemônica (*hegemonic preservation thesis*). Segundo Hirschl:

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis.⁴¹



⁴⁰ HIRSCHL, op. cit., p. 38 et seq.

⁴¹ *Ibid.*, p. 49.

A abordagem realista e estratégica do fenômeno da judicialização da política permite afirmar que a progressiva transferência de poderes para o Judiciário nas democracias contemporâneas “serve aos interesses de uma Suprema Corte que procura ressaltar sua influência política”.⁴² Segundo Alec Stone Sweet (2000), há um interesse institucional dos tribunais em “resolver conflitos legislativos sobre constitucionalidade, mantendo e reforçando, ao mesmo tempo, a legitimidade política da revisão constitucional para o futuro”.⁴³ Para o autor, a judicialização da política constitui uma tendência de difusão das técnicas de argumentação e aplicação das normas típicas do Direito Constitucional em outros poderes, ou seja:

O processo pelo qual os legisladores absorvem as normas de conduta da adjudicação constitucional, a gramática e o vocabulário do Direito Constitucional (...). Em uma política judicializada, o discurso legal é responsável pela mediação entre o debate partidário e as estruturas de exercício do Poder Legislativo.⁴⁴

Além disso, a judicialização promove o “entrenchamento constitucional de direitos”⁴⁵, e tanto o Executivo quanto o Legislativo podem, mediante o apoio a essa estratégia de transferência de poderes, retirar temas controvertidos do debate público, onde dificilmente seriam decididos, seja porque não há consenso possível seja porque não foram suficientemente debatidos.⁴⁶ As premissas metodológicas estudadas constituem importantes instrumentos analíticos para a investigação da visibilidade conferida ao Poder Judiciário, particularmente às decisões dos ministros do STF, assim como das conseqüências de tal protagonismo na mobilização e participação da sociedade.

Uma relevante linha de pesquisa que merecerá ser desenvolvida no âmbito das investigações acadêmicas do futuro OJB consiste no estudo do impacto da concentração de decisões politicamente controversas nas estratégias de organização e atuação do Legislativo e de mobilização da sociedade e, neste sentido, em relação ao próprio tema da democratização do acesso à justiça. Em que medida tal concentração decisória estimula ou desencoraja a crítica, tematização, inovação e a proposição de mudanças institucionais deliberadas democraticamente?

Outro tema intimamente relacionado à questão da judicialização da política é o ativismo judicial. Na presente publicação, foi utilizada uma definição normativamente inerte de *ativismo judicial*. A prática jurídica mostra que magistrados ativistas podem tanto adotar um posicionamento progressista quanto uma



⁴² HIRSCHL, op. cit., p. 49.

⁴³ SWEET, A. S. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. 2000 p. 199-200.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 203.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 39. Uma terceira hipótese para a transferência *deliberada e estratégica* de uma decisão para o Poder Judiciário, evitando que o Poder Legislativo ou o Executivo tenham de tomá-la, consiste no menor custo político de tal decisão controversa para o governo ou para a oposição quando é prolatada pelos tribunais.

decisão conservadora. Ao mesmo tempo, não é possível afirmar, de antemão, que uma atitude ativista seja sempre a atitude correta ou incorreta diante de todos os casos jurídicos possíveis.

O ativismo judicial será medido pela freqüência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo.⁴⁷ Ou seja, com que freqüência os tribunais “retiram a decisão das mãos dos eleitores”.⁴⁸ Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes⁴⁹ com suas decisões – por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.

Os dois conceitos, judicialização da política e ativismo judicial, revelam-se fundamentais para a análise das recentes decisões do STF nos *hard cases* da verticalização das coligações partidárias, da cláusula de barreira e da fidelidade partidária. Além disso, ambos constituem importantes ferramentas analíticas para a atuação do OJB na qualidade de órgão de assessoramento acadêmico, crítico e independente, responsável pela formulação e proposição de inovações institucionais no sentido de se ampliar o acesso à justiça no Brasil.

5. NEOCONSTITUCIONALISMO, MINIMALISMO E DEMOCRACIA

O Neoconstitucionalismo é mencionado pela doutrina jurídica em diferentes sentidos. Não há um acordo sobre uma versão standard do neoconstitucionalismo na atualidade. Em regra, o vocábulo é utilizado como sinônimo para o Constitucionalismo Contemporâneo, Constitucionalismo Principlista, Novo Direito Constitucional ou Constitucionalismo do Segundo Pós-guerra. De acordo com Prieto Sanchís (2003), pode caracterizar uma concepção renovada sobre o Estado de Direito, uma proposta de reformulação da teoria jurídica, uma ideologia política aplicada ao Direito ou, ainda, em um sentido muito amplo, uma filosofia jurídica que estuda questões conceituais e metodológicas sobre a definição do Direito, o estatuto do conhecimento e a função do jurista.⁵⁰

O debate sobre o Neoconstitucionalismo, originário dos meios doutrinários italiano e espanhol, vem encontrando intensa difusão no Brasil. No entanto, essa difusão, própria dos neologismos, ainda não alcançou a prática do STF, pois, até o presente momento, esse vocábulo ainda não foi citado em seus julgados. Em muitos casos, o Neoconstitucionalismo é utilizado para denominar



⁴⁷ Cf. SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*, 2005, p. 41-44.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁹ Essa definição é mais adequada, por exemplo, para a análise do caso da fidelidade partidária (MS nº 26.602, MS nº 26.603 e MS nº 26.604 - STF), a ser estudado adiante. Por outro lado, a definição imediatamente anterior revela-se mais adequada para a análise do caso da cláusula de barreira (ADIs nº 1.351 e nº 1.354), no qual o STF decidiu pela inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos da Lei nº 9.906/95 (Lei dos Partidos Políticos).

⁵⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2003, p. 101-102.

fenômenos não tão recentes em nosso sistema jurídico como, por exemplo, o processo de constitucionalização do direito e a força normativa da Constituição. De um modo geral, o conceito vem sendo utilizado pela doutrina para destacar as transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional, especialmente nos países ibéricos e latino-americanos, no período posterior ao término da 2ª Guerra Mundial. Segundo essa perspectiva teórica, tais transformações não tiveram lugar apenas na dimensão histórico-positiva de inúmeros ordenamentos jurídicos nacionais: repercutiram, também, sobre o estilo e os pressupostos metodológicos e filosóficos assumidos por parte da doutrina jurídica em suas reflexões sobre os direitos fundamentais, a democracia e a legitimação do texto constitucional.

O Neoconstitucionalismo possui um duplo significado, em regra esquecido pela doutrina: em uma primeira abordagem, tal expressão destaca alguns elementos estruturais dos sistemas jurídico-constitucionais típicos do período histórico posterior ao término da 2ª Guerra Mundial, descritos pelo Neoconstitucionalismo como uma nova *teoria geral*, atenta para as transformações *empíricas* decorrentes do fato da constitucionalização do ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, o Neoconstitucionalismo designa, à semelhança da tradicional classificação do positivismo jurídico elaborada por Norberto Bobbio (1995, p. 131-134): a) um método de análise do Direito; b) uma teoria do Direito; e c) uma ideologia do Direito. O Neoconstitucionalismo em dimensão prescritiva refere-se, sobretudo, aos itens “a” e “c”, ou seja, propõe uma metodologia e uma ideologia do Direito que constituem uma crítica ao positivismo jurídico.

Riccardo Guastini aborda descritivamente o fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico, ao defini-lo como “um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente *impregnado* pelas normas constitucionais” (Guastini, 2003, p. 49). Um sistema jurídico *constitucionalizado* caracteriza-se pela existência de uma Constituição *invasora*, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina, assim como o conjunto das relações sociais que tem lugar em uma determinada comunidade jurídica. O ordenamento jurídico encontra-se, segundo tal definição, *impregnado* pela eficácia irradiante das normas constitucionais que atinge os diferentes ramos do Direito, sejam eles de direito público ou de direito privado. Embora centrado no estudo do caso constitucional italiano, suas conclusões são igualmente pertinentes para a análise do fenômeno no Brasil.

O fenômeno de *constitucionalização do direito* é, por sua vez, gradativo, no sentido em que a implantação parcial ou integral das condições necessárias para a sua realização dá-se segundo um processo histórico que pode ser mais ou menos longo e cambiante conforme o sistema jurídico estudado. Assim, o Neoconstitucionalismo trabalha com as seguintes teses:

- a) a existência de uma Constituição rígida, cujo procedimento de revisão constitucional exija um quórum qualificado para modificar ou revogar normas constitucionais. A Constituição pode eventualmente conter cláusulas

sulas dotadas de intangibilidade – ou cláusulas *superconstitucionais* – em face das deliberações do poder constituinte reformador, estabelecendo uma espécie de *super-rigidez* constitucional, normalmente para assegurar a inderrogabilidade de certos direitos e garantias fundamentais e dos princípios estruturais do Estado Democrático de Direito;⁵¹

b) a existência de uma garantia jurisdicional da Constituição mediante a previsão de alguma modalidade, ou várias, de controle de constitucionalidade das leis;

c) o compartilhamento pela comunidade jurídica da tese da força normativa da Constituição, que defende a idéia de que toda norma constitucional é norma jurídica, imperativa e, portanto, suscetível de produzir alguma modalidade de efeito jurídico. Essa condição diz respeito à *ideologia* difundida na cultura jurídica de um determinado país, não guardando relação com a estrutura do ordenamento jurídico. A Constituição é vista como documento jurídico, dotado de efetividade e, conseqüentemente, incompatível com a antiga idéia – típica do constitucionalismo europeu anterior ao término da 2ª Guerra Mundial – de que suas normas não constituem mais do que um *manifesto político*, cuja concretização constituiria uma tarefa deixada ao julgamento de conveniência e oportunidade do legislador ordinário;

d) a idéia de *sobreinterpretação* do texto constitucional: uma Constituição é *sobreinterpretada* quando, após a interpretação de seus dispositivos, não há espaços vazios, isto é, livres de regulação pelo Direito Constitucional. As normas constitucionais condicionam a interpretação de todas as normas jurídicas. É comum afirmar que toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Em síntese, as normas constitucionais passaram a constituir um *filtro* ou *lente* através dos quais todas as normas jurídicas devem ser interpretadas. A Constituição condiciona, tanto negativa quanto positivamente, o espaço de liberdade de conformação do legislador ordinário;

e) a aplicação *direta* das normas constitucionais. Esta condição encontra-se intimamente relacionada à idéia de força normativa da Constituição. Toda norma constitucional é norma jurídica e, portanto, dotada de imperatividade e suscetível de produzir, em diferentes graus, efeitos jurídicos imediatos;



⁵¹ Confira, neste sentido, o importante livro: VIEIRA, O. V. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, 1999, p. 222 et seq.

f) a interpretação das leis conforme a Constituição, como uma técnica de interpretação das leis à luz das normas constitucionais, com o objetivo de manter-lhes a validade jurídica;

g) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Esta condição cuida do fenômeno da *judicialização da política*, segundo o qual conflitos de natureza eminentemente política ou sobre temas morais profundamente controversos, bastante freqüentes em sociedades democráticas, passam a ser resolvidos pelo Poder Judiciário com fundamento em normas constitucionais de conteúdo principiológico.

Apesar de o Neoconstitucionalismo não ter sido citado expressamente nas decisões analisadas por este artigo, as suas teses principais integram, sem dúvida, a autocompreensão da maioria dos ministros do STF e do TSE sobre a atuação destes tribunais no *hard case* da fidelidade partidária. Será apresentada inicialmente a análise da Resolução nº 22.526, adotada pelo TSE a partir da Consulta nº 1.398 formulada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), atualmente Democratas (DEM), com a seguinte indagação dirigida ao tribunal:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?⁵²

O voto do relator do caso, ministro Cesar Asfor Rocha, é bastante representativo das teses mencionadas, ao afirmar, acerca da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais, que “tem-se, hoje em dia, como pertencente ao passado, a visão que isolava os princípios constitucionais da solução dos casos concretos”.⁵³ Adiante, assevera que “o tempo presente é o da afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização dos Partidos Políticos”⁵⁴ e, com uma linguagem excessivamente valorativa, destaca em sua conclusão:

Outro ponto relevante que importa frisar é o papel das Cortes de Justiça no desenvolvimento da tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos axiológicos do Direito, abandonando-se a visão positivista tradicional, certamente equivocada, de só considerar dotadas de força normativa as regulações normatizadas; essa visão, ainda tão arraigada entre nós, deixa de apreender os sentidos finalísticos do Direito e, de certo modo, desterra a legitimidade da reflexão judicial para a formação do pensamento jurídico.⁵⁵



⁵⁴ Resolução nº 22.526 (TSE), disponível no site www.tse.jus.br, p. 2.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 7.

O ministro Cesar Asfor Rocha justifica o seu voto vencedor, no sentido da possibilidade de perda de mandato em caso de troca injustificada de partido político pelo representante eleito, com apoio em uma interpretação *extensiva* do princípio da moralidade em um sentido menos usual, e mais ambicioso, do que aquele tradicionalmente atribuído ao artigo 37, caput, da CF:

o princípio da moralidade [...] inserido solenemente no artigo 37 da Carta Magna, repudia de forma veemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma proibitiva de tal prática⁵⁷

Não tenho dificuldade em perceber que razões de ordem jurídica e, sobretudo, razões de ordem moral, inquinam a higidez dessa movimentação, a que a Justiça Eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade de absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágios populares para o preenchimento daquela vaga.⁵⁹

A moralização da decisão, uma das conseqüências da adoção do Neo-constitucionalismo em sua versão *expansionista*, com a aplicação imediata de princípios com forte carga axiológica e, também, excessivamente indeterminados, constitui uma característica da argumentação empreendida pelo ministro César Asfor Rocha em seu voto. No presente caso, o Tribunal decidiu por maioria, restando apenas um ministro vencido, o ministro Marcelo Ribeiro, que adotou um posicionamento mais formalista⁶⁰ e também minimalista,⁶¹ isto é, sem entrar em considerações profundas, extremamente abstratas e controversas sobre quais valores ou, mais especificamente, quais normas jurídicas, podem ser extraídos argumentativamente do princípio democrático, da moralidade administrativa e da proporcionalidade do sistema eleitoral. O voto do ministro Marcelo Ribeiro é bem menos ambicioso do que o posicionamento dos ministros vencedores.



⁵⁷ Ibid., p. 9.

⁵⁸ Ibid., p. 5.

⁵⁹ Ibid., p. 6.

⁶⁰ O Formalismo será analisado de modo detalhado no item 6.1., p. 63, sobre a interpretação e decisão do caso difícil da fidelidade partidária.

⁶¹ O Minimalismo é aqui utilizado segundo o significado atribuído por Cass Sunstein em: *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, p. 3-23. Os minimalistas decidem cada caso de uma vez, evitam formular regras muito gerais para a orientação de casos futuros. São céticos sobre as tentativas de construção de grandes teorias acerca da interpretação jurídica. Suas decisões não são fundacionalistas, não entram em questões profundamente controversas, isto é, em temas ou debates de larga escala, deixando-os em aberto ("leaving things undecided", nas palavras do autor). Assumem uma postura restritiva em relação ao exercício do *poder judicial*. Sobre o tema, confira também: SUNSTEIN, C. Testing minimalism: a reply. *Michigan Law Review*, n. 104, I, 2005, p. 123-129.

Em regra, os ministros vencedores pretenderam, de um modo perfeccionista,⁶² construir grandes interpretações sobre a democracia, o mandato representativo, a moralidade na função pública, extraindo dessas considerações algumas orientações gerais para a atuação dos atores políticos no futuro.⁶³ Ao assumir uma postura bem menos ambiciosa, o ministro Marcelo Ribeiro sintetiza que “não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato”.⁶⁴ Em seguida, há um debate entre os ministros Marco Aurélio e Marcelo Ribeiro que ilustra bem as diferentes pretensões hermenêuticas do Neoconstitucionalismo e do Minimalismo. O ministro Marco Aurélio questiona: “E precisaria de uma norma diante dos princípios consagrados pela Constituição Federal? Seria acaciano.”⁶⁵ Em seguida, o ministro Marcelo Ribeiro ratifica o seu posicionamento:

Não me parece haver espaço para invocar princípios implícitos quando a matéria foi tratada expressamente na Constituição anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada da atual Constituição. Parece-me, com a devida vênia, que o constituinte não quis que essa hipótese, de mudança de partido pelo parlamentar eleito, acarretasse a perda do mandato.⁶⁶

Continuando em sua postura minimalista, o ministro vencido procura separar as razões éticas ou morais que sustentam a tese da fidelidade partidária, com as quais concorda, das razões jurídico-positivas que poderiam autorizar semelhante conclusão com apoio no texto constitucional. Segundo o magistrado, tais razões normativas não existem no Direito Positivo.

Segundo Sunstein (2005), há boas razões para o minimalismo judicial nos casos difíceis. Em primeiro lugar, os juízes não são eleitos pelo voto popular. Em segundo lugar, os magistrados não possuem uma particular *expertise* em teoria ética, moral ou política. Por último, eles não possuem também suficiente conhecimento técnico para prever as principais conseqüências de suas decisões, especialmente nos planos político e econômico.⁶⁷

Nos julgamentos dos mandados de segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 (STF), posicionamento semelhante será adotado pelo parecer do procurador geral da República e pelo ministro Eros Roberto Grau, ambos com estratégias de argumentação, ao mesmo tempo, minimalistas e formalistas.



⁶² O Perfeccionismo propõe-se interpretar o texto constitucional a partir de questões profundas, controvertidas na sociedade, buscando fazer da Constituição o melhor que ela pode ser ou, ao menos, aquilo que o intérprete julgue ser a *melhor luz* sobre o problema em questão. (Cf. SUNSTEIN, C. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*, 2005, p. 31 et seq.).

⁶³ Esta afirmação é válida para a argumentação dos ministros vencedores no TSE e também no STF.

⁶⁴ Resolução nº 22.526 (TSE), disponível no site www.tse.jus.br, p. 55.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, p. 60-61.

⁶⁷ SUNSTEIN, op. cit.

Os trechos dos votos comentados anteriormente auxiliam na compreensão das tensões entre o Neoconstitucionalismo e a democracia, outro ponto importante que merece ser explorado nesta seção. Juan Antonio García Amado (in: PULIDO, 2006), em diversos ensaios, elabora uma contundente crítica ao Neoconstitucionalismo, em particular às teses da “onipresença da Constituição”, seu caráter excessivamente principialista, sua pretensão desmedida de conformação do mundo político, além do protagonismo exacerbado habitualmente conferido ao Poder Judiciário pela teoria jurídica com apoio na metodologia da ponderação.⁶⁸ Para García Amado, o neoconstitucionalismo “tem como trans-fundo político a crescente desconfiança frente ao legislador parlamentar e a correlativa fé nas virtudes taumatúrgicas da magistratura”.⁶⁹ Em sua crítica, o autor chama atenção para os perigos de uma versão *inflacionada* do Neoconstitucionalismo que acabaria por comprometer o pluralismo e a liberdade do legislador ordinário responsáveis pela definição do campo da disputa política nas democracias contemporâneas:

O Direito e, especialmente, a Constituição, delimita o território da política, definindo limites infranqueáveis para aquilo que seja politicamente possível. Porque se não há âmbitos de livre configuração e, portanto, imunes à correção por parte dos órgãos judiciais, não restará espaço para uma sociedade que exerça a política, passando todos a serem súditos do supremo órgão político e não democrático, a magistratura.⁷⁰

García Amado (in: PULIDO, 2006) considera o Neoconstitucionalismo uma teoria defensora de um “controle judicial de máximos”⁷¹, pois concebe o texto constitucional em um sentido axiológico e argumentativo que acaba por ressaltar o papel interpretativo (e construtivo) do Poder Judiciário na definição e maximização do conteúdo dos direitos fundamentais. Em sentido contrário, o autor defende um “controle judicial de mínimos” restrito à “normas que manifestamente vulnerarem a semântica dos enunciados constitucionais”⁷².

Neste sentido, García Amado defende uma regra de preferência em favor do legislador – *in dubio pro legislatore* – no momento de estabelecer quem tem a última palavra na zona de penumbra ou no âmbito de abertura do texto constitucional. Essa preferência traduz-se em um convite à auto-restrição (*self-restraint*) por parte da jurisdição constitucional, principalmente nas hipóteses em que o texto constitucional nada nos diz, ou seja, quando se encontra aberto a uma pluralidade de concretizações politicamente possíveis ou, nas palavras de Häberle



⁶⁸ Para uma exposição minuciosa das críticas elaboradas pelo autor ao Neoconstitucionalismo confira: PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*, 2006, p. 13-23.

⁶⁹ GARCÍA A., J. A. apud PULIDO, op. cit., p. 17.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁷¹ *Ibid.*, p. 20.

⁷² *Ibid.*, p. 19.

(2002) ao *pensamento possibilista* que define a própria democracia como “reversibilidade de toda possibilidade e alternativa que surja no marco constitucional”.⁷³ A mesma conclusão é válida, ainda mais fortemente, para os casos nos quais o texto constitucional pretendeu ser taxativo, decidindo por não incluir dispositivos jurídicos existentes em documentos constitucionais passados.

Robert Alexy (2004) propõe uma tentativa de solução para o dilema entre constitucionalismo e democracia, ao desenvolver uma dogmática das margens de ação.⁷⁴ A Constituição é compreendida pelo autor como uma *ordem marco*, que deixa para o legislador uma ampla margem de ação estrutural para a eleição dos fins políticos em conformidade com os direitos fundamentais (que definem uma ordem fundamental em sentido qualitativo) e bens coletivos tutelados constitucionalmente, assim como a definição dos meios para a promoção de tais fins. Segundo esta visão, “se reconhece que a legislação não é uma mera aplicação dos princípios entendidos como mandados de otimização”.⁷⁵ Neste sentido, argumenta Carlos Bernal Pulido (2006, p. 63), com apoio nas reflexões de Robert Alexy:

As disposições de direitos fundamentais não ordenam nem proíbem nada, nem sequer implicitamente, para muitos casos. Isto se faz evidente quando o resultado da ponderação é um empate. E ali onde a Constituição nada prescreve, o legislador tem a competência para decidir. Quando esta circunstância se apresenta na ponderação, o Tribunal Constitucional deve ser deferente com esta competência legislativa.⁷⁶

O Neoconstitucionalismo em sua versão *inflacionada* ou *expansionista*, ao preconizar um ideal de Constituição *invasora* e *onipresente*, não é compatível com uma visão aberta da democracia como “pluralismo de iniciativas e de alternativas”.⁷⁷ A tese da força irradiante dos direitos fundamentais, se levada às últimas conseqüências, resulta na completa conformação da atividade legislativa, ou seja, na afirmação de que “na Constituição de direitos não há espaço isento para o legislador porque todos os espaços aparecem regulados”.⁷⁸ O Neoconstitucionalismo deve adequar-se a uma visão experimentalista de democracia, deixando ao legislador eleito democraticamente, assim como aos atores políticos que atuam no espaço público, a crítica, tematização e proposição de alternativas institucionais para problemas que *não* foram decididos no plano jurídico-



⁷³ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, 2002, p. 68.

⁷⁴ Sobre a teoria das margens de ação, confira: ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.

⁷⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*, 2006, p. 63.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ HESSE, K. apud HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, 2002. p. 67.

⁷⁸ PULIDO, op. cit., p. 12.

constitucional ou, então, propor reformas, mediante emenda constitucional, das decisões legais do passado.

Esta deve ser a regra de preferência: *in dubio pro legislatore*, pois é o representante eleito democraticamente o agente mais legitimado para tomar decisões no espaço de abertura da Constituição, que, por sua vez, deve ser interpretado em um sentido maximalista em favor do debate político. Segundo esta visão, o legislador democrático é o legitimado *inclusive* para tomar uma decisão eventualmente *errada*, pois é responsável politicamente por esta, enquanto o Poder Judiciário não. De um ponto de vista hermenêutico, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não deve ser compreendida como contendo sempre uma única resposta correta para a solução de todos os problemas.

6. INTERPRETAÇÃO E DECISÃO DO CASO DIFÍCIL DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

6.1. Formalismo

O tema da fidelidade partidária é especialmente interessante por mostrar que a questão sobre como interpretar a nossa Constituição é sempre uma escolha moral ou política em sentido amplo, o que ficou evidenciado pela quantidade de posturas interpretativas reveladas no âmbito da discussão e decisão a respeito dos MS nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 (STF). Entretanto, se por um lado parece correto afirmar que a escolha por abordagens interpretativas possíveis, mas mutuamente incompatíveis, reside em opções políticas; por outro, não parece correto inferir, que todas as escolhas ou abordagens interpretativas são iguais na quantidade de teoria política e teoria moral que elas requerem dos juízes.

Alguns dos ministros entenderam que, no caso da fidelidade partidária, era necessário investigar um amplo e complexo conjunto de elementos morais e políticos para alcançar alguma solução, o que caracteriza uma postura pragmática.⁷⁹ Entretanto, outros fizeram uma opção política por abraçar um tipo de interpretação de caráter mais formalista, entendendo que o texto da Constituição e o significado que o acompanha eram claros no que limitavam as opções dos juízes. Estas foram as posições do ministro Eros Grau, no seu voto, e a do procurador-geral da República em sua sustentação oral. Os pormenores das razões envolvidas na escolha entre uma postura mais ou menos particularista são relevantes por si só e para relacionar tais elementos com a questão da justiça e do acesso à justiça.⁸⁰ No entanto, antes de realizar a investigação cabe chamar a atenção para alguns pontos relevantes.



⁷⁹ Cf. item 6.2., p. 67, em que o pragmatismo hermenêutico por parte dos ministros do STF será aprofundado.

⁸⁰ Cf. item 7, p. 70, em que se analisam e problematizam os elementos que participam do processo de decisão dos ministros do STF, e quais seriam as conseqüências ou origens dos posicionamentos em face dos diversos casos.

Os pragmatistas podem ser enquadrados dentro de uma categoria mais ampla, denominada de *Particularismo*. O particularista é quem não se sente constrangido ou cerceado pelo texto da lei ou da Constituição – isso pode acontecer em função de uma concepção ontológica sobre a natureza da linguagem ou por motivos políticos. Para o particularista, o texto e o seu significado mais imediato são no máximo o início da conversa e nunca o fim da atividade interpretativa. Uma série de outros elementos devem ser levados em consideração para que se possa alcançar a melhor decisão. A regra expressada por um texto normativo não fecha as portas para que outras considerações sejam levadas em conta no âmbito da decisão. Em suma, o particularista é o que não mede esforços para ajustar a regra, trabalhando como um alfaiate, sempre que a regra aponta para um resultado diverso do pretendido pela totalidade das razões relevantes ou pelos seus próprios propósitos.

Assim, se o propósito da Constituição é garantir o sistema representativo proporcional a todo custo, desconsidera-se uma regra clara como a extraída a partir da leitura do artigo 55 da CF, que dispõe de forma direta e límpida quais são as condições taxativas para a perda do mandato. A pergunta que fica no ar é a seguinte: em um sistema onde as regras podem ser rotineiramente ajustadas ou afastadas diante de cada caso concreto para que se possa alcançar os propósitos subjacentes, a justiça, ou qualquer outra coisa considerada fundamental e que expressa o resultado correto, é de fato um sistema de regras? Afinal, por que optar por um sistema de regras – um sistema formalista –, se é o particularismo que nos permite chegar, em tese, o mais próximo do justo? Antes de explorar a última questão, vejamos os compromissos dos formalistas.

Em contraposição à postura particularista acima, é possível identificar uma atitude interpretativa de caráter mais *formalista*. É importante frisar que o formalista mais instigante não é o que adota uma concepção essencialista em relação à linguagem. Conseqüentemente, acredita em um paraíso conceitual onde os termos são totalmente claros, indicando uma única possibilidade correta de atribuição de significado. Tal espécie de conceitualismo aparece, por exemplo, no voto proferido no TSE pelo ministro Cezar Peluso, que entende que “no próprio seio do conteúdo significativo da expressão *sistema proporcional*, está o primado dos partidos políticos e sua conseqüente titularidade sobre as cadeiras conquistadas nas eleições”.⁸¹ Inferir tudo isso a partir da mera expressão “sistema proporcional”, tomada isoladamente, é, no mínimo, polêmico.

Todavia, o formalismo não se confunde com o conceitualismo indicado acima. O formalista é quem, por razões políticas ou morais, se compromete com o resultado do significado padrão ou ordinário do texto, mesmo quando ele entende que talvez do ponto de vista pessoal a sua opção seria diferente. Tal posição formalista pressupõe a possibilidade de que em certas ocasiões o texto e o



⁸¹ Confirma o voto do ministro Cezar Peluso na Resolução nº 22.526 (TSE), disponível no site www.tse.jus.br.

significado imediatamente associado ao mesmo podem ser claros. Entretanto, a possibilidade de que o texto venha a ser claro não significa que ele sempre o será, como acredita o conceitualista. Nas situações de indeterminação ou intoxicação lingüística, geradas pela textura aberta, vaga, ambígua de linguagem afetiva, o processo de interpretação do responsável pela aplicação do texto é mais construtivo e criativo, e menos um processo de constatação e descoberta. Nas circunstâncias de indeterminação, não há diferenças profundas entre o *modus operandi* do particularista e o do formalista. O ponto que os diferencia é a *atitude* adotada diante dos casos que se enquadram dentro do núcleo de significado da regra. Para o formalista, as regras direcionam o foco do aplicador ou intérprete, que só pode procurar os fatos considerados relevantes pelas categorias engessadas das regras. Já o particularista pode afastar, revisar ou recalibrar a regra, sempre que suas categorias indicam um resultado em desacordo com o que imagina ser a solução correta.

Assim, os formalistas são capazes de diferenciar o Direito como um campo prático distinto dos domínios morais e políticos. Tal posição formalista fica bastante acentuada no voto do ministro Eros Grau e na sustentação oral do procurador-geral da República. Ambos fazem questão de demarcar limites de atuação do intérprete, sugerindo que o texto, quando o seu significado é claro, pode obstar considerações políticas e morais pessoais. Vejamos:

Permito-me, para dizer que a simpatia ou antipatia pessoal por esse ou aquele modelo de fidelidade partidária não pesa em relação à decisão que nos cabe tomar, mencionar que ontem, quando me faltou a voz, na exposição de meu voto, ecoaram em meus ouvidos algumas palavras que eu gostaria de ter pronunciado. Para afirmar que sentia recalcitrar a miserável garganta, aliás um dos órgãos mais resistentes do meu sadio organismo; para repetir o que foi dito em Santa Maria, no dia 20 de setembro de 1908: “[não] importa, com garganta ou sem ela é preciso falar e hei de falar”. A minha simpatia em matéria de fidelidade partidária pelo pensamento de Assis Brasil não conta em relação à decisão a ser tomada a partir e nos limites do texto da Constituição. (ministro Eros Grau)⁸²

Comungo das intenções e dos pressupostos éticos e políticos que inspiraram a decisão do TSE, mas não creio que umas e outros autorizem a adoção de interpretação que conduza à desconsideração de mandato eletivo em hipótese não contemplada no artigo 55 da Constituição. Sobre o tema – perda de mandato,



⁸² Cf. MS nº 26.602-3 e nº 26.604, voto do ministro Eros Grau, disponíveis no site www.stf.jus.br.

considero que a Constituição é exaustiva. (Procurador-geral da República)⁸³

Por que optar por um modelo formalista que exclui de antemão a possibilidade de se alcançar o melhor resultado para cada caso? Afinal, os formalistas se sentem constrangidos pela linguagem utilizada no documento. Ou seja, esses inibem-se pelas categorias previamente selecionadas pelo legislador, enquanto o particularista sente-se à vontade para afastar ou recalibrar a regra na tentativa de alcançar o seu espírito ou propósito subjacente, ou simplesmente para poder chegar à resposta correta ou mais justa.

Apresentado dessa forma, o modelo formalista parece ser mais um modelo que frustra o acesso à justiça do que o particularista. Entretanto, também pode existir uma dimensão de justiça substancial na opção pelo formalismo, já que garante maior segurança e previsibilidade. Este modelo é capaz de garantir a alocação de poder, o que é ainda mais importante. Se regras claras são sempre reconstruídas de acordo com certos propósitos ou metas pessoais diante de cada caso concreto, então as regras nunca estão fazendo trabalho normativo e ou alocando poder.

A própria noção de separação de poderes pressupõe o uso de regras. Se regras nunca fossem levadas a sério, nenhum tipo de decisão poderia ser tomada previamente por outro órgão qualquer, cabendo, na verdade, sempre a quem que tem a última palavra. Acreditamos que certas decisões cabem aos órgãos representativos por excelência, aqueles que foram eleitos, e não aos caprichos do julgador não eleito com a sua visão particular do justo, do correto, ou dos propósitos do Direito, por mais que, de acordo com alguma moral crítica desconhecida, ele possa estar certo. Finalmente, os juízes erram mais que acertam quando tentam alcançar o justo afastando as regras: portanto há boas razões para desenhar as nossas instituições de tal forma que os julgadores não se sintam tão à vontade para exercer esta prerrogativa, justamente entendida como arbitrária.

Para isso, é necessário criar boas razões prudenciais para não deixá-los totalmente à vontade em fazer o que acham certo, em detrimento do que foi previamente estabelecido. É importante perceber que tal argumento é contingente. Se existe credibilidade e confiança nos juízes, principalmente dos de última instância, então eles serão deixados à vontade para tratar as regras como flexíveis e maleáveis. O OJB pode funcionar como um mecanismo de desenho institucional, realizando uma fiscalização constante não só do Judiciário, mas da Justiça, mostrando quando o afastamento das regras parece ser adequado e aceito pela sociedade e pelos diversos movimentos sociais, e quando o apego ao que foi prévia e claramente estabelecido parece ser a postura mais adequada e aceita.⁸⁴



⁸³ Cf. MS nº 26.602-3 e nº 26.604, disponíveis no site www.stf.gov.br.

⁸⁴ Cf. item 8, p. 72.

Quando se fala em *desenhos institucionais*, não se está englobando apenas a situação em que novos arranjos institucionais são confeccionados *ex nihilo*. A expressão obviamente abarca o caso citado, e é mais freqüentemente utilizada para referir-se ao projeto de examinar arranjos sociais existentes na tentativa de estabelecer se são satisfatórios ou se requerem algum tipo de modificação. Em outras palavras, a empreitada dos desenhos institucionais tem sido mais de pensar e remodelar instituições previamente existentes do que conferir a forma inicial de instituições. Assim, o uso rotineiro da expressão “desenhos institucionais” abarca primordialmente a preocupação com a necessidade e o modo de se realizarem intervenções institucionais.

Além disso, a preocupação com os desenhos institucionais é um projeto não elitista por excelência. Afinal, quando se pensa sobre para quem é a teoria dos desenhos institucionais e quem são os potenciais desenhistas, fica claro que todos os interessados devem participar. Em uma democracia, ao menos em tese, todos os cidadãos têm interesse sobre os modos de arranjo da vida social, quem deve operar as mudanças mais significativas nesses arranjos e de que forma isso deve ser feito. Nas palavras de Pettit (1998, p. 55):

Em toda sociedade existente, há, sem sombra de dúvida, uma variedade de problemas severos, e todo aquele que se sente movido para pensar acerca desses problemas deve ter um interesse na empreitada dos desenhos institucionais; o caráter do exercício não é elitista.⁸⁵

Reconhece-se que há uma participação diferenciada nesse processo por cada um dos desenhistas e que nem sempre há uma igualdade de oportunidades, promovendo por vezes uma inserção assimétrica na modelagem e nos processos decisórios. Uma instituição bem desenhada não é só aquela que apresenta um encaixe consistente com outras instituições internas e uma harmonia com instituições externas, mas, além disso, responde a anseios morais da sociedade.

6.2. O problema da mudança na interpretação da Constituição

O tema da fidelidade partidária tratada nos MS nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 assume especial importância pela problemática que gera em torno da questão da interpretação constitucional e da previsibilidade de suas decisões para a vida dos cidadãos. Foi um caso de alteração significativa na Constituição, sem que o seu texto tenha sido modificado. A partir de resoluções firmadas pelo TSE no início de 2007, passou-se a entender que a mudança de partido político por parlamentar implica a perda do seu mandato, o que foi estabelecido em 27/



⁸⁵ PETTIT, P. Institutional design and rational choice. In: Goodin, R. *The theory of institutional design*. New York: Cambridge University Press, 1998.

3/2007, data em que o TSE manifestou-se a respeito do assunto. A instância máxima da Justiça Eleitoral no país entendeu que, após essa data, os partidos estão autorizados a procederem pedidos de perda dos mandatos políticos dos seus representantes que deixaram as suas siglas partidárias originais. Diante da manifestação de recusa de assim atuar pela Mesa da Câmara dos Deputados, determinados partidos políticos impetraram os respectivos mandados de segurança junto ao STF.

Este tópico faz uma análise dos pressupostos pragmáticos que levaram a uma tomada de posição da jurisdição constitucional no tocante à manifestação do TSE sobre o *troca-troca* partidário, bem como à compreensão sobre os seus limites de interpretação. Neste ponto, cabe lembrar que apontam votos dos ministros do STF para categorias do teor de mutação ou de ruptura constitucional como termos antagônicos. O primeiro, assinala alteração da norma, resultado da interpretação, sem alteração do texto – isto é, o limite máximo de alteração de um determinado significado da lei, sem alterar o seu texto. No segundo caso, quando a interpretação extrapola os limites legais, a ruptura, inaceitável teoricamente, tem lugar.

Nessa linha de raciocínio, encontra-se um aspecto pragmático da questão, que se revela na contextualização do problema, nos dados empíricos que auxiliam em sua compreensão e nas conseqüências antevistas por quem decide. É uma visão que pouco se ancora nos valores ou objetivos visados, de antemão, na lei. Os seus aspectos, empírico e futuro, apontam para uma dimensão não propriamente valorativa e perene. Acentua o que é contingente, em função dos efeitos que gera. Pode-se, a partir daí, dimensionar o acerto da decisão, em função do seu impacto na vida dos cidadãos. A práxis cotidiana, afetada por todo tipo de demanda e necessidade, muitas vezes prevalece sobre ideais de ordem valorativa; problemas concretos sobressaem.

O STF lança-se, ao examinar a citada decisão do TSE, em referendar, também, uma tarefa moralizadora. Busca alterar uma prática abusiva que fere os fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito. O contexto demanda uma tomada de posição, mais do que simplesmente direcionada ao caso. Decide-se em sentido instrumental, como outra característica do pragmatismo jurídico. As decisões dessa ordem possuem alcance político, e o STF sente-se legitimado a fazê-lo enquanto intérprete autêntico da Constituição que, como carta política, enseja ações também políticas.

Notamos nos votos do ministro Celso de Mello e da ministra Cármen Lúcia a força do contexto. É triste, afirma a ministra, “ter de se tratar, ainda hoje, do comportamento reiterado de troca de partidos e de suas causas e efeitos para o sistema político”, citando Victor Nunes Leal, autor de *Coronelismo, Enxada e Voto*,⁸⁶ comportamento que gera insegurança na vida dos eleitores. “A mudança



⁸⁶ Cf. MS nº 20.602, nº 20.603 e nº 20.604, disponível no site www.stf.jus.br, p. 73.

dos parlamentares de um para outro partido também gera insegurança".⁸⁷ São premissas contextuais que apontam para a tomada de decisão, em lugar de pensarmos apenas na força das regras positivadas ou nos valores nela guarnecidos. De acordo com o ministro Celso de Mello:

Episódios notórios e lamentáveis de nossa recente história político-eleitoral, que registram sucessivas transmigrações partidárias, com desrespeito evidente e frontal à vontade soberana dos eleitores, [...] evidenciam um comportamento que ofende a própria integridade do modelo consagrado pela Constituição.⁸⁸

Assim, a partir de comportamentos verificados na prática, o juiz analisa o dispositivo legal para decidir. O conhecimento da realidade a partir do acesso a dados empíricos comprovadores com certeza levou o ministro Ricardo Lewandowsky a condenar a infidelidade partidária. Analisa-se a trajetória da consolidação dos partidos no Brasil com base na alternância de governos ditatoriais e democráticos para, a partir daí, firmar uma convicção sobre a necessidade da arregimentação político-partidária, fruto da conquista pela institucionalização da democracia. Apesar de mostrar preocupação com a mudança radical no sentido da jurisprudência do STF, o ministro rende-se ao que mostram os dados: em 16 anos, 846 parlamentares (28,8%) trocaram de partido até quatro vezes, perfazendo um total de 1.035 migrações.⁸⁹ Portanto, não se trata da existência de casos isolados, mas da *probabilidade* de acontecimentos futuros. A questão está em torno da força dos fatos sobre o Direito; sobre o que podemos apresentar em determinado momento como Direito.

Lançar-se sobre concepções de ordem pragmática pode levar, muitas vezes, a um ativismo judicial que resulta na realização de um fenômeno: a judicialização da política. Em linhas gerais, queremos dizer com isso que o tribunal se ocupa de questões em princípio sob a alçada do Poder Legislativo, casa da representação popular. O ministro Eros Grau mostra sua preocupação no sentido de o STF atropelar a obra do legislador: "[...] consta que o Poder Legislativo vem atuando em direção à implantação de uma reforma política, no bojo da qual o item da fidelidade partidária compõe-se entre os temas prioritários." Por isso mesmo, diz o ministro, "a usurpação, pelo Poder Judiciário, de função de Poder Constituinte derivado já em si consubstancia 'quebra constitucional'".

Assim, não apenas existe o problema da interferência indevida do Judiciário no Legislativo, como situações em que o intérprete vai além do permitido. O limite seria o da *mudação constitucional*, compreendida como o poder de alterar o significado do texto sem modificar na sua estrutura gramatical. Ultra-



⁸⁷ Ibid., p. 109.

⁸⁸ Ibid., p. 109.

⁸⁹ Ibid., p. 20.

passado esse limite, poderíamos, com o ministro Eros Grau, falar em *quebra* da Constituição, o que fugiria ao poder do tribunal. Alterar o texto constitucional é tarefa do poder constituinte derivado, consagrado na Casa Parlamentar. Ao tribunal compete a sua aplicação. Este tem sido um tema sensível e de grande interesse tanto para teóricos quanto para o próprio Judiciário. É a partir daí que se definem os limites do seu poder de criação ou os limites do seu ativismo.⁹⁰

No momento em que o STF se esforça em aumentar sua força sobre todo o sistema, decorrente da posição hierárquica que ocupa, o tema da mutação entra em cena. Na Reclamação nº 4.335-AC, a corte já aparece com uma postura forte, a provocar crítica de boa parte dos constitucionalistas brasileiros. Algo que deva merecer uma reflexão e justificativa mais ponderada é dizer que, sob o argumento de um novo contexto normativo, nas palavras do ministro Gilmar Mendes, o Senado é encarregado simplesmente da publicação das leis declaradas inconstitucionais em última instância pelo STF, enquanto o texto constitucional expressamente prevê um papel ativo à câmara alta do Congresso nos procedimentos de controle de constitucionalidade. Na ocasião, o ministro Eros Grau identificou o caso de *mutação*, enquanto agora, no caso da fidelidade, condena a possibilidade de o intérprete entender como acolhidos nos princípios constitucionais a tese da fidelidade. A partir da interpretação restritiva do artigo 55 de nossa Constituição, que prevê as possibilidades de perda de mandato pelo parlamentar, fica afastada a possibilidade de se ver apoio para este entendimento, ao se considerarem determinados princípios constitucionais.

7. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DA DECISÃO

Especial consideração merece o estudo dos elementos da decisão no caso da fidelidade partidária. Se for exigido do Poder Judiciário uma atitude de coerência, previsibilidade e, sobretudo, racionalidade na tomada de decisões, não pode ser olvidado o valor dos precedentes no labor jurisprudencial, seja em sua função meramente persuasiva seja em sua eficácia vinculante por meio do controle abstrato de constitucionalidade.

O caso da fidelidade partidária revelou uma forma especial de ativismo judicial, que gerou certa polêmica. Embora os impetrantes dos *mandados de segurança*⁹¹ tenham obtido uma decisão denegatória, a menção de que a pretensão referente à perda dos mandatos poderia, mediante o devido processo legal, ser deferida pela Justiça Eleitoral foi suficiente para deixá-los satisfeitos.

Cabe indagar: seria tal menção um *obiter dictum* ou a *ratio decidendi* do acórdão? Estariam os órgãos do Judiciário obrigados a observar tal decisão?



⁹⁰ Cf. item 4.1., p. 52.

⁹¹ MS nº 26.602 (relator: ministro Eros Grau), MS nº 26.603 (relatora: ministra Cármen Lúcia) e MS nº 26.604 (relator: ministro Celso de Mello), disponíveis no site www.stf.jus.br.

Mostra-se fundamental a identificação dos elementos objetivos – *ratio decidendi e obiter dictum* – da decisão como ferramentas cognitivas do intérprete. Tal instrumental teórico afigura-se importante para que o observador e o aplicador do direito estejam cientes não só dos elementos determinantes da decisão, mas também do seu alcance.

Com efeito, a *ratio decidendi* para a denegação dos remédios constitucionais foi no sentido de que a perda de mandato dos parlamentares eleitos e que trocaram de partido só poderia ocorrer após instrução probatória que apurasse a inexistência de perseguição política do parlamentar ou mudança na ideologia do partido. Como não há fase específica para a produção de provas no mandado de segurança, os *writs* foram denegados.

É importante observar que para chegar-se à conclusão acima era preciso responder se havia o direito de os partidos aplicarem, por via judicial, a sanção de perda de mandato. Embora o conceito de sanção tenha se revelado polêmico no curso do julgamento, surpreendentemente prevaleceu o entendimento de que não haveria *pena* na perda de mandato simplesmente pelo fato de a troca de partido tratar-se de *ato lícito*. Na verdade, não restou clara a natureza do ato que decreta a perda do mandato, em primeiro lugar, porque era *gravoso* para a esfera do parlamentar; em segundo lugar, porque para a sua decretação haveria a necessidade de conferir ao parlamentar o direito à *ampla defesa*. Obviamente, se fosse reconhecida a natureza de sanção (pena) à perda de mandato, esta não poderia ser aplicada, em virtude do *princípio da legalidade*, lembrando-se que o artigo 55 da Constituição Brasileira de 1988 não contempla a hipótese de perda de mandato por troca de partido.

Em resumo, a *vexata quaestio* desdobrava-se em duas questões: a) se havia o direito de os partidos aplicarem, por via judicial, a sanção de perda de mandato; e b) se este direito poderia ser exercido por via de mandado de segurança.

É curioso notar que, do ponto de vista técnico, a *adequação* da via mandamental deveria ter sido julgada em primeiro lugar, já que configura uma *questão processual* – e não de mérito. Realmente falece interesse processual ao impetrante de mandado de segurança que objetiva a declaração de perda de mandato em razão da inviabilidade de se conferir uma fase de instrução para apurar a existência de perseguição política ou mudança de ideologia do partido. No entanto, a *questão de mérito* – direito à declaração de perda de mandato – foi enfrentada antes da *questão processual* – interesse-adequação. Isso causa um certo desconforto na caracterização da questão de mérito como *ratio decidendi*, já que ela não foi determinante para a decisão denegatória dos *writs*.

Cumprido, no entanto, reconhecer, que a *questão de mérito* – direito à declaração de perda de mandato – enfrentada pela Corte Constitucional findou por orientar outros tribunais e sinalizou como será a decisão em casos futuros, embora tenha o valor de mera *afirmação incidental* – *obiter dictum*.

Resta examinar, ainda, se os órgãos do Poder Judiciário estariam obrigados a observar tal decisão.

Recorde-se que no âmbito do controle de constitucionalidade, não só a *parte dispositiva*, mas também os *fundamentos determinantes* – *ratio decidendi*

– têm eficácia vinculante, de acordo com o parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99.⁹²

Uma primeira observação é a de que a decisão do caso da fidelidade partidária ocorreu em sede de mandado de segurança sendo, por esta razão, inaplicável a referida lei. Em outras palavras: a decisão não possui eficácia vinculante para os órgãos do Poder Judiciário.

Em segundo lugar, embora tenha a discussão referente ao direito à declaração de perda de mandato ocupado uma posição de destaque no julgamento, parece mais acertado atribuir mero valor *obiter dictum* – afirmação incidental – à questão de mérito ventilada, com eficácia meramente persuasiva.

8. CONCLUSÕES

Em um contexto de intensificação do processo de judicialização da política, o STF assume o importante papel de um ator institucional estratégico no sistema político brasileiro. O recente protagonismo dos tribunais no cenário político nacional determinou uma profunda alteração nos cálculos elaborados pelos diferentes atores políticos, institucionais ou não, para o arranjo, composição e consecução de seus objetivos, seja no tocante à adoção de políticas públicas seja em relação à modificação das regras do jogo democrático. Neste sentido, “o governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, (tem) que se preocupar em não infringir a Constituição”.⁹³

Semelhante afirmação também é válida para a atuação do Poder Legislativo diante da eficácia expansionista dos direitos fundamentais apregoada pelo Neoconstitucionalismo, conforme foi examinado neste artigo. Como bem lembra Oscar Vilhena Vieira, a equação é bastante simples: “Se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno”.⁹⁴ Nesse ponto, há um importante *trade-off* em regra esquecido pela teoria neoconstitucional: quanto maior a amplitude e intensidade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais concebidos como princípios com forte conteúdo axiológico, menor será o espaço de livre conformação do legislador democrático, assim como o da sociedade para o exercício de sua *imaginação institucional*. Assim, “qualquer movimento mais brusco gera um incidente de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a judicialização de uma contenda política”.⁹⁵



⁹² “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

⁹³ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, 2004, p. 115.

⁹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia: vícios e virtudes republicanas. *Valor Econômico*, 6/11/2007.

⁹⁵ *Ibid.*

O texto constitucional não deve ser compreendido como sempre contendo uma única resposta para todas as questões ou controvérsias políticas, econômicas e morais. Essa modalidade de leitura da Constituição é *perfeccionista*, ou seja, “tenta fazer da Constituição o *melhor* que ela pode ser”⁹⁶ (grifo nosso), interpretando-a, sempre que possível, a partir de *questões profundas* e, em geral, também controversas diante do fato do pluralismo que define as democracias contemporâneas. Tal visão excessivamente axiológica concebe o resultado do jogo político como algo fortemente pré-definido pelo Direito, aproximando a Constituição de um modelo puramente material, segundo o qual, em última análise, “para tudo existe a previsão de um mandado ou uma proibição”.⁹⁷ Outra dimensão importante deste processo é a reiterada utilização dos tribunais superiores como instâncias de revisão política da deliberação legislativa, fomentada por atores políticos agrupados de modo minoritário no Poder Legislativo. É importante destacar que, nos casos estudados, são os próprios legisladores os responsáveis por demandar do STF um pronunciamento jurídico-constitucional sobre tais questões.

Tendo em vista o processo de judicialização da política, o artigo procurou desenvolver uma abordagem mais ampla da temática do acesso à justiça, capaz de abarcar a análise de um ativismo judicial que tem gerado efeitos políticos relevantes sobre a atuação dos demais poderes. Diante do caráter *maximalista*, isto é, ao mesmo tempo amplo e profundo, do escopo e do conteúdo das decisões do STF analisadas, não há uma clara distinção entre o *obiter dictum* – afirmações incidentais – e a sua *ratio decidendi* – fundamentos determinantes da decisão. Tal afirmação culmina na constatação de que ambos os elementos da decisão exercem, indistintamente, forte apelo persuasivo sobre a atuação dos demais poderes e da sociedade, ao concentrar a decisão de questões que, por diferentes motivos, deveriam permanecer em aberto para posterior deliberação democrática. Além disso, ao centralizar as principais decisões sobre temas políticos e morais controversos, o STF gera conseqüências importantes também na esfera pública, pois tais decisões podem constituir um estímulo ora positivo ora negativo sobre a participação popular na deliberação, tematização e elaboração de soluções criativas para questões polêmicas na sociedade.

Revela-se igualmente importante a identificação dos elementos objetivos da decisão – *ratio decidendi* e *obiter dictum*, *mencionados acima* –, como ferramentas cognitivas do intérprete. Entende-se que a decisão referente à *questão de mérito* – direito à declaração de perda de mandato –, enfrentada pelo STF no caso da fidelidade partidária findou por orientar outros tribunais e sinalizou como será a decisão em casos futuros, embora tenha apenas o valor de *obiter dictum*, com eficácia meramente persuasiva.



⁹⁶ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*, p. XII.

⁹⁷ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, p. 30, 2004.

Observa-se também, que o STF tem dado demonstrações em seus julgados no sentido de preservar as decisões do Poder Judiciário,⁹⁸ particularmente em relação aos casos difíceis analisados neste artigo. Os acórdãos estudados, em regra, citam entendimentos adotados por ministros, atuais e antigos, legitimando, assim, a própria atuação do tribunal em tais casos. No entanto, posicionamento semelhante não tem ocorrido em relação às decisões e escolhas do Poder Legislativo, como ficou patente no caso emblemático da cláusula de barreira, no qual o STF, assumindo uma postura abertamente ativista, invalidou uma decisão democraticamente tomada pelo Legislativo.

Caberia avaliar em futuros estudos do OJB se tal comportamento adotado por nossa jurisdição constitucional não seria oriundo de uma espécie de tratamento corporativo adotado pelo STF no sentido de resguardar as instâncias de poder e de competências inerentes ao Poder Judiciário. Também merece ser investigado, se há uma natureza política nesse *conflito* entre o Congresso Nacional e o STF. Outra linha de pesquisa que justifica termos um espaço investigativo como o OJB é o fato de que a jurisdição constitucional procura legitimar-se por meio de novos conceitos – sentença de perfil aditivo, por exemplo – e de modo nem sempre explícito como instância *criadora de norma*. Esta autocompreensão produz conseqüências graves, principalmente para a desconsideração ou afastamento do legislador, devido a uma propalada inércia normativa.

Resta também em aberto a definição de acesso à justiça, e por diversas razões. Argumenta-se que a morosidade do Poder Legislativo na edição de leis tem transferido para o STF a tarefa de regulamentar temas sem consenso na sociedade. Essa aparente usurpação de competência normativa vem estabelecendo certo atrito entre os poderes de Estado, particularmente entre os poderes Judiciário e Legislativo, inclusive com repercussão nos meios de comunicação. Constatase a presença de um ativismo judicial cada vez mais forte e com significativa interiorização de questões políticas no âmbito judicial, rompendo com a tradicional concepção de um STF como órgão de fiscalização negativa da constitucionalidade das leis. Por meio de decisões recentes do STF, são regulamentadas matérias controvertidas cujas transformações e implicações atuais, argumentam os ministros, o Legislativo não consegue acompanhar. Cabe ressaltar que não foram vislumbradas tentativas de diálogo entre o STF e o Poder Legislativo nos casos estudados – comprova-se, assim, o grande descompasso nas relações políticas entre os dois poderes.

É possível identificar um processo conflituoso não só na relação político-institucional entre os poderes, mas no corpo das decisões que se fundam ora em razões morais ora em razões pragmáticas, ora na legalidade estrita. Neste sentido, procurar-se-á, com o posterior aprofundamento do estudo sobre o processo decisório do STF nos *hard cases* mencionados, alcançar uma melhor compreensão sobre os contextos de descobrimento e justificação de tais decisões no âmbito do STF, assim como os seus efeitos sobre os poderes Legislativo e Executivo e



⁹⁸ Em especial, as decisões do TSE.

sobre a sociedade. Deste modo, espera-se criar um controle mais efetivo e uma maior previsibilidade das decisões.

Para tanto, depara-se com as seguintes questões para uma investigação mais abrangente, a saber:

- a) analisar as alternativas de acesso à justiça e sua relação com o protagonismo institucional do STF;
- b) definir a correlação política de forças existente entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, particularmente entre o Congresso Nacional e o STF nos casos difíceis que ainda serão estudados;
- c) aprofundar o tema do ativismo judicial e suas modalidades;
- d) Levantar que variáveis relacionadas a um caso difícil são determinantes para a opção por um modelo mais pragmático ou mais formalista de decisão.

A partir de uma análise histórica, foi possível identificar uma trajetória ativista de atuação do STF, inclusive antes do advento da EC nº 45/04, em decorrência, em grande parte, da nova composição do tribunal. A partir da análise dos casos mencionados, constatou-se uma postura por parte de nossa Corte Constitucional no sentido de não preservar a figura do legislador dentro de uma tradição kelseniana. Diversamente, o STF vem assumindo uma postura que não só é contrária a essa perspectiva democrática recomendada por Hans Kelsen (2003) como se pauta por uma orientação nítida: preservar as decisões oriundas do próprio espaço do Poder Judiciário. Para legitimar a sua própria atuação, o STF tem recorrido à noção de um “Judiciário de portas abertas para a sociedade”.⁹⁹



⁹⁹ Comentário do ministro Marco Aurélio de Mello realizado durante o julgamento da ADI nº 1.351, disponível no site www.jus.gov.br, p. 89.

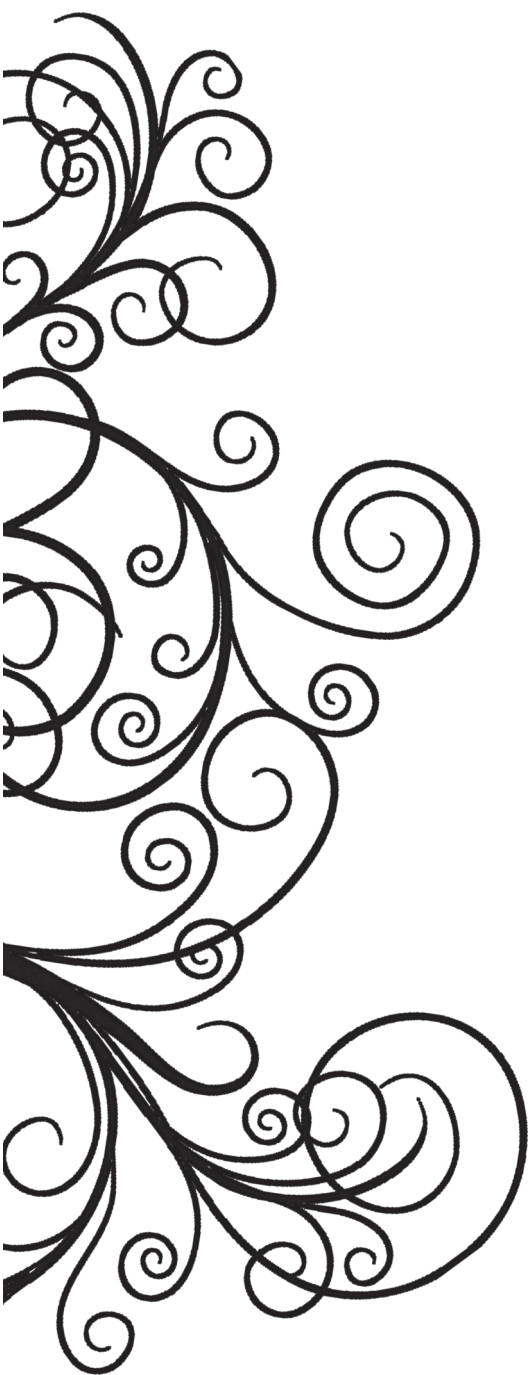
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, nº 217, 1999, p. 55-66.
- _____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad.: Carlos Bernal Pulido. Madrid, Fundacion Beneficentia et Peritia Juris, 2004.
- BARBOSA, Rui. *Obras Seletas de Rui Barbosa - Trabalhos Jurídicos*, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Editora Gradiva, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, nº 23, 2004, p. 115-126.
- EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-61.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49-73.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PETTIT, P. Institutional design and rational choice. In: Goodin, R (Ed.). *The theory of institutional design*. New York: Cambridge University Press, 1998.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SCHAUER, F. The Constitution as text and rule. *William and Mary Law Review*, nº 29, p. 41-51, 1987.

- _____. Rules, the Rule of Law and the Constitution. *Constitutional Commentary*, nº 6, p. 69-85, 1989.
- _____. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- _____. *Determinants of judicial behavior* (The Robert Marx Lecture), *University of Cincinnati Law Review*, nº 68, p. 615-36, 2000.
- STRUCHINER, N. Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005.
- _____. Formalismo jurídico. In: BARRETO, V. P. (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Editora Renovar, 2006.
- _____. "Choosing between decision-making models: A Spike Lee joint". Trabalho apresentado no 23rd World IVR Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, Cracóvia, 2007.
- SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- _____. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.
- _____. Testing minimalism: a reply. *Michigan Law Review*, nº 104, I, p. 123-129, 2005.
- SUNSTEIN, C. VERMEULE, A. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, nº 101, p. 885-951, 2003.
- SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000.
- VERMEULE, A. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- VIEIRA, Oscar V. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Supremocracia: vícios e virtudes republicanas. *Jornal O Valor*. 06/11/2007.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

www.supremoemdebate.blogspot.com
www.stf.jus.br
www.tse.gov.br



[ANEXO A]

Mapeamento da Emenda Constitucional nº 45/2004

Marcus Firmino Santiago**

1. INTRODUÇÃO

Dentro do conjunto de temas tratados pelo *Projeto Dossiê Justiça* encontra-se o levantamento das medidas legislativas que conferirão plena aplicabilidade à Reforma do Judiciário, iniciada e sustentada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Busca-se fornecer subsídios para aferir o andamento deste plano, iniciado com a reforma constitucional, mas que tendo em vista que as principais alterações impulsionadas pela Emenda situam-se nos planos administrativo e processual, duas esferas onde imperam a adstrição à legalidade.

O presente mapeamento propõe-se a identificar as principais medidas apontadas como necessárias à realização do projeto de aperfeiçoamento do acesso à justiça, idealizado no seio da EC nº 45/2004. A Reforma do Judiciário, da forma como tratada nesta emenda, será concretizada por meio de alterações administrativas e procedimentais – algumas previstas no próprio texto reformador e de aplicação imediata, outras carentes de complementação legislativa no plano infraconstitucional. Nem sempre os novos rumos perseguidos encontram-se expressos na EC nº 45/2004: alguns de seus dispositivos são alcançados pelas vias consideradas adequadas, a concretização do ideal reformador, sempre apontado para a



* Marcus Firmino Santiago é doutorando pela Universidade Gama Filho (UGF), mestre pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). É professor voluntário da Universidade de Brasília (UnB). Lecionou na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).



celeridade dos processo; eficiência na prestação jurisdicional; efetividade das decisões; e aproximação do cidadão ao Judiciário.

Neste conjunto de medidas, o *Projeto Dossiê Justiça* aponta aquelas que já foram materializadas em leis, as que encontram-se em tramitação em alguma das casas do Congresso Nacional e as que ainda não saíram do plano das idéias. Realiza-se, para tanto, pesquisa exploratória, para levantar dados quantitativos, sendo necessária sua posterior complementação para viabilizar a análise qualitativa das informações aqui levantadas, para especialmente aferir o real incremento no acesso à justiça decorrente das novas leis adotadas.

2. OBJETIVOS PERSEGUIDOS COM A REFORMA LEGISLATIVA

Na esteira dos debates que culminaram com a promulgação da EC nº 45/2004, os chefes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário federais reuniram-se para indicar os itens prioritários de uma agenda voltada à minimizar alguns dos mais gritantes problemas da Justiça brasileira. Neste turno, o *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano* sistematizou as dificuldades, e demandou imediata intervenção com o objetivo de assegurar o pleno exercício do direito de acesso à justiça.¹

O pacto identifica uma lista de questões a serem tratadas preferencialmente, questões que se espalham por vasto espectro do sistema processual e da administração judiciária. A leitura da EC nº 45/2004, como se fará abaixo, evidencia que o acesso à justiça, neste momento, tem sido compreendido em sua vertente exclusivamente jurisdicional, sendo possível identificar propostas tendentes a incrementar o acesso ao Poder Judiciário, para aproximá-lo dos cidadãos, e outras voltadas a garantir uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Identifica-se claramente a que Cândido Dinamarco assim sintetiza:

Só se tem verdadeiro *acesso à justiça* (a) quando se teve oportunidade de postular perante a Justiça, seja como autor ou como réu, (b) quando este se desenvolveu segundo as garantias explícitas da Constituição e formas legitimamente definidas em lei, (c) quando a pretensão deduzida pelo demandante recebeu julgamento, (d) quando a decisão foi justa segundo a interpretação do caso e da lei à luz de valores legítimos – e, para conferir utilidade social e política a tudo isso, (e) quando o Poder Judiciário tiver sido capaz de dar *efetividade* ao que decidiu, conformando a realidade do mundo ao que se dispôs na sentença justa.²

Kazuo Watanabe (1988) resume estas proposições na expressão “acesso à ordem jurídica justa”³, a qual congrega as duas vias mestras, sob o ponto de



¹Disponível no site www.mj.gov.br. Acesso em 1/12/2007.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Universalizar a tutela jurisdicional: fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 854.

vista do acesso ao Judiciário: a possibilidade irrestrita de invocar a atuação jurisdicional e a presença de todos os mecanismos necessários à sua manifestação, de modo que possa o Estado tutelar adequada e eficazmente à todas as pessoas. Essas duas linhas fundamentais – o despertar para a necessidade de se assegurar os benefícios da tutela jurisdicional a toda a sociedade e a conscientização de que as prestações emanadas do Estado devem ser capazes de, efetivamente, preservar os interesses que lhe são apresentados – identificam-se como o cerne da vertente jurisdicional do movimento pelo acesso à justiça, que visa romper os obstáculos que tornam inacessíveis para tantos o exercício de seus direitos e liberdades.

Os onze pontos destacados no pacto foram:

- a. Implantação da Reforma Constitucional do Judiciário;
- b. Reforma do sistema recursal e dos procedimentos;
- c. Defensoria Pública e acesso à justiça;
- d. Juizados especiais e justiça itinerante;
- e. Execução Fiscal;
- f. Precatórios;
- g. Graves violações contra os Direitos Humanos;
- h. Informatização;
- i. Produção de dados e indicadores estatísticos;
- j. Coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas;
- k. Incentivo à aplicação das penas alternativas.

Sua adoção tem demandado um esforço conjunto na proposição de novas leis e na realização de medidas administrativas voltadas a realizar estes ideais, todos coadunados com os objetivos perseguidos com a promulgação da EC nº 45/2004, estopim de uma reforma mais ampla do Judiciário que vai além das alterações normativas de fato realizadas no texto constitucional. O levantamento aqui realizado priorizou a compilação das mudanças legislativas decorrentes do advento da EC nº 45/2004, dividindo-as em dois focos: leis voltadas a regulamentar dispositivos modificados ou implementados pela EC nº 45/2004; e leis propostas com o fim de permitir a consecução dos ideais perseguidos com a reforma.

3. A REGULAMENTAÇÃO DA EC Nº 45/2004



³ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 134.

Por força do disposto no artigo 7º da EC nº 45/2004,⁴ deveria ser criada comissão especial, no âmbito do Congresso Nacional, para elaborar os projetos de lei necessários à regulamentação dos dispositivos modificados ou incorporados ao texto constitucional, sempre que estes demandassem explicitação por meio de norma infraconstitucional. Foi somada a esta tarefa propor outras medidas para assegurar o acesso à justiça, claramente identificado com a noção de acesso ao Judiciário e a um processo judicial eficaz.

A comissão foi formalizada regularmente e sua reunião de instalação ocorreu em 5/4/2005, estendendo-se os trabalhos até 13/12/2005. O relatório final foi apresentado em 23/2/2006 e traz: síntese dos principais problemas identificados como causadores da morosidade e da baixa eficácia da prestação jurisdicional; levantamento dos dispositivos trazidos pela EC nº 45/2004 que necessitariam regulamentação; lista das medidas já em tramitação no congresso Nacional tendentes a viabilizar a implantação dos objetivos da reforma; e indicações legislativas concretamente gestadas pela comissão. Cumpre destacar, quanto a este último ponto, as propostas de lei idealizadas na comissão, salientando desde já que nem todas chegaram a se materializar em projetos de lei:

- a) projeto sobre repercussão geral no Recurso Extraordinário;
- b) projeto que regulamenta a edição, revisão e cancelamento de súmulas com efeito vinculante;
- c) projeto que regulamenta pedido de federalização de crimes contra os direitos humanos;
- d) projeto que regulamenta o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas;
- e) projeto que regulamenta a competência suplementar da Justiça do Trabalho;
- f) projeto que legitima, para proposição de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, as pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do poder público.⁵

O trabalho de mapeamento das medidas legislativas elaboradas a partir da EC nº 45/2004 orienta-se segundo parâmetros indicados pela Comissão Mista Especial para Reforma do Judiciário, aos quais se junta a lista de prioridades materializada no pacto, de modo a permitir ampla coleta de dados dentro do balizamento assim encontrado.



⁴ Artigo 7º: "O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta EC, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional."

⁵ O relatório final da comissão mista encontra-se publicado em <webthes.senado.gov.br/sil/Comissoes/ESP/Comissoes/EMC45/Relatorios/RF200601.rtf.>. Acesso em 1/12/2007.

4. DISPOSITIVOS DEPENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO MEDIANTE EDIÇÃO DE LEI DE INICIATIVA DO PODER LEGISLATIVO, SEGUNDO A COMISSÃO MISTA ESPECIAL PARA REFORMA DO JUDICIÁRIO

- a) artigo 93, IX: estabelecimento das hipóteses de cabimento do se-gredo de justiça;
- b) artigo 98, § 2º: destinação de custas ao Poder Judiciário;
- c) artigo 103-A: revisão ou cancelamento de súmula com efeito vinculante;
- d) artigo 102, § 3º: repercussão geral no Recurso Extraordinário;
- e) artigo 109, V, § 5º: federalização dos crimes contra os direitos humanos;
- f) artigo 111-A, § 1º: competência do TST;
- g) artigo 114, IX: competência suplementar da Justiça do Trabalho;
- h) artigo 3º, EC nº 45/2004: Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas;
- i) demais instrumentos que assegurem a razoável duração do processo, no âmbito judicial e administrativo, e os meios que garantam a celeridade de tramitação.

Normas jurídicas editadas ou em tramitação

a) **Lei nº 11.417/2006**: regulamenta o artigo 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784/1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF, e dá outras providências.

Origem: comissão mista especial para reforma do Judiciário/Senado Federal (instalada por determinação do artigo 7º da EC nº 45/2004) – PL 13/2006;

b) **Lei nº 11.418/2006**: regulamenta o § 3º do artigo 102 da CF, acrescentando ao Código de Processo Civil dispositivos referentes à repercussão geral nos recursos extraordinários.

Origem: comissão mista especial para reforma do Judiciário/Senado Federal (instalada por determinação do artigo 7º da EC nº 45/2004) – PL nº 12/2006;

c) **PL nº 6.542/2006**: regulamenta o artigo 114, IX, sobre competência suplementar da Justiça do Trabalho;

Andamento: aguardando manifestação da CCJ da Câmara desde 9/3/2006;

d) **PL nº 6.541/2006**: regulamenta o artigo 3º da EC nº 45/2004, que trata da criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas;

Andamento: aguardando manifestação da CCJ da Câmara desde 9/3/2006;

Obs.: Quanto aos demais itens “a”, “b”, “e”, “f”, nenhum projeto foi encontrado.

Dispositivos dependentes de regulamentação mediante edição de lei de iniciativa do Poder Judiciário:

4.1. Iniciativa do STF

- a) artigo 93, I: ingresso na carreira;
- b) artigo 93, II, "c", "d", "e": critérios de promoção;
- c) artigo 93, III: critérios de acesso aos tribunais;
- d) artigo 93, IV e artigo 105, parágrafo único, I: cursos oficiais;
- e) artigo 95, parágrafo único, IV e V: obrigações e vedações dos magistrados;
- f) artigo 93, VIII: remoção, disponibilidade e aposentadoria por interesse público;
- g) artigo 93, VIII-A: remoção a pedido ou permuta de magistrados;
- h) artigo 93, X: decisões administrativas dos tribunais;
- i) artigo 93, XII: férias;
- j) artigo 103-B: instalação e definição da competência do Conselho Nacional de Justiça;
- k) artigo 103-B, § 7º: criação de ouvidorias de justiça;

Normas jurídicas editadas ou em tramitação

- **Lei nº 11.364/2006:** regulamenta o artigo 103-B, fixando a estrutura administrativa e as atividades de apoio ao CNJ;

Origem: STF – PL nº 5.819/2005.

Obs.: quanto aos demais itens nenhum projeto foi elaborado.

4.2. Iniciativa do TST

- a) artigo 111-A, § 2º, II: criação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho;
- b) artigo 111-A, § 2º, I: criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho;
- c) artigo 112: criação de varas da Justiça do Trabalho;
- d) artigo 115, § 1º: justiça itinerante na Justiça do Trabalho;

Normas jurídicas editadas ou em tramitação

Nenhum projeto foi elaborado.

4.3. Iniciativa dos tribunais de justiça estaduais

- a) artigo 126: criação de varas para julgamento de conflitos agrários;
- b) artigo 125, § 3º: Justiça Militar Estadual;

Obs.: matérias de competência dos Poderes Legislativos locais.

5. DISPOSITIVOS DEPENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO MEDIANTE EDIÇÃO DE LEI DE INICIATIVA DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

- a) artigo 128, § 5º, b, II, e, f § 6º; artigo 129, § 2º: obrigações e vedações aos membros do MP;
- b) artigo 129, § 3º: ingresso na carreira;
- c) artigo 130-A: regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público;
- d) artigo 130-A, § 5º: criação de ouvidorias do MP.

Normas jurídicas editadas ou em tramitação

- **Lei nº 11.372/2006:** Regulamenta o artigo 130-A, tratando da forma de indicação dos membros do CNMP;

Origem: Ministério Público da União – PL nº 5.049/2005.

- **PL nº 939/2007:** Regulamenta o artigo 130-A, que trata da criação do Conselho Nacional do Ministério Público;

Andamento: apresentada mensagem da PGR, encaminhando projeto de lei sobre estrutura e organização funcional do CNMP, em 3/5/2007.

Obs.: quanto aos demais itens, nenhum projeto foi elaborado.

6. “PACOTE” DE MEDIDAS INFRACONSTITUCIONAIS

O item identificado pela Comissão Mista Especial para Reforma do Judiciário como *instrumentos que assegurem a razoável duração do processo, no âmbito judicial e administrativo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*, materializa-se em diversos projetos de lei em matéria de Processo Trabalhista, Processo Civil e Processo Penal, além de outras proposições relevantes, tendentes a executar os objetivos da Reforma do Judiciário. O chamado “pacote” de medidas infraconstitucionais abrange propostas elaboradas após o advento da EC nº 45/2004 e outras que já vinham tramitando nas casas legislativas e se identificavam com os propósitos perseguidos pela comissão.

6.1. Processo Trabalhista

- **PL nº 4.730/04** – Autenticação de Cópias

Dá nova redação aos artigos 830 e 895 da Consolidação das Lei do Trabalho (CLT).

Descrição: permite que o próprio advogado declare a autenticidade das cópias oferecidas como provas no processo trabalhista, dispensando o procedimento de autenticação, que se mostra dispendioso, moroso e pouco eficaz. A proposta regulamenta e permite a suspeição dos documentos apresentados e impõe a responsabilização do advogado por suas declarações.

Andamento: aprovado em decisão conclusiva na CCJ em 6/12/2005; remessa ao Senado em 14/12/2005; identificação no Senado: PLC nº 04/2006; aguardando votação em plenário.

- PL nº 4.731/04 – Execução Trabalhista

Dá nova redação aos artigos 880 e 884 e revoga o artigo 882 da CLT.

Descrição: propõe que o executado, ao ser notificado da sentença condenatória, pague ou apresente seus bens aptos a garantir a dívida. A omissão acarretará a vedação ao recurso da execução. A finalidade da proposta é agilizar a execução e impedir manobras de ocultamento de bens, usuais na seara trabalhista.

Andamento: aprovado em decisão conclusiva na CCJ em 9/10/2007; aguardando apreciação de recurso interposto contra apreciação em caráter conclusivo na CCJ em 14/8/2007.

- PL nº 4.732/04 – Recurso de Revista

Dá nova redação ao artigo 896 da CLT.

Descrição: reduz as possibilidades de recursos de revista em causas de valor inferior a 60 salários mínimos.

Andamento: aprovado em decisão conclusiva na CCJ em 9/10/2006; retorno à CCJ para apreciação de emendas à redação original feitas no Senado, em 16/8/2007.

- PL nº 4.733/04 – Embargos

Dá nova redação ao artigo 894 da CLT e à alínea “b” do inciso III do artigo 3º da Lei nº 7.701/1988.

Descrição: reduz as possibilidades de embargos com fins protelatórios ao TST e diminui de oito para cinco dias o prazo para a apresentação do recurso.

Andamento: Transformado na Lei nº 11.496/2007.

- PL nº 4.734/04 – Sistemática recursal trabalhista

Acrescenta o artigo 899-A à CLT e revoga o seu artigo 899.

Descrição: estende a obrigatoriedade do depósito recursal a todos os tipos de recursos trabalhistas, independentemente do valor da condenação; aumenta o limite dos valores do depósito recursal para 60 salários mínimos, no caso de recurso ordinário, e para 100 salários, no caso de recurso de revista e recursos posteriores.

Andamento: aprovado em decisão conclusiva na CCJ em 7/11/2006; aguardando apreciação de recurso interposto contra apreciação em caráter conclusivo na CCJ em 30/11/2006.

- PL nº 4.735/04 – Rescisória Trabalhista

Dá nova redação ao artigo 836 da CLT.

Descrição: exige depósito prévio para a ação rescisória. O depósito tem o escopo de filtrar as ações rescisórias, pois será revertido em multa se a mesma for julgada improcedente pelos membros do tribunal.

Andamento: transformado na Lei nº 11.495, de 24/6/2007.

6.2. Processo Civil

- PL nº 4.827/1998 – Mediação

Descrição: institui e fortalece a mediação no processo civil, tornando obrigatória a tentativa de mediação para solucionar um conflito antes de submetê-lo ao processo judicial tradicional, nos termos do projeto já apresentado pelo Ministério da Justiça.

Andamento: aprovado em decisão conclusiva da CCJ em 30/10/2002; remessa ao Senado; identificação no Senado: PLC nº 94/2002; aprovado no plenário do Senado em 11/7/2006; devolução à Câmara; aguardando manifestação da CCJ da Câmara, em 10/4/2007.

- PL nº 4.331/01 – Fazenda Pública

Descrição: alterações nos prazos diferenciados para a Fazenda; fim do reexame necessário para condenações de até 500 salários mínimos; alterações na execução contra a Fazenda Pública, e possibilidade de penhora de bens dominicais.

Andamento: aprovado em decisão conclusiva da CCJ em 14/8/2003; remessa ao Senado; identificação no Senado: PLC 61/2003; aguardando manifestação da CCJ do Senado, em 25/1/2007.

- PL nº 5.828/2001 – Informatização

Descrição: informatização dos procedimentos judiciais.

Andamento: transformado na Lei nº 11.419/2006.

- PL nº 6.954/02 – Competência dos Juizados Especiais Estaduais

Descrição: inclui a Fazenda Pública Estadual na competência dos Juizados Especiais Estaduais. Apensado aos PLs nº 3.283/1997, nº 3.914/1997, nº 3.947/1997, nº 4.000/1997, nº 4.021/1997, nº 4.275/1998, nº 4.404/1998, nº 6.429/2002, nº 6.910/2002, nº 7.165/2002 e nº 3.594/2004.

Andamento: apresentado parecer na CCJ pelo acolhimento de todos os projetos, a exceção do PL nº 7.165/2002, em 16/11/2005; novo parecer na CCJ pela rejeição de todos os PLs, em 3/4/2007; parecer aprovado em 11/4/2007.

- PL nº 3.253/04 – Execução de Títulos Judiciais

Inclui e dá nova redação a dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao cumprimento da sentença que condena pagamento de quantia certa, e dá outras providências.

Descrição: propõe que a liquidação e a execução da sentença judicial deixem de ser processo autônomo e passem a fazer parte do processo de conhecimento que analisa o mérito da ação. Com isso, agiliza-se o rito de cumprimento da sentença, ao simplificar a notificação do réu, que passa a ser por intimação em vez de citação, além de arbitrar multa de 10% sobre o valor devido em caso de não-cumprimento tempestivo, em 15 dias, da sentença. Dessa forma, são reduzidos os incentivos a atitudes protelatórias que passariam a ter um ônus maior para as partes. Além disso, propõe que o autor passe a indicar os bens do réu a

serem penhorados. E finalmente a extinção dos embargos à execução, criando a figura da impugnação, sem efeito suspensivo automático.

Andamento: transformado na Lei nº 11.232/2005.

- PL nº 4.497/04 – Execução de títulos extrajudiciais do CPC

Altera dispositivos do Código de Processo Civil

Descrição: propõe mudanças no processo de execução por título extrajudicial. O objetivo da reforma é simplificar e agilizar o processo de execução, reequilibrando os direitos e deveres das partes e reduzindo o acesso a mecanismos puramente protelatórios. Segundo a proposta, são concedidos ao credor alguns direitos como indicar os bens do devedor a serem penhorados e obter, no início do processo, certidão com a qual poderá gravar os bens do devedor até o valor da dívida. Entre os pontos essenciais em que se alicerça o presente projeto encontra-se a modificação da sistemática dos embargos à execução, que poderão ser ajuizados independentemente da prévia segurança do juízo, mas ficarão desprovidos de efeito suspensivo, o qual somente será concedido em casos excepcionais e com o juízo já garantido por penhora ou caução. Ademais, a alienação em hasta pública perde a preferência para outros meios expropriatórios: a adjudicação em favor do exequente e a alienação por iniciativa particular.

Andamento: transformado na Lei nº 11.382/2006.

- PL nº 4.723/04 – Uniformização de jurisprudência nos juizados

Inclui seção ao Capítulo II da Lei nº 9.099/1995.

Descrição: uniformização de jurisprudência das Turmas Recursais.

Andamento: aprovado em decisão conclusiva na CCJ em 7/3/2007; remessa ao Senado; identificação no Senado: 3/9/2007; aguardando parecer da CCJ do Senado em 3/9/2007.

- PL nº 4.724/04 – Processamento de recursos

Altera os artigos 504, 506, 515 e 518 do Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões.

Descrição: possibilidade de o tribunal sanar nulidades ocorridas em primeira instância já em sede de apelação; súmula impeditiva de recursos.

Andamento: transformado na Lei nº 11.276/2006.

- PL nº 4.725/04 - Simplificação de procedimentos

Altera dispositivos do Código de Processo Civil. Apensado ao PL nº 731/3.

Descrição: inventário e partilha consensual por escritura pública e separação consensual por escritura pública.

Andamento: prejudicado pela aprovação do PL nº 155/2004, de iniciativa do Senado, transformado na Lei nº 11.441/2007; arquivado em 15/2/2007.

- PL nº 4.726/04 – Competência

Altera os artigos 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 do Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependências, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos, e revoga o artigo 194 do Código Civil.

Descrição: declaração de incompetência relativa de ofício pelo juiz em contratos de adesão; disciplina a prática e comunicação dos atos processuais em meio eletrônico; possibilita o pronunciamento de ofício de prescrição em alguns casos; disciplina a cautelar em ações rescisórias; regulamenta o pedido de vista ao estabelecer prazos para devolução dos autos.

Andamento: transformado na Lei nº 11.280/2006.

- PL nº 4.727/04 – Agravo de instrumento e agravo retido

Dá nova redação aos artigos 523º e 527º do Código de Processo Civil.

Descrição: limitação dos agravos de instrumento.

Andamento: transformado na Lei nº 11.187/2005.

- PL nº 4.728/04 – Julgamento de processos repetitivos

Acresce o artigo 285-A ao Código de Processo Civil.

Descrição: quando a lide versar sobre matéria de direito, em processos repetitivos, e no juízo já houver sentença de improcedência em caso análogo, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença reproduzindo a anteriormente prolatada.

Andamento: transformado na Lei nº 11.277/2006.

- PL nº 4.729/04 – Julgamento de agravos - apensado ao PL nº 1.823/96.

Acresce parágrafos aos artigos 552 e 554 do Código de Processo Civil.

Descrição: proposta da OAB sobre inserção de julgamentos em pauta em casos de vista sobre sustentação oral em agravos internos.

Andamento: aguarda manifestação na CCJ desde 23/6/2005.

- PL nº 136/04 – Efeitos da apelação

Descrição: apelação apenas com efeito devolutivo; ampliação da multa para agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente; depósito do valor da condenação (até 60 salários-mínimos) para recorrer, sob pena de deserção.

Andamento: aguarda manifestação da CCJ do Senado, em 24/1/2007.

- PL nº 138/04 – Extinção de embargos declaratórios

Descrição: extingue os embargos de declaração e os substitui por pedido de correção.

Andamento: aguarda manifestação da CCJ do Senado em 24/1/2007.

6.3. Processo Penal

- PL nº 4.203/01 – Júri

Descrição: altera dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) referentes ao Tribunal do Júri, criando a instrução preliminar, anterior ao recebimento da acusação e da pronúncia; simplificando o instituto do desaforamento, a instrução em plenário; daí alterando a matéria relativa aos quesitos; e dá outras pro-vidências.

Andamento: aprovado em plenário em 7/3/2007; remessa ao Senado; identificação no Senado: PLC nº 20/2007; aprovado no plenário do Senado em 5/12/2007, com emendas; aguardando devolução à Câmara.

- PL nº 4.205/01 – Provas

Descrição: altera dispositivos do CPP relativos à atividade probatória, impedindo a fundamentação de condenação em provas colhidas na investigação, salvo em algumas hipóteses; modifica a sistemática da perícia e da oitiva de testemunhas.

Andamento: aprovado em plenário em 17/5/2007; remessa ao Senado; identificação no Senado: PLC nº 37/2007; aprovado no plenário do Senado em 5/12/2007, com emendas; aguarda devolução à Câmara.

- PL nº 4.207/01 – Sumarização de procedimentos

Altera dispositivos do CPC, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

Descrição: objetiva garantir o contraditório na *emendatio libelli*; estabelece nova sistemática para a *mutatio libelli*, exigindo exata correlação entre acusação e sentença; autoriza a absolvição sumária; altera formas procedimentais: no procedimento ordinário, para os crimes com pena igual ou superior a quatro anos, no procedimento sumário, para os crimes com pena inferior a quatro anos; estabelece a competência privativa do Ministério Público para o exercício da ação penal pública.

Andamento: aprovado em plenário em 17/5/2007; remessa ao Senado em 23/5/2007; identificação no Senado: PLC nº 36/2007; aprovado no plenário do Senado em 5/12/2007, com emendas; aguardando devolução à Câmara.

- PL nº 4.208/01 – Medidas cautelares

Altera dispositivos do CPP, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências.

Descrição: altera dispositivos do CPP referentes às medidas cautelares, especialmente no que concerne à prisão preventiva

Andamento: aguarda votação em plenário desde 7/7/2005.

6.4. Outros projetos relevantes

Emenda Constitucional

- PEC nº 358/05 – Reforma do Judiciário

Descrição: altera dispositivos dos artigos 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 111-A, 114, 115, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal; acrescenta os artigos 97-A, 105-A, 111-B e 116-A, e dá outras providências.

Andamento: ato da Presidência que cria Comissão Especial em 12/9/2005; parecer da CCJ publicado em 4/10/2005; instalada comissão especial em 24/11/2005; aprovado parecer da comissão especial em 20/12/2006.

- PL nº 7.570/06 – Custas judiciais no STJ

Descrição: dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Andamento: apresentado na Câmara dos Deputados em 20/11/2006.

- PL nº 4.108/04 – Contenção da litigiosidade

Descrição: inclui os advogados como passíveis de multa por atitudes protelatórias (antes a multa era cabível apenas às partes); regulamenta os honorários para cada recurso apreciado; estabelece suspensão facultativa do processo quando a lide versar sobre matéria pendente de julgamento perante o STF ou tribunal superior; no caso de multiplicação de ações com os mesmos fundamentos, contra o mesmo réu o juiz poderá elevar o valor dos honorários a 50% do valor da causa ou condenação;

Andamento: aprovado em decisão conclusiva na CCJ em 13/12/2005; remessa ao Senado; identificação no Senado: PLC nº 13/2006; na CCJ do Senado, aguardando designação de relator, em 24/1/2007.

- PL nº 1.343/03 – Recurso especial e extraordinário

Descrição: repercussão geral para o recurso especial; advocatária nos casos de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

Andamento: arquivado em 31/1/2007, sem apreciação da CCJ.

7. CONCLUSÃO

É nítido o esforço legislativo empreendido após a promulgação da EC nº 45/2004: identifica-se vasto conjunto de projetos de lei, alguns dos quais já transformados em leis ordinárias, com vistas a implementar as condições necessárias a concretizar o ideal de ampliação do acesso à justiça. Evidentemente, todo esse esforço não esgota as carências que, mesmo a olhos leigos, apresentam-se com clareza. Percebe-se que o tempo inerente ao processo legislativo é muito longo,

há acúmulo de projetos, por vezes sobrepostos, com relação aos quais dificilmente se pode imaginar em que momento virão a se tornar leis.

Ao lado do estudo aqui iniciado, outro ainda se mostra extremamente pertinente, pois aponta na mesma direção – conferir efetividade ao ideal de acesso à justiça trazido pela EC nº 45/2004 – mas provém de diferente esfera estatal: o Poder Judiciário. Além da regulamentação apontada, vale a pena verificar o que o STF está produzindo em termos de estrutura de competência, tendo em vista que, nos anos mais recentes, esta Corte vem gradualmente reformulando sua jurisprudência, especialmente em matéria procedimental, de modo a conferir diferente feição a institutos como a reclamação, a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o mandado de injunção. A partir de algumas decisões emblemáticas – como, por exemplo, a Reclamação nº 4.335; os Mandados de Injunção nº 608 e 712; ou a ADPF nº 54 – o STF tem buscado imprimir nova feição a procedimentos e, com isso, permitir que estes sejam utilizados como vetores para a adoção de decisões mais eficazes e abrangentes. Veja-se o caso do mandado de injunção, que com as recentes decisões proferidas pela corte acerca do exercício do direito de greve por servidores públicos, verdadeiramente retirou este instrumento processual do ostracismo ao qual há tempos foi relegado, permitindo que, por seu intermédio, a Constituição se realizasse.

Medidas semelhantes evidenciam que a efetivação constitucional não precisa nem pode depender exclusivamente das iniciativas legislativas: subsiste largo espaço para atuação no plano prático, pela via da interpretação e aplicação cotidiana do Direito. Verifica-se, assim, que os intérpretes são autorizados a, dentro dos limites impostos pelo plano normativo constitucional e na direta razão deste, reconstruir o processo contemporâneo, remodelando normas ou revisando conceitos tradicionais, sempre com o objetivo de alcançar a realização de um bem maior: a estruturação de um processo capaz de dar respostas satisfatórias à sociedade, permitindo o alcance de soluções equânimes e a concretização das promessas constitucionais de justiça e democracia.

[ANEXO B]

Proposta de Estruturação do Observatório da Justiça Brasileira

Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas,
Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner**

1. INTRODUÇÃO

O Observatório da Justiça Brasileira (OJB), órgão subordinado à Secretaria de Reforma do Judiciário, apresenta como um dos seus principais objetivos a instrumentalização institucional de estudos e diagnósticos a respeito da temática do acesso à justiça, em suas dimensões – jurídica e social –, e na análise do Poder Judiciário, com ênfase nas decisões judiciais e no seu reflexo na participação e mobilização da sociedade civil.



* Artigo desenvolvido a partir das pesquisas do *Projeto Dossiê Justiça: Uma Proposta de Observação entre Constituição e Democracia no Brasil*, na Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Participaram das pesquisas os graduandos da FND, Liana de Souza Lyrio, Vinicius Iglesias Alves de Rezende, Vítor Miguel Naked de Araújo, Pilar Schweller Carneiro de Mendonça e Daniel Bartha de Mattos Almeida, graduado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

** **Alexandre Garrido da Silva** é doutorando e mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em Direito Público.

Fernando Gama de Miranda Netto é doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF), professor adjunto do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), da Universidade Cândido Mendes e professor substituto da UFRJ.

José Ribas Vieira é doutor em Direito pela UFRJ com pós-doutoramento pela Université de Montpellier I (França). É professor titular da Universidade Federal Fluminense (UFF), professor associado da PUC-Rio. **Juliana Neuenschwander Magalhães** é doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pela Università degli Studi di Lecce (Itália). Atualmente é diretora da FND da UFRJ.

Margarida Maria Lacombe Camargo é doutora em Direito pela UGF e pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Casa de Rui Barbosa. É professora adjunta da UFRJ e do curso de Pós-graduação da UGF.

Noel Struchiner é doutor em Filosofia pela PUC-Rio e professor da mesma instituição. Foi vencedor do Prêmio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) de teses em 2006.



O OJB será um órgão permanente de assessoria científica, crítica e independente, vinculado à Secretaria de Reforma do Judiciário. Os membros do seu Conselho (órgão definidor de política), Gerência (agência de fomento de estudos sobre o Poder Judiciário e a solução de conflitos) e Comitês *ad hoc* (órgãos de pesquisa e assessoramento) exercerão suas funções de acordo com um mandato fixo, que poderá ser de dois anos, nos moldes do Conselho Nacional de Justiça (artigo 103-B da CF/88). A previsão de um mandato fixo constitui uma condição *sine qua non* para garantir de autonomia científica do OJB.

2. PROPOSTA DE ESTRUTURAÇÃO DO OJB

A organização institucional do OJB caracteriza-se pela articulação com os diversos segmentos do Estado e da sociedade brasileira preocupados com o estudo, diagnóstico e ampliação do acesso à justiça e a solução de conflitos. Esta articulação constituirá o princípio norteador da democratização do universo social e político nesta temática. Para tanto, o OJB apresenta uma estrutura descentralizada de suas atividades de pesquisa e fomento, pressupondo a presença da universidade, mediante os programas de pós-graduação, além de outros centros de pesquisa que possuam linhas de pesquisa, com caráter interdisciplinar, dedicadas ao tema da democratização do acesso à justiça.

De acordo com o organograma (p. 98), o OJB atuará em consonância com as diretrizes deliberadas e sistematizadas por um Conselho Definidor de Política (CDP), responsável pela definição, em linhas gerais, das políticas de estudos e pesquisas do observatório. O conselho será integrado por representantes da área acadêmica, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por um representante da classe dos advogados, oriundo do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por um representante da magistratura indicado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), por um representante do Conselho Nacional da Justiça (CNJ), dois representantes do Ministério da Justiça (MJ), sendo um deles necessariamente vinculado à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH), um representante do Poder Legislativo indicado pela Câmara dos Deputados e, também, por dois representantes de organizações não-governamentais (ONGs), sediadas em diferentes regiões do país, constituídas há pelo menos um ano, cujo principal objetivo de sua atuação seja democratizar o acesso à justiça.¹

Tendo em vista que um dos principais eixos norteadores do OJB consiste na ampliação da influência da sociedade civil na produção de novas práticas ju-



¹ Valoriza-se, assim, a pluralidade de experiências e práticas, bem como o seu intercâmbio, que promovam a democratização do acesso à justiça. Neste sentido, podemos citar as redes de advogados populares, projetos de assistência e/ou assessoria jurídica popular entre outras iniciativas. Para uma participação qualificada no conselho, a ONG precisaria ter uma *bagagem* de experiências no desenvolvimento e estudo de práticas de democratização do acesso à justiça, daí a importância do requisito temporal mínimo de um ano.

rídicas e judiciais, revela-se fundamental a institucionalização da participação deliberativa e decisória de organizações não-governamentais nos moldes supra-mencionados, de tal modo que o OJB, na qualidade de um *mini-público* deliberativo, não venha a ser capturado por interesses particulares de corporações ou segmentos estatais ou sociais de qualquer natureza.

O OJB diferencia-se do Conselho Nacional de Justiça em duas dimensões fundamentais que permitirão a intervenção qualificada – e também criativa – no debate contemporâneo sobre as reformas institucionais nos sistemas jurídico, judiciário e de acesso à justiça no Brasil: a) uma dimensão acadêmica e de pesquisa, por intermédio da representação do CNPq e da Capes e da participação, por meio de editais, de programas de pós-graduação e centros de pesquisa dedicados ao tema; b) uma dimensão prática, não-institucional, de um *mundo da vida* inscrito no cotidiano da práxis de democratização do acesso à justiça no âmbito da sociedade, aqui protegida do perigo de *colonização* pelo Estado, em razão de sua saudável desvinculação do Ministério da Justiça. Os representantes das organizações não-governamentais que desenvolvem práticas de democratização do acesso à justiça terão origens, perspectivas e experiências necessariamente diferentes dos representantes provenientes do Ministério da Justiça e da SEDH, estes formalmente incorporados ao sistema burocrático-estatal.

A existência de dois representantes acadêmicos (Capes e CNPq) e da sociedade (dois representantes de ONGs) institucionalizam os objetivos centrais de pesquisa acadêmica e de participação social que norteiam o OJB, pois é impossível dissociar pesquisa teórica, reflexão acadêmica e prática social participativa. Os representantes mencionados possuem informações que potencialmente contribuirão para os objetivos de pesquisa e de *imaginação institucional* do OJB na proposta de reformas institucionais de democratização do acesso à justiça na sociedade brasileira. Essas dimensões anteriormente citadas legitimam a participação inovadora e a intervenção qualificada do OJB na esfera de discussão política sobre a reforma da Justiça e do Judiciário e, ao mesmo tempo, constituem o principal diferencial em relação à composição e à dinâmica institucional vislumbrada no funcionamento do CNJ.

Ao OJB, coordenado por uma gerência, competirá o desenvolvimento de políticas investigativas ou outros estudos e atividades analíticas, centrados no problema da democratização do acesso à justiça e da solução de conflitos, bem como no debate atual sobre as reformas institucionais nos sistemas da Justiça e do Judiciário brasileiros. Os comitês *ad hoc* (órgãos de assessoramento), divididos em quatro, serão compostos por três pesquisadores coordenadores, com diferentes formações acadêmicas, identificados por suas respectivas áreas temáticas: a) acesso à justiça; b) magistratura; c) Reforma do Judiciário; e d) decisões judiciais. É importante ressaltar que não haverá qualquer espécie de hierarquia entre os comitês *ad hoc*. Competirá ao OJB, por meio de editais públicos, convocar os programas de pós-graduação e os centros de pesquisa para proporem projetos de pesquisa sobre temas previamente delineados pelo Conselho Definidor de Políticas e operacionalizados pela Gerência do OJB.



[ANEXO C]

Organograma de Estruturação do Observatório da Justiça Brasileira

Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas,
Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner**



* Organograma desenvolvido a partir das pesquisas do *Projeto Dossiê Justiça: Uma Proposta de Observação entre Constituição e Democracia no Brasil*, na Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Participaram das pesquisas os graduandos da FND, Liana de Souza Lyrio, Vinicius Iglesias Alves de Rezende, Vítor Miguel Naked de Araújo, Pilar Schweller Carneiro de Mendonça e Daniel Bartha de Mattos Almeida, graduado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

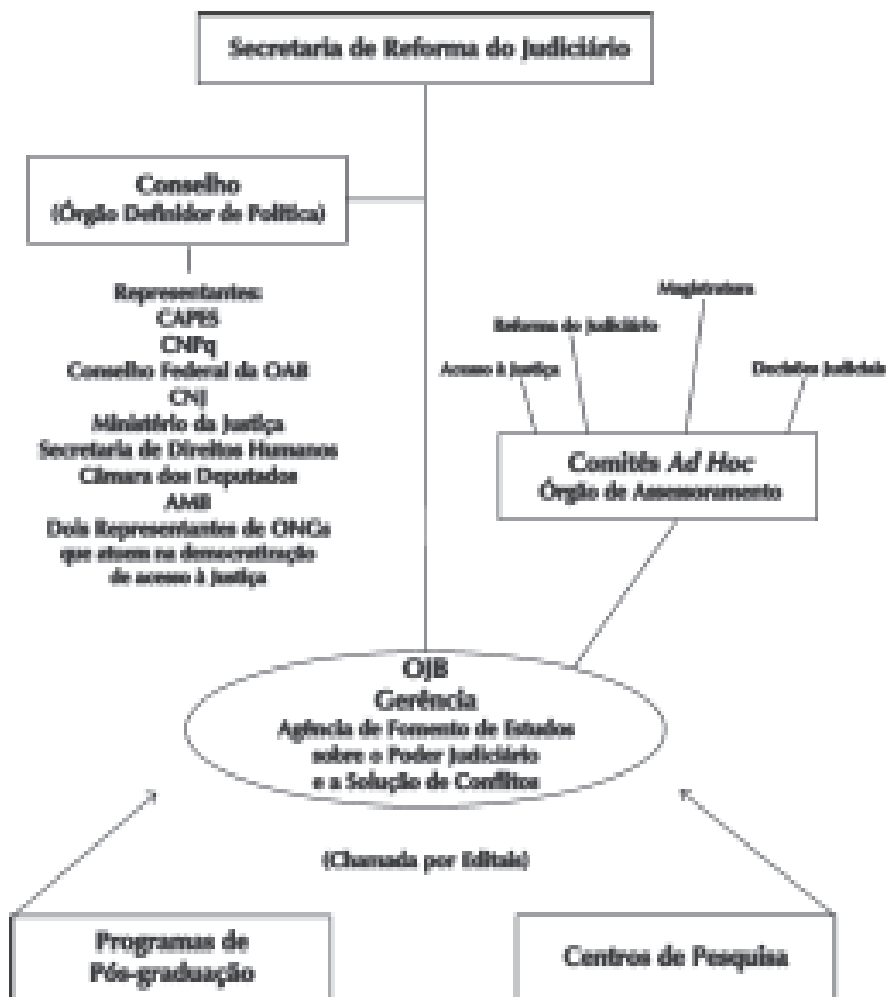
** **Alexandre Garrido da Silva** é doutorando e mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em Direito Público.

Fernando Gama de Miranda Netto é doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF), professor adjunto do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), da Universidade Cândido Mendes e professor substituto da UFRJ.

José Ribas Vieira é doutor em Direito pela UFRJ com pós-doutoramento pela Université de Montpellier I (França). É professor titular da Universidade Federal Fluminense (UFF), professor associado da PUC-Rio. **Juliana Neuenschwander Magalhães** é doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pela Università degli Studi di Lecce (Itália). Atualmente é diretora da FND da UFRJ.

Margarida Maria Lacombe Camargo é doutora em Direito pela UGF e pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Casa de Rui Barbosa. É professora adjunta da UFRJ e do curso de Pós-graduação da UGF.

Noel Struchiner é doutor em Filosofia pela PUC-Rio e professor da mesma instituição. Foi vencedor do Prêmio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) de teses em 2006.



[O Supremo Tribunal Federal e a Força Normativa dos Fatos]*

Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas,
Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner**

Resumo: O estudo dos casos difíceis que versaram sobre o reconhecimento da criação dos municípios (ADI nº 1.881-AL, ADI nº 2.240-BA, ADI nº 3.489-SC) considera, dentre outros temas, a situação empírica da existência política dos entes federativos e a dimensão contextual das respectivas decisões judiciais. Há, assim, uma preocupação em destacar a força normativa da realidade social, a mutação constitucional e o estado de exceção como categorias fundamentais para a compreensão da argumentação desenvolvida pelos ministros do STF no tocante à aplicação das normas constitucionais ao caso. Cabe ressaltar a aplicação da modulação temporal dos efeitos da decisão com caráter suspensivo no que se refere à inconstitucionalidade da criação dos municípios de acordo com o artigo 18, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Federação. Municípios. Supremo Tribunal Federal. Constituição.

Abstract: The study of the hard cases which examined the creation of the cities acceptance (ADI 1.881-AL, ADI 2.240-BA, ADI 3.489-SC) considers, amongst other subjects, the empirical situation of the politic existence of the federative beings and the contextual dimension of the respective sentences. Thus, there is a concern in emphasizing the law enforcement of the social reality, the constitutional mutation and the state of exception as fundamental categories in order to understand the arguments developed by the ministers of the STF in regards to the application of the constitutional rules to the case itself. It is relevant to destac the use of the temporal modulation of the decision's effects with suspensive character in what it is mentioned to be the unconstitutional creation of the cities in conformity with the article 18, § 4º, of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Federation. Cities. Supreme Federal Court. Constitution.



* Artigo desenvolvido a partir das pesquisas do *Projeto Dossiê Justiça: Uma Proposta de Observação entre Constituição e Democracia no Brasil*, na Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Participaram das pesquisas os graduandos da FND, Liana de Souza Lyrio, Vinicius Iglesias Alves de Rezende, Vitor Miguel Naked de Araújo, Pilar Schweller Carneiro de Mendonça e Daniel Bartha de Mattos Almeida, graduado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

** **Alexandre Garrido da Silva** é doutorando e mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em Direito Público.

Fernando Gama de Miranda Netto é doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF), professor adjunto do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), da Universidade Cândido Mendes e professor substituto da UFRJ.

José Ribas Vieira é doutor em Direito pela UFRJ com pós-doutoramento pela Université de Montpellier I (França). É professor titular da Universidade Federal Fluminense (UFF), professor associado da PUC-Rio. **Juliana Neuenschwander Magalhães** é doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pela Università degli Studi di Lecce (Itália). Atualmente é diretora da FND da UFRJ.

Margarida Maria Lacombe Camargo é doutora em Direito pela UGF e pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Casa de Rui Barbosa. É professora adjunta da UFRJ e do curso de Pós-graduação da UGF.

Noel Struchiner é doutor em Filosofia pela PUC-Rio e professor da mesma instituição. Foi vencedor do Prêmio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) de teses em 2006.

1. INTRODUÇÃO¹

O segundo conjunto de casos constitucionais difíceis escolhidos pelo grupo de pesquisa da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), vinculado ao Projeto Dossiê Justiça, traz a análise de uma questão eminentemente política e sua relação com o Direito. Um importante ponto a destacar é a compreensão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o acesso à justiça por meio de audiências públicas, pela exigência de consultas plebiscitárias e pela participação dos *amicci curiae* no processo constitucional.

Ao discutir os fundamentos jurídicos e morais do mandato representativo – caso da fidelidade partidária –, ou o requisito plebiscitário na formação dos municípios, o STF pretende legitimar-se como instância de reflexão do processo político,² conferindo, assim, voz a diferentes atores políticos e grupos de interesses presentes na sociedade.

O acesso à justiça e sua relação com a jurisdição constitucional precisam ser discutidos – e também problematizados – com o objetivo de examinar a recente estratégia de legitimação do tribunal em termos de uma representação argumentativa. Assim, há uma linha teórica que garante organicidade aos casos examinados pelos pesquisadores.³

Para relacionar a temática do acesso à justiça no âmbito do STF à questão democrática traduzida nessa representação argumentativa, serão analisados no decorrer desse artigo, segundo diferentes enfoques teóricos, três acórdãos do STF, a saber:

- a) ADI nº 1.881 AL - caso Jequiá da Praia;
- b) ADI nº 2.240 BA - caso Luis Eduardo Magalhães;
- c) ADI nº 3.489 SC - caso Vila Arlete.

O exame dos acórdãos arrolados tem como divisor legal a entrada em vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 15/1996, que conferiu nova redação



¹ A discussão travada a respeito do caso difícil dos municípios por parte do STF acabou recebendo uma solução definitiva com a aprovação da EC nº 57/2008: “Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do artigo 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Artigo 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte artigo 96: ‘Artigo 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.’ Artigo 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, em 18 de dezembro de 2008”.

² ALEXÝ, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, 1999, p. 66.

³ Cf. ALEXÝ, Robert. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Fontamara, 2005, p. 100.

ao parágrafo 4º do artigo 18 da Constituição Federal/88 (CF). Tal emenda teve como principal objetivo prever a elaboração de uma legislação complementar federal para regular a criação de municípios no Brasil, e politicamente disciplinar e limitar sua expansão. O fato é que a referida lei complementar não foi aprovada, ainda, pelo Congresso Nacional. Essa omissão legislativa tem gerado uma enorme insegurança jurídica no sistema político brasileiro, pois, à exceção do caso Jequiá da Praia, os outros dois *hard cases* estudados são posteriores à citada mudança no texto da CF/88.

O STF vem atuando, nestes dois casos – municípios de Luis Eduardo Magalhães e Vila Arlete –, com base no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, pela adoção do critério modulativo, estabelecendo o prazo de 24 meses para reconhecer no plano dos fatos o ente estatal instituído e respeitar a vontade plebiscitária. Vale ressaltar a preocupação, por parte dos municípios criados sem a mencionada lei complementar federal, do risco de extinção, uma vez que se aproxima o prazo estabelecido pelo STF. Há, por conseqüência, uma forte pressão política sobre o Congresso Nacional para apressar a deliberação de aprovação do projeto de lei complementar.⁴

Este artigo analisará os três casos citados com apoio nas seguintes perspectivas teóricas:

- a) o pragmatismo, o formalismo e sua importância para a justificação das decisões judiciais;
- b) o ativismo judicial e a judicialização da política;
- c) o acesso à justiça e a representação argumentativa.

A análise será traduzida em um perfil gráfico para revelar as variáveis aplicadas pelo STF na resolução dos casos difíceis estudados. É possível antecipar que alguns parâmetros normativos obtiveram maior peso na decisão, como o problema dos conflitos entre leis e o tema da modulação, em detrimento da questão plebiscitária e do acesso à justiça.

2. GRÁFICO DE ANÁLISE METODOLÓGICA

As questões do acesso à justiça, da consulta plebiscitária e da pretensão dos partidos políticos, levadas ao conhecimento do STF, tiveram um peso menor na decisão dos ministros nos três casos comentados, quando comparados à força dos argumentos utilizados segundo uma perspectiva pragmática. A argumentação, nesse caso, teve como fundamento o conflito de leis diante da força normativa dos fatos – segurança jurídica, situação de fato e estado de exceção⁵ –, assim



⁴ Cf. www.supremoemdebate.blogspot.com.

⁵ O voto do ministro Eros Roberto Grau, na ADI nº 224-BA e o caso do município de Luis Eduardo Magalhães, podem ser acessados em www.stf.jus.br.

como na técnica de modulação dos efeitos da decisão e das emendas constitucionais, retornando ao foco do acesso à justiça apenas na fixação do prazo de 24 meses para os casos dos municípios de Luis Eduardo Magalhães (ADI nº 2.240-BA) e Vila Arlete (ADI nº 3.489-SC).

Óbices ao acesso à justiça:

- 1 - Caso do município de Jequiá da Praia;
- 2 - Lei nº 9.868/99, artigo 27, casos de Luis Eduardo Magalhães e Vila Arlete;
- 3 - EC nº 15/96, casos de Luis Eduardo Magalhães e Vila Arlete;
- 4 - Voto do ministro Eros Grau nos casos de Vila Arlete e Luis Eduardo Magalhães;
- 5 - Voto do ministro Gilmar Mendes nos casos de Vila Arlete e Luis Eduardo Magalhães.



Gráfico 1: variáveis aplicadas pelo STF na resolução das ADIs em estudo

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OS SENTIDOS DO ATIVISMO JUDICIAL

A expansão do protagonismo institucional e político dos tribunais nas democracias contemporâneas, ao menos nas sociedades ocidentais, é um fenômeno característico deste início de século.⁶ São inúmeros os fatores apontados pelos cientistas políticos, sociólogos e juristas responsáveis pela ampliação e consolidação desse processo.

Ernani Rodrigues de Carvalho (2004) lista seis condições para o surgimento e consolidação da judicialização da política na atualidade: a existência de um sistema político democrático; a separação dos poderes; o exercício dos direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a não efetividade das instituições majoritárias.⁷

Marcus Faro de Castro (1997), por sua vez, menciona a constitucionalização do Direito após a 2ª Guerra Mundial. O autor trata do resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana e a tradição européia (kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis, como fatores importantes para a explicação do fenômeno da judicialização.⁸ Em maior ou menor intensidade, esses fatores estão presentes nos sistemas político e jurídico brasileiros atuais. De acordo com José Eisenberg (2002), também apoiado nas reflexões de Tate e Vallinder, a judicialização da política é um processo complexo composto por dois movimentos:

1) Refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do Judiciário; 2) A disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma tribunalização da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento. (EISEMBERG, 2002, p. 47).

O ativismo judicial será medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações – normas e atos normativos – de outros poderes de Estado, especialmente o Legislativo,⁹ ou seja, com que frequência os tribunais retiram a decisão das mãos dos eleitores¹⁰. Além disso, também será



⁶ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

⁷ TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.) *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1997.

⁸ CASTRO, Marcos Faro de. O STF e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, jun. 1997, p. 147-157.

⁹ Cf. SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 41-44.

¹⁰ *Ibid.*, p. 43.

considerado ativista o magistrado ou tribunal que, com suas decisões, procura suprir omissões, reais ou aparentes, dos demais poderes de Estado. Como, por exemplo, no que se refere à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.¹¹

O ativismo judicial é, então, percebido como uma atitude – entenda-se uma decisão, um comportamento – dos magistrados para revisar temas e questões *prima facie*, de competência de outras instituições. Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Judiciário. Segundo Tate e Vallinder (1997, p. 33), o ativismo judicial constitui uma atitude ou comportamento dos juízes no sentido de “participar da elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos hábeis [...] e, por vezes, substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições”.

Para uma melhor compreensão dos três casos abordados, é indispensável uma análise das decisões para além da dimensão da representação argumentativa, anteriormente mencionada, ou de parâmetros normativos (artigo 18, parágrafo 4º da CF/88) aplicáveis aos casos examinados. É necessário relacionar a argumentação utilizada pelos ministros nos casos com os conceitos de ativismo judicial e de judicialização da política já esboçados.

Neste artigo, é reconhecida a dificuldade em se demarcar, em um sistema político como o brasileiro, os contornos teóricos e práticos das noções de judicialização da política e do ativismo judicial.

Nos Estados Unidos da América, essa tarefa é menos problemática, não só pela natureza eminentemente política de seu Poder Judiciário,¹² com destaque para o papel de sua Corte Suprema, como pelo protagonismo institucional assumido pelos magistrados. Assim, pode-se caracterizar esse procedimento como exemplo de ativismo judicial.

Em outras sociedades, após a 2ª Guerra Mundial e com o desenvolvimento de sua complexidade social, o resultado foi o que Tate e Vallinder chamaram de “judicialização da política”, que pode materializar-se, ou não, por formas de ativismo judicial.¹³

Em relação à sociedade brasileira, de acordo com estudos de cientistas sociais como Luiz Werneck Vianna, após a promulgação da CF/88 e ao longo da década de 1990, pela independência dos juízes de primeira instância, houve um crescente processo de judicialização da política. Em períodos históricos ante-



¹¹ Confira, neste sentido, o artigo de Gilmar Ferreira Mendes intitulado *Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*, apresentado recentemente em um Congresso na Lituânia para presidentes de tribunais constitucionais de países europeus.

¹² Cf. CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 28, jun. 2007, p. 161-179.

¹³ TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*. *New York University Press*, New York, 1997, p. 33-37.

riores, houve uma progressiva judicialização das relações sociais como, por exemplo, com a criação e consolidação da Justiça do Trabalho. Vale ressaltar que, em decorrência das alterações feitas pela EC nº 45/04, e pela mudança da composição do STF a partir de 2003, é possível perceber uma espécie de ativismo judicial, eminentemente formal e preocupado com a redefinição das competências do próprio STF, como um processo autônomo de nossa jurisdição constitucional. Esta redefinição institucional, operada com o auxílio da noção de mutação constitucional, é norteadada, sobretudo, pelos ideais de concentração e vinculação das decisões do tribunal.

A questão fundamental a ser levantada é a seguinte: há, na atualidade, um processo de expansão e autonomização do ativismo judicial, principalmente no âmbito do STF, em face das condições estruturais da judicialização da política?

Em regra, compreende-se a judicialização da política em suas diferentes manifestações, como o resultado de um conjunto de condições estruturais, tais como as citadas por Tate e Vallinder, Werneck Vianna, Marcus Faro de Castro e Ernani Carvalho. No Brasil há, porém, um fenômeno inverso que merece atenção especial por sua singularidade.

As condições estruturais estão presentes formalmente no nosso sistema político-jurídico desde a promulgação da Constituição de 1988, mas apenas recentemente a temática ganhou o destaque dos meios de comunicação de massas e o interesse generalizado de juristas e cientistas sociais. Tal fato revela a precedência, no caso brasileiro, do ativismo judicial do STF sobre o fenômeno de judicialização da política, revelando-se como condição subjetiva – ou seja, como uma atitude assumida pelos magistrados em relação às decisões e omissões dos demais poderes – indispensável para se identificar o processo de judicialização da política no sistema político brasileiro.

Também deve-se apontar uma distinção entre ativismo judicial em sentido forte, *hard activism*, e em sentido fraco, *soft activism*. O *hard activism* seria exercitado sem a utilização de parâmetros jurídico-normativos, por meio da aplicação direta ao caso de argumentos filosóficos e/ou pragmáticos sem a mediação de norma jurídica legal ou constitucional. Pode-se exemplificar com as teses do estado de exceção e da força normativa dos fatos levantadas pelo ministro Eros Roberto Grau, com base nas obras de Carl Schmitt e Giorgio Agamben, no voto da ADI nº 2.240-BA. O ativismo judicial em sentido fraco, *soft activism*, por sua vez, recorre ao material normativo legal e constitucional e a outras fontes formais do Direito para regular ou definir uma política pública, ou regulamentar uma norma constitucional diante da omissão injustificada do legislador ordinário ou do Poder Executivo. Um exemplo consiste na aplicação da modulação temporal dos efeitos da decisão nos casos dos municípios de Luis Eduardo Magalhães (ADI nº 2.240-BA) e Vila Arlete (ADI nº 3.489-SC).

Assim, é possível reconhecer que, em situações ocorridas em 2007 e 2008, como nos casos dos municípios de Luis Eduardo Magalhães e Vila Arlete, o STF exercitou de modo tão intenso o ativismo judicial – compreendido como *hard activism* – que o assumiu na forma de um processo político, institucional e social fortemente autônomo.

4. HISTÓRICO DOS CASOS

4.1. ADI nº 1.881-AL (Caso Jequiá da Praia)

A ADI nº 1.881-AL, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), objetivava a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 5.848/96, que revogou a Lei Estadual nº 5.675/95, instituidora do município de Jequiá da Praia, em Alagoas.

A lei revogada, de acordo com as alegações do autor, havia observado as condições estabelecidas pela Lei Complementar Estadual nº 1/90, com as alterações introduzidas pelas leis complementares nº 6/91 e nº 10/91, além de ter preenchido o requisito constitucional da convocação de plebiscito, cujo resultado definiu a vontade positiva da população. Assim, o autor ressaltou que a lei revogada observou o processo legal respeitados os requisitos do artigo 18 § 4º da CF/88, e requereu a concessão de medida liminar para suspender a eficácia da lei impugnada. O requerido, governador do Estado de Alagoas, argüiu a ilegitimidade do PPS para ajuizar a ADI em questão. Já no mérito se posicionou pela constitucionalidade da norma impugnada, argumentando que a realização do plebiscito somente é necessária quando se tratar de criação, fusão ou desmembramento de município. Alegou, também, que a lei instituidora do município de Jequiá da Praia seria inconstitucional, por não ter observado as normas específicas com relação à criação de municípios, previstas no artigo 18 § 4º da Carta Magna.

O advogado-geral da União manifestou-se pela improcedência da ADI, justificando que a lei impugnada é compatível com os preceitos constitucionais vigentes. Mencionou a existência de outra ADI relacionada à criação do município de Jequiá da Praia – ADI nº 475-AL, relator: ministro Moreira Alves – e requereu assim o apensamento da ADI nº 1.881 à esta, no intuito de evitar decisões conflitantes.

O procurador-geral da República opinou pela procedência da ADI, ao argumentar que a Lei nº 5.848/96 preenche os requisitos do processo de criação de municípios previstos na norma constitucional, regra do artigo 18 § 4º da CF/88. Quanto à conexão levantada pela Advocacia-Geral da União, o procurador-geral declarou que o propósito do autor da ADI nº 475-AL não foi declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.848/96, mas sim do inciso I do artigo 43º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição do Estado de Alagoas e do Decreto nº 294 da Assembléia Legislativa do mesmo estado. São assim, ações distintas, visto que seus objetos são diversos, e não haveria necessidade do apensamento das duas ações, uma vez que se consideram conexas apenas as ações que tiverem em comum o objeto ou a causa de pedir.

O STF, em votação unânime, julgou procedente a ação direta nos termos do voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski, e declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 5.675/95, que simplesmente revogou a lei instituidora do município de Jequiá da Praia, sem observar o disposto no § 4º do artigo 18 da CF/88, com destaque maior para a consulta plebiscitária às populações dos entes políticos diretamente envolvidos, o que asseguraria o acesso à justiça: a Lei nº 5.675/95 foi precedida de consulta plebiscitária aos municípios

de São Miguel dos Campos e Cururipe. Segundo o ministro Marco Aurélio, “houve a fusão sem que se respeitasse o processo respectivo, tal como imposto pela Carta da República”.¹⁴

Entendeu-se que, uma vez cumprido o processo de desmembramento da área do município em questão, criando-se nova unidade, não mais caberia a revogação do ato normativo que o formalizou mediante lei. Ressaltou-se que a fusão observasse o novo processo e, portanto, fosse realizada nova consulta plebiscitária, atendendo ao disposto no § 4º do artigo 18 da CF/88. Segundo o ministro Sepúlveda Pertence: “revogar lei de criação de município é forma dissimulada e indireta de fundir ou refundir os municípios, o que reclamaria a observância do artigo 18, § 4º, da Constituição”.¹⁵

O voto do ministro Ricardo Lewandowski cita trecho do voto do ministro Sidney Sanches na ADI nº 1.262: “Lei estadual que altera outra lei, quanto à origem do desmembramento, à área, aos limites e às confrontações de município, é inconstitucional se realiza tais alterações sem a consulta plebiscitária de que trata o § 4º do artigo 18, da CF/88.”¹⁶

No caso da ADI nº 1.881-AL, houve intensa menção e preocupação com a questão da realização do plebiscito e de seu momento, revelando que grande parte da atenção do STF, no caso, estava voltada para a questão da consulta prévia à população envolvida.

4.2. ADI nº 2.240-BA (Caso Luis Eduardo Magalhães)

A ADI nº 2.240-BA, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), visa à declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.619/2000, do estado da Bahia, que criou o município de Luis Eduardo Magalhães.

De acordo com a sustentação do requerente, a lei impugnada é claramente inconstitucional, visto que ofende o § 4º, do artigo 18 da CF/88 – já com nova redação dada pela EC nº 15/96 –, uma vez que o ente foi criado em ano de eleições municipais, sem que existisse Lei Complementar Federal prevista como requisito no referido dispositivo. À lei compete regular o período em que os municípios podem ser instituídos para que essa decisão não se torne temerária no que concerne à preservação da ordem pública. Além disso, a lei impugnada constitui atentado ao regime democrático, uma vez que apenas a população do distrito de Luis Eduardo Magalhães manifestou-se no plebiscito, e não a totalidade dos envolvidos, como dispõe a Carta Magna. Por fim, o autor salienta que os estudos de viabilidade municipal foram publicados em data posterior ao plebiscito.

Como parte requerida, o governador da Bahia defende a constitucionalidade do preceito atacado. Ele argumenta que houve manifestação da população interessada por meio de plebiscito, e que diante da inexistência da lei



¹⁴ Disponível no site www.stf.jus.br, voto do ministro Ricardo Lewandowski, p.2.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Disponível no site www.stf.jus.br, voto do ministro Ricardo Lewandowski, p.3.

complementar federal, o período de criação dos municípios pode estar indicado no ordenamento jurídico estadual, visto que a Constituição baiana disciplina a matéria. O requerido não cede aos argumentos do autor de que este dispositivo estaria revogado, por estar em conflito com o texto constitucional, após a promulgação da EC nº 15/96.

A Assembléia Legislativa, segundo requerido na ADI, afirma que a Constituição baiana primou pela razoabilidade ao estabelecer o prazo para a criação de municípios, e que o plebiscito fora realizado corretamente, sendo ouvida a população diretamente envolvida.

Tanto o advogado-geral da União quanto o procurador-geral da República manifestaram-se pela procedência ao pedido, baseando-se na flagrante pendência da lei complementar federal, o que ocasionaria lesão ao texto constitucional, bem como na reiterada jurisprudência do STF.

O STF julgou, por unanimidade, procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada. Por maioria de votos, vencido o voto do ministro Marco Aurélio, decidiu por não pronunciar a nulidade desta mesma lei, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 meses, até que o legislador estabeleça nova regra,¹⁷ de acordo com o voto do relator, Eros Grau e do ministro Gilmar Mendes.

No voto, o relator ministro Eros Grau faz um estudo sobre a realidade fática do caso, defendendo a necessidade de preservação deste município. Bloqueando a argumentação do autor, o relator insiste que não pode ser dada uma interpretação meramente literal ao § 4º, do artigo 18 da CF/88, o que levaria à automática declaração de inconstitucionalidade. Deve-se observar, portanto, a impossibilidade de aplicação de simples subsunção, tendo em vista a realidade fática e consolidada de um município, que, apesar de ter nascido de decisão política, assumiu existência de fato como ente federativo.

Observada a autonomia e a efetividade deste município, uma situação de exceção, faz-se necessária uma ponderação prudente das conseqüências drásticas de ordem política, econômica e social da eventual declaração de inconstitucionalidade dessa lei. Atua neste caso a força normativa dos fatos, pois essa existência, ainda que em estado de exceção, é situação consolidada, e não pode ser ignorada pelo STF. Não se trata, aqui, de inconstitucionalidade de uma lei, e sim de um município inteiro, que possui cidadãos com confiança e boa-fé na autonomia de seu município, e que devem ser protegidos de eventuais conseqüências da nulidade deste. Prospera, assim, o princípio da segurança jurídica e da continuidade do Estado, em benefício da preservação do município em questão.

O ministro Eros Grau cita, ainda, a questão do casamento de boa ou má-fé, casamento putativo, situação de exceção prevista em lei, para fazer um paralelo com o que ele denomina de “município putativo”.



¹⁷ Cf. item 2 do quadro de análise metodológica, p. 101.

A diferença entre o casamento putativo e o município putativo está em que, embora possível, a anulação do primeiro, a anulação da decisão política de que resultou a criação do município avança sobre o que poderíamos chamar de reserva do impossível, no sentido de não ser possível anularmos o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo.¹⁸

Para ele, não é possível declarar a Lei nº 7.619/2000 nula sem agredir o princípio federativo. Assim, nesse aparente conflito de inconstitucionalidades, é obrigatório ponderar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função estabilizadora: agressão ao artigo 18, § 4º da CF/88 ou violação do princípio federativo. Devido ao questionamento, o ministro relator sustenta que a afirmação de que o município em questão jamais fora criado e que sua nulidade decorre automaticamente da inconstitucionalidade da lei geradora apenas poderia ser correta no mundo do dever ser. Vivemos, entretanto, no mundo do ser, em que tais abstrações não são passíveis de serem corretas, já que ignoram a realidade vivida. Da distinção entre a teoria e a prática, conclui o relator, impõe-se o reconhecimento da existência válida do município. A finalidade é afastar a agressão ao princípio federativo, visto que, caso contrário, estaria sendo provocada a cassação da realidade política local, agravando e sacrificando a função normativa da Constituição ao afastar a decisão, mesmo formalmente correta, da vontade constitucional. Sobre a concretização da Constituição, o relator menciona: “A sua mais prudente aplicação, nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações” e, ainda, “Daí que ela exige a consideração não apenas dos textos normativos, mas também de elementos do mundo do ser[...]”¹⁹

O mesmo ministro trata a omissão legislativa como moléstia grave – mesmo que indireta, à ordem constitucional. Moléstia agravada ainda mais caso houvesse a procedência do pedido. Desta forma, Eros Grau declara a improcedência do pedido, esperando que a decisão sirva de apelo ao Poder Legislativo, no sentido de suprir a omissão constitucional reiteradamente consumada.

Eros Grau retificou, entretanto, seu voto, após a exposição do voto do ministro Gilmar Mendes, acompanhando-o e ressaltando que as razões por ele (Eros) afirmadas prosperam no mesmo sentido do voto deste último.

A tese do ministro Gilmar Mendes o levou à declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.619/2000 sem, entretanto, pronunciar a nulidade da mesma. Menciona em seu discurso que a solução do problema, esta não pode advir da simples decisão de improcedência da ação.²⁰



¹⁸ Disponível no site www.stf.jus.br, voto do ministro Eros Grau, p.13-14.

¹⁹ *Ibid.*, p.16-17.

²⁰ Disponível no site www.stf.jus.br, do voto-vista do ministro Gilmar Mendes, p. 5.

Para Gilmar Mendes, essa decisão simplista garantiria plena aplicabilidade do princípio da segurança jurídica, em detrimento do princípio da nulidade das leis inconstitucionais, focando apenas na necessidade de assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas. Apesar da relevância do primeiro princípio, ele acredita que a solução mais correta prezaria pela otimização de ambos por meio do uso da técnica de ponderação, motivando o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle da constitucionalidade, largamente utilizadas no Direito comparado, como resultado da relativização do dogma de Kelsen do legislador negativo. Sobre a mitigação da rigidez das decisões mais ortodoxas, Gilmar Mendes faz breve menção à opinião de Jorge Miranda:

“A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização”.²¹

No Brasil, a lacuna em relação a técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade foi preenchida pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que cria uma nova via para mitigar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Fica permitido que, excepcionalmente, o princípio da nulidade seja afastado da decisão quando provado que a declaração de nulidade acabaria por se afastar ainda mais da vontade constitucional. Fica também permitido estabelecer limites aos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, podendo esta ter eficácia *exnunc* ou a partir de momento futuro fixado. A importância da supressão desta insuficiência está no fato de que a falta do instituto que limita os efeitos da decisão obriga os tribunais a se absterem de um juízo de censura, declarando muitas vezes a constitucionalidade de leis nitidamente inconstitucionais, para evitar a declaração de nulidade de lei que possa ocasionar o caos jurídico, o que traduz “um verdadeiro suicídio democrático”, nas próprias palavras de Gilmar Mendes.

Por fim, menciona-se a questão da cláusula geral, ou conceito jurídico indeterminado, que marca o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e não legitima, de forma alguma, a adoção de decisões arbitrárias, tendo em vista a margem de escolha conferida ao STF para fixar os efeitos da decisão. Este está sempre condicionado ao princípio da proporcionalidade, que mais uma vez tem sua necessidade de uso lembrada, quando o legislador consagra a obrigatoriedade de quórum qualificado para limitar os efeitos da decisão.

.....

²¹ Voto do ministro Gilmar Mendes. Disponível no site www.stf.jus.br, p. 10.

Assim, o ministro Gilmar Mendes declara a inconstitucionalidade da lei impugnada, sem pronunciar a sua nulidade, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 meses, o que considera lapso temporal necessário e razoável para que o legislador aprecie o tema e elabore lei complementar federal. Preferiu, portanto, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos do que a insegurança jurídica de uma declaração de nulidade.²²

O ministro Sepúlveda Pertence também acompanhou o voto do relator, seguindo o entendimento de que o STF pode modular a eficácia temporal de suas decisões mediante ponderação de princípios constitucionais, particularmente em uma ponderação entre o dogma da nulidade da lei inconstitucional e a garantia da segurança jurídica.

O ministro Marco Aurélio considerou inconstitucional a lei que criou o município, porém demonstrou-se confuso em relação à modulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade, votada pelos membros da corte, entendendo que deveria ser declarada a nulidade do ato impugnado. O ministro foi o único voto vencido quanto à declaração da nulidade do ato impugnado. Segundo ele, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 prevê a modulação, salvando-se os atos praticados ao abrigo da lei até então, fulminando-se os atos subseqüentes. No caso em tela, esta situação estaria sendo invertida, já que seria declarada a inconstitucionalidade da criação do município, e este não seria inconstitucional a partir da data fixada para a eficácia da decisão. Com esta decisão, o STF sinalizaria a possibilidade da criação de municípios, mesmo ao arrepio da CF/88, pois estaria permitindo que se esperasse a eficácia do § 4º do artigo 18 que deve ser dada pela lei complementar a regular o marco temporal e os requisitos para a criação dos municípios.

4.3. ADI nº 3.489-SC (Caso Vila Arlete)

Segue-se a mesma linha de discussão, na qual o procurador-geral da República pretende declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 12.294/2002, que anexa ao município de Monte Carlo a localidade de Vila Arlete, desmembrada do município de Campos Novos. Segundo o requerente, o ato caracteriza ofensa ao artigo 18, § 4º da CF/88, uma vez que o desmembramento ocorreu quando ainda não existia lei complementar federal mencionada no texto, e ainda pelo fato de ter sido ouvida em plebiscito apenas a população de Vila Arlete, a região desmembrada.

Na linha de entendimento seguida no julgamento da ADI nº 2.240-BA, o STF, por unanimidade, julgou procedente o pedido do procurador-geral da República, e declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 12.294/2002. Decidiu por maioria não pronunciar a nulidade do ato impugnado, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 meses. Novamente, o ministro Marco Aurélio foi voto vencido ao declarar a nulidade do ato questionado.



²² Cf. item 2: Quadro de análise metodológica, p. 102.

As discussões realizadas no julgamento da ADI nº 2.240-BA foram de tal forma relevantes que acabaram por refletir uma orientação seguida em diversos casos semelhantes, como o exemplo da ADI nº 3.489-SC, assim como da ADI nº 3.316-MT e ADI nº 3.689-PA. Para melhor compreensão dos casos examinados, foi elaborado o seguinte quadro comparativo:

4.4. Quadro comparativo

VARIÁVEIS	ADI No. 1.881-AL	ADI No. 2.240-BA ADI No. 3.489-SC
PRINCÍPIOS	<ul style="list-style-type: none"> - Princípio do devido processo legal - Princípio do acesso à justiça 	<ul style="list-style-type: none"> - Princípio da segurança jurídica - Princípio da validade das leis inconstitucionais - Princípio da proporcionalidade
NATUREZA DAS NORMAS		<ul style="list-style-type: none"> - Lei estadual que trouxe validade fática consolidada, embora encontre-se em contradição com a CF - Posicionamento dos princípios em aparente conflito.
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA		<ul style="list-style-type: none"> - Papel ativo e casuário do STF, abstenção à aplicabilidade imediata da lei positiva
ACESSO À JUSTIÇA	<ul style="list-style-type: none"> - Grande discussão sobre o plebiscito 	<ul style="list-style-type: none"> - Opção pelo uso de técnica alternativa no controle de constitucionalidade que permitiu à decisão aproximar-se mais da vontade constitucional do que seguindo a via formal mais tradicional - Assegura o direito dos cidadãos, administrados de boa fé, que não concorrem com culpa à omissão do legislativo

5. INTERPRETAÇÃO E DECISÃO DOS CASOS SOBRE OS MUNICÍPIOS

5.1. Pragmatismo

O pragmatismo é uma corrente de pensamento nascida nos Estados Unidos em meados do século XIX, com Charles Sander Peirce e William James, criadores do chamado Clube Metafísico.²³ Durante o século XX, e na seqüência dos debates daquele grupo originário, brilhou o nome de John Dewey. Em meados do século passado, o Pragmatismo é apropriado pela Filosofia Analítica. Para o Direito, propriamente, não tinha maior significado. A Filosofia do Direito concentrava-se no debate sobre realismo e anti-realismo. Atualmente, porém, cresce a importância desse debate. Sinal disso é a crítica que Ronald Dworkin (2006) faz a Richard Posner, uma das principais referências do pragmatismo jurídico contemporâneo.²⁴ Em *Império do Direito*, Dworkin defende a idéia do Direito como integridade, em oposição ao pragmatismo e ao que chama de convencionalismo. Posner (1995) responde às críticas diferenciando o pragmatismo do positivismo, pelo excesso de formalismo deste último, assim como à importância excessiva que dá ao ato de autoridade, principalmente quando a interpretação fiel do precedente produz resultados absurdos e não condizentes com a realidade.

O pragmatismo até hoje ganha maior acolhida nos Estados Unidos. Tem sua verdadeira origem em Peirce²⁵, mas foi encampado e amplamente divulgado



²³ O Clube Metafísico foi um grupo informal de debate filosófico constituído por estudiosos ligados, em sua maioria à Universidade de Harvard (USA). Surgiu em 1871 e foi extinto em 1879. Nos primeiros anos, concentrou-se no estudo do pragmatismo. E em sua fase final, privilegiou o idealismo de autores como Hume, Kant e Hegel. Sua composição heterogênea resultou na investigação de assuntos diversificados. Contou com integrantes como Charles Peirce, William James e Oliver Wendell Holmes Jr. Os dois últimos mantiveram-se integrados ao grupo, mesmo depois de sua guinada para o idealismo. Cf. SHOOK, John. *The Pragmatism Cybrary*. Disponível em www.pragmatism.org/history/metaphysical_club.htm. Acesso em: 11 de 5 maio de 2007.

²⁴ Alguns dos principais textos do autor sobre o tema são: 1) *Overcoming Law* (Harvard University Press, 1995); 2) *Frontiers of Legal Theory* (Harvard University Press, 2001); 3) *Legal Pragmatism* (*Methaphilosophy*, vol. 35, n. 1/2, Januray 2004 MA: Blackwell Publishing); 4) *What has Pragmatism to Offer Law?*; 5) *Law, Pragmatism and Democracy* (Harvard University Press, 2005); 6) *How Judges Think* (Harvard University Press, 2008).

²⁵ O texto de Peirce mais esclarecedor sobre o pragmatismo, e que mais influenciou seus seguidores, é *How to Make Our Ideas Clear* (1878), publicado nos *Collected Papers* (Cambridge, Mas.: Harvard University Press, 1931-1958). Peirce estabelece condições de alcançar uma apreensão clara do que entende-se por realidade, independentemente do que se dispõe sobre a verdade. "To know what we think, to be masters of our own meaning, will make a solid foundation for great and weighty thought" (*How to make our ideas clear*, p. 82). Segundo Peirce, a ação do pensamento é provocada pela irritação da dúvida, e cessa quando se logra a crença. A crença, por sua vez, vai se transformar em hábito, no momento em que informa como atuar em situações semelhantes. As concepções geram a crença, que provoca o hábito, e o significado das coisas resulta dos efeitos sobre os sentidos. Logo, as idéias correspondem aos conhecidos efeitos sensíveis das coisas. Daí, sintetiza Peirce em sua conhecida *máxima pragmatista*, as condições para alcançar a clareza das apreensões: "Consider what effects which might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object." (*Ibid.*, p. 88).

por William James²⁶ na primeira década do século XX. Aparecem, vinte anos depois, as lições de John Dewey,²⁷ que parte de uma forte crítica ao predomínio da teoria e do pensamento abstrato dissociado da prática, nos termos da filosofia moderna. Por isso, traz essa questão no subtítulo de um de seus principais trabalhos, *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge on Action*, publicado em 1929.²⁸ Nele, Dewey apresenta idéias básicas sobre o que se entende hoje por pragmatismo, apesar de evitar o uso desse nome. Prefere falar em filosofia experimental.²⁹

Da farta literatura sobre o tema, pode-se extrair algumas características do pragmatismo jurídico a nortear a análise:³⁰

a) Antifundacionalismo: mostra que a verdade não se encontra em princípios e conceitos previamente construídos. Os conceitos, resultantes de experiências anteriores, servem como hipóteses a serem confirmadas na prática. Não se trata de um pensamento fechado, condicionado à tomada do fato concreto a uma verdade anteriormente dada, mas um pensamento aberto, sempre sujeito à verificação.³¹ Nesse aspecto, o pragmatismo jurídico negará uma vinculação necessária com a dogmática, abrindo-se para o consequencialismo.³² O antifundacionalismo se confunde com o anti-essencialismo. O mundo dos valores, dos



²⁶ William James publicou em 1907 uma série de conferências sob o título *Pragmatismo*. Nelas, dá o seu testemunho de que o termo *pragmatismo*, proveniente da palavra grega *pragma*, ou *ação*, da qual vêm as nossas palavras *prático* e *prática*. O termo foi trazido por Peirce, após salientar que nossas crenças são regras de ação. Para atribuir significado ao pensamento, é necessário determinar que conduta ele está apto a produzir: aquilo que é o seu único significado. E, assim, “para atingir uma clareza perfeita em relação a um objeto, é preciso apenas considerar os efeitos concebíveis de natureza prática, que o objeto pode envolver – que sensações deve-se esperar daí, e que reações se deve preparar”. Esse é o princípio de Peirce, diz James, que permaneceu inteiramente despercebido por 20 anos até que ele, James, na reunião filosófica do professor Howin, na Universidade da Califórnia, trouxe-o à tona novamente. Em 1898, segundo James, parecia propícia a acolhida do pragmatismo. O termo se espalhou a ponto de estar em várias publicações filosóficas. “Em todas as bandas dá-se conta do *movimento pragmático*, falando às vezes com respeito, raramente com perfeito conhecimento de causa. É evidente que o termo se aplica convenientemente a um número de tendências que até aqui têm carecido de um nome geral, e que *veio para ficar*”. (Cf. *Pragmatismo e outros ensaios*, Rio de Janeiro: Lidador, 1967, p. 44-45).

²⁷ DEWEY, John. *Logical, Method and Law*. In: *The Philosophical Review*, vol. 33, n. 6, nov. 1924, p. 560-572.

²⁸ Esta obra foi traduzida para o espanhol sob o título *La busca de la certeza*. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1952.

²⁹ CAMARGO, M. L. Fundamentos teóricos do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito do Estado*, vol. 6. Rio de Janeiro: Renovar abril./jun. 2007, p. 185-212.

³⁰ Para distinguir as características do pragmatismo jurídico acrescentamos: BUTTLER, B. *The University of North Carolina at Asheville. Essays in Philosophy, A Biannual Journal*, vol. 3, n. 2; POGREBINSCHI, T. *Pragmatismo: teoria social e política*, Rio de Janeiro: Relume Dumarã, 2005.

³¹ Conforme Richar Posner, “The pragmatist is antidogmatic. He wants to keep debate going and inquiry open. Recognizing that progress comes not merely through the patient accretion of knowledge within a given frame of reference – the replacement of one perspective or world view by another – that open new paths to knowledge and insight, the pragmatist values freedom of inquiry, a diversity of inquirers, and experimentation.” *Overcoming Law*, 1995, p. 6.

³² O consequencialismo para o pragmatismo não se confunde com a interpretação axiológica ou teleológica, tal como tratado pela doutrina tradicional. O pragmatista não está comprometido com a garantia de valores e objetivos traçados pelo legislador. CAMARGO, op. cit.

universais e das essências não diz muito ao pragmatista, que se ocupa dos desafios da prática.³³

b) Contextualismo: considerando que o conhecimento parte de hipóteses a serem confirmadas na prática, a força do contexto sobressai. A pressão das circunstâncias dimensiona melhor o problema. E visto o Direito como prática social, o pragmatismo jurídico assume uma dimensão tópica, pois as questões de ordem prática nortearão a interpretação e a aplicação da norma. É a partir do problema que se dá a busca pela solução. O Direito é dinâmico, voltado para questões práticas – construído antes nos tribunais do que exclusivamente no Poder Legislativo.

c) Instrumentalismo: com o pensamento voltado para conseqüências de ordem prática, o Direito, assume uma postura construtiva, já que interfere efetivamente na realidade. Trata-se de um poderoso instrumento de orientação da conduta social, conformado pelos possíveis resultados que provoca na sociedade, cujo alcance extrapola as partes em conflito. O aspecto instrumental aponta para o viés político do Direito.³⁴ O instrumentalismo possui, assim, alcance sistêmico.³⁵

d) Conseqüencialismo: essa característica revela que o conhecimento acompanha o dinamismo da vida. Volta-se para o futuro, na medida em que se pauta nas conseqüências da ação. A decisão da conduta prática é a que considera os efeitos de um ou outro comportamento: se eu agir assim, ocorrerá isso; se agir de outra maneira, os resultados serão outros. Portanto, as conseqüências possíveis antevistas norteiam a tomada de decisão, e assim não há compromisso com princípios e valores. Logo, o pragmatista procura estar bem informado sobre a operacionalidade dos fatos, suas propriedades e prováveis efeitos causados por alternativos cursos de ação.³⁶

e) Interdisciplinaridade: a abertura para as várias áreas do conhecimento que melhor possam informar sobre os efeitos da ação também é um desdobramento do pragmatismo. O conhecimento especializado, de natu-



³³ CAMARGO, op. cit.

³⁴ "Law is understood by the pragmatist as a social tool oriented to social ends" so, "the ultimate criterion of pragmatic adjudication is simply reasonableness with reference to social policy". Cf. POSNER, R. *Legal Pragmatism*, p. 151.

³⁵ "Legal pragmatism requires the judge to consider systemic consequences and not merely case-specific consequences. By 'systemic consequences' I mean such things as the effect on commercial activity of judges' disregarding the actual wording of a contract or failing to adhere to legal precedents on which the commercial community has come to rely."

³⁶ Cf. POSNER, R. *Overcoming Law*. Harvard University Press, 1995, p. 5.

reza científica, torna previsíveis os efeitos da ação, possibilitando o seu melhor dimensionamento.³⁷

Ainda cabem mais duas observações sobre o pragmatismo. A primeira é a sua distinção relativa ao utilitarismo. Enquanto esta corrente de pensamento defende o alcance de bens e valores previamente acertados, justamente distribuídos e aptos a serem consumidos, a utilidade para o pragmatismo aparece como um valor volátil. O que for útil, na prática, servirá como experiência acumulada às hipóteses capazes de nortear novas experiências. A verdade, vista dessa maneira, é dinâmica e sujeita à confirmação, dada sua utilidade prática. O uso possibilita a compreensão da ação e, assim, orienta novas condutas. Portanto, não se trata de verificar o acerto do que passou, mas se algo se mostrou a ponto de servir de orientação para ação futura.

A segunda observação refere-se à grande crítica ao pragmatismo jurídico: a falta de segurança social pelo desaparecimento do juiz à norma posta pela autoridade legítima e competente, o legislador. Essa crítica é respondida por Richard Posner do seguinte modo: o juiz pragmatista, pelo próprio fato de mirar as conseqüências da sua ação, na prática não quer desapontar a população, que espera garantia e previsibilidade de suas ações, conforme a lei. Isso leva o juiz a considerar seriamente a lei e os precedentes judiciais. Sabe que existe grande expectativa da sociedade sobre as suas ações. Caso o juiz não a ofereça, fere a sociedade cuja credibilidade é garantida pelo respeito ao Direito. Afinal, o Direito existe, antes de tudo, para oferecer segurança à sociedade. Contudo, segundo Posner, é antes por razões de ordem pragmática do que propriamente valorativa que o juiz pragmatista segue o Direito.³⁸

Para Posner (1995), "in brief, all thought is social, its purpose action in the present or future. We are not the slaves of our history, traditions, and precursors; they are our instruments."³⁹ E mais: o Pragmatismo é prático e instrumental, mais do que essencialista. O interesse é maior pelo que funciona e é útil, do que naquilo que "realmente" é. "It is therefore, forward looking, valuing continuity with the past only so far as such continuity can help us cope with problems of the present and of the future."⁴⁰



³⁷ "Being antimetaphysical and antidogmatic, the pragmatist views scientific theories as tools for helping human beings to explain and predict and, through explanation, prediction, and technology, to understand and control our physical and social environment." (POSNER, R. *Overcoming Law*. Harvard University Press, 1995, p. 7).

³⁸ De acordo com Posner, "There might be pragmatic reasons why it would be good for judges to consider themselves morally bound to follow precedent rather than free to make a pragmatic judgment in each case whether to follow precedent". "Applied to law, pragmatism would treat decision according to precedent as a policy rather than as a duty. POSNER, op. cit., p. 12 e 5.

³⁹ Em *Law, Pragmatism and Democracy*, Posner distingue o pragmatismo filosófico, *orthodox pragmatism*, do pragmatismo jurídico, o qual chama de *recusant pragmatism* (p. 35 e seq.), bem como responde a críticas que geralmente recaem sobre o pragmatismo jurídico, como é o caso do particularismo.

⁴⁰ Richard Posner. *Overcoming Law*. Harvard University Press, 1995, p. 15.

5.2. ADI nº 2.240-7: voto do ministro Eros Grau e a força normativa dos fatos

O PT pede declaração de nulidade da lei que criou o município de Luis Eduardo Magalhães na Bahia, em 2002, decorrente do desmembramento de dois distritos. O município foi criado em ano de eleições municipais – contexto, quando ainda se encontrava pendente a promulgação da lei complementar federal prevista no § 4º, do artigo 18 da CF/88, a definir o período em que os municípios podem ser criados. Esse dispositivo constitucional, assim emendado, revoga lei complementar do estado da Bahia, que dispõe sobre o assunto. Além disso, argumenta-se que a lei baiana fere o regime democrático previsto na Constituição, já que restringe o âmbito do plebiscito, a população envolvida, bem como divulga os estudos sobre a viabilidade do novo município em momento posterior à realização do plebiscito.

O governador do estado, por sua vez, defende a constitucionalidade do preceito analisado, sob o argumento de que o plebiscito foi realizado pela Justiça Federal, e que é possível, ante a inexistência de lei complementar federal a determinar o período dentro do qual poderá ocorrer a criação de município, que esse período seja indicado no ordenamento jurídico estadual. A Assembléia Legislativa entende que a Constituição Federal prevê o desmembramento de municípios. Seria este um poder absoluto e, conseqüentemente, a legislação baiana havia primado pela razoabilidade ao fixar o intervalo de criação de município entre um ano, no máximo, e seis meses, no mínimo, das eleições municipais.

O ministro Eros Grau inicia o seu voto destacando os seguintes fatos, que toma como ponto de partida para o seu raciocínio: 1) até aquela data não havia sido produzida a lei complementar federal prevista; 2) o município foi efetivamente criado há mais de seis anos, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia; 3) no seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo: em julho de 2001 foi promulgada sua lei orgânica, e até maio de 2006 haviam sido sancionadas mais de 200 leis municipais; foram eleito seu prefeito e vice-prefeito, bem como vereadores em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral; foram instituídos e arrecadados tributos de sua competência; serviços foram prestados, e o poder de polícia foi exercido; foram ainda, nesse município, realizados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O município, ao fornecer dados para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostra mais uma vez sua existência de fato. E, em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem que seja juridicamente regular a sua autonomia política.⁴¹ Essa conclusão ganha reforço lógico com o argumento de que o próprio STF também teria colaborado para o desenvolvimento da boa-fé da população. Do contrário, o tribunal poderia ter se manifestado logo no momento da apresentação da ação. Não o tendo feito, diz o ministro Eros Grau,



⁴¹ Disponível no site www.stf.jus.br, voto do ministro Eros Grau, p. 3.

permitiu a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do município caracterizaria.⁴²

Conforme o ministro anota na continuação do seu voto, a interpretação literal e a aplicação automática desse dispositivo, mediante simples exercício de subsunção, conduziram à automática declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o município. No entanto, decidir no sentido da inconstitucionalidade do município geraria conseqüências perniciosas. “Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção”.⁴³

Confirma-se, ainda, a existência de fato de um ente federativo dotado de autonomia. “O *nomos* do seu território foi nele instalado. O município legislou, de modo que uma parcela do ordenamento jurídico brasileiro é hoje composta pela legislação local emanada desse ente federativo cuja existência não pode ser negada”.⁴⁴

De outro lado, Eros Grau estabelece uma linha de coerência com o que deixara consignado anteriormente na ADI nº 3.685, relativa ao princípio da segurança jurídica, que agora prospera em benefício da preservação do município. Além da força normativa dos fatos e da segurança – em face à estabilidade das relações jurídicas constituídas – como categorias que servem de embasamento à decisão, aparece uma linha de coerência com Gilmar Mendes, no MS nº 24.268, e com os agravos regimentais no RE nº 348.364, de que fora relator. Eros Grau cita também Miguel Reale, quando sustenta que o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia.⁴⁵

Em reforço à sua linha argumentativa, ainda que discrepante da posição consolidada pelo STF até então,⁴⁶ outras categorias e princípios retirados da doutrina, de outros julgados e de trabalhos teóricos são também ressaltadas pelo ministro. Com Gilmar Mendes reconhece a proteção à confiança como pedra angular do Estado de Direito; e, seguindo Karl Larenz, sustenta que a consecução da paz jurídica, o princípio da confiança e o da segurança, daí decorrente, são elementos nucleares do Estado de Direito material, de conteúdo ético que se expressa no princípio da boa-fé.⁴⁷

No caso do município de Luis Eduardo Magalhães, que existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política, estamos diante de uma situação



⁴² Ibid.

⁴³ Ibid., p. 2.

⁴⁴ Ibid., p. 4.

⁴⁵ Essa categoria Eros Grau retira de JELLINEK, em *Teoria General del Estado*. 2 Ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 319 et seq. A idéia é de que a origem e a existência da ordem jurídica encontram origem na existência do Estado, cujas relações reais precedem às normas em função delas produzidas.

⁴⁶ Miguel Reale, em *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, capítulo que tem por título Nulidade e Temporalidade.

⁴⁷ LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Madrid: Civitas, 1985, p. 91, 95 e 96.

excepcional não prevista pelo Direito positivo, porém instalada pela força normativa dos fatos.”⁴⁸

O ministro parte da premissa de que a normalidade do sistema é condição para a sua validade. A anormalidade, ao contrário, conduz à excepcionalidade. No caso, entende que a omissão do Poder Legislativo consiste em moléstia ou desvio do sistema. Tal omissão, segundo anota, instala uma fissura na ordem constitucional, e como as normas só valem para as situações normais, a criação do município de Luis Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo Direito Positivo. A anormalidade, da forma como é compreendida, justifica a excepcionalidade do reconhecimento de validade do município.

Some-se outra premissa mais forte: a realidade, confirmada pela produção de efeitos.

No caso, existe uma realidade material, um município, um ente federativo dotado de autonomia política. Não é possível retornarmos ao passado, para anular esta realidade, que produziu efeitos e permanece a produzi-los. [...] A supressão dessa autonomia, afirmada por efeitos concretos produzidos, consubstancia franca agressão à estrutura federativa, ao princípio federativo. A decisão política da criação do município violou a regra constitucional, mas foi afirmada, produzindo todos os efeitos dela decorrentes. Mas como o Legislativo se omitiu, ao deixar de produzir a lei complementar necessária, e o ente federativo surgiu, assumindo existência concreta, a declaração de inconstitucionalidade agravou a moléstia do sistema. No caso, a lei (constitucional) encontra uma realidade não imaginada pelo legislador (constituente derivado), e daí o surgimento da excepcionalidade. E ao fazer incidir a lei em situação ou contexto distinto do imaginado, o impacto é pior. Daí a visão pragmatista, ditada pela força do contexto e pelos efeitos da decisão, a prevalecer sobre uma visão normativa. Se da aplicação de uma norma resulta um desvio de finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma⁴⁹

Constituição e realidade não podem ser isoladas uma da outra.⁵⁰ Um normativista radical, afirma Eros Grau, dirá que o município jamais foi criado em termos formais: uma afirmação correta no mundo do dever-ser. Mas, conforme diz o ministro, vivemos no mundo do ser. Somente no mundo das abstrações



⁴⁸ Ibid., p. 9.

⁴⁹ Ibid., p. 11-12

⁵⁰ Perelman anota que, de acordo com a lógica argumentativa, o esforço de quem rompe a inércia é muito maior.

poderíamos dizer que o município não existe, e o debate com quem habita esse mundo, o mundo do dever-ser, nada promete de útil. Dessa forma, o ministro Eros Grau radicaliza sua propensão pragmática: o Direito, circunscrito ao âmbito normativo, mundo do dever ser, não se mostra útil e, por isso, perde validade. O Direito incorpora a realidade e, por isso, a existência real do município encontra-se no interior do ordenamento. Segundo Giorgio Agamben(1985, p. 91; 95-96): “O estado de exceção é uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção”.

E outra: se a declaração de inconstitucionalidade decreta nulo o ato, é como se ele não existisse.

Entretanto, nas palavras do ministro, não podemos fingir que o município não existe. Nesse sentido, da declaração de inconstitucionalidade de lei estadual, não decorre a declaração de inconstitucionalidade institucional do município de Luís Eduardo Magalhães. Poder-se-ia concluir que Eros Grau fere, de morte, o princípio da nulidade dos atos declarados inconstitucionais, pelo menos os atos que se firmam em decorrência dos efeitos que produzem. Trata-se de um fato, e fatos não se anulam. Continua seu ataque aos formalistas da seguinte maneira: “Este caso não pode ser examinado no plano do abstracionismo normativista, como se devêssemos prestar contas a Kelsen, e não a uma ordem concreta”.⁵¹ A esta corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Mas, ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção, retirando-a da exceção.”⁵²

É possível dizer que o ativismo judicial do STF,⁵³ na sua função normativa, aqui dá as caras. Conforme diz o ministro, na tarefa de concretizar a Constituição, a corte promove a sua força normativa e a sua função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do Direito posto. E com uma postura pragmática, contingencia ainda mais a norma. Sustenta que a aplicação da Constituição “exige a consideração não apenas dos textos normativos, mas também de elementos do mundo do ser, os fatos do caso e a realidade no seio e âmbito da qual a decisão em cada situação há de ser tomada”⁵⁴. No caso, pergunta o que menos sacrifica a força normativa futura da Constituição e a sua função de estabilização: a agressão à regra do § 4º do artigo 18 da CF/88 ou a violação ao princípio federativo? E novamente ataca o formalismo: “o Direito não deve ser compreendido somente como um esquema de coerências formais, mas como um plano da realidade social”.⁵⁵



⁵¹ Ibid., p. 15.

⁵² Ibid., Konrado Hesse, lembrado por Eros Grau.

⁵³ Ibid., p. 25.

⁵⁴ Ibid., p. 17.

⁵⁵ Ibid.

Por fim, defende que a situação de exceção em pauta seja resolvida com a inclusão do município de Luis Eduardo Magalhães no estado de normalidade. E mais uma vez impulsionado, pelos efeitos que a decisão pode gerar, conclui “Por certo a afirmação da improcedência da ADI não servirá de estímulo à criação de novos municípios, indiscriminadamente. Antes, pelo contrário, há de expressar como que um apelo ao Poder Legislativo, para que supra a omissão constitucional que vem sendo reiteradamente consumada”.⁵⁶ E assim decide: “As circunstâncias da realidade concreta do município de Luís Eduardo Magalhães impõem que seja julgada improcedente a ADI”.⁵⁷

Por fim, nota-se que, pela força dos fatos, à qual o ministro Eros Grau atribui força normativa, afasta-se a aplicação da norma constitucionalmente posta. Conclui-se, então, que o contexto prevalece sobre o texto – legal.

Também as conseqüências, pela possibilidade de provocação do caos, fazem com que o aplicador da lei se afaste do Direito posto. A linha de raciocínio do ministro é a de que a força dos fatos, ou contexto, caracteriza um estado de exceção, ou anormalidade, a justificar a não-observância da norma posta, criada apenas para situações de normalidade.

5.3. ADI nº 3.489-8: voto do ministro Gilmar Mendes e a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

Em voto-vista, o ministro Gilmar Mendes retoma o sentido do voto do relator, ministro Eros Grau,⁵⁸ quando este já havia alertado a corte para as conseqüências drásticas de uma eventual declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada. O objeto desta ADI novamente é a inconstitucionalidade de município criado sem base constitucional adequada. Há um fato consumado: o desmembramento do município, uma realidade que não pode ser ignorada, principalmente porque cidadãos de boa-fé confiaram na autonomia do novo ente federativo.

A partir dessas considerações, o ministro Gilmar Mendes⁵⁹ ressalta o princípio da segurança jurídica: “Há toda uma situação consolidada que não pode ser ignorada pelo tribunal. Creio que o tribunal já se encontra plenamente inteirado das graves repercussões de ordem política, econômica e social de uma eventual decisão de inconstitucionalidade”. E uma vez superada esta etapa, passa a concentrar-se nos contornos da decisão, de forma que esta se torne, na maior medida possível, menos onerosa à realidade concreta.

Ao se medir o acerto da decisão nos seus efeitos, o sangue faz pulsar forte as veias pragmatistas do ministro Gilmar Mendes. Afinal, o que está em pauta, antes de tudo, é um problema concreto e, no seu entender, “a solução



⁵⁶ Ibid., p.18.

⁵⁷ Ibid., p. 19.

⁵⁸ Voto do ministro Gilmar Mendes, disponível no site www.stf.jus.br, p. 2.

⁵⁹ Ibid., p. 4.

para o problema não pode advir da simples decisão de improcedência da ação”.⁶⁰ Há de se medir seus efeitos. E assim retoma dois temas de sua predileção: a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a ponderação de valores. Nessa perspectiva, o princípio da segurança jurídica, condizente com as relações contraída de boa-fé, colide com o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Ao contrário da jurisprudência do STF, que reiteradamente tem declarado inconstitucionais as leis estaduais que instituem novos municípios, posteriores à EC nº 15/96, o ministro Gilmar Mendes, apoiado em experiência estrangeira, busca alternativas de decisão no controle de constitucionalidade, decorrentes, também, de necessidades práticas.⁶¹ “Em outras palavras, a admissão formal do princípio da nulidade não impediu a adoção de técnica alternativa de decisão naqueles casos em que a nulidade poderia revelar-se inadequada ou trazer conseqüências intoleráveis”.⁶²

Em conclusão, a superação do princípio da nulidade dos atos declarados inconstitucionais dá-se por razões de ordem pragmática. Esta agora é a regra. E a modulação dos efeitos fica a critério do julgador, em cada caso, conforme análise das conseqüências provocadas pela decisão declaratória de inconstitucionalidade. Resta, assim, superada, segundo as palavras de Gilmar Mendes, a fórmula apodítica constitucionalidade/nulidade, anteriormente dominante, e, por conseguinte, a relativização do vetusto dogma kelseniano do “legislador negativo”.

“O princípio da nulidade somente será afastado se puder ser demonstrado, com base em uma ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social”⁶³. Conforme destaca, a não-aplicação do princípio da nulidade baseia-se em princípio jurídico, de alçada constitucional, e não em considerações de política judiciária. E pela lógica da proporcionalidade chega-se à justeza da declaração de inconstitucionalidade: são ponderados os “interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em conseqüência da declaração de inconstitucionalidade”.⁶⁴ Por tudo, “o tribunal deve adotar uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada – diante da vasta e consolidada jurisprudência sobre o tema –, resguarde na maior medida possível os efeitos por ela produzidos”.⁶⁵ Há, assim, uma postura mais focada nas conseqüências e nos efeitos da decisão do que propriamente no que traz o Direito po-



⁶⁰ Voto-vista do ministro Gilmar Mendes.

⁶¹ No caso, cita Eduardo García de Enterría: “[...] mais do que o juiz de outros âmbitos da justiça, pode e deve o juiz constitucional não perder de vista as conseqüências”. (ENTERRÍA, Eduardo, G. de. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*, n. 92, out./dez. 1989, p. 12-13.

⁶² Disponível no site www.stf.jus.br, voto do ministro Gilmar Mendes, p. 14.

⁶³ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁴ Ativismo judicial, na medida em que o resultado do trabalho da corte interfere na seara de um outro poder (no caso, o Legislativo). Não apenas atua em um caso de lacuna, como assenta sua competência normativa em momentos ditos de exceção.

⁶⁵ Disponível no site www.stf.jus.br, voto do ministro Gilmar Mendes, p. 23.

sitivado, sendo que esta é uma manifestação fortemente construída para servir de precedente da Corte.⁶⁶

5.4. Formalismo

Serão levadas em conta aqui algumas sugestões de Isabela Cortes Rossi, que em sua monografia de final de curso *A Constituição em Xequê: A Superação Interna de Regras Constitucionais*, defendida na UERJ (2007), faz uma investigação minuciosa do voto do ministro Eros Grau, na ADI nº 2.240-BA, à luz da teoria das regras de Frederick Schauer. Buscando maior clareza conceitual, serão traçadas, em primeiro lugar, as notas características desta concepção e, posteriormente, seguindo alguns *insights* da autora, a aplicação da teoria no caso em questão.

Schauer define as regras prescritivas em função da sua capacidade de serem formuladas – mesmo quando não aparecem desta forma em um primeiro momento – da seguinte maneira: Se “x”, então “y”. Em outras palavras, as regras prescritivas podem ser decompostas em uma parte antecedente e uma parte conseqüente. O predicado fático, o antecedente, determina as condições para que a regra seja acionada e pode ser entendido como uma hipótese. O predicado fático “x” é a hipótese que deve ser verificada para a regra ser aplicada. O predicado fático é, portanto, uma afirmação descritiva genérica que, quando verificada, aciona o conseqüente. O conseqüente ou *apodosis* é o outro componente da regra. Funciona como o operador deôntico da regra, e indica se o predicado fático é proibido, permitido ou obrigatório. Assim, se temos uma regra prescritiva do tipo: “é proibida a entrada de veículos no parque”, ela pode ser escrita da seguinte maneira: “se algum veículo entrar no parque, ele será rebocado”, ou “se algum veículo entrar no parque, ele será multado”, etc. O predicado fático, quando separado do conseqüente, nada mais é do que uma generalização descritiva – no caso: ser um veículo no parque.

As generalizações descritivas que constituem o antecedente das regras são ao mesmo tempo instanciações e simplificações de propósitos ou justificações subjacentes a elas. Qual é a justificação de uma regra que proíbe a entrada de cachorros no restaurante? Poderia ser para ajudar a preservar o silêncio e a tranquilidade do ambiente; poderia ser para preservar a segurança das pessoas que freqüentam o restaurante; poderia ser para garantir a higiene do local ou poderia ser para realizar todos os propósitos mencionados ou algum subconjunto deles. Talvez, os propósitos selecionados tenham como justificação ainda mais profunda maximizar o prazer daqueles que freqüentam o restaurante ou evitar o transtorno. A generalização é normalmente escolhida em função do tipo de relação que apresenta com a sua justificação, mas não se confunde com a sua justificação. Tanto é assim que a generalização pode se mostrar sobre inclusiva ou sub-inclusiva, ou ao menos potencialmente sobre-inclusiva ou sub-inclusiva, quando



⁶⁶ Vide o epílogo à Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, quando o autor esclarece que, no juízo da ponderação, o intérprete considera os efeitos hipotéticos que uma ou outra decisão provocaria: um nítido viés pragmatista.

medida a partir da justificação ou propósitos subjacentes. Não é sempre que um cachorro no restaurante causa um transtorno para os que freqüentam o local⁶⁷ – sobre-inclusão; e não são apenas cachorros que podem causar um transtorno para os clientes⁶⁸ – sub-inclusão. A conclusão é de que regras são generalizações probabilísticas, na medida em que se aproximam de suas justificações, mas não apresentam um nexo causal absoluto em relação a elas.

Uma regra prescritiva só é uma regra séria⁶⁹, uma regra regulativa ou mandatória genuína, quando a generalização prescritiva é entrenchada – *entrenched* – e capaz de oferecer alguma resistência às exigências da justificação da regra que caminham em um sentido contrário – quando a regra se mostra sobre-inclusiva ou sub-inclusiva. Uma regra só existe quando a sua generalização fornece uma razão independente para a decisão. Se a generalização é recalibrada em cada instância de acordo com a sua justificação subjacente, então não está realizando nenhum trabalho normativo. Quando a generalização é alterada ou ajustada em cada momento de acordo com a justificação, então é a justificação que está fazendo o trabalho normativo.

É possível dizer com segurança que uma das funções das regras é atingir certas metas, justificações ou propósitos substanciais. Pelo menos, uma das razões substanciais, ao se desejar alcançar com a regra que proíbe a entrada de cachorros nos restaurantes, é evitar comportamentos que causam um transtorno para os clientes. Mas, na medida em que a regra pode se mostrar sobre inclusiva ou sub-inclusiva e, portanto, não garante a concretização da justificação substancial, por que optar por uma regra e não pela própria justificação? Por que eleger um mecanismo que simplifica a justificação?

Além das justificações substanciais que existem por trás das regras, também existem justificações geradoras de regras – *rule-generating justifications* (SCHAUER, 1998, p. 94). As justificações geradoras de regras são razões para se formular como regra aquilo que pretende alcançar – o bem que pretende promover ou o mal que quer evitar – em vez de apresentar diretamente a justificação substancial. As razões formais que fundamentam a escolha pela instanciação da justificação são colocadas em termos de certeza, segurança e previsibilidade, coordenação e custos em termos de tempo e dinheiro. É mais fácil, consome menos tempo e dinheiro e gera mais segurança e previsibilidade, deliberar sobre o que conta como um cachorro que sobre o que pode gerar transtornos para os que freqüentam o restaurante. Além disso, regras são instrumentos de alocação de

QR.....

⁶⁷ As duas ADIs foram julgadas praticamente em conjunto, reiterados os argumentos dos principais votos em uma e outra. Protagonizam o julgamento os ministros Eros Grau, relator em ambos os casos, e Gilmar Mendes, autor de voto-vista também em ambos os casos. A decisão, em um e outro, foi a mesma: é declarada a inconstitucionalidade, mas não a nulidade, por 24 meses. As palavras do ministro Gilmar Mendes, condutoras da decisão, são as seguintes: “Voto no sentido de, aplicando o artigo 27º da Lei nº 9868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3682.”

⁶⁸ Pense no cão-guia bem treinado que evita mais transtornos do que causa.

⁶⁹ Crianças choronas ou adultos bêbados e/ou inconvenientes.

poder. Se a norma fosse “evite comportamentos que possam causar transtornos para os clientes do restaurante” ou “maximize o prazer”, isso seria uma forma de conferir poder e não retirar poder.

Com isso, é possível analisar as considerações que Isabela Rossi (2007) faz sobre o voto do ministro Eros Grau. Com relação à ação que visava à declaração de inconstitucionalidade de uma lei que havia criado um município no interior da Bahia, o ministro Eros Grau concordou que a aplicação literal do artigo 18, § 4º da CF/88 levaria, por um simples exercício de subsunção, à sua automática declaração de inconstitucionalidade. Entretanto, tendo em vista a suposta excepcionalidade do caso e as prováveis conseqüências não desejadas da aplicação da regra, o ministro defendeu a sua superação. Mais importante do que a posição que ele adota,⁷⁰ são as declarações que o ministro faz sobre a natureza das regras. Conforme Rossi, três afirmações do ministro são especialmente interessantes: “as normas só valem para situações normais”; “se da aplicação de uma norma resulta um desvio da finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma”; e “a aplicação mais prudente da Constituição pode corresponder exatamente à não aplicação de suas normas a situações de exceção”.

Quanto à primeira afirmação, segundo a qual as regras só valem para as situações normais, se for o caso que significa que as regras só devem ser aplicadas quando o predicado fático está em perfeita harmonia com a justificação, então as regras existem em vão e não fazem, por si só, nenhum trabalho normativo. Conforme mencionado ao analisar a teoria das regras de Schauer, sempre que o predicado fático pode ser continuamente moldado de acordo com a justificação substancial em cada ocasião de aplicação, então quem faz todo o trabalho é a própria justificação. Em tal cenário, não podemos falar que existem regras. A existência das regras depende de predicado fático oferecer alguma resistência em relação às demandas da justificação substancial nas situações de sobreinclusão e sub-inclusão.

A segunda afirmação, “se da aplicação de uma norma resulta um desvio da finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma”, parece estar parcialmente correta. Regras não têm como papel exclusivo a concretização de suas justificações substanciais. Há razões geradoras de regras que explicam porque as regras são criadas da maneira que são criadas e porque são levadas a sério – formalismo. As regras são instanciações e simplificações de suas justificações para garantir mais segurança, previsibilidade e certeza, para evitar custos de deliberação, tanto em termos de tempo e dinheiro e para permitir a alocação de poder aos órgãos adequados. O legislador, quando constrói uma regra clara, não quer que o juiz exerça o seu poder discricionário.

A última consideração do ministro foi sobre a prudência ou sabedoria em não seguir regras, mesmo regras constitucionais, quando estas podem gerar resultados desastrosos. Em casos que são particularmente exigentes, nos quais a



⁷⁰ Cf. ALEXANDER, L.; SHERWIN, E. The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law. Durham e Londres. In: *Duke University Press*, 2001.

aderência ao resultado indicado pelo predicado fático pode ser excessivamente absurda, talvez seja a situação de não aplicar a regra, mesmo sabendo que as razões geradoras de regras ficarão debilitadas. A proposta do formalista é de que é mais sensato ter um sistema de regras do que um contexto no qual elas estejam ausentes. Os benefícios das regras só são resguardados se elas forem levadas a sério e não recalibradas em cada momento de aplicação, de acordo com suas justificações. Entretanto, é possível imaginar casos gritantes em que seja prudente superar a regra, mesmo reconhecendo que isso pode debilitar os benefícios produzidos pelas regras. O formalista é prudente em relação a isso e vai sustentar que o ônus de argumentação para a superação de uma regra é altíssimo. A não-observação de regras postas pelo Legislativo pode enfraquecer o estado de Direito.

Como explica Isabela Rossi:

O que nos preocupa é a tentativa de superar uma regra extremamente precisa com base em argumentos pouco convincentes. Primeiro, porque o ministro caracteriza como situação de exceção exatamente aquela que a regra tem o objetivo de tutelar (o desmembramento irregular de um município), alegando que a realização de atos fundados na existência desse ente federativo durante seis anos que se passaram entre a sua instituição e o julgamento da constitucionalidade da lei que o criou tornaria essa situação excepcional. Além disso, o ministro concentra sua atenção em apenas algumas vantagens associadas às regras, como a previsibilidade e a coordenação social, afirmando que a superação da regra não geraria maiores problemas porque não estimularia a criação irregular de outros municípios sem, no entanto, informar o que leva a tal conclusão. Ignora, ainda, outras vantagens importantes, como a alocação de poder que é consequência da utilização de regras” (ROSSI, 2007, p. 36).

Adiante Rossi continua:

Seus problemas se relacionam à pérfida fundamentação oferecida para justificar a superação de uma regra constitucional extremamente precisa. Além dos fundamentos não convencerem de que se trata, de fato, de uma situação de exceção, não houve uma avaliação cuidadosa das vantagens associadas ao uso das regras – o que fica patente pelo fato de o ministro fazer uma afirmação empírica sem qualquer suporte em dados concretos: a de que a declaração de constitucionalidade da lei não estimularia a criação irregular de mais municípios” (Ibid., p. 36).

6. CONCLUSÕES

No *hard case* da criação dos municípios, foi adotada a metodologia expressa na leitura da obra *Observar La Ley* (COURTIS et al.) de modo a contextualizar numa linha político-institucional a decisão em exame. Isto é, tendo como base, por exemplo, o caso Jequiá da Praia, anterior à EC nº 15/1996, é possível apresentar como um dos aspectos conclusivos do caso estudado o fato de o STF ser obrigado a respeitar mais a autonomia municipal e o próprio pacto federativo.

Há, assim, um forte indicativo de que é preciso relativizar o significado e o alcance da categoria “judicialização política”, considerando as dificuldades de distinguir essa concepção em relação à noção de ativismo judicial, conforme o apontado no item 3, deste artigo. Neste aspecto, é relevante lembrar a leitura da obra de Tate e Vallinder que aponta para duas formas de judicialização da política: uma de natureza jurídica, de revisão; e a outra, de expansão. Sim, no caso brasileiro, haveria uma judicialização da política de corte de expansão, tanto das competências do STF, como a nossa jurisdição constitucional reconhece, como em relação ao Poder Judiciário. Mas, afinal, que expansão é essa? Ela é formal e até moderada. Há, por exemplo, os casos dos municípios de Luis Eduardo Magalhães e Vila Arlete. Prevalece não uma questão de conteúdo – mundo do ser ou a força normativa citada no voto do ministro Eros Grau no caso do município baiano –, mas sim a abordagem moderada proposta pelo ministro Gilmar Mendes com as balizas do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Vale lembrar, para fortalecer esse raciocínio, que no caso da fidelidade partidária o ministro Celso de Mello mostra o perfil de sua judicialização partidária com uma tabela temporal de quem ingressou com comunicação ao TSE depois de ter mudado de partido político.

Entretanto, é importante destacar que o *Projeto Dossiê Justiça* pontua o acesso à justiça como objeto principal. Essa questão é analisada com um olhar do século XXI, em razão da diversidade, pluralismo e segmentação da sociedade. Em relação à fidelidade partidária, os partidos prevalecem, já que os mandatos pertencem a eles e não aos políticos. No caso de Jequiá, não é o Partido Popular Socialista (PPS) que prevalece, e sim uma discussão de colisão de vigência de leis. E no caso do município de Luis Eduardo Magalhães, a demanda do PT com o ingresso de uma ação de inconstitucionalidade específica prevalece, mas não pelo sentido democrático. Há outra razão: existe uma situação de força normativa dos fatos que será resolvida pela modulação temporal proposta pelo ministro Gilmar Mendes.

Quanto ao plebiscito, é uma discussão polêmica, sobretudo, no último caso. Contudo, são impostas variáveis político-jurídicas já examinadas anteriormente.

Por fim, no que se refere à judicialização da política, comprova-se o seu aspecto formal e relativo. Em relação ao acesso à justiça, o STF atua de uma forma não tão estável para assegurar a vontade democrática – plebiscito – e a demanda dos partidos políticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- ALEXANDRE, L; SHERWIN, E. *The rule of rules: morality, rules, and dilemmas of law*. Durham e Londres. In: *Duke University Press*, 2001.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, 217, 1999.
- _____. Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. In: *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.
- CAMARGO, Margarida. Fundamentos Teóricos do Pragmatismo jurídico. *Revista de Direito do Estado*, vol. 6, Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 2007, p. 185-212.
- CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, vol. 23, 2004.
- _____. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, vol. 28, 2007, p. 161-179.
- CASTRO, Marcos Faro de. O STF e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 12, n. 34, 1997, p. 147-156.
- DEWEY, John. Logical, Method and Law. *The Philosophical Review*, vol. 33, n. 6, 1924, p. 560-572.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad.: de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 47.
- GARCÍA, Enterría, Eduardo. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Derecho Publico*. n. 92, 1989, out./dez.
- HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts. In: *Harvard University Press*, 2004.
- JAMES, William. *Pragmatismo e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Lidador, 1976.
- JELLINEK, Georg. *Teoria Geral del Estado*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 2002, p. 319.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Madrid: Civitas, 1985.
- TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). The global expansion of Judicial Power. *New York University Press*, New York, 1997.
- PEIRCE, Charles. How to make our ideas clear. In: Cambridge *Harvard University Press, Collected Papers*, 1931-1958.

POSNER, Richard. Legal Pragmatism. *Methaphilosophy*, n. 35, 2004, p. 147-159

_____. *Overcoming Law*. Harvard University Press, 1995.

REALE, Miguel. Nulidade e Temporalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Rio Grande do Sul. vol. 18, n. 46, 1988, p. 11-29.

ROSSI, Isabela C. F. *A Constituição em xeque: a superação interna de regras constitucionais*. Monografia defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2007.

SCHAUER, Frederick. *Obra, editor, local...* 1998, p. 94.

SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELLO, Manuel P. Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

SHOOK, John. The Pragmatism Cybrary. Disponível em:

<www.pragmatism.org/history/metaphysical_club.htm>.

Ministro Gilmar Ferreira Mendes. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, n. 9/6/2008. Disponível em: <www.valor.com.br> e

<www.supremoemdebate.blogspot.com>.



[Jurisdição Constitucional: entre o respeito ao legislador e o ativismo judicial - o artigo 5º da Lei nº 11.105/05]*

Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas,
Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner**

Resumo: O artigo analisa o caso difícil da pesquisa científica com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510-DF), ressaltando a importância do ativismo judicial, da sociedade de risco, da internacionalização dos direitos humanos e da representação argumentativa como parâmetros para a compreensão do debate sobre a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.150/05 - Lei de Biossegurança. Destaca a discussão desenvolvida pelos ministros do STF sobre os limites de sua atuação em questões morais e científicas complexas, como é o caso do direito à vida, e o papel desempenhado pelo tribunal como representante argumentativo dos cidadãos. Discute-se, ainda, se a representação argumentativa postulada pelo ministro Gilmar Mendes no caso analisado representa uma nova modalidade de acesso à justiça.

Palavras-chave: Dignidade humana. Direito à vida. Sociedade de risco. Constituição.

Abstract: This study analysis the hard case of scientific research on embryonnary stem cells (ADI n. 3.510-DF), emphasizing the importance of judicial activism, risk society, human rights internationalization and the argumentative representation as standards to the understanding of the debate over the constitutionality of the 5th article of Law n. 11.150/05 - Law on Biosafety. The article highlights the discussion of the Supreme Federal Court's ministries about the limits of their action on complex moral and scientific issues, as the right of life case and the hole played by the court as argumentative representant of the citizens. Thus, it discusses about the possibility of argumentative representation postulated by the ministry Gilmar Mendes, on the analyzed case, represents a new modality of access to justice.

Keywords: Human dignity. Right to life. Risk society. Constitution.



* Artigo desenvolvido a partir das pesquisas do *Projeto Dossiê Justiça: Uma Proposta de Observação entre Constituição e Democracia no Brasil*, na Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Participaram das pesquisas os graduandos da FND, Liana de Souza Lyrio, Vinicius Iglesias Alves de Almeida, Vitor Miguel Naked de Araújo, Pilar Schweller Carneiro de Mendonça e Daniel Bartha de Mattos Rezende, graduado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

** **Alexandre Garrido da Silva** é doutorando e mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em Direito Público.

Fernando Gama de Miranda Netto é doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF), professor adjunto do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), da Universidade Cândido Mendes e professor substituto da UFRJ.

José Ribas Vieira é doutor em Direito pela UFRJ com pós-doutoramento pela Université de Montpellier I (França). É professor titular da Universidade Federal Fluminense (UFF), professor associado da PUC-Rio. **Juliana Neuenschwander Magalhães** é doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pela Università degli Studi di Lecce (Itália). Atualmente é diretora da FND da UFRJ.

Margarida Maria Lacombe Camargo é doutora em Direito pela UGF e pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Casa de Rui Barbosa. É professora adjunta da UFRJ e do curso de Pós-graduação da UGF.

Noel Struchiner é doutor em Filosofia pela PUC-Rio e professor da mesma instituição. Foi vencedor do Prêmio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) de teses em 2006.

1. INTRODUÇÃO

A escolha do *hard case* das células-tronco – ADI nº 3.510-DF – fundamenta-se em dois pontos. O primeiro é parte de uma nova agenda do que se refere ao universo dos direitos fundamentais, tanto para a Teoria Constitucional Contemporânea quanto para o próprio Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, o questionamento provocado pela referida ADI possibilita definições sobre o direito à vida, como é consagrado no caput do artigo 5º da Constituição. O segundo ponto foi destacado de temas clássicos tratados anteriormente nos dois conjuntos de casos difíceis examinados pelo Observatório da Justiça Brasileira (OJB). Nessas ocasiões, tanto no julgado sobre a fidelidade partidária como no estudo do caso dos municípios, a maior preocupação relacionou-se a entes federativos ou à representação política.

Nessa linha de raciocínio, a ADI nº 3.510-DF resulta, diante de uma pauta de decisão judicial inovadora, na necessidade de o STF encontrar variáveis distintas das formas tradicionais de julgamentos.

Esses parâmetros estão contextualmente separados da teoria constitucional pós-1945. Esse quadro doutrinário estava orientado por uma tríade consagrada nas cartas constitucionais da 2ª metade do século passado. O constitucionalista alemão Erhard Denninger (2003, p. 20-46) constata, diante das mudanças ocorridas após a segunda reunificação da Alemanha, em 1990, que as novas constituições adotadas pelos *länder* da extinta República Democrática Alemã reconheciam novas formas de teoria jurídica, como a noção do *wir gruppe*, ou seja, o direito à diferença. O quadro demonstrado no artigo de Denninger indica outro rumo para a Teoria Constitucional Contemporânea. Foram apresentadas duas questões: a primeira dizia respeito à possibilidade de solidificação de um papel institucional para a jurisdição constitucional, diante da concretização de uma nova tríade; e a segunda, aos parâmetros que poderiam ser indicados para compreender a efetivação do corpo jurídico.

Quanto ao caso das células-tronco, destacou-se o dilema do STF. O tribunal deveria exercer uma forma de ativismo jurisdicional como ficou patente nos casos da infidelidade partidária e dos municípios, examinados anteriormente. É fácil compreender que, diante do impasse e do conflito moral e de direito provocado pela manipulação dos embriões, foi elaborado um perfil específico para o exercício da jurisdição constitucional. A obrigatoriedade de se estabelecer limites para o disciplinamento do uso dos embriões, como atesta o artigo 5º da Lei nº 11.150/05 (Lei de Biossegurança), indicava a necessidade da prevalência de uma concepção de *fronesis* pelos julgadores. Assim, é correta a análise que compõe este artigo, sobre a necessidade de retomar a visão kelseniana de jurisdição constitucional negativa. Essa negação de um ativismo jurisdicional é resultado do reconhecimento dos limites do Poder Judiciário para solucionar conflitos de base moral com o Direito. O respeito ao legislador foi o caminho natural escolhido pelo STF, garantido pela Lei nº 11.150/05 em seu artigo 5º, um respeito à vontade da sociedade brasileira.

Os parâmetros para fazer frente à tríade proposta por Denninger (2003) são inspirados em uma concepção de sociedade de risco. Ulrich Beck (2002) lembra que há um novo delimitamento do risco marcado por acontecimentos ou danos, que não são passíveis de processos indenizatórios. Com essa definição destacou-se, na variável de sociedade de risco que, pela primeira vez, o STF discutia esse conceito de base complexa. Destacam-se, ainda, os votos do ministro Ricardo Lewandowski – que discorre sobre o princípio da precaução – e do ministro Gilmar Mendes – que contém comentários sobre o princípio da responsabilidade (JONAS, 2007).

Outra variável dessa agenda político-institucional está na análise sobre a internacionalização dos julgados, a qual, no entanto, não provocou conflitos políticos relevantes, como o ocorrido na Suprema Corte dos Estados Unidos, onde houve, inclusive, tentativa de *impeachment* por terem justificado os votos em decisões de cortes como a de Haia. Concluiu-se que o voto de Celso de Mello, favorável à internacionalização, ainda não gerou um conflito, porque os julgados do atual decano do STF estão, muitas vezes, em nível de *obiter dicta*. Na leitura deste *hard case* sobre a internacionalização, o caso do depositário infiel merece destaque por seu caráter emblemático.

É com o espírito de ruptura que será feita, a seguir, a análise sobre o caso das células-tronco, com o exame e adoção de uma postura crítica. A análise servirá para um contraste com outros casos estudados.

2. HISTÓRICO

A ADI nº 3.510-DF, ajuizada pelo procurador-geral da República, tinha por objetivo declarar inconstitucional *in vitro* o artigo 5º da Lei 11.105/2005, que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização.

Os dispositivos impugnados, de acordo com as alegações do autor contrariam a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana e, por conseqüência, destrói o fundamento maior do Estado Democrático de Direito: a preservação da dignidade da pessoa humana.

Os requeridos, presidente da República e Congresso Nacional, posicionaram-se pela constitucionalidade da norma, argumentando que os direitos à saúde e o de livre expressão da atividade científica para fins de terapia são valores amparados pela Constituição Federal. Por maioria de seis votos, o STF julgou improcedente a ação, nos termos do voto do relator, o ministro Carlos Ayres Britto, que foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Marco Aurélio Mello. Foram vencidos, em diferentes extensões, os ministros Carlos Alberto Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o atual presidente do tribunal, Gilmar Mendes.

2.2. Ministro Ayres Britto e o respeito ao legislador

O relator, ministro Carlos Ayres Britto, salientou que o artigo impugnado seria um bloco normativo que, em condições de incidências explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de pesquisas científicas das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*. Argumentou que, ao contrário das células-tronco adultas, as células-tronco embrionárias são pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto e, por isso, ofereceriam melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos.

Ayres Britto frisou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo que o artigo 2º do Código Civil chama de “personalidade civil”, e ressaltou que a Constituição Federal, quando se refere à *dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, III), aos *direitos da pessoa humana* (artigo 34, VII, “b”), ao *livre exercício dos direitos individuais* (artigo 85, III) e aos *direitos e garantias individuais* (artigo 60º, § 4, IV), refere-se aos direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Constituição não transformaria qualquer estágio da vida humana num bem jurídico autônomo, mas da vida que já é própria, de uma pessoa concreta, porque nativiva; e que a inviolabilidade de que trata seu artigo 5º diria respeito, exclusivamente, a um indivíduo já personalizado.

Por outro lado, o relator reconheceu que o princípio da dignidade da pessoa humana admitiria transbordamento e que, no plano da legislação infraconstitucional, essa transcendência alcançaria a proteção de tudo que se revelasse como o início e a continuidade de um processo, que teria por fim o indivíduo-pessoa. Ayres Britto citou como exemplo, os dispositivos da Lei nº 9.434/97, do Código Civil e do Código Penal, que tratam dos direitos do nascituro, da vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, do ato de não oferecer risco à saúde do feto e da criminalização do aborto. Britto ressaltou que o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal, sempre no interior do corpo feminino. O relator expôs que a Lei de Biossegurança se referiria, por sua vez, a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da relação sexual, e que o emprego das células-tronco embrionárias, para os fins a que se destina, não implicaria aborto.

Ayres Britto afirmou que haveria base constitucional para um casal adulto recorrer a técnicas de reprodução assistida, que incluíssem a fertilização *in vitro*, e que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal (CF), dispõem que o homem e a mulher são as células formadoras da família. Nesse conjunto normativo, segundo o relator, se estabelecida a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável – artigo 226, § 7º. Inexiste, para o relator, o dever jurídico do casal de aproveitar todos os embriões formados que se revelassem geneticamente viáveis, porque incompatível com o próprio planejamento familiar.

O relator considerou que, se à lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma pessoa humana – para justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante, pesquisa e tratamento, e se o embrião humano de que trata o artigo 5º da lei da biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resqúicio de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal com a Constituição haveria de ser afastada.

Por fim, Ayres Britto recomendou ao STF rechaçar a inconstitucionalidade do dispositivo em questão: o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica. Frisou que o § 4º do artigo 199 da CF/88¹ faria parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à saúde, direito de todos e dever do Estado – artigo 196 da CF/88, que seria garantida com ações e serviços qualificados de relevância pública, com o que se teria o mais venturoso encontro entre o direito à saúde e a própria Ciência – artigo 5º, IX, da CF/88.

2.2. Ministra Cármen Lúcia e o direito à vida

A ministra votou pela total improcedência da ADI, afirmando que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, pelo contrário, contribuem para dignificá-la. Para ela, a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, o seu aproveitamento em tratamentos para a recuperação da saúde não agridem a dignidade humana, mas a promovem. A lei estabelece limites e imposições às pesquisas e impede que direitos constitucionais, como o direito à vida e da dignidade humana, sejam violados. Cármen Lúcia ponderou sobre uma maior especificidade normativa quanto ao controle das pesquisas e maior rigor legislativo para os estudos, frisando que essa atribuição seria do Congresso Nacional, e não caberia ao STF dispor sobre fiscalização.

A ministra concluiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias garantem o cumprimento do princípio constitucional da dignidade humana, que está na base da estrutura da República Federativa do Brasil, e se estende para além do indivíduo, alcançando a espécie humana e as gerações futuras. Nessa mesma linha, fundamentou seu voto no princípio da solidariedade entre as gerações, forma de garantir a dignidade da existência humana, não apenas do vivente, mas do viver, e a possibilidade de tal condição permanecer para gerações futuras.

Cármen Lúcia argumentou que estudos mostraram que as pesquisas com células-tronco embrionárias são muito mais proveitosas ao desenvolvimento da ciência do que as realizadas com células-tronco adultas.

Invocando o princípio da razoabilidade, a ministra ressaltou que, por restrições da Lei de Biossegurança, os embriões não seriam capazes de gerar vida. Segundo a ministra, negar as pesquisas com embriões equivaleria a trans-



¹ “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização” § 4 do artigo 199 da Constituição Federal.

formá-los em *lixo genético*, sem possibilidade de serem utilizados para garantir a *dignidade da vida humana*. Os embriões utilizados em pesquisas com potencial para descobrir o tratamento e talvez a cura para doenças antes consideradas incontornáveis seriam desperdiçados.

A ministra acrescentou que o direito à vida deve ser interpretado e aplicado de forma integrada a outros princípios constitucionais, como o da liberdade e a da saúde. Sustentou que essa interpretação integrada permite o aborto terapêutico, em algumas circunstâncias, e distanciou a questão em pauta daquelas relativas ao aborto.

2.3. O voto do ministro Cezar Peluso e a busca do controle da manipulação dos embriões

O ministro Cezar Peluso, conquanto trabalhe com a identificação de medidas a serem adotadas pelo legislador a fim de circunscrever a possibilidade de atuação dos particulares, não chega propriamente a desempenhar o papel de juiz ativista de forma plena. Por mais que se enquadre nos votos dissidentes, sob o qual se identifica o pleito de uma complementação legislativa, seu voto não se subsume ao clássico ativismo judicial.

O ministro, na verdade, mostra-se até certo ponto demasiado conservador. Ao atentar para a necessidade de um olhar sob o Estado de Direito, Cezar desconstituiu, por diversas vezes, as alusões correntes a questões religiosas, políticas ou mesmo filosóficas que cerceiam o tema. Em alguns momentos, chega a ironizar a discussão em torno das teorias de início da vida ou, ainda, do método de fertilização *in vitro*:

Tal *irracionalidade*, que está em distinguir posições substancialmente jurídicas idênticas sem razão palpável, é que, a meu aviso, compromete, sem remédio, a tese da demanda.

.....
A manterem alguma coerência, os opositores das pesquisas com células-tronco embrionárias deveriam, ademais, conceder que as *próprias técnicas* de fertilização artificial são, do ângulo das suas premissas, em tudo e por tudo *inaceitáveis*."

Mesmo diante de tal postura essencialmente conservadora, é possível identificar um viés ativista no ministro. Trata-se aqui do estudo do ativismo conservador vangloriado por Stephen Smith (2002-2003) em estudo da Corte Rehnquist. Visa a esse uma política da *Constitution itself*,² sob a qual o jurista, embora pareça mais conservador no sentido em que prega a aplicação da Constituição, mostra-se, ao mesmo tempo, ativista, que se utiliza da interpretação conforme a Constituição para desdobramentos não previstos pela lei e correlatos a uma atuação política.

.....

² Estudo realizado por Erwin Chemerinsky (SMITH, 2002-2003, p. 58)

Embora carregue em si grande caráter conservador ou mesmo normativamente atrativo³, o voto do ministro Cezar Peluso também pode ser considerado ativista em virtude de uma ação tendente à expansão da autoridade judiciária de julgamento de um caso, ainda que em abstrato. Ao expor uma lista de afazeres legislativos que encontram justificativa no corpo constitucional, o ministro assume, assim, postura ativista, mesmo que aja, conforme a Constituição.

2.4. Ministra Ellen Gracie e a função minimalista do STF

Com o pedido de vistas do ministro Carlos Alberto Direito, a presidente do STF, ministra Ellen Gracie, orientou o tribunal pelo procedimento de votação da matéria iniciou o seu voto contextualizando as expectativas da sociedade quanto à provável atuação do STF no caso. Ellen Gracie negou ao tribunal a autoridade de árbitro para decidir entre ideologias correntes filosóficas ou religiosas. Sua negação foi de caráter lógico-formal, por ter sido afastada a competência do tribunal para decidir nesses termos – o que seria incumbência do legislador. Classificou o caso de estritamente jurídico e considerou que os entendimentos sobre o momento do início da vida eram adequados e que, por isso, a problemática do tema não estaria nesta questão.

Ellen Gracie expôs os parâmetros para considerar: dignidade da pessoa humana; garantia de inviolabilidade do direito à vida; direito de livre expressão da atividade científica; direito à saúde e dever do Estado na promoção do desenvolvimento científico e da pesquisa, e declarou ser razoável a lei, cujo dispositivo era objeto da ação de inconstitucionalidade, por acreditar que seu texto responderia ao problema da destinação incerta dos embriões armazenados, não mais viáveis para seu fim original. No entanto, afirmou que, posteriormente, a prática poderia acarretar grave problema ético-legal. Ela questionou, então, se seria idôneo o excedente de embriões criado pela prática da fertilização *in vitro*, e também a fonte dos embriões a serem usados em pesquisas. Apesar de não existir legislação do Congresso Nacional sobre a matéria específica e de não haver restrição à prática da fertilização *in vitro* no ordenamento constitucional, lembrou que existia regulamentação do órgão de saúde competente e de ter, o primeiro nascimento com a técnica, ocorrido em 1984. A situação prática implicava, a seu ver, a necessidade da destinação certa dos embriões excedentes, a comparação com ordenamentos jurídicos estrangeiros e o aprofundamento no mérito científico possibilitariam aferir o nível de exigibilidade no caso. Gracie fez a escolha argumentativa bem fundamentada cientificamente e optou pela possibilidade de não ser aquela *massa de genes* um ser humano. Nesse contexto, o artigo 5º da Lei de Biossegurança apresentaria razoabilidade interna, pois considerou que, o texto legal em questão, contém a “precaução sempre recomendada nos primeiros passos dados nos terrenos ainda pouco conhecidos e



³ “Finalmente suprimimos a hipocrisia de virar um olho cego para o ativismo que produz resultados que nós achamos normativamente atrativos enquanto condenamos o ativismo que produz resultados que nós nos opomos.” (SMITH, 2002-2003, p. 58)

explorados". A restrição de destinação dos embriões produzidos *in vitro* apenas para pesquisa é intitulada pela ministra como a *mais nobre* e responderia, portanto, ao critério de razoabilidade externa. A ministra questionou a adequação do que estaria exposto no dispositivo, visto que os embriões seriam descartados, sendo os inviáveis usados nas pesquisas, haveria "*lapse temporal razoável*", o que reforçaria os critérios que asseguram a razoabilidade – extrínseca e intrínseca, a adequação, a necessidade e a exigibilidade proporcional ao caso difícil. Finalmente, a necessidade das pesquisas encontram-se com a exigência legal de autorização dos genitores.

2.5. Ministro Eros Grau e o bloco da constitucionalidade

Enquanto a maioria referenciou-se acompanhando o voto da relatoria, ou seja, que o artigo em pauta é compatível constitucionalmente com a Carta Maior, o ministro Eros Grau afastou-se dessa concordância sobre a essência da constitucionalidade expressa pela maioria dos ministros do STF.

A compreensão da dissidência expressa no voto do ministro Eros Grau, seguindo a orientação do marco teórico, deve ser delimitada nos padrões do ativismo judicial, o qual pode ser visualizado no texto importante de William Marshall (2002).

Desses modelos, entretanto, opta-se a enquadrar o voto dissidente do ministro nas fronteiras de um ativismo judicial de criatividade fundamentado na concretização de "uma nova teoria e novos direitos" (MARSHALL, 2002, p. 104). Da parte dessa análise, cabe acentuar que a criatividade nesse voto dissidente em exame destaca-se pela preocupação do ministro Eros Grau em buscar uma nova interpretação e uma "nova teoria" para enquadrar o artigo 5º da Lei de Biossegurança em termos de inconstitucionalidade ou não.

No exame dessa categoria de bloco de constitucionalidade, tendo como origem a decisão do Conselho Constitucional da França, nos anos 1970, no sentido de efetivar um catálogo de direitos fundamentais para o texto da Constituição de 1958, o ministro Eros Grau dá uma nova direção. Ao indicar um outro universo para traduzir o bloco de constitucionalidade, reitera a perspectiva de um ativismo judicial de criatividade. Para o ministro, o bloco de constitucionalidade, seguindo, aliás, a sua metodologia interpretativa, corporifica-se nas decisões da jurisdição constitucional.

Eros Grau pontua, ademais, sua análise no sentido de que o papel do juiz há de ser pautado pela prudência. Alegando a impossibilidade de, no caso em discussão, negar os "fatores reais do poder", o intérprete deveria ter sempre em vista a compreensão de duas dimensões: a textual e a normativa, sob as quais, em um processo de interpretação, identifica-se o juiz atuando no aspecto construtivo da norma.

A análise do voto dissidente do ministro Eros Grau mostrou, desse modo, o acerto de aplicar o parâmetro do ativismo judicial, sem, contudo, desconsiderar o plano da prudência do próprio juiz. Nesse voto, há, portanto, um binômio, no qual se verifica uma postura de *phronesis* contra uma perspectiva de ativismo judicial de criatividade – bloco de constitucionalidade

2.6. Ministro Gilmar Mendes: ativismo judicial e representação argumentativa dos cidadãos

É possível relacionar a argumentação desenvolvida pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto com quatro das sete dimensões do ativismo judicial mencionadas por William P. Marshall (2002): o ativismo contra-majoritário (*counter-majoritarian activism*) o ativismo jurisdicional (*jurisdictional activism*) a criatividade judicial (*judicial creativity*) e, por último, o ativismo remedial – (*remedial activism*).

Marshall (2002, p. 104) define o ativismo contra-majoritário como “a relutância dos tribunais em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos”. Esta dimensão ativista é explicitada em diferentes passagens ao longo do voto do ministro Gilmar Mendes, sempre recorrendo ao pensamento de autores identificados com o Neoconstitucionalismo e o Pós-positivismo e, deste modo, críticos da identificação da democracia com a premissa majoritária.⁴ Neste sentido, assevera o ministro:

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapôsimportantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais.⁵

O ativismo contra-majoritário também pode ser verificado na compreensão desenvolvida pelo ministro Gilmar Mendes acerca da jurisdição constitucional como uma *continuação* do debate democrático sobre a Lei de Biossegurança, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental de uma *jurisdição constitucional*. Em síntese, a Corte Suprema não se encontra constrangida, segundo esse entendimento, pelas decisões provenientes dos poderes democraticamente eleitos: pode, assim, julgá-las inconstitucionais em um caso extremo, mas também, ao adotar sentenças de perfil aditivo, modificá-las, corrigi-las ou, nas palavras do ministro, *repará-las*.

Em relação ao ativismo em sua dimensão *jurisdicional*, com apoio no voto do ministro Gilmar Mendes, cabe destacar a revisão dos limites e das com-



⁴ Robert Alexy e Ronald Dworkin, por exemplo.

⁵ Voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI nº 3.510. Disponível no site www.stf.jus.br, p. 2.

petências da jurisdição constitucional para apreciar e decidir de casos políticos e morais profundamente controversos. O ministro Gilmar Mendes assume uma postura ativista ao criticar, por exemplo, o *dogma kelseniano* do legislador negativo. O ativismo jurisdicional representa uma postura por parte dos ministros da Suprema Corte no sentido de uma concentração decisória e um fortalecimento da eficácia vinculante da jurisdição constitucional, por exemplo, via reclamação constitucional. Idêntica argumentação foi utilizada pelo ministro Gilmar Mendes em outros importantes casos, como o da cláusula de barreira.⁶ Neste sentido, argumenta o ministro:

Portanto, é possível antever que o STF acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias.⁷

A estratégia de justificação empreendida pelo ministro Gilmar Mendes em relação às sentenças de perfil aditivo objetiva redefinir, de um ponto de vista hermenêutico, *os limites jurisdicionais* do poder institucional do STF⁸, permitindo, assim, que o tribunal corrija, modifique ou complemente o conteúdo normativo das leis democraticamente estabelecidas.

Marshall (2002, p. 104) destaca também a dimensão da *criatividade judicial*, com um viés mais teórico, ao referir-se à *criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional*. No presente caso, de fato o ministro Gilmar Mendes não cria novas teorias jurídicas ou direitos. No entanto, recorre, de modo original e inovador, a importantes teorias, sobretudo estrangeiras, para a justificação de seu voto. Os autores, princípios e teorias mencionados, que dão suporte à *criatividade judicial*, refletem sobre as outras modalidades de ativismo já mencionadas, pois representam a sua fundamentação jurídico-filosófica. É importante destacar a utilização e aplicação, com apoio nas reflexões éticas de Hans Jonas (2007), do *princípio da responsabilidade* à interpretação constitucional, assim como o princípio de *proibição de proteção insuficiente* (Konrad Hesse) ou *imperativos de tutela* (Claus-Wilhelm Canaris) para a aferição do caráter deficiente da proteção assegurada pela legislação brasileira ao *elemento vital digno de proteção jurídica*. No entanto, a manifestação mais cristalina de utilização de teorias recentes para a justificação dos ativismos – contra-majoritário e jurisdicional – anteriormente analisados consiste na noção alexyana de *representação argumentativa*.



⁶ Cf. *Relatório Final do Projeto Dossiê Justiça*, apresentado pelo Grupo 5, cujas análises lançaram-se justamente sobre os casos difíceis da cláusula de barreira, da fidelidade partidária e da verticalização das coligações partidárias.

⁷ Voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI nº 3.510. Disponível no site www.stf.jus.br, p. 35.

⁸ MARSHALL, op. cit., p. 104.

A representação argumentativa encontra-se intimamente relacionada à temática sobre legitimação e reconciliação do sistema de controle de constitucionalidade das leis com a democracia representativa. O tribunal constitucional, segundo Robert Alexy, exerce o importante papel de *instância de reflexão do processo político*⁹, responsável pela representação argumentativa dos cidadãos. Esta inovadora e também polêmica tese apóia-se na seguinte intuição fundamental sustentada pelo autor: os direitos fundamentais têm uma importância tão grande que a decisão sobre a sua proteção e promoção não pode ser confiada, de modo exclusivo, às maiorias parlamentares ordinárias.

A argumentação jurídica, a participação da sociedade¹⁰ e o método da ponderação, este último aperfeiçoado analiticamente,¹¹ constituiriam a fundamentação racional para a representação argumentativa, que, por sua vez, concorreria com a representação política dos cidadãos no Poder Legislativo sobre a última palavra na definição de políticas públicas responsáveis pela garantia e concretização dos direitos fundamentais.

De acordo com Alexy (2005), o fato de os magistrados encontrarem-se constrangidos institucionalmente pela regras da argumentação jurídica e, – sobretudo, pelos princípios da publicidade e da motivação de suas decisões – contribuiria, em tese, para um maior grau de racionalidade da jurisdição constitucional em comparação com o debate político, fortemente marcado pela negociação e pela barganha com base nos interesses em conflito. Segundo o autor, a *“representação do povo no tribunal constitucional é puramente argumentativa”*¹² (2005, p. 100), enquanto a representação parlamentar constitui um conjunto, nem sempre coerente, composto por elementos decisionistas e discursivos.

A tese da representação argumentativa repousa sobre condições ou pressupostos excessivamente idealistas, cuja exigência é contrafática. Duas são as condições fundamentais para uma verdadeira *representação argumentativa* (ALEXY, op. cit., p. 102): em primeiro lugar, a existência de argumentos corretos ou razoáveis; em segundo lugar, a existência de pessoas racionais e razoáveis – em especial, os magistrados – dispostas e capazes de aceitar argumentos razoáveis pela simples razão de sua própria correção. A representação argumentativa institucionaliza, segundo o autor, o ideal de correção no Direito e, deste modo, possui prioridade epistemológica e moral sobre a representação baseada em eleições, negociações e barganha política. Neste sentido, conclui:



⁹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, 217, 1999, p. 66.

¹⁰ Por exemplo, na qualidade de *amicci curiae* e na participação em audiências públicas sobre temas controvertidos na sociedade.

¹¹ Cf. ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4, dez. 2003, p. 433-449.

¹² ALEXY, Robert. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005, p. 100.

O constitucionalismo discursivo, como um todo, é uma empresa para institucionalizar a razão e a correção. Se existem argumentos corretos e razoáveis, assim como, também, pessoas racionais, a razão e a correção estarão mais bem institucionalizadas mediante o controle de constitucionalidade do que sem este controle.¹³ (ALEXY, 2005, p.103)

Não é difícil perceber a força do discurso neoconstitucionalista com apoio nas reflexões de Robert Alexy para a legitimação da jurisdição constitucional. A tese da representação argumentativa foi recentemente recepcionada pelo discurso do ministro Gilmar Mendes como uma estratégia para a legitimação da expansão da competência institucional do tribunal por meio de um ativismo ju-risdicional e também contra-majoritário.

Em entrevista recente, o ministro Gilmar Mendes afirmou que o STF é um espaço democrático “[...] aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas”¹⁴, citando expressamente a teoria de Alexy. Conforme a declaração do atual presidente do STF, que foi voto vencido no caso sob exame, a inovação mais importante no julgamento refere-se à legitimação do papel do tribunal como *casa do povo* para suprir as deficiências normativas, mediante a prolatação de sentenças de perfil aditivo no processo de deliberação e elaboração das leis. Segundo o ministro, a representação pela argumentação é concretizada em audiências públicas, mediante a atuação do Ministério Público e da Advocacia-geral da União, a participação da advocacia privada e, por fim, a presença dos *amici curiae*. Deste modo, o tribunal receberia todo o tipo de argumentos, razões e pontos de vista diferenciados sobre temas polêmicos na sociedade, como é o caso da pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Além disso, diferentemente das decisões do Poder Legislativo, as decisões dos tribunais, em especial as do STF, “só ganham peso se conseguem convencer”.¹⁵ Nas decisões do poder político, existiria segundo essa visão, um déficit na argumentação, pois o Congresso, ao contrário dos tribunais, não se encontraria limitado por um dever expresso de fundamentação discursiva de suas decisões.

A estratégia de legitimação discursiva da jurisdição constitucional é retomada pelo ministro Gilmar Mendes em sua argumentação na ADI nº 3.510. No início do voto, refere-se ao STF como “um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas”.¹⁶ Em seguida, desenvolve uma estratégia de legitimação da atuação do tribunal em casos constitucionais difíceis, com forte conotação moral e política, destacando a competência do STF (*em*) “dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege”,¹⁷



¹³ Id. *ibid.*, p. 103.

¹⁴ *Jornal Valor Econômico* de 9 jun. 2008, disponível em no site www.valor.com.br.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI nº 3.510. Disponível no site www.stf.jus.br, p. 1.

¹⁷ *Ibid.*, p. 2.

com fundamento nas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Com apoio expressamente na tese sobre a representação argumentativa, o ministro Gilmar Mendes assevera:

O STF demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma *casa do povo*, tal qual o parlamento. Um lugar onde os di-versos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um *espaço democrático*. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.¹⁸

Segundo o presidente do STF, o debate sobre o tema da pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos não terminou no âmbito do Congresso Nacional, com a discussão e aprovação da lei sobre biossegurança, particularmente a controvérsia em torno do artigo 5º. O debate *democrático* permanece e se intensifica, como se fosse um *terceiro turno* de deliberação e votação, com a *nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma jurisdição constitucional*.¹⁹ Mais uma vez, os ativismos jurisdicional e contra-majoritário aproximam-se da criatividade judicial. Seguindo o raciocínio acima, com apoio nas técnicas de decisão atípicas no controle de constitucionalidade, os ministros do STF podem suprir eventuais deficiências ou omissões na legislação, modificando, corrigindo e incluindo, mediante sentenças aditivas, novas regras ou requisitos normativos com a intenção de aperfeiçoá-la, tendo como parâmetro de decisão *o princípio da proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente*.²⁰ Esse posicionamento favorável às decisões modificativas, no entanto, encontrou objeção levantada pelo ministro Marco Aurélio de Mello em seu voto:

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



¹⁸ Ibid., grifo no original, p. 3-4.

¹⁹ Ibid., p. 5.

²⁰ Ibid., p. 18.

atacado. Nestes praticamente dezoito anos de Tribunal jamais presenciei, consideradas as diversas composições, adoção desse critério, a conclusão de julgamento no sentido de recomendar esta ou aquela providência, seja para adoção pelo Poder Legislativo, seja pelo Executivo, em substituição de todo extravagante”²¹

Diferentemente do ministro Gilmar Mendes, no presente caso Marco Aurélio não assumiu uma postura configuradora de um ativismo em sua dimensão contra-majoritária.

Aliado ao excessivo idealismo na concepção do tribunal como um representante argumentativo dos cidadãos, lastreada em uma compreensão da democracia dissociada da premissa majoritária²², percebe-se a seletividade do tribunal na definição de quais temas serão abertos à participação da sociedade em audiências públicas. Nos casos sobre a cláusula de barreira²³ e a fidelidade partidária²⁴, apesar do caráter extremamente complexo, político e polêmico de ambos os temas, não houve a realização de audiência pública com a participação dos diferentes atores políticos, institucionais ou não, interessados na decisão. Também não foram ouvidos especialistas com diferentes formações e contribuições acadêmicas sobre os temas em questão. Idêntica postura institucional foi adotada pelo STF no importante caso sobre a greve dos servidores públicos civis²⁵, oportunidade na qual também poderia ter sido realizada uma audiência pública com ampla participação da sociedade e dos segmentos corporativos interessados. Podemos concluir que, de um modo altamente seletivo, alguns temas escolhidos pelo tribunal dão ensejo a uma concepção alargada de acesso à justiça²⁶, enquanto outros, não.

Por último, cabe destacar a quarta dimensão do ativismo judicial desempenhada pelo ministro Gilmar Mendes: o ativismo remedial.

O ativismo remedial é definido pela *imposição* pelo Poder Judiciário de obrigações positivas – políticas públicas, criação ou remodelação de instituições e regulamentação legal, por exemplo, aos poderes eleitos democraticamente. No caso analisado, o voto do ministro Gilmar Mendes estabeleceu uma obrigação positiva dirigida ao Poder Executivo no sentido de criar, à semelhança do modelo alemão – *Zentrale Ethik-kommission für Stammzellenforschung* –, um órgão ou comitê central de ética e pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde como requi-



²¹ Voto do ministro Marco Aurélio de Mello na ADI nº 3.510. Disponível no site www.stf.jus.br, p. 2.

²² Sobre a distinção entre democracia majoritária e democracia constitucional, com forte defesa desta, confira: DWORKIN, Ronald. A leitura moral e a premissa majoritária. In: O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1-60.

²³ ADI nº 13.513 e 13.548.

²⁴ MS nº 26.602, 26.603 e 26.604 (STF); e Resolução nº 22526 (TSE).

²⁵ MIs nº 670, 708 e 712 (STF).

²⁶ Cf. SOUZA JÚNIOR, J. G. et al. Por uma concepção alargada de acesso à justiça. *Revista Jurídica*, Brasília, vol. 10, n. 90, Edição Especial, maio 2008. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm.

sito para suprir a *deficiência* de proteção verificada na legislação brasileira. Ao determinar, como requisito de constitucionalidade, a criação de uma nova instituição pelo Poder Executivo, o ministro Gilmar Mendes assume uma postura ativista, ao estabelecer obrigações positivas a serem concretizadas pelo Poder Executivo.

2.7. Ministro Marco Aurélio Mello e a função do STF como legislador negativo

O ministro manifestou preocupação com o fato de o STF cumprir o papel de legislador positivo, redesenhando a norma em exame, ou fazer recomendações ao Executivo ou Legislativo. Para ele, o Supremo teria dois caminhos possíveis: declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, parcial ou total da norma. Além disso, afirmou que o exame da matéria deveria ser técnico-jurídico, sem paixões de outra ordem.

O ministro citou Aristóteles, Santo Agostinho e o biólogo ganhador do Prêmio Nobel, David Baltimore, para traçar um histórico sobre o tema da concepção da vida. Mello continuou, destacando que a discussão no Brasil não tratava da viabilidade de o embrião gerar vida, pois a lei só permite pesquisas com células embrionárias incapazes de gerá-la, seja pela incapacidade de se desenvolver seja pela vontade dos donos.

Para o ministro, a Constituição Federal não protege a vida de uma forma geral e absoluta, pois admite exceções como o aborto terapêutico e o resultante de opção legal após estupro. Ressaltou a contradição do fato de que pesquisas com células-tronco ofenderiam o direito à vida, pois se tratando de fecundação *in vitro*, sob o ângulo técnico e legal, seriam incapazes de resultar em nascimento. Foi a partir dessa argumentação que Marco Aurélio Mello tentou afastar a ofensa da Lei de Biossegurança ao direito à vida, tese defendida pelo procurador-geral da República.

O ministro finalizou destacando os princípios da proporcionalidade e da solidariedade na defesa das pesquisas, por tratarem-se de óvulos fecundados, que seriam destruídos e deveriam ser aproveitados para as gerações futuras.

Da mesma forma que a ministra Carmem Lúcia, Marco Aurélio Mello afirmou que a lei de biossegurança consagrou o princípio da dignidade humana ao pretender, acima de tudo, avançar no campo científico e devolver à pessoas enfermas ou vítimas de acidentes uma vida razoavelmente satisfatória. Analisou, ao fim de sua explanação, a aceitação das pesquisas em outros países ressaltando a importância da participação da sociedade brasileira nesta decisão, e citou a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE).²⁷



²⁷ Em pesquisa realizada entre os dias 24 e 29 de janeiro de 2008, o IBOPE mostrou que 70% das pessoas consultadas concordavam totalmente com o uso de células tronco embrionárias para tratamento e recuperação de pessoas com doenças graves; 18% concordavam parcialmente. Disponível no site www.ibope.com.br, acesso em 4 mar. 2008.

2.8. Ministro Ricardo Lewandowski: sociedade de risco, internacionalização e direitos humanos

Ricardo Lewandowski abordou o tema da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao Direito Positivo interno e, conseqüentemente, o problema do status normativo assumido por tais documentos internacionais na ordem jurídica brasileira. Lewandowski citou dois recentes posicionamentos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes que revisam o entendimento do tribunal sobre esta questão: no Habeas Corpus (HC) nº 87.585-8/TO – caso que discute a constitucionalidade da prisão civil por dívida do depositário infiel – e no Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343-SP.

A jurisprudência do STF sobre o tema consolidou o entendimento de que as normas de tratados internacionais de direitos humanos, após sua incorporação ao Direito interno, assumem o status normativo de lei ordinária. Durante anos, este posicionamento recebeu inúmeras críticas da doutrina constitucional e internacionalista.²⁸ No início de 2008, o ministro Celso de Mello, em seu voto no HC nº 87585-8, afirmou que “o STF se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia”.²⁹

Cerca de um mês após a elaboração do voto citado, o ministro Celso de Mello ratificou, em discurso proferido em nome do STF na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, o seu posicionamento sobre a importância de se conferir urgente efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos:

Torna-se essencial, portanto, ter consciência de que se revela inadiável conferir real efetividade, no plano interno, aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em tema de direitos humanos, aqui compreendidos os direitos dos povos indígenas, tais como consagrados em documentos promulgados sob os auspícios da Assembléia Geral da ONU e, sobretudo, no texto de nossa própria Constituição.³⁰

Com apoio no pressuposto da extensão do princípio da efetividade ou máxima eficácia ao plano internacional, o ministro Celso de Mello fez uma revisão do seu entendimento anterior e reconheceu, em um contexto de internacionalização do Direito Constitucional, o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Esse posicionamento teórico, inovador no âmbito da jurisprudência do STF, não se aplica apenas aos tratados internacionais cele-



²⁸ Cf. LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 15-18; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do artigo 5º da CF. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-77.

²⁹ Voto do ministro Celso de Mello no HC nº 87.585-8. Disponível no site www.stf.jus.br, p. 6.

³⁰ Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes na presidência do STF, em 23/4/2008. Disponível no site www.stf.jus.br.

brados pelo Brasil após a EC nº 45/2004, que instituiu o § 3º do artigo 5º da CF/88 mas, sobretudo, aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem interna antes da promulgação da referida emenda constitucional e também antes da promulgação da própria Constituição Federal.³¹

Segundo o ministro Celso de Mello, as normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos assumem um caráter materialmente constitucional e, com fundamento no § 2º do artigo 5º da CF, compõem o conceito de *bloco de constitucionalidade*, isto é, “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”.³² É interessante notar que, em um mesmo caso, dois ministros têm compreensões diferentes sobre o significado de bloco de constitucionalidade. Para Celso de Mello, a expressão possui um significado normativo inspirado no § 2º do artigo 5º da CF. Já o ministro Eros Grau compreende o bloco de constitucionalidade como a “totalidade normativa que a Constituição é e que, em última análise, é delineada pelo STF no quanto tem decidido, no conjunto de suas deliberações, em termos de atribuição de força normativa à Constituição”.³³ Ou seja, o bloco de constitucionalidade afasta-se do caráter internacionalista conferido pelo ministro Celso de Mello para assumir uma conotação mais jurisprudencial com a visão defendida pelo ministro Eros Roberto Grau.

Em seu voto no HC nº 87.585-8, Celso de Mello desenvolve, com apoio no pensamento de Francisco Campos,³⁴ considerações hermenêuticas – fortemente controvertidas – sobre a mutação constitucional, ao afirmar que:

A interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, *na adequação da Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea*.³⁵ (grifo do autor)

Ou, em outras palavras, a interpretação emanada dos juízes e tribunais será tanto mais legítima quanto mais fielmente refletir, em seu processo de concretização, o espírito do tempo, aquilo que os alemães denominam *zeitgeist*.³⁶

Citando as lições constitucionais de Francisco Campos, o ministro Mello defende a polêmica tese de que o poder de interpretar a Constituição envolve,



³¹ Voto do ministro Celso de Mello no HC nº 87.585-8 (STF). Disponível no site www.stf.jus.br, p. 27-28.

³² *Ibid.*, p. 28.

³³ Voto do ministro Eros Grau na ADI 3510-0 (STF). Disponível no site www.stf.jus.br, p. 10-11.

³⁴ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Vol. II, São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

³⁵ Voto do ministro Celso de Mello no HC nº 87.585-8 (STF), grifo nosso. Disponível no site www.stf.jus.br, p. 40.

³⁶ *Id.* p. 42.

em muitos casos, o poder de formulá-l: “Nos tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”.³⁷ A polêmica reside na defesa, de um modo inédito, de um poder constituinte de reformulação do texto constitucional intrínseco a todo ato de interpretação realizado pelo STF. Por sua vez, a originalidade da argumentação está no fato de defender uma postura mais ativista do que a adoção da figura do legislador positivo que regulamenta a Constituição.³⁸ A argumentação culmina na defesa de que a guarda da Constituição envolve a prerrogativa judicial de reformular os textos normativos constitucionais. Outro ineditismo é a utilização de um pensamento representativo do autoritarismo político para a defesa de um ativismo progressista no sentido de conferir status constitucional às normas internacionais de direitos humanos.

Com apoio nos votos anteriormente mencionados, o ministro Lewandowski, sem se posicionar explicitamente sobre o tema, expressou: “o STF caminha no sentido de ampliar o valor que vinha conferindo aos textos internacionais relativos ao tema, atribuindo-lhes uma classificação, no mínimo, superior às normas que integram a legislação comum”.³⁹ Além disso, o voto do ministro destacou inúmeros documentos internacionais, com ênfase para a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada por unanimidade na 33ª Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), em 19/10/2005.

Por último, o ministro Ricardo Lewandowski ressalta que, no plano jurídico-positivo, se levada às últimas conseqüências a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, seria necessário reconhecer que, diante do artigo 4º, 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –,⁴⁰ a vida começaria na concepção, iniciada no útero ou *in vitro*.⁴¹ Este é um bom exemplo das conseqüências em se defender teses gerais com a pretensão de validade para todos os casos particulares no futuro, ou seja, teses com efeitos prospectivos. Com apoio no pensamento de Cass Sunstein, *acordos não completamente fundamentados*, baseados em princípios de curto e médio alcance, constituem boas estratégias para se chegar ao consenso sobre uma questão controversa e também diminuem o risco de se adotar no futuro, diante de novos casos, uma decisão incoerente com os princípios ou teses gerais até então defendidos.⁴²



³⁷ Ibid., p. 41.

³⁸ Posicionamento adotado, por exemplo, pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI nº 3.510-0, Disponível no site www.stf.jus.br, p. 17.

³⁹ Voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADI nº 3.510-0. Disponível no site www.stf.jus.br, p. 21.

⁴⁰ Artigo 4º, § 1º: “Toda pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção. Ninguém pode ser privado de sua vida arbitrariamente.”

⁴¹ Voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADI nº 3.510-0, p. 20-22. Disponível no site www.stf.jus.br.

⁴² Cf. SUNSTEIN, Cass R. *Acordos constitucionais sem teorias constitucionais*. Revista de Direito Administrativo, FGV/Jurídico Atlas, set./dez. 2007, p. 79-94; SUNSTEIN, Cass R. *One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999; SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

3. A SOCIEDADE DE RISCO E O CASO DAS CÉLULAS-TRONCO

3.1. Formulação teórica e questionamentos

A leitura dos votos do presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, dos ministros Marco Aurélio Mello, Ellen Gracie, Carlos Ayres de Britto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia na ADI nº 3.510-DF demonstra que a solução para esse *hard case* levou em consideração um amplo arsenal teórico aplicado. Assim, o compromisso assumido pelo *Grupo 5* do *Projeto Dossiê Justiça* não foi apenas refletir sobre determinados *hard cases* mas, principalmente, revelar as variáveis aplicadas nesses julgados. Assim, na análise da ADI, há parâmetros ou argumentações teóricas a ressaltar. Por exemplo, a internacionalização – voto do ministro Celso de Mello; os procedimentos contra-majoritários – ministro Marco Aurélio; o princípio da proporcionalidade – ministro Gilmar Mendes; o princípio da razoabilidade – ministra Ellen Gracie; e, por fim, a temática da sociedade de risco – votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Certamente a concepção de sociedade de risco merece maior atenção no detalhamento do *hard case* das células-tronco. Esse destaque se justifica, pois, o conceito de risco traduz a incorporação de nova perspectiva teórica na pauta argumentativa do STF.

Para entender o contexto de sociedade de risco, é necessário recorrer ao seu idealizador, o sociólogo alemão Ulrich Beck (2008), o qual destaca que a delimitação da categoria *risco* é anterior à configuração de uma catástrofe. O sociólogo ressalta, que o risco se materializa no sentido mais cultural. Por exemplo, a percepção do risco na sociedade americana poderá privilegiar a concepção do terrorismo, enquanto na Europa esse universo estará, possivelmente, mais presente nos problemas ambientais. Em artigo no jornal *El País*, Beck destaca que o princípio da precaução articula-se com o da prevenção.

Apesar da clareza e da síntese teórica do artigo *Los Nuevos Profetas de la Energía Nuclear*, o paradigma do risco arquitetado por Ulrich Beck sofre restrições de críticos como Gabe Mythen (2007). Dentre as críticas, destaca-se a preocupação universalizante adotada na concepção de risco. No entanto, no artigo publicado pelo jornal *El País*, Beck tenta superar essa restrição teórica ao fundamentar sua concepção nas diferenças culturais de cada sociedade. A outra crítica de Mythen (2007, p. 792-813) é sobre a falta de uma comprobabilidade empírica da teoria do risco. Apesar dessas objeções, Mythen reconhece que essa teoria não pode ficar *nas prateleiras* ou *sofrendo o problema do empoeiramento*. Pelo contrário, deve existir, um esforço da teoria social contemporânea em reconhecer os seus méritos e sua decisiva contribuição de empiricidade ao contexto do risco. Mesmo com a ressalva de Mythen, não se pode ignorar que, no corpo doutrinário social, há dificuldades aplicativas para a teoria do risco. É importante avaliar, também, se existem impedimentos para o conceito de sociedade de risco por parte do campo jurídico.

Na obra *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, organizada por José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (2007), não é difícil responder como o Direito incorpora o debate da sociedade de risco. De um lado,

existe a falta de irradiação da teoria do risco como instrumento teórico para repensar o jurídico. Uma exceção é o pensamento de Erhard Denninger (2003), no qual propõe uma nova tríade para a teoria constitucional contemporânea, com conseqüências óbvias para o meio jurídico. De outro lado, a tangência dos juristas em relação à teoria do risco manifesta-se na preocupação mais prática, tanto num direcionamento dogmático quanto na resolução de problemas ambientais. No debate sobre a aplicação da teoria de Ulrich Beck no mundo normativo, não pode ser esquecido o artigo de Canotilho (2006). O texto adverte que o risco não pode ser entendido como *elemento psicológico*, por legitimar uma visão como a do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs (1999). Se, nas fronteiras do Direito, a sociedade de risco não é incorporada, como a jurisprudência, no *hard-case* das células-tronco, *articula* a noção do risco?

3.2. Construção jurisprudencial da teoria do risco no STF

Na ADI nº3.510-DF, os votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes contribuíram para uma nova pauta argumentativa ou paradigmática por parte de nossa jurisdição constitucional. A preocupação é detectar se os votos seguiram o mesmo caminho doutrinário do tratamento do risco por uma linha de caráter tangencial.

O ministro Ricardo Lewandowski cita o conceito de sociedade de risco de Ulrich Beck. No trecho que faz referência ao sociólogo alemão, o ministro destaca o *reconhecimento da imprevisibilidade* como resultado do *desenvolvimento técnico-industrial* e a *auto-reflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções*. Lewandowski preocupa-se mais com a *coesão social* e com o *aspecto normativo*. E sintetiza o seu pensamento de que o direito à vida não merece um reducionismo individual: no contexto de sociedade de risco, cabe um enquadramento como *um direito comum a todos* e integrante ao patrimônio dos seres humanos. Em seguida, Lewandowski define o princípio de precaução de forma independente, ao contrário de Beck. Este pensador vincula o aparato da precaução ao da prevenção. Vale ressaltar que o ministro Ricardo Lewandowski destaca a aplicação do princípio de precaução como um dano *não indenizável*. Assim, aproxima-se da posição de Beck, que estabelece os limites do risco. É possível concluir que, no *hard-case* das células-tronco, o ministro não só contribui para a inclusão da teoria do risco no marco do STF, como também não adota a postura *tangencial* da doutrina a respeito desse paradigma. Merece destaque o reconhecimento por parte do ministro de que a noção de risco influencia uma concepção mais coletiva do Direito.

Em relação à posição do ministro Gilmar Mendes, seu voto não incorpora a conceituação de risco de Ulrich Beck (2008). Porém, ao discutir o princípio da responsabilidade formulado pelo pensador alemão Hans Jonas (2007), o ministro contribui para o avanço de novas linhas teóricas no âmbito do STF. Gilmar Mendes fundamenta seu voto na noção de responsabilidade para verificar se o artigo 5º da Lei nº 11.105/2006, disciplinador da utilização de embriões, apresenta uma real carga protetiva e de segurança para os interesses da sociedade. Para isso,

Gilmar Mendes afasta-se de uma preocupação meramente tangencial como a procedida pela doutrina jurídica e lastreia a aplicação do princípio da responsabilidade no corpo principiológico da proporcionalidade. Na conclusão de seu voto, o ministro argumenta:

Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao Artigo 5º uma interpretação em conformidade com o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (Unter-Massverbot).

3.3. A sociedade de risco e o acesso à justiça

O *Projeto Dossiê Justiça* direciona-se para estruturar o OJB e, deste modo, contribuir para um efetivo acesso à justiça. Nos votos examinados, deve ser analisado se há ou não tangenciamento do problema do risco e também se os ministros se pautam por esse parâmetro adotado para o acesso à justiça.

A questão da sociedade de risco é sensível tanto na teoria social quanto no Direito. No caso jurídico, vale citar o pensamento constantemente expresso nas publicações da *Revue Interdisciplinaire de Droit*, da Faculté de Saint Louis em Bruxelas. Nela, o Direito Ambiental tem um *caráter parlamentar* em razão de seus procedimentos argumentativos. Vale lembrar também a obra organizada por José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (2006), que propõem uma cidadania ambiental ou democracia ambiental. Não é preciso ir longe para comprovar o caráter associativo do acesso à justiça como resultado da própria dinâmica da sociedade de risco. Basta citar um trecho do voto do ministro Ricardo Lewandowski, baseado na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco. Segundo o ministro, este setor do conhecimento “deve promover oportunidades para o debate público pluralista, buscando a manifestação de todas as opiniões relevantes”.

4. CRIAÇÃO DO DIREITO E MITO DO LEGISLADOR NEGATIVO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A idéia de que o órgão que fiscaliza a constitucionalidade das leis, com o poder de declará-las inconstitucionais, atuaria como *legislador negativo* é atribuída a Hans Kelsen (2000).⁴³ Embora este autor não defenda uma rígida separação de poderes, mas uma distribuição entre diversos órgãos,⁴⁴ ele não con-



⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*: “Um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como legislador negativo”, p. 382.

⁴⁴ KELSEN entendia haver exercício da função legislativa na hipótese de uma decisão para um caso concreto se tornar precedente para casos similares. (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 389.)

cebia que uma Corte Constitucional pudesse atuar positivamente exercendo papel criativo no controle de constitucionalidade.

Com a Lei nº 9.868/99, foram incorporadas em nosso ordenamento jurídico técnicas de decisão que já existiam na jurisprudência do STF. Essas técnicas afastam o mito do legislador negativo. Eis o teor do parágrafo único do artigo 28 da referida lei:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário.⁴⁵

Pretende-se:

- a) saber como o STF pode atuar de forma criativa;
- b) pesquisar quantas técnicas de decisão estão presentes no texto legal;
- c) investigar se há, além destas, outras técnicas mencionadas pela doutrina e pela jurisprudência;
- d) responder como atuam tais técnicas.

4.1. Premissa: inexistência de apenas uma resposta correta

Deve-se reconhecer a crise do chamado *determinismo jurídico*, pois a decisão jurídica não nasce determinada e de forma concomitante com a apresentação do problema. Há sempre mais de um caminho para a obtenção da sentença.

Assim, é importante notar que “inexistem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem, para os problemas jurídicos”.⁴⁶

Vale registrar que o mais aclamado dos positivistas, Hans Kelsen⁴⁷, reconhecia a inexistência de uma única solução correta na interpretação da lei.

Chaïm Perelman (2000) também afirma que “nada prova que a decisão, diante da qual será necessário inclinar-se, seja efetivamente a única solução justa para o problema dado”.⁴⁸ Entre a frieza da letra da lei e o calor sem limites do subjetivismo, a alternativa que resta é o *intersubjetivismo*, realizado no discurso racional, já que se refere ao meio que terá de se conformar com a decisão.⁴⁹

Ovídio Baptista da Silva critica o *paradigma* em que se aprisionou o pensamento jurídico moderno e impõe ao operador jurídico captar o único sentido possível da lei, a verdade que será proclamada na sentença: “Imaginar que o conflito judiciário possa dar origem a duas ou mais soluções, todas elas jus-



⁴⁵ STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica jurídica*, 2001, p. 476.

⁴⁶ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do Direito*, 2002, p. 26.

⁴⁷ KELSEN, Hans; MACHADO BAPTISTA, João. *Teoria Pura do Direito*, 1999, p. 391 e 396.

⁴⁸ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 9.

⁴⁹ Id., p. 114.

tificáveis [...] seria *medievalizar* a *ciência* do Direito, regredindo até os estágios inferiores da hermenêutica; e pior ainda, glorificar a tópica e a retórica aristotélicas, como formas de compreensão do fenômeno jurídico” (grifo do autor).⁵⁰

O ministro Eros Grau estabelece uma analogia entre a interpretação musical e a de um texto jurídico: “Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a *Pastoral*, regida por Toscanini, com a Orquestra Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por Von Karajan, com a Orquestra Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas”.⁵¹

Em razão de os juízos éticos não possuírem apenas uma interpretação – como os axiomas matemáticos – sua compreensão ficará comprometida se houver uma aproximação deles com as ciências exatas ou naturais. Mais recomendável é aprimá-los do Direito e de sua aplicação.⁵² Assim, a *lógica jurídica* pode ser entendida como uma escolha entre várias possibilidades corretas.⁵³

Não se trata de buscar o espírito da lei – *voluntas legis* – ou o que o legislador pensou quando quis elaborá-la – *voluntas legislatoris*, porque o intérprete, ao examinar um texto, deve *atribuir* sentido.⁵⁴ Não se pode querer invocar a intenção do legislador do Código Penal de 1940 em pleno século XXI. A própria Constituição possui um texto que pode evoluir no que se refere a seu significado: o que hoje pode ser contrário à Constituição, amanhã pode não ser mais.⁵⁵

Por outro lado, o procedimento de concretização jurídica não pode ser resumir à mera execução do *texto de lei*, pois isso equipararia o Direito à lei. Com efeito, conceber a “aplicação do Direito como uma atividade puramente mecânica de subsunção do fato à norma jurídica correspondente, implica em admitir que os juízes não passam de meros fantoches manipulados por um ente supostamente dotado de vontade própria: a Lei”.⁵⁶

Por isso, a doutrina faz uma distinção entre *texto legal* e *norma jurídica*. Assim, o juiz, ao aplicar a lei, “estará aplicando *não o texto-em-si*, mas o sentido que esse texto adquiriu na tradição.”⁵⁷



⁵⁰ DA SILVA, Olívio Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 115-116.

⁵¹ _____. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do Direito*, p. 29.

⁵² PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, 1996, p. 293.

⁵³ ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos e Razón Práctica. In: *Derecho y razón práctica*, 2002, p. 23-24: “Una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tempo ilimitado; 2) información ilimitada; 3) claridad lingüística conceptual ilimitada; 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada; e conclui: en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, com una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su status com más precisión. Daí concluir o autor que os participantes do discurso jurídico é que devem erigir suas respectivas pretensões como única resposta correta, significando que esta é uma idéia regulativa.”

⁵⁴ STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica jurídica*, 2001, p. 461.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*, 1996, p. 123.

⁵⁶ BASTOS RIBEIRO, Celso. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 2002, p. 265.

⁵⁸ STRECK L.op. cit., p. 462.

É possível perceber, então, que a norma não se confunde com o seu texto, mas é o produto final da interpretação do texto. “A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas”.⁵⁸ Assim, um texto pode ter interpretações antagônicas.⁵⁹ Também não é de se estranhar a existência de normas sem texto exposto, como a que reconhece a presunção de constitucionalidade das leis.

É pertinente concluir que não só o legislador, mas também o juiz exerce uma atividade criadora.⁶⁰ Com efeito, o jurista, ao interpretar as normas jurídicas, pratica a *iuris prudentia*, e não a *iuris scientia*. Ele atua segundo a *lógica da preferência* (fundamentada), e não de acordo com a *lógica da consequência* (cega). Aliás, a fundamentação das decisões é exigência da Constituição de 1988, que contém, no artigo 93, IX, um mandamento que obriga os órgãos jurisdicionais a motivar suas decisões.⁶¹

A eleição do melhor sentido do texto é submetida, ainda, à ponderação de consequências. Com efeito, o magistrado, em sua decisão, deve estar atento a três momentos: a) o *problema* a ele submetido; b) a *resposta normativa* que deve dar aos jurisdicionados; c) o *impacto* de sua decisão.⁶²

Existe grande responsabilidade para a função jurisdicional, que vai além da sentença e chega às consequências. Com isso, há o reconhecimento da perspectiva dos consumidores, e não só a dos produtores do Direito.⁶³

Uma decisão que ignora sua repercussão na sociedade, como a instauração de um caos nas ruas, com violência e morte, despreza a dimensão social do processo.

Ressalta-se que o fundamento das modernas formas de interpretação constitucional está presente no princípio da economia, da segurança jurídica e da presunção de constitucionalidade das leis.

A declaração de inconstitucionalidade da norma, com a interrupção brusca da vigência de uma lei, pode trazer danos irreparáveis aos jurisdicionados,



⁵⁸ GRAU, Eros. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito, 2002, p. 17.

⁵⁹ A Súmula nº 400 do STF atesta que interpretações diferentes, de um mesmo dispositivo legal, podem ser razoáveis: *Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do artigo 101º, III, da CF.* Cf. STRECK, op. cit., p. 509.

⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei nº 9.868/99*, 2001, p. 146; BASTOS RIBEIRO, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2002, p. 264; STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do Direito. In: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, S. Willis (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 513. Ao defender que o juiz cria o Direito, explica que em ordenamentos jurídicos baseados mais fortemente nos prejudgados dos tribunais, como, e.g., o dos Estados Unidos da América, a categoria do Direito Judicial é substancialmente menos controversa do que nos ordenamentos jurídicos da América do Sul e da Europa (com exceção da Grã-Bretanha), fortemente baseados no Direito instituído.

⁶¹ Há de se reconhecer que a interpretação pode ser manipulada. É atual a discussão entre a jurisprudência defensiva do STF e o bloco de constitucionalidade, que alarga a quantidade de normas constitucionais com base em textos fora da Constituição.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: *RP* n. 65, 1992, p. 130.

⁶³ *Ibid.*

em razão do vazio legislativo criado.⁶⁴ Vale ponderar se, pior do que ter uma lei injusta, é não ter lei.

Feita a distinção entre texto e norma, assim como a pretensão de validade de normas diferenciadas, criadas a partir da interpretação de um mesmo texto, o próximo passo é tentar sistematizar as decisões da jurisdição constitucional.

4.2. Classificação das decisões no processo constitucional

Celso Ribeiro Bastos (2002)⁶⁵ apresenta uma boa sistematização das decisões constitucionais: a) interpretação de acordo com a Constituição; b) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; c) declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade; d) declaração de inconstitucionalidade como apelo ao legislador; e) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.⁶⁶

Já Lênio Streck (2001)⁶⁷ após um exame de Direito comparado, destaca a diversidade de decisões e as possibilidades hermenêuticas, classificando-as desta forma: a) sentenças aditivas – tribunal adiciona norma ao texto;⁶⁸ b) sentenças apelativas;⁶⁹ c) sentenças manipulativas – há substituição do texto impugnado⁷⁰ ou modificativas – ex.: *reformatio in melius*; d) sentenças redutivas;⁷¹ e) sentenças construtivas – ex.: reconhecimento dos embargos de declaração com efeito infringente sem previsão legal⁷² e f) *verbetes-com-força-de-lei* – súmulas.⁷³



⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 2002, p. 268.

⁶⁵ BASTOS, op. cit., p. 263 et seq. Também CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 260 e ss., comenta tais técnicas. CANOTILHO GOMES J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 938 et seq., promove estudo ímpar sobre as *situações constitucionais imperfeitas*, p. 948 et seq.

⁶⁶ BASTOS op. cit., p. 269. Lembra que, na primeira metade do séc. XX, o tribunal alemão deixou de declarar a nulidade de uma lei que contrariava o artigo 17 da Constituição de Weimar, que cuidava da eleição proporcional, porque o vazio normativo poderia causar grave dano para o Estado-membro. A decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade visa a impedir que a exclusão do dispositivo torne ainda pior a violação à ordem jurídica. Ex.: se uma classe de empregados tem um privilégio ou vantagem que outras não têm, a lesão ao princípio poderia ser afastada: a) pela supressão do benefício; b) inclusão das classes não contempladas; c) nova regulamentação da matéria condicionando o benefício a requisitos decorrentes da isonomia. Se, por um lado, a cassação da norma (opção “a”) não assegura o direito do postulante; por outro lado, a inclusão de outras classes (opção “b”) pode provocar um desequilíbrio no orçamento (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, p. 242-244).

⁶⁷ STRECK, op. cit., p. 462.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 465, 476 e 489.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 468. Segundo MENDES, op. cit., p. 240, na decisão de apelo ao legislador, o tribunal rejeita a inconstitucionalidade, mas anuncia uma possível conversão da situação constitucional num estado de inconstitucionalidade, recomendando ao legislador a regulamentação da matéria.

⁷⁰ STRECK, op. cit., p. 466.

⁷¹ *Ibid.*, p. 479-480.

⁷² *Ibid.*, p. 473.

⁷³ *Ibid.*, p. 1-2.

Por sua vez, José Adércio Leite Sampaio (2001)⁷⁴ aponta dois grupos de *sentenças intermediárias* na jurisdição constitucional: 1) sentenças normativas; e 2) sentenças transitivas ou transacionais. Há uma variedade de sentenças normativas, que criam normas gerais:

- a) interpretação de acordo com a Constituição;
- b) sentenças aditivas ou construtivas;⁷⁵
- c) sentenças aditivas de princípio, *de mecanismo*, ou *sentenças-dele-gação*;⁷⁶
- d) sentenças substitutivas.⁷⁷

Já no segundo grupo, são espécies de sentenças transitivas:⁷⁸

- a) inconstitucionalidade sem efeito ablativo;⁷⁹
- b) inconstitucionalidade com ablação diferida ou datada;⁸⁰
- c) sentenças apelativas ou de declaração da constitucionalidade provisória;
- d) sentenças de aviso.⁸¹



⁷⁴ "As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo", in: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*, p. 163 et seq.

⁷⁵ SAMPAIO, op. cit., p.168. Nas sentenças aditivas ou construtivas, há declaração de inconstitucionalidade da norma por ter deixado de dizer algo, operando uma integração analógica ou interpretação extensiva, alargando o âmbito de incidência do comando do texto sobre situações não previstas. Na Itália, houve o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, na parte em que não previu, referente ao texto que tornava obrigatória a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado, omitindo-se sobre a presença do defensor. Houve adição de sentido, obrigando a presença de defensor. Há, portanto, uma cláusula de extensão do suporte fático, em virtude de uma omissão que provoca uma desigualdade.

⁷⁶ *Ibid.*, op. cit. p., 170. As sentenças aditivas de princípio visam, igualmente, corrigir as omissões deixadas pelo legislador, mas apenas individualizam a diretriz da norma que deve ser introduzida em sua substituição, assinalando um prazo para o legislador aprovar a nova disciplina. Aqui a inconstitucionalidade ocorre por omissão de regramento de um suporte fático, seja na sua definição, seja na sua consequência (caso da norma programática).

⁷⁷ *Ibid.*, op. cit. p., 17. Nas sentenças substitutivas, a Corte declara inconstitucional a norma *na parte em que prevê uma certa consequência ao invés de outra*, como no caso da norma que atribui competência à autoridade administrativa em tema de restrição de liberdade, mas a lógica do sistema determina a reserva de jurisdição por se tratar de direito fundamental. Ocorre também substituição quando há redução da pena em abstrato prevista para um crime, em razão da proporcionalidade. Há anulação do texto impugnado e sua posterior reconstrução

⁷⁸ *Ibid.*, op. cit. p., 173. As sentenças transitivas recebem este nome pelo fato de haver uma transação com o princípio da supremacia constitucional. Entende-se que "a nulidade é um instrumento reparador que só pode ser utilizado quando a expulsão da norma da ordem jurídica resultar meio idôneo para a restauração da juridicidade".

⁷⁹ A inconstitucionalidade sem efeito ablativo equivale à inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, para as hipóteses em que a expulsão do texto possa trazer consequências danosas para a situação constitucional apresentada.

⁸⁰ Na inconstitucionalidade com ablação diferida, é o risco do vazio normativo que autoriza a postergação do efeito de inconstitucionalidade. O primeiro país a adotar esta técnica foi a Áustria, em 1920.

⁸¹ Areladas à mudança de orientação jurisprudencial, as sentenças de aviso (*prospective overruling; Warn und Ankündigungentscheidungen*) limitam a retroatividade dos comandos de suas decisões, em razão da política judiciária adotada.

O próprio autor critica as chamadas sentenças intermediárias, pois além de imprecisa, a distinção é frágil, já que em todas há uma determinação dirigida ao legislador.⁸² Para Sampaio, a chamada interpretação conforme é muito mais um “tipo especial de imposição abstrata do sentido de um dispositivo de norma” que uma interpretação em sentido próprio.⁸³

Também merece restrição o significado da *sentença transitiva*, por não haver flexibilização da supremacia constitucional, porque na situação protegida, como nas finanças públicas, haverá sempre a tutela de um “valor constitucional concorrente”.⁸⁴ O autor termina afirmando que, nas sentenças normativas, o juiz constitucional peca por excesso, enquanto nas sentenças transitivas peca pela timidez. Porém, isto deve ocorrer quando se exceder ou recuar for necessário. Nos dois casos, o juiz constitucional como legislador negativo não passa de um mito.⁸⁵

5. DECISÕES CRIATIVAS

Lênio Streck⁸⁶(2001) classifica a interpretação de acordo com a Constituição e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como *decisões interpretativas*, porque se afastam da concepção de que a Corte Constitucional atuaria como legislador negativo.⁸⁷ Aqui, as sentenças serão chamadas de criativas, já que em toda decisão há interpretação, ainda que literal.

Essas decisões, porém, apresentam diferenças: enquanto a interpretação de acordo com a Constituição estabelece a norma que pode ser qualificada como constitucional, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto atesta que determinada norma é inconstitucional.

O STF chegou a equiparar a interpretação de acordo com a Constituição com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Surgiram algumas dificuldades: quando o tribunal afirma que determinada interpretação está em conformidade com os ditames constitucionais, não está declarando que as outras interpretações possíveis são inconstitucionais.⁸⁸



⁸² SAMPAIO, op. cit., p. 176-177.

⁸³ Ibid., p. 179.

⁸⁴ Ibid., p. 186.

⁸⁵ Ibid., p. 189-190.

⁸⁶ STRECK, op. cit., p. 479-480.

⁸⁷ Ibid., p. 480: “As decisões interpretativas constituem, em ultima ratio, uma espécie de decisões onde há um aditamento explícito de sentido ou uma redução de uma das hipóteses aplicáveis ao texto. Dizendo de outro modo, as decisões assim denominadas interpretativas surgem no interior de um processo hermenêutico-corretivo do texto normativo, agregando-se aceções muitas vezes aquém ou além do explicitado ou querido pelo legislador”.

⁸⁸ MENDES Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 54.

Nota-se que as decisões interpretativas causam polêmica em relação ao juízo de procedência ou improcedência nas ações diretas de inconstitucionalidade.⁸⁹ Até porque nem sempre esses juízos são equivalentes, como ocorre na Itália e em Portugal, onde apenas o juízo de procedência tem eficácia vinculante.

Na Itália, nas decisões interpretativas de improcedência opera-se a interpretação conforme a Constituição, enquanto nas decisões interpretativas de procedência é declarada a inconstitucionalidade de certa norma.⁹⁰

No Brasil, a questão ganha um colorido especial em razão da ambivalência da ADI e da ADC (artigo 24, Lei nº 9.868/99). Além disso, no caso de uma ADI que pede a declaração de inconstitucionalidade total (de todos os sentidos do texto), pode haver um *juízo de procedência parcial*, que declara apenas um sentido ou alguns sentidos do texto inconstitucional, sem redução do próprio texto.

5.1. Interpretação conforme a Constituição

A origem da interpretação conforme a Constituição, segundo Lênio Streck (2001),⁹¹ pode ser encontrada em uma decisão do Tribunal da Baviera, de 13/5/1952. No entanto, há informações de que o Tribunal Federal da Suíça já havia feito uso desta técnica. Canotilho (2003)⁹² refere-se a essa técnica como “um velho princípio da jurisprudência americana segundo o qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the Constitution*”.

Por meio desta técnica, um texto é salvo pela interpretação, que lhe confere um sentido em conformidade com os preceitos constitucionais. Lênio Streck⁹³ explica que “a interpretação conforme a Constituição implica uma posição ativa e quase criadora do controle de constitucionalidade e de relativa autonomia das entidades que a promovem em face dos órgãos legislativos” (grifos do autor).

Na verdade, “na interpretação conforme a Constituição, o tribunal sai de sua atitude de legislador negativo, para ingressar na fronteira da *criação legislativa*”.⁹⁴

Vale ressaltar que, entre as várias significações que o operador pode querer atribuir ao texto, “deve dar-se preferência à interpretação que lhe coloque em conformidade com os preceitos constitucionais. Isto nada mais é do que a aplicação da supremacia da Constituição em determinado ordenamento jurídico, aliado ao princípio de que uma regra tem que ser eficiente, e que sua inconstitucionalidade só deve ser declarada como *ultima ratio*”.⁹⁵



⁸⁹ CLÈVE, M. C. op. cit., p. 264.

⁹⁰ SAMPAIO, L. op. cit., p. 166-7.

⁹¹ STRECK, L. op. cit., p. 481.

⁹² CANOTILHO, op. cit., p. 1294.

⁹³ STRECK, op. cit., p. 482.

⁹⁴ Ibid., p. 489.

⁹⁵ BASTOS, op. cit., p. 271.

Há incidência da técnica de interpretação conforme a Constituição no caso de polissemia de um ato normativo. Uma norma não deve ser declarada inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a Constituição.⁹⁶ Mas tal técnica não pode ir além dos limites do texto, nem contrariar o fim do ato normativo, de modo que “não há qualquer fundamento para salvar a lei quando o procedimento metódico revela que todos os sentidos possíveis contrariam a Constituição”.⁹⁷

No entanto, há decisões do STF compreendendo tal técnica como atividade não-criativa, própria do legislador negativo. Sobre o tema, vale ressaltar a representação de inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 65º da Lei Orgânica da Magistratura, introduzido pela Lei Complementar nº 54/86, nestes termos:

O princípio da interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF, em sua função de Corte Constitucional, atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.⁹⁸

Embora a decisão tenha sido acertada quanto à nãoaplicação da técnica, a fundamentação pecou por ter sido apenas parcialmente correta. De fato, não havia como salvar o texto, porque as interpretações possíveis conduziam à inconstitucionalidade. Mas isso não significa que a Corte Constitucional tenha de se comportar sempre como legislador negativo.

Há inúmeras decisões do STF em que há a associação interpretativa de acordo com a chamada interpretação restritiva, acarretando a diminuição do âmbito de incidência da norma, de forma que o texto passa a ser lido com uma *cláusula de exceção*.



⁹⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 950.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 1295-6.

⁹⁸ Representação nº 1417, relator: Moreira Alves, votação unânime, resultado procedente, 9/12/1987, Publicação DJ 15/4/1988, p. 8397, vol. 1497, p. 72 (*apud* CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 273).

Em outros casos, teremos a chamada “cláusula de especificação”, que delimita o alcance de uma expressão, como ocorreu na *atribuição de competência* à Defensoria Pública estadual para propor ação civil pública em favor de “associações de proteção aos consumidores”, entidades civis impossibilitadas de custear o processo (ADInMC nº 558-RJ). Após a edição da Lei nº 11.448/2007, o artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 teve sua redação alterada para dar, em seu inciso II, legitimidade à Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública.

5.2. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é uma técnica de neutralizar uma violação do *texto* constitucional, estabelecendo que determinada norma é inconstitucional. Vale notar a distinção feita entre texto e norma: o texto não é alterado, mas é excluída determinada interpretação do texto contrária à Constituição.

Se, na interpretação da lei tributária, uma norma – sentido possível do texto interpretado – autoriza a cobrança do tributo em determinado exercício financeiro, esta pode ser declarada inconstitucional, *sem redução do texto* – ou *sua expulsão do ordenamento jurídico*. Também será inconstitucional a norma que afetar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

5.3. Atuação positiva como combate à ineficácia da Constituição

O STF assegurou o exercício do direito de greve (artigo 37, VII da Constituição brasileira de 1988), nos autos dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, impetrados por sindicatos de servidores públicos civis. No caso, a impossibilidade de se exercer um direito fundamental por falta de regulamentação motivou e legitimou o ativismo judicial, determinando a aplicação analógica da Lei nº 7.783/89 (que regulamenta a greve do setor privado).

Não há dúvidas de que se o STF mantivesse uma postura da doutrina do *self restraint*, ele não poderia decidir adequadamente em diversos casos em que suas decisões não são apenas legítimas, mas vitais para a concretização de direitos fundamentais.⁹⁹

5.4. Atuação positiva sem limites

Se, por um lado, o Poder Executivo já foi criticado pela edição descontrolada de medidas provisórias, exercendo a função de legislador; de outro, hoje é o STF que é alvo da insatisfação dos outros poderes, na medida em que pretende regular situações jurídicas que, a princípio, deveriam passar pelo debate parlamentar.

No caso da fidelidade partidária, houve a análise de mandados de segurança impetrados por partidos políticos que pediam a declaração de perda de mandato de deputados federais que teriam mudado de legenda após a eleição.



⁹⁹ TAVARES R. A. Por uma Justiça Constitucional Substantiva. In: *Constituição e Efetividade Constitucional*, 2008, p. 16.

Embora a sanção não estivesse prevista no artigo 55 da CF/88, e sequer no artigo 240 do Regimento Interno da Câmara, endossando a resposta do TSE à consulta nº 1.398/DF, o STF decidiu, por maioria, que a fidelidade partidária deveria ser observada, ignorando o princípio da legalidade (não há pena sem prévia combinação legal).

Já no caso da criação do município de Luis Eduardo Magalhães por lei estadual baiana, o voto do relator, o ministro Eros Grau, afirma a existência de uma lacuna. No entanto, apesar da falta da lei complementar – conforme exigência do artigo 18º, §4º da CF/88 – há ainda dois requisitos constitucionais: a consulta popular das áreas envolvidas e a divulgação dos estudos de desmembramento – que deve ocorrer antes da consulta. Esses requisitos foram ignorados e, ainda assim, foi tolerada a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Por fim, na discussão da constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), nos autos da ADI nº 3.510, embora vencidos, alguns ministros pretendiam ampliar os requisitos legais – a utilização dos embriões para a obtenção de células-tronco não poderia acarretar a destruição daqueles – com o argumento da necessidade de se proteger o direito à vida. No julgamento, foi declarada a constitucionalidade da lei, mas por pouco os requisitos da lei não foram ampliados, o que, na prática, acarretaria a impossibilidade das pesquisas, de acordo com a maioria dos cientistas, inviabilizando o exercício de outros direitos fundamentais.

Assim, na defesa de direitos fundamentais, nada deve impedir a atuação positiva da Corte Constitucional. No entanto, a legalidade, outros requisitos constitucionais e demais direitos fundamentais envolvidos não podem ser desprezados em nome de uma atuação positiva, sob pena de o Poder Judiciário ficar sem controle.

5.5. Resultado

É evidente que o STF pode atuar criativamente e superar o mito do legislador negativo. Há no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99 duas técnicas de decisão: interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que não estão ligadas aos juízos de procedência e de improcedência, em virtude do caráter ambivalente da ADI e da ADC – artigo 24.

É importante ressaltar que o texto citado foi incompleto ao citar as modernas técnicas de decisão. Estas atuam mediante a interpretação constitucional dos textos legais, podendo ocorrer manipulação normativa com base em *juízos de oportunidade*.

O ativismo judicial deve se realizar na defesa de direitos fundamentais, mas a legalidade, outros requisitos constitucionais e demais direitos fundamentais envolvidos não podem ser desprezados em nome de uma atuação positiva, sob pena de o Poder Judiciário não cumprir com o seu papel de Guardião da Constituição.

6. O CASO DOS EMBRIÕES SOB A PERSPECTIVA PRAGMATISTA

O julgamento do artigo 5º da Lei de Biosegurança foi cercado de circunstâncias especiais no cenário do Poder Judiciário, que merecem destaque, pelo viés pragmatista que apresentou.

Nos moldes tradicionais do raciocínio jurídico, ao se procurar adequar, mediante exercício de subsunção lógica, a hipótese concreta do uso de células-tronco embrionárias à inviolabilidade do direito à vida, consagrado no texto constitucional, o julgador esbarra no contexto social em que a questão se insere, bem mais amplo do que a percepção formalista pode alcançar: o uso de embriões excedentes das fertilizações *in vitro*, para o desenvolvimento da pesquisa curativa. Desse contexto, a maioria dos ministros do STF não conseguiu escapar. O recurso formal de tratar o texto dissociado da situação concreta circunscreveu-se à minoria dos ministros. Mesmo que se debruçaram sobre a tarefa hercúlea, e, por que não dizer ingrata, de definir vida a partir de um conceito fulcrado no momento em que a vida tem início, não puderam deixar de considerar o contexto em que o caso se insere. Um caso sim, pois, apesar de se tratar da lei em tese, sua consonância com o texto constitucional, cuida-se antes de uma questão social. Nesse sentido, muitos foram os registros e a importância, na fala dos ministros, da participação direta e interessada da sociedade. A começar pela realização da audiência pública, primeira da nossa história, quando foram ouvidos geneticistas, antropólogos, religiosos e representantes de vários grupos sociais envolvidos com o tema. A disputa por um lugar no plenário do STF foi das mais acirradas de nossa história. A sociedade mostrou-se também mobilizada nos meios de comunicação de massa: jornais e televisão, tudo a mostrar como o resultado do julgamento poderia interferir na vida dos cidadãos. Cidadãos cientes do seu pertencimento ao espaço público sujeito às deliberações superiores. Sob o ponto de vista político, deve-se ressaltar as palavras do ministro Gilmar Mendes, preocupado em trazer argumentos suficientes a legitimar a corte para decidir politicamente. O ministro trouxe, na ocasião, a idéia da representação argumentativa, apresentada por Robert Alexy¹⁰⁰, a partir da qual se entende que o tribunal, ao falar para a sociedade, a escute e busque ser por ela compreendido. Portanto, uma lógica bem distinta do formalismo:¹⁰¹ tudo a indicar o viés político e pragmático do julgamento, que norteou a decisão.

A maioria dos ministros não deixou de considerar, em primeiro ou em segundo plano, a repercussão da decisão: a possibilidade de cura, obtida com os resultados promissores das pesquisas com células tronco embrionárias, assim como o fato de que a sobra de embriões nas fertilizações artificiais não puderam ser ignoradas. As conseqüências de uma ou outra posição, formalista ou pragmática, foram levantadas. A primeira ignora a repercussão do julgamento para a



¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos constitucionales*. México: Fontamara, 2005, p. 99-103.

¹⁰¹ Sobre a lógica argumentativa, cf. PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação, Ética e Direito, e Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

sociedade, enquanto a segunda não dissocia o aspecto normativo, texto constitucional, do aspecto contextual.

O antifundacionalismo, típico da lógica pragmatista, também se fez sentir, na medida em que cedeu lugar ao pensamento prospectivo. A lógica experimental¹⁰², que compreende a aquisição da experiência como condição para o conhecimento sempre sujeito à verificação, acabou por prevalecer, mais uma vez, sobre o pensamento formalista, voltado para o passado, ou para o que fora antes determinado.

A frase do ministro relator, Ayres Britto, traduz o problema posto à consideração da corte: “o que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa”.¹⁰³ Daí que a questão da razoabilidade se apresenta: busca-se uma medida adequada pa-ra um determinado fim. Para alguns, como a ministra Ellen Gracie, os limites tra-zidos na lei são suficientes. Fala-se da autorização expressa dos pais sobre o uso de embriões resultado da fertilização *in vitro*, congelados há pelo menos três anos, e sob a supervisão dos conselhos de ética, – proibida, ainda, a comercialização. Para outros, como o ministro Gilmar Mendes, a falta de rigorosa supervisão e controle sobre essa prática extravasa os limites da razoabilidade, tornando a lei inconstitucional.

O direito à vida e à dignidade humana, fundamento axiológico do nosso ordenamento jurídico, também foi considerado de forma ampla, na medida em que, como enfatiza a ministra Cármen Lúcia, não se pode desconsiderar o direito que as pessoas têm de usufruir de uma vida digna, notadamente aos deficientes físicos, incapazes de gozar da plenitude da condição humana. A vida se mostra como um bem a ser usufruído pelo maior número de pessoas, no melhor sentido utilitarista, assumido pela própria ministra Ellen Gracie.

Assi, a busca de um conceito de vida para decidir a matéria subordinou-se a toda uma contextualização, medida em grande parte pelas conseqüências da decisão, mesmo pelos que com o recurso da “interpretação conforme” evitaram, tangenciando-a, a declaração de inconstitucionalidade. Por tudo, conclui-se que o positivismo formalista, de base dogmática, cedeu lugar a uma perspectiva pragmática, política e contextual, com o foco no futuro, uma vez consideradas as conseqüências de uma ou outra decisão.

O instrumentalismo do Direito, por sua vez, soou no aspecto criativo da decisão, percutiu os desafios concretos da sociedade brasileira. Segundo John Dewey, um dos maiores representantes do pragmatismo filosófico, a inteligência lógica é guiada para a resolução de problemas concretos, comprováveis empiricamente. E assim, para a tomada de decisões no âmbito jurídico, as leis



¹⁰² DEWEY, John. Logical, method and law. In: *The Philosophical Review*, 33, n. 6, nov., 1924, p. 560-572.

¹⁰³ Voto do ministro Carlos Ayres Britto. Disponível no site www.stf.jus.br.

serão instrumentos. "Tools to be adapted experimentally to conditions as they actually obtain, rather than as absolute truths to be maintained intact at all costs."¹⁰⁴

7. CONCLUSÕES

O presente *hard case* referente à constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos foi estudado segundo diferentes recortes analíticos.

O caso contribuiu para a instauração de um amplo debate tanto entre os poderes de Estado quanto no âmbito da sociedade sobre a legalidade e justificação ética da pesquisa científica com células-tronco, especialmente as de origem embrionária. O voto do relator, ministro Carlos Ayres Britto alcançou grande visibilidade pela amplitude, profundidade e caráter controverso dos temas que abordados. E a afirmação sobre o papel do STF como *uma casa de fazer destino*, isto é, na qualidade de um fórum com a responsabilidade de deliberar e decidir questões polêmicas no âmbito político e moral, cuja repercussão é relevante não apenas para a sociedade brasileira, mas para toda a humanidade.

Parafraseando Max Weber, seguindo a concepção desenvolvida pelo ministro Ayres Britto, verifica-se o deslocamento da visão tradicional do líder político como aquele que tem nas mãos o "leme da História" para o magistrado, sobretudo o pertencente às Cortes Supremas, que passa a definir o destino histórico, político e moral dos cidadãos nas sociedades democráticas contemporâneas. Tem-se, assim, um caminho fértil, como descreve Hirschl (2004), da sociedade *democrática* em direção à *juristocracia*.

Em relação ao voto do ministro Ricardo Lewandowski, destaca-se a variável da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao Direito Positivo pátrio. Citando o recente e original posicionamento de Celso de Mello no HC nº 87.585-8, cujo tema versava sobre a questão da prisão civil por dívida do depositário infiel, Lewandowski ratificou, de um modo ainda tímido, o entendimento de que o STF vem perfilhando uma nova compreensão sobre a tradicional temática da incorporação dos direitos humanos, ao caminhar para a defesa de uma ampliação do estatuto normativo das normas internacionais consagradoras de tais direitos, no sentido de conferir-lhes, no mínimo, um status supralegal, tese já defendida pelo ministro Gilmar Mendes no RE nº 466.343-SP, ou constitucional, conforme o posicionamento de Celso de Mello no caso mencionado. Lewandowski utilizou-se, ainda, de inúmeros documentos internacionais de direitos humanos, particularmente no campo da bioética, para a justificação de sua decisão.

A segunda variável teórica de análise refere-se, ainda, ao voto do ministro Lewandowski. Trata-se da importância da teoria sobre a sociedade de risco



¹⁰⁴ DEWEY, op. cit., p. 560-572.

desenvolvida por Ulrich Beck (1998), em conjunto com mudança de paradigma constitucional proposta por Erhard Denninger (2003) rumo à *segurança, diversidade e solidariedade* para a compreensão da importância e das repercussões jurídicas, éticas e políticas do presente caso. O ministro atenta para o fato de que, em contextos de incerteza científica, os parâmetros e possíveis limites ao desenvolvimento científico e tecnológico precisam ser discutidos democraticamente em fóruns que permitam a manifestação de um pluralismo de perspectivas e opiniões. Diante de uma sociedade definida pelo crescimento vertiginoso do número, da extensão e da potencialidade dos danos de riscos ecológicos, econômicos e científicos, especialmente os produzidos pelo homem enquanto *criador do próprio homem*, é possível compreender o destaque conferido pelo ministro Gilmar Mendes aos princípios da proteção insuficiente, com apoio na doutrina e jurisprudência germânicas, e da responsabilidade, com apoio nas reflexões de Hans Jonas (2007) sobre o papel e o lugar da ética nas sociedades tecnológicas contemporâneas.

Um terceiro recorte analítico para a compreensão do presente caso difícil residiu nas múltiplas dimensões do fenômeno do ativismo judicial e na defesa por Gilmar Mendes, inspirado na obra de Robert Alexy (2005), do tribunal, em especial o STF, como um representante argumentativo dos cidadãos. Com apoio nas reflexões de Marshall (2002), foi possível identificar quatro dimensões do ativismo judicial em sua justificação decisória. Entre elas os ativismos contramajoritário e jurisdicional presentes na concepção defendida pelo magistrado, do papel da Corte Suprema como uma instância de *correção* e de *aprimoramento* do debate parlamentar, e, conseqüentemente, na justificação das sentenças de perfil aditivo. Verificou-se, outrossim, a dimensão da criatividade judicial, segundo a definição de Marshall (2002), responsável pela ratificação da tese constitucionalista, já exposta em outros casos jurídicos, da representação argumentativa dos cidadãos.

Por um lado, a representação argumentativa representa um avanço em termos de uma concepção ampliada de acesso à justiça compreendida como participação democrática da sociedade na jurisdição constitucional, contribuindo, assim, para a inserção de novos pontos de vista, argumentos e experiências no processo de deliberação e decisão de temas políticos e morais profundamente controversos. Por outro lado, cabe destacar três pontos importantes, em regra esquecidos: em primeiro lugar, essa abertura da jurisdição constitucional ao debate público tem sido altamente seletiva. Em segundo lugar, esta modalidade argumentativa de representação revela-se uma estratégia bastante eficaz de legitimação do protagonismo institucional do próprio tribunal, alimentando, em um processo de *feedback*, a intensificação do processo de judicialização da política e o fortalecimento do ativismo judicial. Por último, não podemos deixar de destacar o caráter extremamente idealista dessa concepção, ao conceber o Poder Judiciário, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, como uma instituição norteada principalmente pela *força normativa do melhor argumento* e blindada, sobretudo, contra as investidas da barganha política, da negociação e dos interesses.

O quarto recorte analítico desenvolvido pelo artigo consiste na dimensão pragmática do caso, evidenciada, por sua vez, na argumentação de vários ministros, particularmente no voto da ministra Ellen Gracie. Em seu voto, demonstrando preocupação com as possíveis conseqüências de uma eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, Ellen Gracie fez uma referência expressa ao princípio da utilidade, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance, com o menor sacrifício possível. Foi possível, ainda, verificar as três características principais do pragmatismo – antifundacionalismo, contextualismo e conseqüencialismo – na argumentação jurídica dos ministros Carlos Ayres Britto e Cármen Lúcia. Especialmente nestes votos, verifica-se a defesa do Direito e do conhecimento científico como instrumentos, no sentido pragmatista, para a promoção da vida e das necessidades humanas e sociais.

Por último, procurou-se analisar, a contribuição do *hard case* da pesquisa científica com células-tronco embrionárias para mitigar o mito do legislador negativo na jurisdição constitucional. Este último recorte representa a operacionalização ou instrumentalização – com o recurso das técnicas atípicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade – das teses anteriormente expostas, tais como, por exemplo, o ativismo judicial em suas múltiplas dimensões.

A partir dos diferentes recortes analíticos desenvolvidos ao longo das análises, permite-nos, a um só tempo, discutir o papel da jurisdição constitucional tendo em vista diferentes elementos que caracterizam o Direito e a sociedade na modernidade tardia: a noção de risco; o pluralismo político e moral; o aprofundamento dos contextos de incerteza decisória nos casos difíceis e; a necessidade de avançar no sentido da construção de novos mecanismos de acesso à justiça para além dos já experimentados na atualidade, em termos de uma efetiva democratização do acesso ao Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.
- _____. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos e Razón Práctica, In: *Derecho y Razón Práctica*. Trad.: Manuel Atienza, México: Fontamara, 2002.
- _____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, 1999.
- _____. Sobre la estructura de los principios jurídicos. In: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad.: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad.: Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- _____. Los nuevos profetas de la energía nuclear. In: *El País*, n. 16, jun, 2008. Disponível em www.supremoemdebate.blogspot.com.
- _____; ALBORÉS REY, Jesus (trad.). *La sociedad del riesgo global*, Madri: Siglo Veintiuno Espanha, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99. In: SARNENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, vol. 2.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6 ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- _____; LEITE, José Rubens M. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2 São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas. *Revista de Processo*, jan./mar., 1992, vol. 65.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª Ed., São Paulo: RT, 2000.
- DENNINGER, Erhard. "Segurança, diversidade e solidariedade" ao invés de "liberdade, igualdade e fraternidade". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 88, dez. 2003, p. 21-45.
- DWORKIN, Ronald. A leitura moral e a premissa majoritária. In: CIPOLLA, Trad.: Marcelo Brandão. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1-60.

- EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-61.
- GARCÍA AMADO, J. A. apud PULIDO, Carlos Bernal. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do Direito*, São Paulo: Malheiros, 2002.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*, Madri: Cuadernos Civitas/Thomson, 2 ed., 2006.
- JONAS, Hans. *Princípio responsabilidade*. São Paulo: Contraponto, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6 ed., trad.: João Baptista Machado, 1999.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 2000, p. 382.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.
- MARSHALL, William P. Conservative and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, vol. 73, sept. 2002. Disponível em: ssrn.com/abstract=330266>. Acesso em: 13 ago. 2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- _____. *Jurisdição Constitucional*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MYTHEN, Gabe. Reappraising the Risk Society Thesis: Teleoscopic Sight or Myopic Vision. *Current Sociology*, vol. 55(6), november 2007, p. 793-813.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 293.
- _____; GALVÃO. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PETTIT, P. Institutional Design and Rational Choice. In: GOODIN, R. (Ed.). *The Theory of Institutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 55
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PULIDO, Carlos Bernal. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales; Restrepo Piedrahita, 2006, p. 63.
- SAMPAIO, J. A. Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad.: Beatriz Hennig et al. Berlin; Montevideo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2005.
- SOUZA JÚNIOR, J. G. et al. Por uma concepção alargada de acesso à justiça. *Revista Jurídica*, Brasília, vol. 10, n. 90, Edição Especial, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm
- STERN, Klaus; GRAU, Eros; GUERRA FILHO, S. Willis (Org.). O juiz e a aplicação do Direito. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 513.
- STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.
- SUNSTEIN, Cass R. One case at time: judicial minimalism in the Supreme Court. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- _____. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Fundação Getúlio Vargas; Jurídico Atlas*, set./dez. 2007, p. 79-94.
- TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1997, p. 33.
- TAVARES RAMO, André; SALOMÃO LEITE, George; SALOMÃO LEITE, Glauco (Coord.). Por uma Justiça Constitucional Substantiva. In: *Constituição e Efetividade Constitucional*. Salvador: Podium, 2003, p. 16.
- UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Trad.: Leonidas Hegenber e Octany Silveira Mota. 2 ed. São Paulo: Cultrix, 1972.



1) A Revista é aberta e composta fundamentalmente de artigos resultantes de monografias, dissertações, teses e pesquisas, bem como de ensaios, resenhas, entrevistas, resumos de palestra, relatórios adaptados de pesquisa científicas e registros significativos.

2) Edições especiais podem ser publicadas e as normas abaixo poderão sofrer alterações. Números assim reconhecidos poderão passar por tratamento editorial e gráfico diferenciado.

3) Os artigos devem ser encaminhados à Equipe Editorial com 1 gravação em CD-R e 3 cópias impressas, entre 15 a 20 laudas, com 25 linhas de 70 toques, fonte Times New Roman, corpo 12, em espaço interlinear de 1,5 cm, todas as margens com 2,5 cm, em papel formato A-4. Essas dimensões incluem as referências bibliográficas completas e possíveis ilustrações. As resenhas não devem exceder a 3 laudas.

4) O artigo deverá ter o nome completo do(s) autor(es), sua formação profissional, títulos acadêmicos, cargos, nome e endereço completos da instituição a qual está(ão) vinculado(s), telefone e e-mail, dados em folha separada do corpo do artigo.

5) A primeira página do texto deverá conter:

- somente o título do artigo, sem nome(s) do(s) autor(es), constando, no máximo, 10 palavras.

- o resumo deve ter até 150 palavras.

- devem ter entre três a cinco palavras-chave, escolhidas entre aquelas que possam classificar com precisão o trabalho em pesquisa bibliográfica, para efeito de indexação.

6) Serão aceitas contribuições em português, espanhol ou inglês. Em relação à língua dos Resumos e palavras-chave, a orientação é a seguinte:

- artigo em português e inglês, o resumo e as palavras-chave só deverão ser em português e inglês.

- artigo em espanhol, o resumo e palavras-chave deverão ser em espanhol, português e inglês.

7) As notas de rodapé devem ser evitadas; quando indispensáveis, não deverão exceder a quatro linhas.

8) Os trabalhos enviados à Revista devem ser inéditos, não é permitida sua apresentação simultânea em outro periódico. A Equipe Editorial reserva-se o direito de exclusividade na publicação de artigos e similares, cabendo avaliar as exceções. O copyright dos artigos publicados pertence a seus autores e os direitos autorais de cada edição pertencem à *Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*; portanto, caso os autores do artigo queiram republicá-los em coletâneas ou outros periódicos, solicita-se obrigatoriamente mencionar a primeira publicação na *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*.

9) As colaborações não encomendadas são encaminhadas à Equipe Editorial a quem cabe recomendar a publicação. Quando da não coincidência de avaliações, o artigo será submetido a outro terceiro parecerista. A Equipe Editorial da Revista poderá sugerir aos autores modificações.

10) Os originais enviados à Revista serão considerados definitivos. Os originais não aprovados serão inutilizados e a Equipe Editorial se compromete, ainda, a enviar resposta, positiva ou negativa, por e-mail e/ou diretamente ao(s) seu(s) autor(es). A simples remessa de originais à revista implica a autorização para publicações. Será assegurado o anonimato para os autores no processo de avaliação e aos pareceristas sobre sua avaliação, em qualquer circunstância.

11) Réplicas e comentários sobre os artigos publicados são do interesse da Revista e, se aceitos para publicação, serão enviados aos autores para conhecimento prévio às publicações e para direito a réplicas, preferencialmente no mesmo número.

12) Os artigos publicados farão jus a um exemplar da Revista, que será enviado pelo Comitê Editorial.

13) Não serão pagos direitos autorais.

14) Não serão publicados artigos que atentem contra a ética profissional, que emitam preconceitos de qualquer natureza ou pontos de vista incompatíveis com a Linha Editorial da Revista.

15) Os artigos e similares devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e devem ser entregues à Revista, revisados segundo as regras gramaticais vigentes.

CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

O conteúdo dos artigos, incluindo suas citações e referências, entregues pelos autores à Revista para publicação, são de responsabilidade dos seus respectivos autores.

Citações (Segundo a NBR/Agosto de 2002):

- As citações devem seguir a orientação autor-data;

- Citação de até 3 linhas: dentro do corpo do texto, entre aspas, fonte igual à do texto.

- Citação de mais de 3 linhas: fora do corpo do texto, fonte 11, recuada para a linha do parágrafo, sem aspas, ou qualquer outro destaque, espaçamento interlinear simples, margem direita igual à do texto.

- Nome do autor, para os dois casos acima:

a) no corpo do texto (grafia normal para nomes próprios). Exemplo: Segundo Costa (2002, p. 39), "A sociedade civil (...)".

b) entre parênteses, em caixa alta. Exemplo: "A sociedade civil (...)" (COSTA, 2002, p. 39).

Referências Bibliográficas (serão obrigatórias e só devem ser feitas da bibliografia efetivamente citada no artigo ou similar)

Exemplos:

a) Para livros (obra completa):

ROCHA, C. L. A. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BITTAR, E. C. B. *Direito e ensino jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001.

b) Para capítulo de livro:

MORAES, L. C. S. de. Competência legislativa. In: *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2002. cap. 2, p.54-68.

MACHADO, A. M. O. O estágio de estudantes: oportunidade de aprendizado ou porta aberta para a fraude aos direitos trabalhistas?. In: Gilberto Stürmer. (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e outros Estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21-32.

c) Para periódicos – revistas:

TÁCITO, C. Bases Constitucionais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*, vol. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

d) Para dissertações/teses:

DEMARCHI, C. *Medida liminar em mandado de segurança no Direito Educacional*. Itajaí, Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, 1998.

e) Para jornais:

DAMOUS, D. E quem vai nos defender? *O Globo*, Rio de Janeiro, 10 de fev., 2007. Tema em debate, Caderno 1, seção Opinião, p. 7.

f) Para meio eletrônico:

Reestruturação do curso jurídico em função da realidade social contemporânea do país. Disponível em: <http://metodocaso.blogspot.com> Acesso em: 7 dez. 2006.