

DELIMITANDO AS CATEGORIAS DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DE ATIVISMO JUDICIAL: O CASO DA MANIPULAÇÃO DAS CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

*Alexandre Garrido da Silva**

*Bernardo Abreu de Medeiros***

*Daniella dos Santos Pessanha****

*Jorge Gomes de Souza Chaloub*****

*José Ribas Vieira******

Resumo: *Os conceitos de judicialização da política e ativismo judicial, embora façam parte de diversos trabalhos da literatura jurídica e científica-política, não raro são empregados de maneira discricionária, sob a qual não é possível auferir uma verdadeira significação e, principalmente, diferenciação. Nesse sentido, o presente trabalho tem como escopo o estudo de tais fenômenos, identificando, para tanto, um conceito teórico dos mesmos, bem como as modalidades as quais estão esses vinculados. Trata-se, ademais, de uma aplicação prática de tal plano teórico, figurando verdadeiro exercício de análise da hermenêutica utilizada pelos Ministros do STF, bem como dos desdobramentos destas interpretações nos votos prolatados. Trabalhando com uma diversidade de ativismos, permite-se, ademais, a constatação de que o fenômeno do ativismo judicial não se cerceia a apenas um caminho estático no qual o juiz mostra-se demasiadamente*

* Professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

** Mestrando, bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica - Rio (PUC-RIO).

*** Graduanda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC). Bolsista PIBIC/CNPq-IBMEC.

**** Mestrando, bolsista CNPq do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica - Rio (PUC-RIO).

***** Professor adjunto da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC-RJ).

político, mas, ao contrário, que o caráter político pode estar vinculado ao próprio conservadorismo.

Palavras-chave: *Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Poder Judicial.*

Abstract: *The concepts of judicialization of politics and judicial activism, although are find in several works in judicial and political-scientific literature, not rare are used in a discretionary way, under which it is not possible to derive a true signification and, principally, a differentiation. In this sense, the present work takes the study of such phenomena, identifying, in that way, a theoretical concept of judicialization of politics and judicial activism, as well as the kinds of ways they show up. In this study we can find, besides, a practical application of such a theoretical plan, making a true exercise of analysis of the vision used by the Ministers of the STF, as well as the ramifications of these interpretations in their votes. Working with a diversity of activisms, allow, besides, the observation that the phenomenon of judicial activism does not curtail to only a static way which the judge appears too political, but, on the contrary, that the political character can be identified as conservative itself.*

Keywords: *Judicial Activism. Judicialization of Politics. Judicial Power.*

Introdução

O presente estudo é uma análise da decisão do STF sobre a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), a partir dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. A pesquisa foi materializada sob a responsabilidade do Grupo Interinstitucional sobre Ativismo Judicial – GIAJ -, iniciado em março de 2008 com o escopo de apreciar a atuação do Supremo Tribunal Federal. Deste modo, passou-se a examinar o novo perfil de tal instituição jurídica, intensamente modificado após o primeiro mandato do presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Quanto à judicialização, vale mencionar que sua relevância analítica ganhou corpo com os estudos de Tate e Vallinder (1997), em sua obra *The global expansion of judicial power*, formada por diversos estudos de caso sobre a judicialização da política nas mais diversas realidades nacionais. Não somente explicitaram-se as bases e as conseqüências fáticas do conceito, sendo a judicialização, também, detalhadamente caracterizada enquanto fenômeno global. É essa visão que se faz presente nas análises concretizadas por Luiz Werneck Vianna (VIANNA *et al*, 1999; 2006) e por Ernani de Carvalho (2004) a respeito da magistratura brasileira.

Cabe mencionar que a categoria de judicialização, como forjada por Tate e Vallinder (1997), era mais intensamente adotada, pelos referidos autores pátrios, para retratar os juízes de primeira instância. Tal fato prendia-se à postura expressiva dos jovens magistrados nos primeiros anos de vigência da Constituição Federal de 1988. A novidade deste estudo, assim, está em destacar o papel preponderante da jurisdição constitucional neste fenômeno.

Ao lado do conceito de judicialização da política estruturou-se o de ativismo judicial. No decorrer do artigo serão ressaltadas as distinções e convergências entre os dois termos. Neste sentido, o presente artigo almeja, com base em um estudo de caso, compreender a relevância dos supracitados conceitos para uma adequada análise do recente protagonismo do Supremo Tribunal Federal na esfera pública brasileira.

1. Marco Teórico: distinguindo judicialização e ativismo judicial

Tate e Vallinder estabelecem o seguinte conceito de judicialização: “Quando falamos de uma expansão global do poder judicial, referimo-nos a infusão de um processo decisório judicial e de procedimentos típicos das Cortes em uma arena política em que os mesmos não foram previamente inseridos.”¹ (TATE, VALLINDER, 1997. p. 13)

Deste modo a judicialização seria marcada por dois processos distintos e não necessariamente vinculados, assim descritos por Vallinder:

Assim, a judicialização da política pode significar normalmente ou: 1)
a expansão da jurisdição das Cortes ou dos juízes ao âmbito dos

¹ “When we speak of the global expansion of judicial power, we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside.”

políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil das Cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada.² (TATE, VALLINDER, 1997. p. 13)

Quanto ao debate brasileiro, além de avanços dados pela aplicação do termo de judicialização, por parte de Luís Werneck Vianna (VIANNA *et al*, 1999), merece destaque nesse ponto o pensamento de Ernani de Carvalho (2004). Este cientista político elenca seis condições para o surgimento e a consolidação do fenômeno: 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. Todos esses fatores, em maior ou menor intensidade, encontram-se presentes nos sistemas político e jurídico brasileiros da atualidade.

Marcus Faro de Castro (1997), por sua vez, menciona, entre outros, a constitucionalização do Direito após a Segunda Guerra Mundial, o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana e a tradição europeia (kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis como fatores importantes para a explicação do fenômeno da judicialização.

Em obras mais recentes do que a de Tate e Vallinder, Ran Hirschl (2004) define esse processo como “juristocracia” (*juristocracy*), ou seja, como a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário³. Este fenômeno é acompanhado e alimentado por uma mudança na ideologia jurídica, que consiste em uma crítica realizada pelas principais elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária absoluta que compõe uma das dimensões da democracia. Haveria, dessa forma, uma convergência entre distintos interesses políticos, econômicos e jurídicos na defesa da “democracia constitucional”, por um lado, e no ataque à “democracia ou premissa majoritária”, por outro. Hirschl assume uma metodologia de análise que

² “Thus the judicialization of politics should normally mean either: 1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of the decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, 2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper.”

³ HIRSCHL, Ran, 2004, p. 01.

procura afastar o tema em questão dos debates normativos usuais neste campo de investigação⁴, procurando estudar empiricamente as origens e conseqüências das “revoluções constitucionais”, isto é, da consolidação histórica do novo constitucionalismo (*new constitutionalism*) em diferentes sociedades. 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. (HIRSCHL, 2004, p. 49).

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” (SWEET, 2000, p. 199-200). Neste sentido, a judicialização da política constitui, também, uma tendência de difusão das técnicas de argumentação e de adjudicação 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. (SWEET, 2000, p. 203)

Outro ponto relevante é a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial. Nesse caminho de reflexão será utilizada uma definição normativamente inerte de “ativismo judicial”. A prática jurídica mostra que magistrados ativistas podem tanto adotar um posicionamento

⁴ O principal representante do debate em sua versão *normativa* é Ronald Dworkin, pois, segundo Hirschl, “nenhum dos seis livros de Dworkin sobre constitucionalismo cita qualquer estudo empírico sobre as origens e conseqüências da constitucionalização e da revisão judicial” (HIRSCHL, 2004., p. 03).

progressista quanto uma 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, especialmente em casos difíceis.⁵

Neste sentido, em uma primeira acepção, 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 do Poder Legislativo (SUNSTEIN, 2005, p. 41-44). Ou seja, com que frequência os tribunais “retiram a decisão das mãos dos eleitores” (SUNSTEIN, 2005, p. 43). Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes⁶ com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.

Há de ser reconhecida, no corpo dessa investigação, a relevância dos dois conceitos, judicialização da política e ativismo judicial, para a análise das recentes decisões do STF nos casos de maior repercussão social, como os que abordaram a pesquisa científica com células-tronco embrionárias, a proibição da comercialização do amianto e a importação de pneus usados.

Entretanto, esse percurso de diferenciação entre judicialização e ativismo judicial denota a necessidade de adensar mais determinados aspectos, pois parte do pressuposto de que o contraste entre as duas categorias privilegiadas nesse estudo se apresenta mais no plano externo. Assim, o artigo defende a tese de que a jurisdição constitucional no Brasil está no horizonte não tanto de uma judicialização, como tradicionalmente é conceituada, nem propriamente da visão americana clássica de ativismo judicial. A hipótese assumida na investigação reconhece, por parte dos integrantes do STF, sim um “ativismo”, mas de caráter jurisdicional. Isto é, um procedimento, construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional.

Vale registrar que, na compreensão do fenômeno do ativismo, deve ser considerado o interesse dos Ministros na legitimação do próprio tribunal

⁵ Neste sentido, Marshall e Stephen Smith

⁶ Essa definição é mais adequada, por exemplo, para a análise do caso da fidelidade partidária (MS nº 26602, 26603 e 26604 – STF), que será estudado adiante. Por outro lado, a definição imediatamente anterior revela-se mais adequada para a análise do caso da cláusula de barreira (ADIS 1351 e 1354), no qual o STF decidiu pela inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos da Lei 9.906/95 (Lei dos Partidos Políticos).

para a resolução – ativista e criativa – de problemas e questões controvertidas no futuro⁷. Tal procedimento pode ser vislumbrado, de modo claro, no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF:

(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (MENDES, ADI nº 1351-DF, p. 53).

1.1 A tipificação

No debate norte-americano notam-se as dificuldades teórico-práticas para definir o ativismo judicial. Na maior parte das vezes, a categoria é reduzida de forma pragmática como “uma decisão que não se aprecia”. Coube, entretanto, a Marshall (2002), em seu artigo *Conservatives and the seven sins of judicial activism*, a responsabilidade de viabilizar a aplicação da concepção estudada nessa pesquisa e, notadamente, apontar um direcionamento “introspectivo” do ativismo. Dessa forma, esse estudioso elenca sete tipos-ideais de ativismo judicial, a saber:

a) ativismo contra-majoritário: marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos.

b) ativismo não-originalista: caracterizado pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estritas do texto legal e as considerações sobre intenção do legislador completamente abandonadas.

c) ativismo de precedentes: o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos.

d) ativismo jurisdicional: marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação.

⁷ O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI 1351 antecipa o ativismo judicial assumido pelo ministro em outros dois casos importantes, o do direito de greve dos servidores públicos (MI 670 e 708) e o da fidelidade partidária (MS nº 26602, 26603 e 26604).

e) ativismo criativo: resultante da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional.

f) ativismo remediador: marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicialmente imposto.

g) ativismo *partisan*: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social.

Cabe ressaltar que, tal como nos tipos ideais weberianos, estas classificações não representam formas puras absolutamente correlatas à realidade, mas conceitos que possibilitam uma melhor compreensão do fenômeno do ativismo, constituindo ferramentas analíticas relevantes para o estudo das decisões judiciais.

1.2 A matriz ideológica

Além das dificuldades teórico-práticas em distinguir ativismo judicial e judicialização, buscou-se também demonstrar a aplicação bastante flexível, e sem contornos definidos, do conceito de ativismo por parte dos estudiosos norte-americanos. Como bem assevera Stephen Smith (2002-2003) o conceito de ativismo carrega uma profunda carga ideológica em sua definição e utilização, referindo-se, comumente, às decisões das quais discordamos. Ademais, este conceito é mais comumente utilizado pelos teóricos da esquerda, o que faz com que as cortes conservadoras padeçam mais severamente das acusações de ativismo do que as liberais.

É de domínio comum que a teoria constitucional americana está, para o bem ou para o mal, atrelada à história de sua Corte Suprema. Desse modo, há um profundo debate teórico sobre as qualificações e legados de cada corte. Por tal razão, Smith busca delinear os contornos ideológicos e a apropriação liberal do supracitado conceito, para moldar uma definição analiticamente neutra de ativismo e, com isso, equiparar o tão prolatado ativismo das cortes conservadoras, como a Rehnquist, ao das cortes liberais, como a Warren.

Sua tese central é que a definição de uma decisão como ativista não se vincula a seu caráter liberal ou concessivo de direitos, mas a dois critérios; um formal e outro substancial. O formal se funda nos meios pelos quais a decisão é alcançada. Mesmo que ela seja substancialmente correta; cabe indagar se foi construída a partir de procedimentos que ultrapassam os limites jurisdicionais das cortes. O substancial, por sua vez, se vincula ao modo pelo qual se construiu a interpretação. Ele emerge

nos casos em que a decisão não encontra apoio no texto legal, ou contraria precedente bem assentado sem justificação adequada.

A relevância desta construção não depende da crença em um conceito ideologicamente neutro de ativismo, idéia aqui entendida bem fantasiosa, mas se funda, principalmente, na construção de categorias que permitam uma mais adequada análise da atuação judicial.

2. O estudo do caso da manipulação das células-tronco embrionárias e o ativismo judicial

Observadas as particularidades e as formas nas quais se manifesta o ativismo judicial, cabe agora um olhar mais atento a um determinado caso concreto no qual o mesmo pode ser identificado. Vangloriando uma correlação entre o pensamento teórico e as práticas judiciais, assim, procura-se agora uma visão pontual dos votos prolatados a favor da constitucionalidade e os que se colocaram na necessidade de adequar o artigo em exame ao texto constitucional.

No tocante aos votos da maioria, privilegiou-se tanto o voto do relator como também de determinadas decisões por parte de Ministros do STF marcadas por uma argumentação que porventura estaria dialogando com a própria noção de ativismo. Os pronunciamentos dissidentes, por seu turno, foram marcados por uma análise de todos os votos já publicados, dando-se, contudo, grande destaque a prolatação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes pela consistência teórica mais próxima ao ativismo, sob o qual se identificam diversas manifestações do fenômeno.

2.1 A manipulação de células-tronco embrionárias: ADI nº 3510

Movida pelo ex-Procurador Geral da República Cláudio Fontelles, a Ação de Declaração de Inconstitucionalidade nº 3510-0, despertou não apenas no ordenamento pátrio, mas na sociedade como um todo, uma longa discussão que, não raro, faz parte dos pensamentos de qualquer indivíduo: o início da vida. O questionamento de constitucionalidade da manipulação das células-tronco embrionárias, abrigado pelo art. 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), nesse sentido, não se cerceou tão-somente em um silogismo sob o qual se adéqua a norma ordinária à Constituição, mas, ao contrário, na identificação da vida.

Tal momento, na verdade, mostra-se importante para a discussão acerca do período em que se inicia a tutela do ordenamento. Vale dizer,

como o legislador constituinte estabeleceria o princípio da dignidade da pessoa humana como fonte basilar do ordenamento jurídico brasileiro, a consideração dos embriões, objeto da manipulação, como pessoas, isto é, dotados de vida, levaria a conclusão de que a pesquisa com os mesmos seria inconstitucional por violar tal princípio.

Ocorre, contudo, que muitos são os vieses para a explicação do início da vida. Se por um lado o discurso religioso prega o início da mesma no momento da concepção, a certos setores da ciência, fazendo a correlação ao desenvolvimento do sistema nervoso, delimitam o marco temporal de quatorze dias após a concepção. Ademais, também ingressam na discussão posicionamentos filosóficos e até mesmo políticos. Por essa razão, o caminho encontrado pelo relator foi prescindir de um consenso quanto ao seu início, bastando apenas identificar as diferentes formas de tratamento da vida pelo ordenamento jurídico.

É meio a tal debate de visões, assim, que emerge na Corte Constitucional pátria um dos maiores dilemas por ela já analisados, suscitando uma decisão que envolve múltiplas faces do conservadorismo e do ativismo. Com a ajuda, pela primeira vez, de audiências públicas, os Ministros do STF alcançam status dos próprios legisladores, levando a alguns a substituírem o seu papel de juízes.

Observemos os votos prolatados.

2.2 Votos a favor

2.2.1 Ministro Relator Carlos Ayres Britto

O Ministro Carlos Ayres de Britto estrutura sua relatoria em quatro blocos argumentativos. Num primeiro bloco, trata da proteção da vida no Direito brasileiro; no segundo trata do planejamento familiar e suas conseqüências; no terceiro, da atividade neurológica como marco de vida e finalmente adiciona um quarto bloco tratando da liberdade científica e o direito à saúde. Examinemos cada um deles.

Inicialmente, sustenta o relator ser o artigo em pauta “um todo necessário”, um conjunto de regras para a manipulação de células-tronco embrionárias, um bloco normativo. Parte, então, para uma análise do ordenamento brasileiro no tratamento da vida. Seguindo o pressuposto que a Carta Política não define o início da vida, mas que apenas apresenta uma proteção à pessoa concreta, o Ministro alude ao não abrigo de todo e qualquer estado de vida.

Além disso, num jogo de palavras, afirma que como “se trata de uma Constituição que sobre o início da vida é de um silêncio de morte” (BRITTO, ADI n° 3510-0, p. 26), a questão não está em se determinar o início da vida, mas saber quais dos seus aspectos são validamente protegidos pelo direito. A pergunta sobre o início da vida remete a uma regressão infinita e possui caráter filosófico, e só a pessoa concreta, porque nativa recebe a proteção plena da Constituição. Basta reconhecer isto para se decidir a causa, sem a necessidade de se chegar a um consenso sobre início da vida.

No segundo conjunto de argumentos, o Ministro Ayres de Britto parte da reprodução humana assistida no Direito brasileiro para concluir primeiramente que a utilização destas técnicas é permitida pelo ordenamento e que não há nenhuma obrigação de inseminação de todos os embriões produzidos. Logo, surge o problema dos embriões excedentários, e três seriam as opções do legislador: deixá-los eternamente congelados, descartá-los ou utilizá-los para pesquisa, destacando ser esta última hipótese, adotada pela lei, a melhor delas.

O terceiro conjunto de argumentos é o mais problemático de todos porque volta à questão já superada no início do voto de se estabelecer o início da vida. Mesmo depois de concluir ser uma questão filosófica e desnecessária para o julgamento da ação, o relator retoma o ponto traçando um paralelo com a Lei de Transplantes, que tem a atividade neurológica como marco de vida. Após algumas inferências e analogias entre ambas as leis, conclui que, como os embriões em questão não possuem e nem possuirão atividade neurológica, não há nenhum vício de inconstitucionalidade a ser sanado.

“Como se toda essa fundamentação não fosse bastante”, o Ministro Ayres Britto adiciona ainda dois elementos aos argumentos anteriores. Tendo em vista que a pesquisa com células-tronco pode ser o caminho para cura de doenças como o Mal de Parkinson e muitas outras degenerativas, o Direito não poderia deixar de se colocar ao lado dos que sofrem para se colocar ao lado do sofrimento, e em nome da liberdade científica e do direito à saúde, o dispositivo em questão deve ser tido como constitucional.

Assim, sob o influxo de um “olhar pós-positivista”, o Ministro Carlos Ayres de Britto finaliza seu voto. Apesar de se referir reiteradamente à importância da Corte, a que se refere como “casa de fazer destino” (BRITTO, ADI N° 3510, p. 56), não se pode afirmar que ele adote uma postura de caráter ativista. Em sua análise, Britto se resumiu a examinar

o ordenamento jurídico vigente para preservar a escolha de marcos regulatórios feita pelo legislador, sem procurar, como outros ministros, ir além do texto legal em sentenças aditivas, inovando na ordem jurídica.

2.2.2 Ministra Ellen Gracie

A Ministra Ellen Gracie inicia seu voto chamando a atenção para a necessidade de um controle jurídico e não técnico-científico ou, ainda, religioso ou filosófico da matéria. Desse modo, ao enquadrar o voto da Ministra, deve-se responder não se há presença da referida categoria analítica, mas sim como poderia ser explicada a sua possível ausência.

Gracie, importa notar, respalda a sua decisão no tocante ao citado tema para resolver o questionamento ético numa dicotomia: a função do juiz versus o saber. Isto é, a mencionada Ministra trabalha o “saber” com duplo aspecto. Um no sentido de que há uma expectativa por parte da sociedade de que o Judiciário, ao dominar o chamado conhecimento científico, poderia dirimir, com segurança, *hard cases*, tais quais o colocado pela Lei de Biossegurança. Outro no sentido de conhecimento a respeito da manipulação dos embriões, sob o qual seria possível a identificação da compatibilidade do referido artigo 5º da Lei de Biossegurança com a Constituição de 1988.

Quanto à indagação se o Judiciário pode dominar a “ciência” para resolver questões postas pela sociedade, a resposta da Ministra Ellen Gracie é bastante nítida. O STF tem uma função apenas da busca da “harmonia” e essa instituição não pretende ser uma “academia de ciência”. No outro ponto da presença do “saber”, de forma comparativa utilizando principalmente a legislação inglesa, a Ministra Ellen Gracie adota uma postura para validar a posição do legislador no tocante ao disciplinamento das questões postas pelo desenvolvimento da genética.

A postura de afastar o STF como portador de um conhecimento técnico para dirimir os problemas morais como ora examinado, reforça-se na medida em que a Ministra Ellen Gracie introduz certo componente democrático. A jurisdição constitucional brasileira não pode pretender atuar de uma forma que nem o Poder Constituinte originário e nem o Poder Constituinte derivado ousaram. E reforça: há de respeitar, também, o legislador democrático.

O voto da Ministra Ellen Gracie, com os fundamentos acima expostos, é uma clara manifestação de uma posição não ativista. No entanto, mesmo diante do fato de não constatar um ativismo na sua decisão judicial, a

aplicação dessa categoria significou-se válida. É de notar, pois, que em relação às exigências de conteúdo moral do referido artigo 5º obrigando aos seus julgadores uma saída ativista, fortaleceu por parte da Ministra Ellen Gracie um rigor maior de argumentação em termos de “saber” e de “democracia” para não adotar o ativismo.

Possivelmente, crê-se que, na proporção de como o problema moral divide a sociedade, alguns dos ministros do STF, como é o caso da Ministra Ellen Gracie, optam por uma “neutralidade” ao limitar a presença do “saber” e afirmando a prevalência do fundamento democrático.

2.3 Votos dissidentes

2.3.1 Ministro Eros Grau

Enquanto a maioria formou-se tendo como centro o acompanhamento do voto da relatoria no sentido de que o artigo em pauta é compatível constitucionalmente com a Carta Maior, o Ministro Eros Grau afasta-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 nosso marco teórico, deve ser delimitada nos padrões do ativismo judicial, ativismo este que pode ser visualizado no texto importante de Willian Marshall (2002), o qual, como já denotado, aponta sete modelos de ativismo judicial.

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 se destaca pela preocupação do Ministro Eros Grau pela busca de 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, assim, tendo como origem decisão do Conselho Constitucional da França nos anos 1970 do século passado 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 universo outro para traduzir o bloco de constitucionalidade, reitera o mesmo a perspectiva de um ativismo judicial de criatividade. Para o referido Ministro do STF, o seu bloco de

constitucionalidade, seguindo, aliás, a sua metodologia interpretativa, corporifica-se nas decisões da jurisdição constitucional.

O Ministro aqui em estudo 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” (GRAU, ADI nº 3510, p. 1), isto é, o fator histórico, o intérprete deveria ter sempre em vista a compreensão de duas dimensões, quais sejam, a textual e normativa, sob as quais, em um processo de interpretação, identifica-se o juiz atuando no aspecto construtivo do normativo.

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 citado voto há, pois, um binômio, no qual se verifica uma postura de *phronesis* contra uma perspectiva de ativismo judicial de criatividade - bloco de constitucionalidade.

2.3.2 Ministro Cezar Peluso

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. Nesse sentido, por mais que se enquadre nos votos dissidentes, sob o qual se identifica o pleito de uma complementação legislativa, este 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, o mesmo desconstitui, por diversas vezes, as alusões correntes a questões religiosas, políticas ou mesmo filosóficas que cerceiam o tema. Em alguns momentos chega, inclusive, a ironizar a discussão em torno das teorias de início da vida ou, ainda, do método de fertilização *in vitro*. Nesse sentido, *verbis gratia*:

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**. (grifamos) (PELUSO, ADI n°3510, p. 28 e 34)

Mesmo diante de tal postura essencialmente conservadora, contudo, 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 esse uma política da *Constitution itself*⁸, sob a qual o jurista, embora pareça mais conservador no sentido em que prega a aplicação da Constituição, mostra-se, ao mesmo tempo, ativista, vez que se utiliza da interpretação conforme a Constituição para desdobramentos não previstos pela lei e correlatos a uma atuação política.

Embora carregue em si grande caráter conservador ou mesmo normativamente atrativo⁹, o voto do Ministro Cezar Peluso, também pode ser considerado ativista em virtude de uma ação tendente a expansão da autoridade judiciária de julgamento de um caso, ainda que em abstrato. Expondo uma lista de afazeres legislativos que encontram justificativa no corpo constitucional, o Ministro assume, assim, postura ativista, mesmo que aja, novamente, conforme a Constituição.

2.2.3 Ministro Ricardo Lewandowski

A discussão acerca do início da vida, por mais que tenha sido vangloriada até o momento como objeto de estudo da sociedade e, principalmente de entes políticos, emerge no voto do Ministro Lewandowski não apenas como ponto de partida a um estudo mais cuidadoso acerca do tema que se propõe, mas, sobretudo, verdadeiro posicionamento que norteia toda a sua argumentação em prol de uma verdadeira revisão legislativa da norma. Mais do que o papel do jurista diante da norma, o Ministro transcende a posição de imparcialidade, adotando, para tanto, uma postura ativista de filiação a caracteres extrajudiciais de natureza essencialmente política.

Conquanto por vezes possa parecer que o Ministro se fixa em uma interpretação sistemática do ordenamento e que, assim, o mesmo estaria

⁸ Chemerinsky (SMITH, 2002-2003)

⁹ Nós 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. (“we finally drop the hypocrisy of turning a blind eye to activism that produce results that we find normatively attractive while condemning activism the produce results we oppose.”) (SMITH, 2002-2003, p. 58)

agindo de forma conservadora e até certo ponto próxima à noção do juiz do Estado de direito, a definição da dignidade da pessoa humana como um postulado normativo, que impõe significação a outras normas, incita, na verdade, uma postura ativista pelo mesmo. É partindo de tal perspectiva que trata este de expandir o mérito a uma questão de regularização legal das pesquisas de manipulação. Vale dizer, visando à garantia dos preceitos auferidos do princípio da dignidade da pessoa humana, seria necessário um estudo legal das pesquisas com células-tronco embrionárias. Assim dispõe:

Entendo que o fulcro da discussão, ora submetida a esta Suprema Corte, **não** se restringe **meramente ao estatuto jurídico** do embrião gerado *in vitro* ou das células-tronco que dele podem ser extraídas, devendo abranger, para muito além desse estreito horizonte, a **disciplina das pesquisas** genéticas e das ações e todos os seus protagonistas, [...] tendo como parâmetro a dignidade humana, enquanto valor fundante do texto Constitucional. (grifamos) (LEWANDOWSKI, ADI n° 3510, p. 32)

O ativismo ora vangloriado deve ser analisado, importa notar, sob um dos modelos analisados na obra de Marshall. Na real iminência de uma não contraprestação do Legislativo, o Ministro Lewandowski assume a postura de legislador tendo como norte o remediar de tal omissão. É, pois, forma de ativismo remediador, tal qual traduzira o autor aqui citado.

Configurando-se como uma das formas mais bruscas de ativismo, este requer um frontal monitoramento das instituições governamentais. Como não se tem a resposta esperada – enquanto mora e não apenas enquanto desejo – do Legislativo, transfere-se a responsabilidade ao jurista que, agora, passa a ter a tarefa de não apenas consertar o vácuo legiferante, mas, sobretudo, de oferecer o adequado remédio a problemática.

De certo, é sob a égide do legislador e não do juiz que se guia o voto do Ministro Cezar Peluso. Apresentando caracteres próprios da prática legislativa, tal qual a previsão das possíveis conseqüências e a inclusão de aspectos da moralidade coletiva, este, pela inexistência de norma reguladora, aproxima para si o papel do legislador.

2.2.4 Ministro Gilmar Ferreira Mendes

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, quais sejam: o ativismo contra-majoritário (*counter-majoritarian activism*), 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, de modo claro, em diferentes passagens ao longo do voto do Ministro Gilmar Mendes, sempre recorrendo ao pensamento de autores identificados com o (novo) constitucionalismo e o pós-positivismo e, deste modo, críticos da identificação da democracia com a premissa majoritária¹⁰. Neste sentido, assevera o Min. Gilmar Mendes:

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 contrapostos. [...]

[...] Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. (MENDES, ADI nº 3510, p. 02)

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” (MENDES, ADI nº 3510, p. 5). Em síntese, a Corte Suprema não se encontra constrangida, segundo esse entendimento, pelas decisões provenientes dos poderes democraticamente eleitos, podendo, 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”.

Com relação ao ativismo em sua dimensão *jurisdicional*, com apoio no voto do Ministro Gilmar Mendes, cabe destacar a revisão dos limites e

¹⁰ Robert Alexy e Ronald Dworkin, por exemplo.

das competências da jurisdição constitucional para a apreciação e decisão de casos políticos e morais profundamente controversos. O Ministro Gilmar Mendes assume uma postura ativista no sentido acima ao criticar, por exemplo, o “dogma kelseniano” (MENDES, ADI nº 3510, p. 32) 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. Cabe ressaltar que idêntica argumentação foi utilizada pelo Ministro em outros importantes casos, como o da cláusula de barreira, citado no primeiro capítulo do artigo. Neste sentido, argumenta o Ministro:

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. (MENDES, ADI nº 3510, p. 35)

Deste modo, a estratégia de justificação empreendida pelo Ministro Gilmar Mendes com relação às sentenças de perfil aditivo objetiva redefinir, de um ponto de vista hermenêutico, “os limites jurisdicionais” do próprio poder do STF¹¹, permitindo, assim, que o tribunal corrija, modifique ou complemente o conteúdo normativo das leis democraticamente estabelecidas.

Marshall 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” (MARSHALL, 2002, p. 104). No presente caso, de fato, o Ministro Gilmar Mendes não cria novas teorias 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. Neste ponto é importante destacar a utilização e aplicação, com apoio nas reflexões éticas de Hans Jonas, do “princípio responsabilidade” à interpretação constitucional, assim como o princípio de “proibição de proteção insuficiente” (Konrad Hesse) ou “imperativos de tutela” (Claus-Wilhelm

¹¹ MARSHALL, 2002, p. 104.

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”.

A representação argumentativa encontra-se intimamente relacionada com a temática acerca da legitimação e da 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” (ALEXY, 1999, p. 66), 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 sociedade civil¹² e o método da ponderação, este último aperfeiçoado analiticamente¹³, constituiriam a fundamentação racional para a representação argumentativa que, por sua vez, competiria 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 Robert Alexy, 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” (ALEXY, 2005, p. 100), enquanto que 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.

¹² Por exemplo, na qualidade de *amici curiae* e na participação em audiências públicas sobre temas controvertidos na sociedade.

¹³ ALEXY, 2003.

Duas são as condições fundamentais para uma “verdadeira representação argumentativa” (ALEXY, 2005, 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 – que estejam dispostas e sejam 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 epistêmica e moral sobre a representação baseada em eleições, negociações e barganha política. Neste sentido, conclui Robert Alexy:

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 (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 jurisdicional 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 do jusfilósofo alemão. 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 Gilmar Mendes, 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

¹⁴ **Jornal O Valor Econômico**, 09/06/2008, disponível em: <http://www.valor.com.br>.

receberia todo o tipo de argumentos, razões e de 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 esta 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 3.510 (p. 1-2). No início do voto, refere-se ao STF como “um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas”. 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”¹⁶, com fundamento nas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Com apoio expressamente na tese sobre a representação argumentativa, o Min. Gilmar Mendes assevera:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos 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..(grifamos) (MENDES, ADI n° 3510, p.3-4)

¹⁵ **Jornal O Valor Econômico**, 09/06/2008, disponível em: <http://www.valor.com.br>

¹⁶ *Idem*, p. 02.

Segundo o presidente do STF, o debate democrático 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 seu artigo 5º. O debate “democrático” permanece e se intensifica, como se fosse um “terceiro turno” de deliberação e votação, no âmbito do STF com a “nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma jurisdição Constitucional” (MENDES, ADI n° 3510, p. 5). Neste momento, 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” (MENDES, ADI n° 3510, p. 18). Este 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 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. (MENDES, ADI n° 3510, p. 2)

Diferentemente do Ministro Gilmar Mendes, no presente caso, o Ministro 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 majoritária¹⁷, percebe-se a

¹⁷ Sobre a distinção entre democracia majoritária e democracia constitucional, com forte defesa desta, confira: DWORKIN, Ronald. “A leitura moral e a premissa majoritária”. In:

seletividade do tribunal na definição de quais temas serão abertos à participação da sociedade civil em audiências públicas. Nos casos sobre a cláusula de barreira¹⁸ e a fidelidade partidária¹⁹, 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 Supremo Tribunal Federal no importante caso sobre a greve dos servidores públicos civis²⁰, oportunidade na qual também poderia ter sido realizada uma audiência pública com ampla participação da sociedade civil e dos segmentos corporativos interessados. Neste sentido, podemos concluir que, de um modo altamente seletivo, alguns temas escolhidos pelo tribunal dão ensejo a uma concepção alargada de acesso à justiça²¹, enquanto que outros não.

Por último, cabe destacar a quarta dimensão do ativismo judicial desempenhada pelo Ministro Gilmar Mendes, qual seja: o ativismo remediador. O ativismo remediador 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 requisito fundamental 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 no sentido supramencionado, ao estabelecer obrigações positivas (que envolvem recursos financeiros) que devem ser concretizadas pelo Poder Executivo.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 01-60.

¹⁸ ADI nº 1351-3 e ADI nº 1354-8.

¹⁹ MS nº 26602, MS nº 26603 e MS nº 26604 (STF) e Resolução nº 22526 (TSE).

²⁰ MIs 670, 708 e 712 (STF).

²¹ Cf. SOUZA JÚNIOR, J. G. et al. Por uma concepção alargada de acesso à justiça. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 90, Edição Especial, Abril/Maio 2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm.

Conclusão

Mais do que utilizar indiscriminadamente os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, o presente artigo buscou delimitar precisamente tais construções, com o escopo de adequá-las à compreensão da realidade brasileira. Deste modo, através do recurso a distintos autores estrangeiros e nacionais, a preocupação inicial era estabelecer marcos teóricos que permitissem um uso não apenas retórico de tais conceitos.

A escolha por tal método se ampara na tese de que o ativismo judicial é categoria fundamental para compreender a atuação e relevância social do STF, especialmente após as profundas mudanças da Corte, decorrentes da renovação do tribunal no início do governo Lula. Sem tal conceito, não se podem perceber as nuances e transformações do novo modelo de jurisdição constitucional atualmente em construção no Brasil. Projeto protagonizado e intensificado pelo atual presidente do STF, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que almeja a partir de inspiração européia, especialmente germânica, afirmar a centralidade do STF na esfera pública brasileira.

Somente através de um refinamento metodológico, com a apurada construção de um conceito de ativismo afeito à realidade nacional, resta possível compreendê-lo em seus diversos aspectos, como no estudo de caso abordado. Não se pode analisar apenas materialmente o ativismo, levando-se em conta somente os “resultados” determinados. Deve-se atentar também para os limites da discussão empreendida pelo Supremo Tribunal Federal, para o ativismo formal aí muitas vezes escamoteado. Com efeito, como no presente julgamento, muitas vezes decisões substancialmente não ativistas transferem para o Judiciário a decisão sobre temas que, jurídica e politicamente, competem à sociedade civil e aos poderes democraticamente eleitos, atentando contra a ainda recente ordem democrática brasileira. Tal procedimento permite que um projeto de lei democraticamente debatido e quase unanimemente aprovado no Legislativo recaia na chancela do Supremo, sendo “reavaliado” pelo tribunal. Mesmo sem ser substancialmente ativista, a própria natureza da análise empreendida já revela concepções de política e atividade jurisdicional profundamente temerárias para a estabilidade democrática pátria.

Referências

ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”. In: ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos constitucionales**. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

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.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. **Ratio Juris**, v. 16, nº 4, 433-449, dez. 2003.

BASILE, Juliano. **Para Presidente do STF, tribunal supre deficiências do Legislativo**. 09/06/2008. Disponível em: <http://www.valor.com.br>. Jornal O Valor Econômico.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CASTRO, Marcos Faro. *O STF e a judicialização da política*. Revista **Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, junho de 1997.

DWORKIN, Ronald. “A leitura moral e a premissa majoritária”. In: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 01-60.

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

MARSHALL, Willian. **Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism**. Publicado pela University of Colorado Law Review, 2002. Acessado em 02 de outubro de 2008 in: <http://ssrn.com/abstract_id=330266>.

SMITH, Stephen F. **Taking lessons from the left?:** judicial activism on the right, *The Georgetown Journal of law and Public Policy*, n° 58, 2002-2003.

SOUZA JÚNIOR, J. G. et al. Por uma concepção alargada de acesso à justiça. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Edição Especial, Abril/Maio 2008. Disponível em: <[http://: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)>.

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

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: constitutional politics in Europe.** New York: Oxford University Press, 2000.

TATE, C., VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power.** New York University Press, New York, 1997.

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

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Cadernos CEDES**, Rio de Janeiro, n. 8, p. 01-71, Dez. 2008.