



Pedro Gonçalo Ventura Alves de Souza

**UM GUARDIÃO (QUASE) SILENCIOSO: uma análise do
papel que o STF julga ter na separação de poderes a
partir de algumas decisões sobre direitos
fundamentais**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público –SBDP,
sob a orientação da Prof^a
Maria Isabela Meloncini.**

SÃO PAULO

2015

Resumo: A monografia discute como o STF lida com a questão de seu papel na separação de poderes em alguns casos paradigmáticos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração. Existem apontamentos da doutrina sobre a existência de ativismo judicial, muitos questionando a legitimidade deste protagonismo assumido por um poder não eleito, e sobre a legitimidade da própria existência do controle de constitucionalidade. Diante desse quadro teórico, busco analisar, a partir de decisões selecionadas, qual papel o STF julga ter na separação de poderes e, partindo da hipótese de que a jurisprudência estaria marcada por uma “retórica do guardião entrincheirado”, isto é, pela invocação constante da ideia de que a corte tem legitimidade para tomar suas decisões por ter a missão quase messiânica de guarda da Constituição contra ataques de outros poderes, avaliar se tal fenômeno é verificável nos casos. Como resultado, aponto que, mesmo nesses casos paradigmáticos, os ministros do STF pouco discutem o papel da instituição na separação de poderes. Concluo que, nas raras vezes em que surgiu a discussão sobre o papel da corte, de fato foram invocados papéis que relacionam a legitimidade do STF com a guarda do Direito Constitucional. Por fim, também concluo que todos os ministros que invocaram argumentos relacionados à ilegitimidade do STF para tomar uma dada decisão por conta de seu espaço na separação de poderes em um caso acabam por se contradizerem em outros, o que sinaliza um possível uso retórico do argumento de incompetência da corte.

Acórdãos citados: ADI 3112; ADI 3330; ADI 3510; ADI 4274; ADPF 54; ADPF 130; ADPF 132; ADPF 187; HC 82959; RE 201819; RE 389808; RE 407688; RE 511961.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; separação de poderes; legitimidade de cortes constitucionais; direitos fundamentais de primeira geração; interpretação constitucional; retórica.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à minha orientadora, Maria Isabela Meloncini, que foi, mais do que uma corretora crítica e diligente de cada passo deste trabalho, uma interlocutora valiosíssima, sem quem as reflexões desta monografia não existiriam da forma que existem. Agradeço à sua disponibilidade, acompanhamento e por me tranquilizar em todos os momentos de dúvida.

Agradeço a Guilherme Klafke pelos valiosos comentários durante a banca de qualificação (03/12/15) e o desenvolvimento final da pesquisa.

Agradeço também a Conrado Hübner Mendes por todo o apoio acadêmico a este projeto, desde seu auxílio no processo seletivo da Escola de Formação ao fornecimento do *paper* que serviu de base para este trabalho.

Agradeço à coordenação da Escola de Formação, nas figuras de Bruna, Fernanda, André e Yasser, por todo o apoio dado ao longo do curso e, em especial nos últimos momentos de desenvolvimento da monografia.

Agradeço a todos os amigos e amigas da EF 2015 por todos os profícuos debates realizados ao longo do ano, pelas críticas feitas a versões iniciais do projeto e por compartilharem comigo a doce dor de escrever o primeiro trabalho acadêmico.

Agradeço aos meus amigos João Henrique D´Ottaviano, João Pedro Lemme, Gianluca Smanio e Marina Meira não só pelo apoio ao longo do processo, mas por revisarem versões anteriores ao projeto.

A lista de agradecimentos cresceu muito na etapa final da pesquisa com a crescente dificuldade de finalizar esse projeto por circunstâncias externas ao trabalho. Por todos os conselhos e apoio moral e técnico agradeço especialmente a Bruna Pretzel, Yasser, Fernanda, André, Eduardo Henrik Aubert, Juliana Soares, Laura Miyazaki e a Rodrigo Bastos.

Agradeço especialmente por me tranquilizarem nos meus maiores momentos de crise com a pesquisa e com a vida a Ana Laura Barbosa, Mariana Marques Rielli e Heloisa Bianchini.

Agradeço especialmente à Heloisa por toda a ajuda com a pesquisa e todas as conversas em momentos de crise com a faculdade, a vida, o universo e tudo mais ao longo do ano. Tomara que finalmente possamos jogar aquela partida de Magic que você está me devendo há meses!

Por fim, agradeço à toda minha família pelo apoio moral dado ao longo do projeto. A meus pais, Rosana e Sergio, agradeço especificamente pela ajuda com o desenvolvimento e revisão do trabalho. À minha irmã, Marina, agradeço pelo apoio e pelo fornecimento de chocolate e sorvete em todas as (muitas) vezes que foi necessário. Agradeço, por último, mas sem menor importância, a meus avós, Pedro Gonçalo e Gracinda, por todo o amor, carinho e pelo eterno financiamento da minha educação. Sem vocês todos, eu não estaria onde estou hoje.

Sumário

Introdução.....	7
1. Apresentação do objeto e justificativa do tema.....	8
1.1 O pano de fundo teórico do tema: a questão da legitimidade do poder judiciário frente ao parlamento. Ou, afinal, quem define o conteúdo dos direitos fundamentais?.....	8
1.2 Direitos fundamentais de primeira geração e separação de poderes..	13
Capítulo I – Metodologia.....	19
1.Método de escolha dos casos: Afinal, o que são casos paradigmáticos?..	19
2. Conceitos prévios.....	29
2.1 Menção expressa ao papel do STF na separação de poderes.....	29
2.2 Criação normativa.....	30
2.3 Existência de argumentação baseada em direitos fundamentais.....	31
3. Método de análise dos acórdãos.....	32
4. Estrutura do trabalho.....	34
Capítulo II - Análise geral das menções expressas ao papel da corte.....	36
1. As menções expressas ao papel do STF em números.....	36
2. Classificação de papéis levantados pelos ministros.....	37
2.1 Papéis característicos da retórica do guardião entrincheirado.....	38
2.2 Papéis característicos de limites impostos pela separação de poderes.....	45
3. A resposta ao problema das múltiplas vozes.....	49
Capítulo III – Analisando dois extremos: casos sem menções e casos com elevado número de menções.....	51
1. A presunção de legitimidade e a última palavra sobre sentido e alcance da Constituição.....	51

2. Análise cruzada dos casos desviantes.....	54
2.1 Análise comparativa entre os casos.....	54
2.2 O papel subsidiário.....	57
Capítulo IV – O argumento de ilegitimidade da corte.....	59
1. A coerência do argumento de ilegitimidade do STF.....	59
Comentários Conclusivos.....	66
Bibliografia.....	69
Anexos.....	71

Introdução

Esta monografia busca contribuir para a resposta de qual seria o papel que o Supremo Tribunal Federal julga ter na separação de poderes. Porém, adianto que a escolha dos casos a serem estudados não permite uma resposta completa dessa questão, pois responder de maneira mais completa esse questionamento envolveria analisar toda a jurisprudência de um dado período.

Seria necessário analisar não apenas um tipo específico de caso e estudar não apenas o resultado, mas os argumentos utilizados e as afirmações feitas sobre separação de poderes de todo o período. Além disso, diferentes tipos de casos podem demonstrar que a corte considera exercer ou exerce¹ papéis distintos. Posso, por exemplo, concluir que a corte invoca para si a tarefa de ser um cruzado em defesa do que seria a vontade da Constituição em casos de direitos fundamentais e em casos envolvendo equilíbrio federativo ela se considera ser um mediador de conflitos e se comporta desta forma. Em suma, não existe um papel estanque que o STF assume para si ou exerce. Isso, por um lado, dificulta a tarefa de compreender o que o STF considera ser seu papel (ou qual é o seu papel) na separação de poderes, mas, por outro, permite uma compartimentalização do problema, dado que diferentes respostas complementares podem surgir da análise de casos distintos.

Fiz recortes ao longo desse trabalho para viabilizar a realização da pesquisa. Isso faz com que as conclusões desse trabalho digam respeito primariamente apenas aos casos que analisei. Acredito que algumas das conclusões – advindas da análise cruzada dos casos – podem ser universalizadas para outros casos com tema de direitos fundamentais de primeira geração, mas a análise de mais casos também pode falseá-las.

¹ Digo exercer ou exerce porque uma pesquisa pode se propor tanto a analisar o discurso que o STF diz de si mesmo quanto se propor a analisar seu real impacto. O presente trabalho, como ficará claro ao longo do texto, tem natureza intermediária e apresentará uma análise discursiva conjugada com alguns aspectos da prática da corte.

Porém, essas limitações não fazem com que essa pesquisa seja irrelevante. Argumentarei que através do recorte realizado consegui captar uma imagem do papel que o STF considera ter na separação de poderes, ao menos em casos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração. Este é um trabalho exploratório cuja grande virtude foi justamente basear a construção de conclusões sobre o papel do STF no estudo de alguns dos casos mais impactantes de sua jurisprudência entre os anos de 2005 e 2012. Além da apresentação do que o STF diz sobre o seu papel, este trabalho tem a pretensão de analisar o que é dito pelos ministros e relacionar isso com as decisões tomadas nos casos estudados. Em outras palavras, mais do que um estudo sobre o discurso do STF sobre seu próprio papel, este trabalho busca relacionar o discurso com alguns aspectos da prática decisória da corte.

Nesta introdução, primeiramente apresentarei a justificativa teórica do tema (1.1), justificarei a minha escolha por casos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração (1.2) e apresentarei a pergunta de pesquisa, sub-perguntas e a hipótese de que parti (1.3).

1. Apresentação do objeto e justificativa do tema

1.1 O pano de fundo teórico do tema: a questão da legitimidade do poder judiciário frente ao parlamento. Ou, afinal, quem define o conteúdo dos direitos fundamentais?

Dois debates teóricos distintos acerca do controle de constitucionalidade por vias judiciais² (ao que me referirei pela expressão de revisão judicial) motivaram a escolha por estudar o que o STF tem a dizer sobre seu papel na separação de poderes. Não tenho aqui a pretensão nem de expor todos os autores que se filiam a uma ou outra corrente desses debates e nem de apresentar e desenvolver de maneira exaustiva os

² Não faço aqui a distinção entre controle concreto e abstrato apesar de tais variáveis institucionais serem relevantes para determinar o grau de ingerência que o Poder Judiciário pode ter sobre decisões do Poder Legislativo. Escolhi apresentar os debates teóricos de maneira abstrata porque o que é relevante são limites impostos pela separação de poderes à atuação do Poder Judiciário em abstrato.

argumentos sobre o tema. Fazer uma coleta bibliográfica ampla e discutir os desdobramentos desses debates fugiria do escopo dessa pesquisa³, pois não proponho discutir qual o papel ideal para o Poder Judiciário (e especificamente para o STF) na separação de poderes, mas sim **qual papel o próprio STF considera ter na separação de poderes** e se há coerência desse discurso com os votos dos ministros nos casos analisados. Feitas as devidas ressalvas, apresentarei brevemente esses dois debates.

Em primeiro lugar, existe um debate internacional acerca da legitimidade da própria existência da revisão judicial⁴. Seria legítimo que um corpo de juízes não eleitos decidisse sobre o sentido último da Constituição? Seria legítimo que esse mesmo corpo expurgasse leis aprovadas legitimamente por parlamentos democraticamente eleitos? Diferentes respostas teóricas surgiram a essas perguntas.

Dentre os argumentos favoráveis à legitimidade das cortes a despeito do fato de juízes serem, via de regra, não eleitos, destaca-se a ideia de que cortes protegeriam pré-condições da democracia, salvaguardando os direitos fundamentais e o conteúdo mínimo de justiça do regime democrático. A corte também seria legítima por proteger os direitos das minorias contra a “tirania da maioria” e seria um agente externo ao Poder

³ Dito isso, apresentarei algumas referências sobre esse debate, especialmente por serem úteis àqueles que desejam se aprofundar no tema. Assim, deste ponto até o fim desta introdução ao utilizar o termo “corte” ou “cortes” me referirei genericamente a uma instituição que tem poder de dizer, em última instância, se algum ato estatal está em conformidade ou desconformidade com a Constituição.

Também me referirei a “corte” como um sinônimo de STF. Contudo, ficará claro pelo contexto quando eu o fizer.

Para uma coletânea dos argumentos utilizados na defesa e no combate da legitimidade da revisão judicial, consultar:

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69-104.

⁴ No debate acerca da legitimidade da revisão judicial destaca-se o debate entre Dworkin, defensor da legitimidade das cortes, e Waldron, um crítico da revisão judicial.

Para uma reunião dos principais argumentos de Waldron, consultar:

WALDRON, Jeremy. The Core Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v.115, 2006.

Para uma exposição mais completa de suas ideias:

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford Press, 1999.

Para uma descrição do debate entre Dworkin e Waldron acerca da legitimidade das cortes, consultar:

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008.

Legislativo que julga com imparcialidade, pois o legislador seria incapaz de julgar a si mesmo⁵.

Aqueles que contestam a legitimidade das cortes são menos otimistas com as capacidades institucionais destas. A corte não protegeria a democracia, pois não está fora da política. Tampouco protegeria direitos das minorias. Moralmente é contestável que se protejam direitos de minorias, pois não existiria algo imediatamente tirânico em uma minoria ser derrotada, ainda que repetidas vezes. Essa corrente indica que pode existir desacordo moral razoável sobre o conteúdo dos direitos e, nessas situações, por que não deveria prevalecer a vontade da maioria⁶? Também seria empiricamente falsa a ideia de que a corte pode proteger direitos de minorias contra a maioria, pois uma maioria consistente pode facilmente reverter uma decisão judicial pela via parlamentar⁷.

Além do debate acerca da própria legitimidade da revisão judicial, há ainda um segundo grupo de críticas à atuação do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, que diz respeito a ações particulares adotadas por cortes que são consideradas fora do escopo de atuação permitido pela separação de poderes: é essa a literatura sobre o fenômeno do "ativismo judicial"⁸. Esse tipo de literatura parte do pressuposto de que existiria um papel original de uma corte que teria sido expandido e considera-se esse processo como algo neutro, positivo ou negativo.

No Brasil, com o crescente protagonismo do STF em questões politicamente controversas e a aparente superação pela corte da limitação

⁵ Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69-76.

⁶ Há inclusive quem argumente que direitos constitucionais devem ser objeto de discussão parlamentar e não vistos como limites para a atividade normativa do Estado. Seria benéfico para a própria democracia que direitos constitucionais fossem objeto de constante debate político para que se renove na comunidade política a definição do que são direitos.

Cf. BELLAMY, Richard. *Democracy as Public Law: The Case of Constitutional Rights*, *German Law Journal*, n. 14, 2013. Disponível em:

<<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1542>>

⁷ Cf. Mendes, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91- 103.

⁸ A título de exemplo desse tipo de literatura, consultar:

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>

VILHENA, Oscar. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-463, jul./dez. 2008.

de apenas ser um “legislador negativo”⁹ para a produção de normas por meio de decisões judiciais¹⁰, surgiu a intuição de que o STF estaria fazendo algo distinto do originalmente pensado pelo constituinte e, com isso, também se tornou relevante o estudo do fenômeno do ativismo judicial.

Nesta seção busquei apresentar brevemente dois debates teóricos distintos, mas intimamente ligados. Fiz isso com o intuito de demonstrar que existem desavenças na teoria constitucional quanto à legitimidade da própria existência do controle judicial de constitucionalidade e há preocupações quanto aos limites do poder da corte e o fenômeno do chamado “ativismo judicial”, mas sem o compromisso de levantar de maneira exaustiva os argumentos invocados pelos participantes de tais debates. Como já ressaltai anteriormente, reconstruir esse debate de maneira completa seria uma tarefa complexa que fugiria do escopo deste trabalho¹¹.

Levando em conta esse contexto de críticas aos poderes de cortes, surge uma questão: por que desse pano de fundo teórico surge a necessidade de uma agenda de pesquisa sobre o papel que o Supremo Tribunal Federal considera ter na separação de poderes?

Torna-se relevante estudar o que o STF diz sobre seu papel porque o modo como os juízes decidem está relacionado à visão que eles têm sobre o papel que devem cumprir¹². Conseqüentemente, existe, teoricamente¹³, uma relação entre o que juízes pensam sobre a legitimidade de suas ações em face do princípio da separação de poderes e o resultado final das decisões que tomam.

⁹ Conforme aponta Oscar Vilhena, a ideia de “legislador negativo” foi idealizada por Kelsen como uma barreira ao poder de cortes constitucionais, que estariam limitadas a retirar normas do ordenamento jurídico e nunca criar normas novas.

Cf. VILHENA, Oscar. *Supremocracia. Revista Direito GV*, n. 8, p. 454, jul./dez. 2008.

¹⁰ Nesse sentido:

VILHENA, Oscar. *Supremocracia. Revista Direito GV*, n. 8, p. 454, jul./dez. 2008.

¹¹ Caso o leitor deseje se familiar com os termos precisos dos debates, recomendo a leitura das obras indicadas nas notas de 3 a 9.

¹² Agradeço a Guilherme Klafke por essa observação.

¹³ Digo teoricamente porque isso pode se provar falso caso o juiz se utilize instrumentalmente de argumentos de incompetência, estendendo o que considera ser os limites de seu poder em certos casos e retraindo em outros sem apresentar justificativa.

Além disso, não podemos nos esquecer de que a Constituição atribui ao STF inúmeras competências¹⁴, mas não define claramente quais são os limites de sua atuação, de maneira que o papel da corte em relação às outras instituições é moldado, em certa medida, pelo que o próprio tribunal considera ser seu papel e seus limites.

Por conta desses motivos, torna-se relevante estudar o que o STF diz sobre seu próprio papel na separação de poderes, dado que isso pode ajudar na compreensão do resultado final de suas decisões e, caso a corte seja consistente e reitere os limites à sua atuação, é possível ter alguma noção de como a corte lidará com casos futuros.

Por outro lado, creio ser necessário nesse tipo de pesquisa **comparar o discurso (o que é dito) com a prática (o que é decidido)** para que se possa ter dimensão da consistência dos limites que a corte invoca. Se a pesquisa se limitasse a descrever o que a maioria dos ministros diz em um caso e comparar com o que é dito em outros casos poderia até ser possível comparar a consistência do que é dito em diferentes casos, mas não seria possível averiguar se os ministros invocam um determinado papel e decidem o caso de uma forma consistente com o que é dito. Esse tipo de análise envolve, em certa medida, a definição de alguns conceitos prévios sobre os resultados que os casos podem chegar e isso pode parecer excessivamente subjetivo, dado que há a inserção de conceitos exógenos na análise dos casos. Contudo, não vejo problema nisso desde que o analista utilize a mesma lente em todos os casos e reconheça que esse resultado particular é mais frágil e pode ser contestado no plano normativo pela discordância em relação aos conceitos adotados.

¹⁴ Sob a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal possui inúmeras prerrogativas que vão desde o julgamento de ações de controle de constitucionalidade (art. 102, I, a) ao julgamento das ações contra o Conselho Nacional do Ministério Público e contra o Conselho Nacional de Justiça (art. 102, I, r). Diante de um número gigantesco de funções, não é difícil concluir naturalmente que o STF tem prerrogativa jurídica de julgar em última instância qualquer caso envolvendo direitos fundamentais. Por isso, é pouco frutífero discutir per se o que a Constituição afirma que a corte pode ou não pode fazer, sendo muito mais interessante discutir os freios que os próprios ministros consideram existir em razão de sua relação com outros órgãos do Poder Judiciário, bem como com os outros dois poderes (e em especial com o Legislativo), pois são estes limites autoimpostos que determinam de fato o que o STF se vê capaz de decidir.

Abordarei os conceitos prévios que adotei para valorar o resultado das ações quando tratar da metodologia do trabalho (Capítulo I). Explicitada escolha do tema da separação de poderes, passo agora a me dirigir à questão da escolha dos casos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração como enfoque do trabalho.

1.2 Direitos fundamentais de primeira geração e separação de poderes

Argumentarei agora porque a análise de casos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração é um recorte particularmente conveniente para essa pesquisa e pode revelar informações relevantes sobre a auto percepção dos limites institucionais do STF. Antes disso, contudo, é necessário explicitar o que congrego na categoria *direitos fundamentais de primeira geração*.

Adoto nesse trabalho a ideia de que os direitos fundamentais de primeira geração dizem respeito aos direitos que garantem ao indivíduo um espaço de atuação livre da ingerência estatal (liberdade negativa ou liberdades públicas) e aos direitos políticos. São exemplos tradicionais dessa categoria de direitos a propriedade, a liberdade de expressão, de imprensa e a liberdade de reunião¹⁵. Também entendo pertencerem a essa categoria o direito de igual tratamento perante a lei (isonomia)¹⁶ e outros direitos menos óbvios que também se relacionam à limitação da atuação do Estado no campo do poder punitivo, como o direito à individualização das

¹⁵ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da, " A Evolução dos Direitos Fundamentais". *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 6, 2005, p. 547 e 548.

¹⁶ Apesar da turbulenta história da igualdade de direito no plano dos direitos políticos, as declarações liberais de direitos já traziam desde o primeiro momento a igualdade dos homens perante a lei, por isso enquadro tal categoria na primeira geração de direitos fundamentais.

Um exemplo disso é a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que trazia em seu artigo 6º a ideia de que a Lei é expressão da vontade geral e aplica-se a todos. In verbis:

"Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. *Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.*" (grifo nosso).

penas, por exemplo. São, em suma, direitos que limitam a atuação do Estado sobre os particulares¹⁷.

Feito esse esclarecimento conceitual, passo à explicação do porquê olhar especificamente para casos que envolvam esses direitos se levarmos em conta que todo e qualquer caso relacionado a direitos fundamentais (e casos de controle concentrado de constitucionalidade em geral, ainda que não envolvam direitos fundamentais) suscita questões relacionadas à legitimidade do STF. Um argumento possível para essa escolha é o limite de tempo: o porte desta pesquisa não me permite analisar um conjunto grande de decisões. Outro argumento seria uma coincidência causal entre casos paradigmáticos e esse tipo de direito¹⁸: muitos casos importantes do STF são sobre direitos fundamentais de primeira geração (aborto de anencéfalos, uniões estáveis homoafetivas etc.). Contudo, estes argumentos não são os principais para justificar o recorte temático. Existe um argumento relacionado a peculiaridades desses direitos que justifica porque analisar esses casos é relevante *per se* para a compreensão do que o STF considera ser seu papel na separação de poderes.

Considero que em casos que envolvem direitos fundamentais de primeira geração há um atrito entre os poderes que é particularmente elevado em face da questão da legitimidade justamente por dizerem respeito ao tema da definição do que o Estado e o direito podem fazer aos particulares dadas as limitações impostas por tais direitos (direitos individuais). Entendo que este tema marcou, de forma mais profunda do que qualquer outro, o debate sobre a legitimidade das cortes constitucionais. Afinal de contas, uma das justificativas mais comuns à legitimidade das cortes constitucionais está relacionada à proteção de minorias políticas em face de uma tirania da maioria, enquanto é argumento comum na posição contrária a noção de que apenas órgãos com

¹⁷ Essa é apenas uma formulação geral. Obviamente alguns direitos fundamentais de primeira geração demandam ação estatal. Exemplos disso são a preservação da segurança e da vida.

Além disso, a própria ideia de isonomia envolve ação estatal. Não é comum que alguém que faça uma reivindicação de igual tratamento deseje que ninguém tenha um direito previsto a alguns, mas sim que a proteção estatal ou o direito também proteja o reclamante.

¹⁸ Não ignoro que a definição de caso paradigmático é uma tarefa complexa. Explorarei melhor o tema ainda no capítulo I quando discutir a metodologia de seleção dos casos.

pedigree democrático (como o Poder Legislativo) podem definir o que é o direito constitucional e o quanto os particulares são protegidos por eles dada a existência de desacordos morais razoáveis sobre direitos fundamentais. Em suma, o debate sobre legitimidade das cortes constitucionais está marcado pela ideia de contenção à ação das majorias políticas em face da existência de direitos fundamentais, que é tipicamente relacionada à primeira geração de direitos fundamentais¹⁹.

Além disso, considero que o estudo do papel que o STF considera ter a partir de suas principais intervenções no campo dos direitos fundamentais de primeira geração seja um recorte particularmente interessante para o estudo do tema da separação de poderes justamente em função do argumento relacionado a desacordos morais razoáveis. A exigência de explicar a legitimidade da intervenção da corte, parece-me, a priori, mais elevada nesse tipo de caso do que na maior parte dos casos apresentados ao STF, pois considero que conflitos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração não existem apenas porque uma maioria política oprime uma minoria. Existem discordâncias morais razoáveis sobre o que o indivíduo pode ou não pode fazer em Estado Democrático de Direito; conflitos sobre quanto de peso deve-se dar à proteção das liberdades individuais em função de outros valores que também são importantes para a sociedade e tutelados pela Constituição. Tais conflitos fazem com que o STF entre em um campo que está relacionado a escolhas do legislador em privilegiar um ou outro valor na definição do Direito e parecem despertar maiores possibilidades de conflito entre corte e parlamento.

Em suma, ao analisar os casos paradigmáticos em que o STF esteve em tensão com outros poderes e definiu²⁰ quais os limites impostos ao Estado (ou aos particulares²¹) pelos direitos fundamentais de indivíduos,

¹⁹ Cabe aqui a ressalva de que essa justificativa se aplica apenas à separação de poderes de primeira geração vista como garantia da liberdade das pessoas. Os direitos fundamentais de segunda geração levam a uma discussão diferente em que a separação de poderes é vista como uma divisão de tarefas que garante a eficiência do Estado na concreção de direitos, que não será, contudo, mais aprofundada por fugir do escopo deste trabalho.

Agradeço a Guilherme Klafke por essa observação.

²⁰ Seja pela manutenção de normas, seja por declarações de inconstitucionalidade ou por outras formas de intervenção.

²¹ Em casos envolvendo a eficácia horizontal de direitos fundamentais.

posso construir uma imagem do papel que o STF julga ter na separação de poderes envolvendo direitos fundamentais de primeira geração, que, apesar de incompleta (como não poderia deixar de ser), é relevante para o estudo da jurisdição constitucional.

1.3 Pergunta de pesquisa, sub-perguntas e hipótese.

Apresentarei a seguir a pergunta principal e um conjunto de questionamentos adicionais, que orientam a pesquisa.

1.3.1 Pergunta de pesquisa:

Como o STF enfrenta a questão de seu papel na separação de poderes em casos paradigmáticos de casos difíceis envolvendo direitos fundamentais de primeira geração?

Mais especificamente, desejo analisar que papéis a corte se atribui em relação à sua legitimidade para definir o conteúdo e o equilíbrio dos direitos fundamentais (se é que ela se atribui algum) e como lida com a questão da separação de poderes (se é que lida), especialmente em intervenções (ou propostas rejeitadas de intervenções) que escapam do que é considerado, tradicionalmente, o papel de uma corte constitucional como legislador negativo²².

1.3.2 Sub-perguntas:

a) Há ministros que consideram o papel da corte determinante para o resultado do julgamento? Mais especificamente, há ministros que constroem seus argumentos a favor da procedência do pedido, mas se negam a deferir-lo por considerarem impróprio que a corte avance em face de seu papel na separação de poderes? Ou os limites à atuação da corte servem apenas como um argumento dentre outros pela improcedência do pedido?

²² A explicação do que entendo por estes termos está no capítulo I, item 2.3. Porém, adianto desde já que apesar de adotar um conceito do que seria agir como legislador positivo e o que seria agir como legislador negativo não estou afirmando que a corte pode apenas agir como legislador negativo. O pressuposto de que se parte é que esse papel (o de legislador negativo) está bastante arraigado na teoria constitucional dado o peso da obra de Kelsen sobre a organização de cortes constitucionais e, portanto, esse é o papel que é mais tradicionalmente atribuído a uma corte constitucional.

b) Os ministros que participaram de mais de um dos casos demonstram uma visão constante sobre os poderes e limites de atuação da corte ou expressam opiniões diferentes sobre esse mesmo assunto nos distintos casos?

c) Quais limites à atuação do STF por conta de sua posição na separação de poderes são invocados pelos ministros? Algum dos limites levantados pelos ministros não foi ultrapassado pela maioria da corte em algum dos casos estudados?

1.3.3 Hipótese:

Parti da hipótese de que, como analisei alguns dos casos mais paradigmáticos da jurisprudência recente do STF, esta estaria marcada pela existência de uma *retórica do guardião entrincheirado*, isto é, acreditava que os ministros não perderiam nenhuma oportunidade para exaltar a importância da corte como guardiã dos direitos fundamentais e detentora da última palavra sobre o sentido da Constituição²³. Também imaginei que o STF não determinaria em sua jurisprudência recente limites claros a seus poderes. Por fim, esperava encontrar contradições na posição de ministros entre um caso e outro.

Adianto desde já que, ao menos no que diz respeito à primeira hipótese (a de que os ministros invocariam de maneira constante nos casos a ideia de guarda dos direitos e de monopólio da última palavra sobre a Constituição), a leitura dos casos levou a conclusões distintas.

Já a segunda e a terceira hipótese provaram-se acertadas.

²³ A hipótese de que a jurisprudência do STF estaria marcada por uma retórica do guardião entrincheirado foi levantada pela primeira vez por Conrado Hübner Mendes. O autor formulou a hipótese de que a exaltação do papel da corte como defensora de direitos e salvadora da democracia (a retórica do guardião entrincheirado) seria acompanhada por uma prática em geral deferente aos outros poderes, o que ele denominou de prática do guardião acanhado.

Cf. Mendes, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215 -217.

Por óbvio, a presente pesquisa apenas pauta-se na primeira hipótese e testa, ainda que não de forma definitiva, somente esta. Seria necessária outra pesquisa empírica para avaliar o grau de deferência do STF aos outros poderes.

Apresentado o objeto da pesquisa e o pano de fundo teórico do tema, passo agora à metodologia da pesquisa²⁴.

²⁴ Poderia explicar agora os termos da pergunta que demandam explicação – O que seriam casos paradigmáticos? Contudo, durante as explicações metodológicas porque tal questionamento está diretamente relacionado aos critérios de seleção dos casos que analisei.

Capítulo I- Metodologia

Para responder à pergunta de pesquisa faz-se necessário analisar um conjunto de casos relevantes ao tema. Para isso, analisei os acórdãos desses casos. O método documental mostra-se o mais adequado para essa pesquisa dado que os acórdãos possuem registros dos votos e debates dos ministros e são nestes que se encontram os posicionamentos acerca do papel da corte que os próprios ministros consideraram relevante registrar para o futuro²⁵. São os acórdãos que constituem a jurisprudência oficial do STF e é em relação a eles que eu creio que se deve avaliar o posicionamento da corte em relação a seu próprio papel. Faço a ressalva necessária de que isso significa que os resultados dessa pesquisa dizem respeito às informações contidas nesses documentos. Não estudei manifestações espontâneas dos ministros no momento decisional que não tenham sido transcritas para o acórdão. Porém, como desejo avaliar o posicionamento oficial dos ministros e da corte sobre a questão da separação de poderes, que fica registrada no acórdão, e não a opinião pessoal de cada um deles²⁶, isso não é um problema.

Agora, antes de passar à exposição do conteúdo da pesquisa, é necessário dirigir-me a quatro questões metodológicas fundamentais:

- (i) Quais casos foram selecionados para análise (1)
- (ii) Quais conceitos prévios utilizados neste trabalho (2)
- (iii) O que observei nos casos para responder à pergunta de pesquisa (3.1)
- (iv) Como definir a opinião da corte sobre seu papel na separação de poderes se existe uma variação temporal e a alteração da composição

²⁵ Digo isto porque, afinal de contas, os ministros nem sempre registram seus posicionamentos nos acórdãos.

²⁶ Para precisar as opiniões de cada ministro sobre o papel da corte em casos envolvendo direitos fundamentais seria necessária uma investigação muito mais ampla do que proponho e analisar os trabalhos doutrinários em que se expressaram sobre cortes constitucionais e direitos fundamentais, bem como entrevistas, debates não transcritos, sabatinas, etc.

dos ministros. E como definir uma opinião da corte se há 11 ministros que podem ter opiniões distintas sobre o tema. (3.2).

1. Método de escolha dos casos: Afinal, o que são casos paradigmáticos?

Para a seleção dos casos levei em conta primeiramente o filtro temático da pergunta de pesquisa: direitos fundamentais de primeira geração. Contudo, ainda não defini os critérios para a seleção de casos paradigmáticos. Nesse tópico explorarei esse tema mais detidamente antes de apresentar meus outros critérios e o conjunto final de casos selecionados.

A definição do que seria um caso paradigmático parece em teoria ser bastante difícil, pois não existe, até onde eu saiba, um conceito fixo para que casos sejam considerados paradigmáticos. Poderíamos falar que um caso é paradigmático por quanto seu tema polariza a sociedade brasileira sobre a moralidade e o direito (como uniões estáveis homoafetivas ou aborto)? Seria um caso paradigmático aquele que tem superexposição midiática? Seriam casos em que o STF se pronuncia pela primeira vez sobre dado tema? A questão parece ser de solução impossível.

Dito isso, a despeito de não haver conceito preciso, parece existir uma certa concordância na comunidade jurídica acerca de quais casos decididos pelo STF são paradigmáticos. Podemos não ser capazes de estabelecer um conceito, mas somos capazes de dizer que casos envolvendo liberdade de expressão, aborto e direito à vida, uniões estáveis e igualdade, direitos de participação política, direito à moradia, entre outros direitos fundamentais, bem como casos envolvendo o sistema político ou o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais são especialmente importantes na jurisprudência constitucional brasileira²⁷.

²⁷ Uma objeção possível ao caminho escolhido neste trabalho seria decorrente desta dificuldade conceitual. Por que tentar estudar casos paradigmáticos se existe uma dificuldade conceitual em definir esse objeto? Apresento duas razões pela manutenção da ideia de caso paradigmático para esta pesquisa.

Em primeiro lugar, considero que são em casos de destaque que são definidos os limites que a corte julga ter e quais papéis ela considera ter. Contudo, não faço aqui uma

Por conta dessa dificuldade conceitual não selecionarei casos com base em um critério do que seriam casos paradigmáticos, mas sim analisarei casos que são considerados paradigmáticos pela comunidade jurídica brasileira. Para tanto, usei como base para o meu trabalho uma lista de 40 casos paradigmáticos elaborada por Conrado Hübner Mendes (USP)²⁸ e revista por outros cinco especialistas em Direito Constitucional brasileiro – Virgílio Afonso da Silva (USP), Antonio Maués (UFPA), Daniel Sarmento (UERJ), Juliano Benvindo (UnB) e Vera Karam Chueiri (UFPR) –, que será publicada em um artigo no segundo semestre de 2015 como parte de um projeto do Instituto Max Planck sobre as práticas argumentativas de diversas cortes constitucionais, denominado CONREASON²⁹. A lista consiste nos seguintes casos:

- 1) ADI 4, 1991 (Juros)
- 2) ADI 466, 1991 (Pena de morte e controle preventivo de constitucionalidade)
- 3) ADI 534, 1992 (Plano econômico Collor)
- 4) ADI 939, 1993 (Direito tributário e controle judicial de emendas constitucionais)
- 5) HC 71373, 1994 (Teste de paternidade por DNA)
- 6) DI 1439 MC, 1996 (Salário mínimo)

rigorosa análise empírica do que ocorre em um caso normal do STF e casos paradigmáticos, pois isso me afastaria demasiadamente dos objetivos dessa pesquisa. Baseio essa razão em uma impressão razoável de que em seus casos mais importantes a corte enfrenta com mais frequência as questões de até onde vão seus poderes e de qual o seu papel no sistema político brasileiro.

A segunda razão, de ordem mais prática, é a grande quantidade de casos que envolvem, em maior ou menor grau, direitos fundamentais de primeira geração tais como eu defini e a grande quantidade de páginas que alguns dos principais casos assumem (v.g.: apenas a ADPF 54 possui 488 páginas). Isso inviabilizaria, dado o tempo de pesquisa, a utilização de pesquisa pura no site do STF. Era necessária uma maneira de filtrar a grande quantidade de casos que eu considerava ser, em geral, irrelevante ante o que já expus e o critério, apesar de conceitualmente controverso, somado com a lista permitia esse filtro e me poupava da complexa tarefa de justificar porque cada caso que eu incluí no universo de análise era relevante e outros não.

Além disso, como argumentarei ao longo dessa seção, creio que a lista de casos paradigmáticos resolve a questão da imprecisão conceitual.

²⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Reasoning in the Brazilian 'Supremo Tribunal Federal' (STF)*. Project CONREASON. No prelo, 2015.

²⁹ Sobre o projeto CONREASON, consultar:
<<http://www.conreasonproject.com/>>

- 7) RE 153531, 1997 (Direitos culturais e meio-ambiente - "Farra do Boi")
- 8) Pet 1246, 1997 (Direito à saúde)
- 9) ADI 1480 MC, 1997 (Tratados internacionais e demissão injusta)
- 10) ADI/MC 1949, 1999 (Agências Reguladoras)
- 11) RE 226855, 2000 (Planos econômicos e FGTS)
- 12) SE 5206, 2001 (Constitucionalidade da arbitragem)
- 13) HC 82424, 2003 (Liberdade de expressão e antisemitismo)
- 14) ADI 3128, 2004 (Direito tributário e pensionistas)
- 15) RE 201819, 2005 (Eficácia horizontal dos direitos fundamentais)
- 16) ADI 3367, 2005 (Controle externo do judiciário)
- 17) ADI 2591, 2006 (Aplicação do Código de Defesa do Consumidor a instituições financeiras)
- 18) RE 407688, 2006 (Direito à moradia)
- 19) ADI 1351, 2006 (Cláusula de barreira para partidos políticos)
- 20) HC 82959, 2006 (Regime jurídico dos crimes hediondos)
- 21) MI 670, 2007 (Direito de greve dos servidores públicos)
- 22) STA 91, 2007 (Direito à saúde)
- 23) ADI 3112, 2007 (Estatuto do Desarmamento)
- 24) ADI 3999, 2008 (Fidelidade Partidária)
- 25) ADI 3510, 2008 (Pesquisas com células tronco)
- 26) RE 397762, 2008 (Direito à pensão e concubinato)
- 27) RE 466343, 2008 (Depositário infiel, tratados internacionais e supra-legalidade)
- 28) RE 511961, 2009 (Diplomas de jornalistas)
- 29) ADPF 46, 2009 (Monopólio dos serviços postais - "Correio")

- 30) ADPF 101, 2009 (Importação de pneus de segunda mão)
- 31) ADPF 130, 2009 (Lei de Imprensa)
- 32) RE 389808, 2010 (Sigilo bancário)
- 33) ADPF 153, 2010 (Lei de anistia)
- 34) ADC 9, 2011 (“Apagão”)
- 35) ADI 4274, 2011 (Direito de protesto - “Marcha da Maconha”)
- 36) ADPF 132, 2011 (União estável homoafetiva)
- 37) ADPF 54, 2012 (Aborto de fetos anencéfalos)
- 38) ADI 3330, 2012 (Cotas - “Pro-Uni”)
- 39) ADI 4029, 2012 (“Instituto Chico Mendes”)
- 40) ADC 29, 2012 (Corrupção e Direito Eleitoral - “Ficha Limpa”)

Antes de explicitar os filtros que apliquei sobre a lista, procurarei justificar minha escolha por uma lista fechada de casos paradigmáticos. Argumentarei que a escolha do critério “casos relevantes para a comunidade jurídica” como forma de avaliar se um caso é paradigmático é justificável e, conseqüentemente, que a escolha dessa lista fechada, a despeito de evidentemente não cobrir todos os casos que toda a doutrina brasileira considera relevante, é justificável. Para tanto, sintetizarei e subscreverei as justificativas metodológicas apresentadas por Andrés Jacab, Arthur Dyevre e Giulio Itzovich para a escolha de casos paradigmáticos para o projeto CONREASON³⁰: o número de 40 casos e a opinião de um expert, apoiada por 5 revisores.

Os autores do projeto decidiram pelo número 40 para que os *experts* pudessem realizar análises com certa profundidade e consideraram distintos métodos sobre como escolhê-los. Eles pensaram inicialmente num critério de autocitação. Um caso seria paradigmático se a corte de origem o

³⁰ Não exporei todos os argumentos levantados por eles. Apenas os mencionarei na medida em que se relacionarem com os dilemas que envolvem escolher a lista fechada. Para a argumentação completa, consultar: DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulio; JACAB, Andrés. CONREASON – The Comparative Constitutional Reasoning Project. Methodological Dilemmas and Project Design. *MTA Law Working Papers*, p. 6-9, set. 2015.

mencionasse. Contudo, não era possível dado que algumas cortes não faziam muitas referências a seus julgados passados e haviam vários casos copiados e colados pela corte que distorciam os resultados obtidos pelo software de busca utilizado por eles³¹.

Eu também não poderia utilizar o critério de autocitação. Os critérios de citação de casos anteriores do STF pelos ministros ainda parecem ser bastante obscuros³². A única pesquisa que conheço acerca do tema concluiu que a utilização de precedentes no STF em casos envolvendo direitos fundamentais parece se caracterizar mais numa reiteração de soluções passadas do que na construção de argumentos utilizados pela corte em casos difíceis³³, de maneira que utilizar esse critério não me revelaria quais os principais casos do STF, apenas os casos com a solução mais repetida. Além disso, haveria um problema com as decisões mais recentes ainda que o STF tivesse um padrão inteligível de citação de precedentes: os casos dos últimos anos, mesmo que tenham grande repercussão ou importância, podem não ter sido citados pelo STF ainda³⁴.

Outra opção considerada pelos autores foi pesquisar o número de citações de uma decisão em trabalhos acadêmicos. Eles não o utilizaram porque nem todos os países tinham bancos de dados unificados com esse tipo de informação e não dispunham de recursos para uma pesquisa manual³⁵. Eu tampouco dispunha de recursos (ou de tempo de pesquisa) para realizar uma ampla pesquisa doutrinária sobre quais casos a doutrina brasileira considerava paradigmáticos e optei por essa lista fechada.

Por fim, os autores adotaram como critério a opinião de *experts*. A instrução dada por eles aos elaboradores das listas era de que procurassem supor a opinião acadêmica geral de seu país, que considerassem a

³¹ Id. *Ibid.*, p. 7.

³² Não baseio essa afirmação em uma pesquisa rigorosa no tema, mas a considero uma hipótese plausível com base na jurisprudência do STF que já estudei.

³³ VOJVODIC, Adriana M.. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012, p. 224-231.

³⁴ Agradeço a Conrado Hübner Mendes por essa observação.

³⁵ DYEVI, Arthur; ITZCOVICH, Giulio; JACAB, Andrés. CONREASON – The Comparative Constitutional Reasoning Project. Methodological Dilemmas and Project Design. *MTA Law Working Papers*, p. 7, set. 2015.

relevância do caso para os dias de hoje e desconsiderassem, *a priori*, o fato de casos serem sobre direitos humanos ou organização estatal. Para confirmar se o critério de pertencimento à opinião acadêmica dominante foi seguido, outros cinco experts checaram a lista de 40 casos³⁶.

Os autores não pediram que os elaboradores e os revisores especificassem porque consideraram um caso paradigmático e demonstraram a existência de diferentes explicações para o que uma comunidade jurídica considera uma decisão canônica³⁷. Além disso, argumentam que a determinação de que casos são paradigmáticos é uma questão de debate acadêmico e que o fato de o público do projeto CONREASON serem acadêmicos também explica a preferência deles pelo critério de seleção de opinião acadêmica sobre casos paradigmáticos³⁸.

Eu também considero que a determinação do que é um caso paradigmático é uma questão da opinião acadêmica dominante e acredito que a lista fornece uma seleção plausível dos casos mais importantes e difíceis enfrentados pelo STF. A lista pode sofrer de um problema de insuficiência, pois o número fixo de 40 casos naturalmente impõe uma limitação que pode deixar de fora casos importantes. Também existe uma limitação imposta pela data do último caso, pois evidentemente entre 2012 e 2015 o STF há de ter tomado decisões relevantes no campo dos direitos fundamentais de primeira geração. Contudo, creio que sua adoção como ponto de partida do universo de decisões a ser analisado é válida, pois, apesar deste defeito, é improvável que se aponte que algum caso da lista não é paradigmático. Além disso, a possível insuficiência da lista não é um óbice a essa pesquisa desde que feita a já mencionada ressalva de que as

³⁶ Id. Ibid., p. 8.

³⁷ Na página 8 do artigo já mencionado, os autores apresentam uma série de citações em que mostram conceitos que variam desde uma decisão *contra legem* que está de acordo com o *Zeitgeist*, às ideias de que o contexto da evolução jurisprudencial faz de um caso paradigmático. Assim como eu, eles buscaram escapar dessas questões substantivas adotando como critério a provável opinião acadêmica dominante.

CF. Id. Ibid., p. 8, nota 19.

³⁸ Id. Ibid., p. 9.

conclusões tiradas deste trabalho se referem primordialmente aos casos que analisados e não a toda a jurisprudência do STF³⁹.

Optei por utilizar a lista do projeto CONREASON como base desta pesquisa porque ela evita o trabalho de justificar individualmente, com base na doutrina ou por mim mesmo, porque um ou outro caso é paradigmático e propicia uma amostra não escolhida a dedo por mim de casos paradigmáticos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração. É válido ressaltar também que o estudo do fenômeno complexo da jurisdição constitucional não é construído de maneira isolada, mas com os esforços de múltiplos pesquisadores que contribuem para a compreensão da atuação do STF, de maneira que não há nada de inerentemente errado em utilizar o trabalho de outro pesquisador como base para uma pesquisa empírica sobre o papel do STF. Na verdade, toda teoria é construída desta forma, com o trabalho de diversos pensadores, que dialogam entre si em busca das melhores explicações de um dado tema⁴⁰.

Justificada minha opção pela lista, passo agora a apresentar os outros filtros que utilizei e concluo essa seção com a lista final de casos que analisei.

Primeiramente, há de se notar que a lista começa em 1991 e transformações na atuação da corte certamente ocorreram desde o início da década de 1990. Isso é observável na própria lista pela baixa quantidade de casos paradigmáticos na década de 90 (10 casos) em comparação com o período dos anos 2000. Visando escapar da complexa tarefa de trabalhar com dois períodos que parecem possuir características muito distintas e considerando que esta pesquisa teria resultados mais pertinentes ao estudo do papel atual do STF se cobrisse prioritariamente decisões mais recentes e que seria impossível lidar com todos os casos paradigmáticos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração pelo volume de páginas dos acórdãos, optei por aplicar um filtro temporal à lista. Decidi apenas analisar os casos do período entre 2005 e 2012 dado que esse período corresponde

³⁹ Essa ressalva se revela inclusive no título dessa monografia. Falo em traçar o papel que o STF julga ter na separação a partir de **alguns** casos paradigmáticos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração.

⁴⁰ Agradeço a Maria Isabela Meloncini pela observação.

aos casos mais recentes da lista e a segunda metade da última década corresponde a um momento de intensificação da atuação do STF considerada ativista⁴¹.

Além disso, com o objetivo de estudar realmente apenas os casos em que a questão principal é direitos fundamentais de primeira geração e pensando em restringir-me à análise apenas de decisões em que acreditava que encontraria argumentos sobre a separação de poderes, excluí do universo decisório a ADC 29. Isto porque uma ação declaratória de constitucionalidade considerada procedente (justamente por ter como objeto o reforço da constitucionalidade de uma norma já editada com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante) não parece suscitar de maneira relevante a questão do papel do STF na separação de poderes⁴². Além disso, essa ação envolve temas como eficiência do sistema representativo na democracia contra a expectativa de elegibilidade por ter por objeto a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Considero, por conta disso, que ela trata de questões que afetam mais à classe política do que aos particulares em geral e o que o Estado pode fazer a eles e, por isso, seria diferente dos outros casos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração.

Por fim, como um dos casos capturados pelos filtros (Marcha da Maconha) tinha uma ADPF que não estava presente na lista como caso principal, adicionei este caso, a ADPF 187, no universo de acórdãos analisados⁴³.

Em suma, os filtros que utilizei para chegar ao universo final de casos a serem analisados foram:

(i) As decisões devem constar na lista de casos paradigmáticos adotada como base, exceto pela ADPF 187.

⁴¹ Cf. BARROSO, Op. Cit.

⁴² Isto foi, é claro, um juízo probabilístico. Pode até ser que a ação tenha informações sobre papéis do STF na separação de poderes, mas não considero isso um impeditivo a sua exclusão dado que (i) já fiz a ressalva de que as conclusões a que chegarei são primeiramente válidas apenas aos casos analisados e (ii) essa não é a única razão pela qual estou excluindo o caso da pesquisa.

⁴³ A lista contém a ADI 4274, um acórdão de apenas 34 páginas que faz inúmeras referências à ADPF 187. Por isso considero a ADPF o caso principal da Marcha da Maconha e não seria possível entender o posicionamento da corte sobre o tema sem analisá-lo.

(ii) Os casos devem ser sobre direitos fundamentais de primeira geração.

(iii) Excluí do universo decisório a ADC 29.

Aplicados todos os filtros, restam 13 casos a serem estudados:

- 1) ADI 3330, 2012 (Cotas – “Pro-Uni”)
- 2) ADPF 54, 2012 (Aborto de fetos anencéfalos)
- 3) ADI 4274 e ADPF 187, 2011 (Direito de protesto - “Marcha da Maconha”)
- 4) ADPF 132, 2011 (União estável homoafetiva)
- 5) RE 389808, 2010 (Sigilo bancário)
- 6) ADPF 130, 2009 (Lei de Imprensa)
- 7) RE 511961, 2009 (Diplomas de jornalistas)
- 8) ADI 3510, 2008 (Pesquisas com células tronco)
- 9) ADI 3112, 2007 (Estatuto do Desarmamento)
- 10) HC 82959, 2006 (Regime jurídico dos crimes hediondos)
- 11) RE 407688, 2006 (Direito à moradia/propriedade)⁴⁴
- 12) RE 201819, 2005 (Eficácia horizontal dos direitos fundamentais)⁴⁵

Não estabeleci como critério de filtro a atividade de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, nem excluí a priori nenhuma classe de ação, pois levo em consideração que o STF não enfrenta as questões envolvendo direitos fundamentais de primeira geração e conflitos com outros poderes apenas em ações de um determinado tipo. Em outras palavras, apesar de o conflito com outros poderes ser mais acentuado no controle concentrado de constitucionalidade pela possibilidade de se eliminar uma norma definitivamente do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes*, creio que esse recorte não seria pertinente, pois em outras

⁴⁴ Considero que este é, na verdade, um caso de direito de propriedade. A questão levantada pelos ministros derrotado era que o direito à moradia, somado com o direito de propriedade possuiria uma dimensão individual.

⁴⁵ Esse é um caso que envolve a aplicabilidade do direito de ampla defesa, um direito fundamental de primeira geração, a relações entre particulares.

classes processuais o STF também realiza a atividade de controle de constitucionalidade.

2. Conceitos prévios/ categorias de análise

Antes de passar à apresentação do método de análise, fixarei aqui algumas das definições que serão mais utilizadas no trabalho com o intuito de auxiliar o leitor e deixar claros os conceitos que utilizarei na análise dos casos⁴⁶. Quando utilizar os termos aqui mencionados ao longo do trabalho, estes devem ser entendidos da maneira aqui fixada.

2.1 Menção expressa ao papel do STF na separação de poderes

Na análise dos casos, considero menção expressa à separação de poderes toda e qualquer colocação por parte de um ministro em que ele diga de maneira explícita qual o papel da corte. Entendo por isso a atribuição de uma missão, uma razão de ser da corte enquanto instituição. Podem se expressar por frases simples ou por grandes textos, mas deve ser estabelecido um papel ao STF para que se considere que houve menção expressa. Considerarei que chavões como “à corte cabe o monopólio da última palavra da Constituição” entram nesse conceito.

A negação de papéis também entra nesse conceito. Frases como “a corte não pode ser um legislador positivo”, por exemplo.

Excluí do conceito de menção expressa ao papel do STF na separação de poderes a menção a limites que diziam respeito ao uso de métodos interpretativos.

2.1.1 Tipos de menções expressas: menções características da retórica do guardião entrincheirado e menções a limites impostos pela separação de poderes

Tendo como fim testar a hipótese inicial de que os casos estariam marcados pela retórica do guardião entrincheirado, considerarei como

⁴⁶ Não definirei os conceitos de direitos fundamentais de primeira geração e de casos paradigmáticos, pois isso já foi feito, respectivamente, na introdução (item 1.2) e neste capítulo (item 1).

menções expressas que caracterizavam tal fenômeno todas aquelas em que os ministros mencionavam a ideia de que a atuação da corte protegeria a democracia, os direitos fundamentais ou que a corte deteria a última palavra sobre o sentido da Constituição. Incluem-se também nesta classificação outros papéis de “guardião” atribuídos ao STF nos votos, tal como o papel de guardião do povo ou das minorias.

Entendo como menção expressa a limites impostos pela separação de poderes as colocações de ministros que afirmaram que algum tipo de **decisão final** tomada por um ou mais ministros, em algum aspecto, extrapolaria o papel do STF (por exemplo, um ministro afirmar que a corte não poderia legalizar o aborto de fetos anencéfalos porque isso seria atividade legislativa, não própria para o tribunal). Também entram nessa categoria as afirmações de que a corte não poderia tomar algum tipo de decisão final (v.g.: um ministro afirmar que a corte apenas pode ser um legislador negativo ou que não pode ser um legislador positivo).

2.2 Criação normativa/ ação de legislador positivo e ação de legislador negativo

Considero como criação normativa ou ação de legislador positivo toda decisão de um ministro por uma sentença de efeito aditivo e/ou toda decisão de um ministro por alterar o significado de uma norma sem que seja por mera declaração de inconstitucionalidade parcial ou total da norma⁴⁷. Considero que há criação normativa (ou tentativa de criação, caso haja proposta de criação e esta seja rejeitada pela maioria) apenas quando um ministro estabelece uma condicionante ou algo do gênero que contenha norma que não está expressa no direito positivo. Não considero criação normativa a citação de condições já presentes **de forma expressa** na lei ou na Constituição⁴⁸.

Em suma, considero como ação de legislador positivo toda decisão por parte de um ministro que vá além do clássico (e já mencionado) conceito

⁴⁷ A declaração de inconstitucionalidade de uma norma que proíbe um comportamento X, tornando X lícito, pelo conceito aqui adotado, não é criação normativa, por exemplo.

⁴⁸ Considero irrelevante, portanto, se o ministro alega que a inovação decorre da sistemática da Constituição.

kelseniano de que a corte pode apenas ser um legislador negativo, eliminando normas do ordenamento e jamais as estendendo ou modificando⁴⁹.

Não afirmo aqui que o papel da corte é ser um legislador negativo ou que ela deve ter poderes normativos. Esse é um debate no qual não pretendo adentrar. Apenas invoco um conceito exógeno de criação normativa e o conceito clássico de legislador negativo com a finalidade de avaliar se ministros que afirmam que o STF não pode criar normas, assumir o papel do legislador ou ser um legislador positivo mantêm-se coerentes com essa posição ou se, em algum momento, admitem sentenças de perfil aditivo, que contrariam a ideia de que a corte apenas pode ser um mero legislador negativo⁵⁰.

2.3 Existência de argumentação baseada em direitos fundamentais

Quando utilizo esse termo refiro-me à ideia de que um ministro aceitou a inconstitucionalidade de uma norma em algum grau ou se recusou a declarar a inconstitucionalidade de uma norma (ou a fazer qualquer forma de correção normativa) por motivos relacionados ao respeito ou desrespeito de direitos fundamentais. Considero que não houve argumentação baseada em direitos fundamentais apenas quando a argumentação dos ministros está **exclusivamente** relacionada (i) com a incompetência da corte para decidir em função da separação de poderes, (ii) com razões processuais.

Em outras palavras, referi-me a esse termo para denominar as situações em que, em alguma medida, um ministro apresentou argumentos sobre o

⁴⁹ Vide nota 9.

⁵⁰ Faço novamente a ressalva de que isso implica que as conclusões relacionadas à coerência dos ministros nesse ponto são abertas a objeções caso se utilize conceitos distintos de criação normativa e de ação de legislador negativo.

Além disso, cabe aqui uma pequena ressalva metodológica no que diz respeito à avaliação de coerência. Não considero incoerente per se que um ministro expresse algo em um caso e decida de outro modo em outros casos desde que esteja expressa (i) argumentação que diferencie uma situação da outra; ou (ii) que o ministro reconheça expressamente que não possui mais uma dada opinião sobre o papel do STF na separação de poderes. Dito isso, não me proponho a avaliar a força de argumentos que diferenciem um caso de outro, apenas para apontar se existem ou não.

mérito da decisão que envolva a violação ou não violação de direitos fundamentais⁵¹.

3. Método de análise dos acórdãos:

Dirijo-me agora a responder o que busquei observar nos casos e relato as dificuldades enfrentadas ao longo da elaboração desta pesquisa.

O primeiro conteúdo a se procurar nos acórdãos são **menções expressas a qual seria o papel do STF na separação de poderes**. O conjunto de declarações dos ministros sobre o papel da corte contém informações cruciais à resposta da pergunta de pesquisa. Para analisar numericamente as menções, não levei em conta as menções feitas na ementa, pois todas as vezes em que havia uma visão expressa na ementa, esta era cópia exata de uma visão apresentada no voto do relator. Separei as menções expressas em algumas categorias dadas as semelhanças dos argumentos invocados pelos ministros. Por fim, realizei uma análise qualitativa mais detida os casos em que ao menos metade dos ministros que enviaram votos ao acórdão apresentavam menções expressas ao papel do STF, com a finalidade de reportar o que creio serem as diferenças entre eles e os demais casos.

Contudo, observar apenas as menções expressas mostrou-se insuficiente para perceber o que o STF reconhece como seu papel. Isto porque percebi ao longo da análise dos casos que as conclusões a que os ministros chegam e a existência ou não de argumentação baseada na análise de direitos fundamentais também revelam informações relevantes sobre o papel que consideram que a corte tem na separação de poderes. Em realidade, conforme ficará claro no próximo capítulo, mesmo dentre estes casos paradigmáticos envolvendo direitos fundamentais de primeira geração os ministros tratam poucas vezes de maneira explícita os papéis que a corte teria na separação de poderes, de maneira a desconfirmar minha hipótese inicial.

⁵¹ Não entrarei no mérito de qual tipo de argumento teve mais peso, pois isso envolveria uma análise complexa de práticas argumentativas que fugiria do escopo deste trabalho.

Por isso, busquei também observar **se os ministros avaliam os casos no mérito, argumentando sobre direitos fundamentais de primeira geração.**

Parece ser relativamente simples justificar porque observar se houve argumentação baseada em direitos fundamentais nos casos é relevante. Ainda que não se construam argumentos diretos sobre a legitimidade ou ilegitimidade do STF para entrar no mérito de uma determinada questão, se os ministros explicitamente argumentam com base em direitos fundamentais para solucionar um caso está claro que reconhecem a legitimidade da corte para avaliar, em última instância, a constitucionalidade de alguma norma com base nesses direitos. Trata-se de uma análise do discurso dos ministros que extrapola as menções expressas à separação de poderes, mas que é parte relevante para responder à pergunta sobre **os limites que o STF se impõe ou deixa de se impor e se a corte julga casos sem que se verifique, na decisão, a existência de reflexões sobre seu papel, pressupondo sua legitimidade**⁵².

Por fim, no que tange à análise das posições dos ministros, considero que **o resultado a que chega um ministro também é indicativo de papéis na separação de poderes e é uma variável importante relacionada à coerência de suas visões.** Isto porque um ministro pode declarar alguma coisa sobre a separação de poderes (v.g.: que a corte deve ser um legislador negativo), mas votar favoravelmente a algo que contrarie de maneira direta essa visão invocada por ele (v.g.: determinar a obrigatoriedade do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas).

Isso é apenas relevante quando um ministro procura limitar o que é possível de ser feito pela corte e contraria essa visão. Se algum ministro reconhece os poderes da corte para avançar de uma determinada forma e argumentar que, naquele caso, não se deve avançar, não existe incoerência. Existe apenas uma discordância sobre a interpretação do

⁵² Quando me referir à inexistência de reflexão não estou me referindo a um estado de pensamento dos ministros. O que quero dizer é que o acórdão, enquanto documento final da decisão, não revela que a questão da separação de poderes foi levantada pelos ministros. Ou, sendo ainda mais preciso, que não foi levantada ou, se levantada, não foi considerada relevante pelos próprios ministros para serem transpostas ao acórdão.

direito. Já na situação em que um ministro delimita, mas vota de maneira que contraria a visão existe incoerência, dado que o ministro reconhece no resultado um poder que não considera legítimo na fundamentação.

Uma dificuldade inicial do trabalho dizia respeito a como lidar com as diferenças temporais e as rotações de ministros, bem como o fato de que há onze vezes que podem trazer informações distintas sobre a separação de poderes. O problema era, portanto, como extrair de onze vezes variáveis a definição de papéis da instituição Supremo Tribunal Federal. A análise dos acórdãos, contudo, eliminou esse problema. Argumentarei que os ministros invocaram diferentes papéis que não são necessariamente excludentes ou antagônicos. Além disso, há apenas uma transformação de entendimento relevante ao tema da separação de poderes no STF no que diz respeito aos direitos fundamentais de primeira geração observáveis nos casos e ela apenas acarreta na expansão dos poderes da corte: o reconhecimento da capacidade do Supremo Tribunal Federal de criar normas em face do que os ministros consideram ser omissões legislativas inconstitucionais.

4. Estrutura do trabalho

Com a finalidade de responder à pergunta principal de pesquisa (como o STF lida com a questão do seu papel na separação de poderes?), estruturei esse trabalho em quatro capítulos, além do conclusivo. Como a pergunta de pesquisa é ampla e o propósito desta monografia é exploratória, cada capítulo enfrenta, em certa medida, aspectos distintos para a resposta da pergunta. Não dividi o trabalho totalmente entre exposição de informações dos casos em uma parte e análise em outra. Todos os capítulos contêm informações retiradas dos acórdãos e análises elaboradas por mim, ainda que a medida de exposição e análise variem de capítulo a capítulo. Contudo, pelo uso da primeira pessoa ao me referir ao que enxergo nos casos ficará claro quando me refiro a informações retiradas dos votos e quando estou apresentando minha leitura do que foi colocado pelos ministros.

No próximo capítulo, apresentarei informações gerais sobre as menções expressas ao papel do STF nos casos e as classificarei em algumas categorias de acordo com a semelhança dos argumentos levantados. Em seguida, no capítulo três, enfrentarei a questão de quais informações as decisões em que não há menções expressas ao papel do STF podem fornecer sobre o que a instituição julga ser capaz de fazer e tratarei dos casos desviantes, que contêm um grande número de menções ao papel do STF: ADI 3510, ADPF 132 e ADPF 54.

No capítulo quatro, analisarei, à luz do exposto nos demais capítulos, os usos do argumento de ilegitimidade decisória da corte (o papel de legislador negativo, que será descrito no capítulo seguinte).

Por fim, farei um capítulo conclusivo, sintetizando as conclusões desta monografia.

Capítulo II – Análise geral das menções expressas ao papel da corte

1. As menções expressas ao papel do STF⁵³ na separação em números

O primeiro passo para responder à pergunta principal da pesquisa (como o STF lida com a questão de seu papel na separação de poderes e com a legitimidade suas intervenções) é constatar que a corte não enfrenta muito essa questão. Ao menos ela não o faz de maneira direta na maioria dos casos analisados para esta pesquisa. Em sete dos treze casos⁵⁴ que compõem o universo de pesquisa, o papel institucional do STF não foi ponto levantado diretamente⁵⁵.

Dos seis casos em que há menções expressas sobre o papel do STF⁵⁶, em três há um número baixo de ministros que trata do tema. No RE 407.688 (moradia/propriedade), há apenas uma menção, feita por um ministro dentre dez ministros que enviaram votos ao acórdão. Na ADPF 130 (Lei de Imprensa), dois ministros fazem menções dentre onze votos. Por fim, na ADPF 187 (Marcha da Maconha) três ministros, dentre oito votos.

Apenas na ADI 3510 (pesquisas com células tronco), ADPF 132 (união estável homoafetiva) e na ADPF 54 (aborto de fetos anencéfalos) surgiram

⁵³ Todas as vezes que usar a expressão “menção expressa” entenda-se “menção expressa ao papel do STF na separação de poderes”.

⁵⁴ STF: RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11/10/2005; STF: HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006; STF: ADI 3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02/05/2007; STF: RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/06/2009; STF: RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/10; STF: ADI 4.274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 23/11/2011; STF: ADI 3.330/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 03/05/2012.

⁵⁵ Surgiram em dois casos (RE 389808 – Caso do Sigilo Bancário, ADPF 130 – Caso da Lei de Imprensa) questões que diziam respeito à atuação do Poder Judiciário como um todo. No primeiro, seria a competência exclusiva do Judiciário de autorizar quebra de sigilo de dados e no segundo há uma discussão sobre uma avaliação casuística ou não dos juízes dos critérios de concessão de direito de resposta e de fixação de indenizações por dano causado por abuso da prática do jornalismo. Contudo, discutir mais profundamente o que os ministros consideram ser o papel do Judiciário como um todo foge do escopo desta pesquisa.

⁵⁶ STF: RE 407.688/AC, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/02/2006; STF: ADI 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008; STF: ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009; STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011; STF: ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/06/11; STF: ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012.

considerações explícitas abundantes sobre o papel do STF na separação de poderes. Na primeira ação oito ministros tratam do tema dentre onze votos. Na segunda, há menções por parte de oito ministros, dentre nove votos. Já na ADPF 54 oito ministros fazem menções expressas, dentre dez votos. Isso, contudo, não significa que não seja possível tecer conclusões sobre o papel que o STF julga ter na separação de poderes a partir dos demais casos⁵⁷.

Quanto aos tipos de menções, em apenas seis dos treze casos (RE 407688, ADI 3510, ADPF 130, ADPF 132, ADPF 187 e ADPF 54) verificou-se a existência de menções características da retórica do guardião entrincheirado. Já a imposição de limites decorrentes da separação de poderes foi verificada em apenas cinco casos (ADI 3510, ADPF 130, ADPF 132, ADPF 187 e ADPF 54).

2. Classificação de papéis levantados pelos ministros

Antes de passar à classificação propriamente dita, é necessário esclarecer algumas coisas sobre a lista de papéis que farei agora. Os papéis que diferenciei não são necessariamente antagônicos. Pelo contrário, em geral, creio que se complementam ou são especificações de um primeiro papel genérico. Iniciarei a lista apresentando papéis que considero serem característicos do fenômeno da retórica do guardião entrincheirado (2.1) e, em seguida, passo aos papéis que considero caracterizarem limites decorrentes da separação de poderes (2.2).

Para justificar as classificações presentes na lista, farei referências a todos os casos em que considero que um dado papel foi invocado por algum ministro e contextualizarei o uso do argumento sobre o papel da corte em cada caso. Contudo, afim de evitar repetições, conforme apresentar papéis complementares, farei remiões a contextualizações já feitas, pois, muitas

⁵⁷ Nenhum ministro que deixou de enviar voto aos acórdãos apresentou menção expressa durante debates ou comentários eventualmente feitos por eles nos acórdãos. Por isso, permito-me comparar o número de ministros que fazem menções expressas com a quantidade de votos enviados por ministros.

vezes os ministros invocam os papéis que classifiquei como distintos com a mesma finalidade ou no mesmo trecho do voto.

2.1 Papéis característicos da retórica do guardião entrincheirado

2.1.1 O STF como guardião da Constituição/ dos Direitos Fundamentais

Esse é o papel mais genérico possível mencionado pelos ministros, dado que está expresso na própria Constituição Federal⁵⁸. Contudo, é o papel mais invocado, sendo que os ministros apresentam essa ideia em contextos muito diferentes um do outro.

No RE 407.688 (2006), esse papel é mencionado por Eros Grau, que afirma que ao STF “não cabe senão aplicar a Constituição”⁵⁹. Em que contexto o ministro faz essa afirmação? No caso em questão, Eros Grau acusa Cezar Peluso (relator) de julgar com uma racionalidade econômica ao definir que não seria inconstitucional a exclusão do único imóvel do fiador da proteção do bem de família. Em oposição, entendo que Eros Grau, ao julgar de modo contrário ao relator, considera estar realizando o papel de guarda da Constituição.

Na ADI 3510 (2008), por sua vez, Joaquim Barbosa⁶⁰ e Marco Aurélio⁶¹ invocam a ideia de que o STF é o guardião da Constituição para afirmar a **constitucionalidade** do regime jurídico das pesquisas com células-tronco embrionárias e que a lei equilibra adequadamente os direitos fundamentais, garantindo a liberdade de pesquisa. Cito, nesse sentido, um trecho do voto do ministro Marco Aurélio, que sintetiza bem o argumento dos dois ministros:

Cumpra a esta Corte a guarda da Constituição Federal e a estará implementando a todos os títulos, sob as mais diversas ópticas, vindo a julgar improcedente o pleito formulado nesta ação direta de

⁵⁸ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição. ” Isso inclui, quase intuitivamente, o papel de guarda dos direitos fundamentais, pois eles são parte da Constituição.

⁵⁹ STF: RE 407.688/AC, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/02/2006, p. 892.

⁶⁰ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 474.

⁶¹ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 552.

inconstitucionalidade, mantendo a esperança, sem a qual a vida do homem torna-se inócua. (p. 552).

A ministra Cármen Lúcia também menciona o papel do STF na guarda da Constituição, mas sem nenhuma conexão com seus argumentos sobre a procedência da ação. Antes de passar à análise do mérito, ela afirma a competência da corte apenas para refutar um argumento que foi levantado por um dos procuradores, que alegou que o STF não teria competência para contrariar uma lei em que o legislador não deixou vácuo, que a comunidade científica apoia e o povo deseja⁶². A ministra afirma que isso é falso, pois o STF teria um compromisso de julgar de acordo com a Constituição, independentemente dessas considerações⁶³.

Na mesma ação, Eros Grau também menciona a competência do STF como guardião da Constituição. Ele afirma que não cabe ao Supremo “senão o controle das leis”⁶⁴ e argumenta que o regime jurídico das pesquisas com células-tronco, por ser demasiado permissivo, violaria a Constituição e seriam necessárias correções normativas para harmonizá-lo como o “bloco de constitucionalidade”⁶⁵.

Na ADPF 130 (2009), o ministro Menezes Direito afirma que o STF é o guardião da Constituição e deve ser convocado sempre que necessário para equilibrar liberdade de imprensa e dignidade da pessoa humana⁶⁶.

Na ADPF 132 (2011), a ideia genérica de guarda da Constituição é invocada pelos ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Ayres Britto afirma que a corte possui competência para “manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência”⁶⁷, o que passaria pela eliminação do preconceito contra a orientação sexual das

⁶² STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 328-329.

⁶³ Essa colocação da ministra também se encaixa no papel contramajoritário, que será citado adiante (2.1.2).

⁶⁴ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 457.

⁶⁵ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 457-459.

⁶⁶ STF: ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009, p. 93.

⁶⁷ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 42.

peças e implicaria na necessidade de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas e de uma extensão do conceito jurídico de família.

Cármem Lúcia considera que ao STF cabe a guarda precípua dos direitos constitucionais e que estes existem contra qualquer forma de preconceito como uma razão para acompanhar o voto de Ayres Britto⁶⁸.

Gilmar Mendes⁶⁹ e Marco Aurélio⁷⁰ também mencionam o papel de guardião dos direitos fundamentais em meio a sua fundamentação, argumentando que não houve, no caso, exorbitância das funções da corte. Isso fica claro nos seguintes trechos, respectivamente, dos votos de Gilmar Mendes e de Marco Aurélio:

Parece-me, conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais (...). (p. 198).

Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República (...). (p. 213).

Na ADPF 187 (2011), esse papel é mencionado por três ministros: Celso de Mello, Luiz Fux e Cezar Peluso, mas em contextos diferentes. O ministro Celso de Mello⁷¹ afirma o papel da instituição na guarda da Constituição, para justificar que a guarda dos direitos das minorias deve fazer parte da agenda da corte. O seguinte trecho evidencia bem esse uso por parte do ministro:

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos*

⁶⁸ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 90.

⁶⁹ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 198.

⁷⁰ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 213.

⁷¹ STF: ADPF 187/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/06/11, p. 86.

minoritários, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional. (p. 86).

Já Fux afirma que o papel do STF enquanto guardião da Constituição faz com que seja necessário que a corte reconheça a importância do debate acerca da descriminalização das drogas⁷².

Além disso, o ministro César Peluso⁷³ menciona o papel da corte como guardiã da Constituição ao final de seu voto, ressaltando a importância do reconhecimento da proteção constitucional da liberdade de expressão:

Evidentemente, e nisto escusaria insistir, o Estado tem o dever de, em respeito à Constituição e ao direito infraconstitucional, tomar, como o faz em relação a todas as reuniões públicas, as cautelas necessárias para prevenir eventuais abusos e, *a fortiori*, a prática mesma de crimes. Mas isto não pode, está claro, significar que a *liberdade* em si não mereça, como merece, e todos o reconhecemos, a mais decidida proteção constitucional e seu reconhecimento por esta Corte como guardiã da Constituição. (p. 197).

Por fim, na ADPF 54 (2012), esse papel é mencionado pelos ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

O ministro Marco Aurélio se refere a esse papel em meio de sua argumentação duas vezes. Primeiro, afirma que compete ao STF “assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante (...)”⁷⁴. Posteriormente, o ministro diz:

Estou certo de que há de prevalecer a Carta da República, a figura do Supremo como guardião maior desse documento básico, que realmente precisa ser mais amado pelos brasileiros, deixando até mesmo de ser um simples periódico, tamanho é o número das emendas constitucionais. (p. 86).

⁷² STF: ADPF 187/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/06/11, p. 146.

⁷³ STF: ADPF 187/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/06/11, p. 197.

⁷⁴ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 68.

Entendo, a partir disso, que o ministro conecta o resultado a que chegou (que a proibição do aborto de fetos anencéfalos é inconstitucional) ao que ele considera ser o correto desempenho do papel institucional da corte (a guarda da Constituição, assegurando a liberdade de escolha da mulher).

A ministra Rosa Weber utiliza parte do seu voto para narrar a história do constitucionalismo⁷⁵ e afirma que a supremacia do legislador deu lugar à supremacia da Constituição institucionalizada pelo controle de constitucionalidade.

A ministra Cármen Lúcia afirma que cabe ao STF a guarda da Constituição e disso decorre o reconhecimento de um pensamento jurídico em compasso com as evoluções sociais⁷⁶.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes se refere ao papel do STF como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais ao ressaltar a importância das audiências públicas na legitimação de decisões tomadas pela corte. Além disso, se refere a esses papéis afirmando que é inafastável o exercício da jurisdição constitucional pela alegação da falta de meios probatórios, como evidenciado pelo seguinte trecho:

Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria⁷⁷.

2.1.2 O papel contramajoritário: o STF como defensor das minorias

Esse papel surgiu em quatro ações (ADI 3510, ADPF 132, ADPF 187, ADPF 54). A ideia aqui é de que o STF teria um papel especial na proteção

⁷⁵ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 112-121.

⁷⁶ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 194.

⁷⁷ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 275.

dos direitos fundamentais das minorias políticas frente a opressão da maioria. Essa concepção não me parece excludente ao papel de guardião da Constituição. Conforme ficará claro nessa seção, muitas das menções também trazem, a ideia de proteção da Constituição ou dos direitos fundamentais.

Na ADI 3510, o ministro Gilmar Mendes menciona esse papel, afirmando que o poder aparentemente absoluto das cortes e o fato de ser uma instituição contramajoritária em relação ao Legislativo não podem ser usados como argumentos para negar que o STF discuta temas de alto relevo social⁷⁸:

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. (p. 597).

Na ADPF 132 o papel contramajoritário é mencionado pelos ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Fux afirma que, em se tratando de minorias políticas, o STF deve agir como instância contramajoritária e impor, no caso em questão, ação do Poder Público na promoção do direito à união estável homoafetiva⁷⁹.

Joaquim Barbosa argumenta que o STF tem a missão de “impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas”⁸⁰ e acompanha o voto do relator, Ayres Britto, estendendo o instituto da união estável aos casais homoafetivos. No trecho já ressaltado na seção anterior, Marco Aurélio argumenta que o STF tem o papel de guardar direitos fundamentais, mesmo contra maiorias políticas⁸¹.

⁷⁸ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 597.

⁷⁹ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 61.

⁸⁰ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 117.

⁸¹ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 213.

Gilmar Mendes⁸² e Celso de Mello⁸³ argumentam que não há ativismo judicial ao se reconhecer a união estável homoafetiva, pois o tribunal estaria tratando da proteção de direitos fundamentais das minorias, que é, segundo os dois, o papel da corte. Cito, nesse sentido, trecho do voto do ministro Gilmar Mendes em que essa ideia é bem sintetizada:

Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional. (p. 171-172).

Na ADPF 187, apenas o ministro Celso de Mello menciona esse papel, e o trecho do voto dele citado na seção anterior já demonstra que houve menção ao caráter contramajoritário da jurisdição constitucional⁸⁴.

Na ADPF 54 também apenas o ministro Celso de Mello faz referência a esse papel, afirmando que a decisão por descriminalizar o aborto de fetos anencéfalos põe em evidência o caráter contramajoritário do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos das minorias⁸⁵. Nesse sentido, cito um pequeno trecho de seu voto:

Impende destacar, ainda, no ponto, considerado o sentido prevalente neste julgamento, a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito, que se realiza, no caso, pelo reconhecimento e outorga de proteção a grupos vulneráveis, cujo amparo jurisdicional deve ser analisado na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional.

2.1.3 O STF como guardião do povo

Esse papel surgiu em apenas duas ações (ADI 3510 e ADPF 132), sendo mencionado apenas pelos ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes. A ideia deste

⁸² STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 171-172.

⁸³ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 238-248.

⁸⁴ STF: ADPF 187/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/06/11, p. 86.

⁸⁵ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 358-362.

papel é de que, de algum modo, o STF representa o povo, ainda que de forma diversa à representação parlamentar.

Na ADI 3510 e na ADPF 132, Gilmar Mendes remete à ideia de Robert Alexy de que a corte desempenha o papel de representação argumentativa do cidadão, enquanto o parlamento desempenha a representação política⁸⁶. Além disso, o ministro afirma, na ADI 3510, que o STF também pode ser uma casa do povo, comportando pensamentos diversos por meio de instrumentos como as audiências públicas e o *amicus curiae* e, por isso, seria incontestável a legitimidade da decisão que o STF viria a tomar sobre a Lei de Biossegurança⁸⁷.

Já o ministro Luiz Fux, na ADPF 132, considera haver uma falha de representação do Poder Legislativo, que ao não estender o conceito de união estável aos casais homoafetivos. Para o ministro, há uma falha de representar as transformações da sociedade, e ele considera que o STF também é guardião da sociedade, legítimo para fazer esse tipo de transformação. Segundo o ministro, ““(…) a sociedade evoluiu e a Suprema Corte, que é a voz da sociedade, também acompanha essa evolução”⁸⁸.

2.2 Papéis característicos de limites impostos pela separação de poderes

2.2.1 A corte como ator minimalista

A menção ao minimalismo apenas se fez presente em dois casos (ADPF 187 e ADPF 54), tendo como única voz o ministro Luiz Fux. A ideia é de que a corte pode decidir, contudo, deve sempre decidir o mínimo possível, exercendo uma espécie de passividade virtuosa. O ministro menciona este papel tendo como base citações aos teóricos Bickel e Sunstein⁸⁹.

Em ambos os casos, o ministro mencionou a doutrina estrangeira, afirmando que restringiria a decisão ao que foi pedido inicialmente devido a

⁸⁶ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 599.

STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 198.

⁸⁷ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 600.

⁸⁸ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 198.

⁸⁹ Sobre Bickel e seu argumento defendendo que cortes não devem decidir sempre que puderem e Sunstein e seu argumento em defesa de que cortes decidam o mínimo possível: Cf. MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108-125.

existência de desacordos morais razoáveis sobre os temas de descriminalização das drogas e do aborto⁹⁰. Além disso, nos dois casos, o ministro decide pela procedência da ação, reconhecendo a inconstitucionalidade da proibição do aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54) e a inconstitucionalidade da criminalização de manifestações em prol da legalização das drogas (ADI 4274 e ADPF 187). No caso da Marcha da Maconha, o ministro inclusive decide pela adição de uma baliza para o direito de manifestação que não existe de maneira expressa no direito positivo: ele decide que, em manifestações pela descriminalização das drogas, é proibida a participação ativa de crianças e adolescentes, sendo apenas permitido o acompanhamento por menores⁹¹.

Disso, entendo que o ministro interpreta como minimalista a atitude de decidir apenas sobre o que foi pedido, por mais que o pedido, ou sua interpretação do pedido, implique em criação normativa, ou agir fora do escopo do que seria o papel de legislador negativo (como é o caso de seu voto na ADPF 187).

2.2.2 O STF como legislador negativo/ a impossibilidade de criação normativa

O segundo limite imposto pela separação de poderes reconhecido pelos ministros é a impossibilidade de criação normativa. Este limite foi invocado em quatro dos casos analisados (ADI 3510, ADPF 130, ADPF 132 e ADPF 54).

Na ADI 3510, três ministros se referem a esse limite: Cezar Peluso, Ellen Gracie e Marco Aurélio. O primeiro ministro considera que a Lei de Biossegurança é falha por não prever a existência de um comitê central que avalie as nomeações de comitês de pesquisa, mas diferentemente dos ministros Lewandowski, Menezes Direito, Eros Grau e Gilmar Mendes, Peluso considera que não é possível remediar a situação determinando que

⁹⁰ STF: ADPF 187/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/06/11, p. 122-123.

STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 158-159.

⁹¹ STF: ADPF 187/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/06/11, p. 152-153; STF: ADI 4.274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 23/11/2011, p. 13.

O ministro não define, contudo, o que seria participação ativa e o que seria acompanhar a manifestação.

órgãos previstos na Lei de Biossegurança realizem essa tarefa, nem criando órgão novo, nem interpretando extensivamente tipo penal (como faz o ministro Menezes Direito) porque a corte não pode ser um legislador positivo⁹².

Ellen Gracie⁹³ apresenta esse limite ao contestar a apresentação de condicionantes pelos ministros Menezes Direito, Lewandowski e Eros Grau. A ministra considera que este tipo de atividade normativa não cabe ao STF, conforme fica claro no seguinte trecho do acórdão:

Entendo, Sr. Presidente, que a proposição final do voto de Sua Excelência, praticamente produz uma adulteração da norma contida no art. 5º, pelo acrescentamento de tais e tantas condicionantes que eliminam a sua força normativa.

Por isso, **lamento, não poder acompanhar Sua Excelência na adição destas condicionantes, até porque, segundo entendo, aí, estaríamos excedendo, e muito, ao mandato que é conferido a este Supremo Tribunal Federal.** (p. 530, grifo nosso).

Já o ministro Marco Aurélio demonstra preocupação com o uso da interpretação conforme, pois enxerga nela o risco de se redesenhar a norma, o que, para ele, transformaria o tribunal em um legislador positivo, extrapolando o papel da corte na separação de poderes⁹⁴:

Quanto ao voto de Sua Excelência, sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme à Constituição. É que **há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo - contrariando e não protegendo a Constituição Federal - o papel de legislador positivo.** (p. 538, grifo nosso).

Na ADPF 130, esse papel é invocado apenas pelo ministro Ayres Britto, que vê no uso forçado da técnica de interpretação conforme para descontaminar a Lei de Imprensa do período ditatorial como algo impróprio,

⁹² STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 552.

⁹³ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 530.

⁹⁴ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 538.

pois faria com que o intérprete legislasse por si próprio⁹⁵, conforme indica o seguinte trecho:

É dizer, a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, **pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria**. (p. 106, grifo nosso).

Na ADPF 132, o ministro Lewandowski, não obstante de ter votado pela procedência do pedido (com a ressalva de que está reconhecendo uma nova entidade familiar e aplicando o regime de união estável por analogia, apenas no que couber), considera que, em virtude do papel do STF, não é possível se estender o regime jurídico da união estável aos casais homoafetivos. Isso porque a Constituição expressamente afirma que a união estável seria entre homem e mulher e o juiz não poderia interpretar para além dos limites da norma. Isso fica evidente no seguinte trecho do voto do ministro⁹⁶:

Embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretativo*. (p. 106).

Assim, esse ministro também contraria, implicitamente, a possibilidade de o STF agir como legislador positivo.

Finalmente, na ADPF 54, esse limite é invocado pela ministra Cármen Lúcia e pelos ministros Lewandowski, Cezar Peluso e Marco Aurélio, mas em contextos muito diferentes.

A ministra, que vota pela total procedência do pedido, afirma que naquele caso o STF não estaria sendo convocado para criar nova norma

⁹⁵ STF: ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009, p. 74.

⁹⁶ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 106.

jurídica, o que não seria de sua competência, mas sim para declarar se a criminalização do aborto de fetos anencéfalos é compatível ou não com a Constituição⁹⁷.

Já os ministros Lewandowski e Cezar Peluso votam pela improcedência do pedido, argumentando em seus votos que uma decisão pela procedência do pedido extrapola o papel do STF na separação de poderes, pois este não poderia ser um legislador positivo⁹⁸.

O ministro Marco Aurélio, por outro lado, questiona brevemente a possibilidade de se normatizar durante a votação por uma modulação de efeitos que determinaria um método de diagnóstico específico para a anencefalia⁹⁹.

3. A resposta ao problema das múltiplas vozes

Conforme expresso no capítulo I, a questão da multiplicidade de ministros e da variação temporal parecia de início um problema. Contudo, creio que fica claro depois dessa exposição que, na verdade, os ministros, nos casos em que houve menções expressas ao papel do STF, fazem colocações muito semelhantes. Fora o conflito entre visões características da retórica do guardião entrincheirado e papéis relacionados a limites impostos pela separação de poderes, não parece haver grande variedade de argumentos relacionados ao papel da corte.

Os papéis relacionados à retórica do guardião entrincheirado, em realidade, parecem estar todos contidos dentro de uma ideia genérica de guarda da Constituição a despeito da variação temporal entre os casos. Mesmo os papéis da guarda do povo ou das minorias se encaixam nessa ideia genérica. Afinal de contas, em ambos os papéis também está presente a ideia de que algum direito fundamental contido na Constituição foi violado. Já os papéis relacionados a limites são apenas dois, sendo um deles mencionados apenas pelo ministro Luis Fux. Fora isso, todos parecem

⁹⁷ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 180.

⁹⁸ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 241-245, p. 252, p. 404-413.

⁹⁹ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 425.

estar contidos na ideia de que o STF deve ser um legislador negativo, sendo relacionados à ideia de que não cabe à corte criar inovações jurídicas.

Capítulo III – Analisando dois extremos: casos sem menções e casos com elevado número de menções

Feita a apresentação dos papéis expressos pelos ministros, passo agora a outro aspecto do tratamento dado ao papel do STF pelos ministros: a questão do que interpretar dos casos sem menções expressas à separação de poderes (1). Em seguida, tratarei especificamente dos casos em que há um número elevado de menções ao papel do STF (2), comparando os casos entre si (2.1) e apresentando um papel que considero estar presente especificamente nesses casos (2.2).

1. A presunção de legitimidade e a última palavra sobre sentido e alcance da Constituição¹⁰⁰

Conforme já explicitado, há sete decisões em que não há nenhuma menção expressa ao papel da corte na separação de poderes (RE 201819, HC 82959, ADI 3112, RE 511961, RE 389808, ADI 4274, ADI 3330). Logicamente, dada a ausência geral de menção a papéis da corte, também se verificou a ausência do levantamento da questão da legitimidade da corte em qualquer um dos casos em que houve correntes vencidas. Isso indica que em nenhum momento, nesses casos, os ministros demonstraram de forma explícita preocupações sobre freios que poderiam ser impostos à sua atuação por sua posição na separação de poderes.

Isso fica claro na medida em que, em quase todos os casos¹⁰¹ a discordância das correntes vencedoras e derrotadas se deram **em função de argumentos baseados em direitos fundamentais**. Diante disto, a

¹⁰⁰ Como essa seção diz respeito mais à minha interpretação da ausência de elementos nas decisões, não apresentarei muitas referências a estas. Caso o leitor não esteja familiarizado com os casos, recomenda-se a leitura do anexo I.

¹⁰¹ Há uma única exceção a isso no HC 82959. Nele, um único ministro, Nelson Jobim, baseou seu voto numa questão exclusivamente relacionada ao método de interpretação do direito constitucional. Para ele, não é possível que o tribunal defina quais são os núcleos essenciais dos direitos fundamentais e nem qual seria a vontade legislativa. STF: HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, p. 720-723.

questão que deve ser explorada nesse tópico é de quais seriam as implicações disso para o papel do STF na separação de poderes.

Primeiramente, algo deve ser dito sobre o significado de um argumento de incompetência ou ilegitimidade da corte. Considero que afirmar que o STF não tem competência ou legitimidade para decidir algo é, por excelência, uma questão preliminar, pois se a corte é incompetente não há nem que se discutir a interpretação constitucional adequada, pois estaria fora do escopo de poderes da corte travar uma dada discussão.

Qual seria, então, a implicação de, nos casos, não ter sido levantado em nenhum momento a questão da legitimidade da corte para tomar as decisões em função da separação de poderes e da discordância dos ministros dissidentes ter sido baseada puramente em uma interpretação distinta da Constituição? Essa é uma questão chave a ser colocada em especial considerando o universo de casos estudados.

A consequência do que expus é a conclusão de que a corte, em geral *pressupõe a sua legitimidade decisória*.

Em um corpo colegiado, existe uma diferença fundamental entre discordar da decisão da maioria por crer que uma decisão diferente da tomada é a correta e discordar por acreditar que o colegiado não detém o poder de tomar a decisão que deseja tomar.

No STF, se as discordâncias nos casos, quando existentes, foram baseadas na interpretação da Constituição e não na incompetência da corte, há uma presunção de que a corte possui o poder para dizer a última palavra sobre o sentido da Constituição e da abrangência dos direitos fundamentais.

Considero que as decisões dos casos da progressão de regime em crimes hediondos (HC 82959), do Estatuto do Desarmamento (ADI 3112), do diploma de jornalista (RE 511961), da Marcha da Maconha (ADI 4274), do sigilo de dados bancários (RE 389808) e das cotas do Pro-Uni (ADI 3330) representaram exercício da competência de legislador negativo, papel tradicionalmente já imputado às cortes constitucionais (conforme expresso no capítulo I). Isso porque apenas foram declaradas

inconstitucionais¹⁰² leis ou trechos de lei ou consideradas inconstitucionais certas interpretações de leis existentes sem que isso implicasse na criação normativa tal qual entendo esse conceito. Argumentarei no tópico 2 deste capítulo que, para além da alta voltagem política dos temas discutidos, os três casos em que papéis do STF foram efetivamente invocados diferenciam-se desses casos quanto aos efeitos (ou possíveis efeitos) das decisões.

O RE 201819 possui algumas particularidades que o diferencia dos demais casos do universo descrito acima. Primeiramente, este caso não envolveu nenhuma espécie de declaração da inconstitucionalidade. Nele, foi discutida a obrigatoriedade da aplicação de garantias processuais (de ampla defesa, contraditório e devido processo legal) na expulsão de membros de uma associação sem que isso seja previsto no estatuto ou na legislação civil. O que foi discutido foi, em suma, se direitos fundamentais possuiriam eficácia horizontal e vinculariam particulares.

A corte acabou decidindo pela vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais, mas, no final das contas, o caso, isoladamente considerado, não parece ter gerado um choque com o Poder Legislativo. Como indica o voto do ministro Celso de Melo¹⁰³, o Congresso Nacional, antes da decisão final do caso, adicionou ao Código Civil uma previsão que expressamente reconhecia que associados somente podem ser expulsos de sociedade se garantido o direito de ampla defesa. Isso significa que o Poder Legislativo não apenas não era contrário à aplicabilidade desses direitos entre particulares, como a positivou em lei. Contudo, a particularidade relevante deste RE para a pesquisa está no fato de se tratar de um caso que potencialmente ampliou os poderes do STF, no qual, ainda assim, não se fez presente a discussão explícita de nenhum papel institucional da corte. Como dois dos votos que afirmaram a tese de aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares foram anteriores à mudança legislativa (os votos dos ministros Gilmar Mendes e de Joaquim Barbosa), ao menos parte

¹⁰² Faço a ressalva de que na ADI 3330, o STF decide pela constitucionalidade da lei. Foi mantida a constitucionalidade, contudo, porque a maioria considerou a lei compatível com a Constituição, não porque se considerou que o STF não poderia intervir naquela situação.

¹⁰³ STF: RE 201819/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005, p. 648.

da corte reconheceu no caso que o STF tem poder de determinar a aplicabilidade de direitos fundamentais entre particulares sem que o legislador assim o determine. Isso pode vir a gerar conflitos em circunstâncias em que o Poder Legislativo não deseje que um dado direito fundamental tenha certos efeitos entre particulares.

A ausência de considerações explícitas sobre o papel da corte na separação de poderes nesse caso me leva a entender que, para além da presunção de legitimidade para decidir o conteúdo dos direitos fundamentais, também parece estar presumida a legitimidade do STF de determinar qual é seu alcance.

A questão que resta ser respondida nessa seção é: isso é um problema? Creio que não há nada de errado a priori com o fato de os ministros, em geral, não dizerem nada sobre seu papel e considerarem estar agindo dentro de seus limites. A meu ver, é consequência normal de um sistema de revisão judicial que os juízes considerem, na maioria das vezes, que são legítimos para julgar a constitucionalidade de uma norma.

Parece-me, inclusive, que é interessante de um ponto de vista estratégico que os ministros, mesmo discordando do resultado a que outros ministros chegaram, em geral não argumentem pela incompetência da corte. Isso porque ataques a poderes já consolidados do STF (ação de legislador negativo) podem abrir margem para que o Legislativo queixe-se de ativismo judicial e porque um ministro pode discordar hoje da maioria, mas pode concordar com ela em outros casos que envolvam o mesmo tipo de controle e, em tese, não é bom para a imagem de um ministro que ele se contradiga publicamente em ocasiões diversas.

2. Análise cruzada dos casos desviantes

2.1 Análise comparativa entre os casos

Considero que ADI 3510 e as ADPFs 132 e 54 diferenciam-se dos demais em dois aspectos: pelo elevado número de argumentos relacionados ao papel institucional do STF, já demonstrado no capítulo II, e, principalmente,

pelos efeitos decisórios ou possíveis efeitos decisórios existentes nos casos. Tratarei primeiramente dessa última questão e, em seguida, do uso dos argumentos relacionados ao papel institucional do STF nos três casos, destacando um outro papel que a corte se atribui¹⁰⁴.

Na ADPF 132 e na ADPF 54, o STF gerou direitos novos não cancelados pelo Poder Legislativo, saindo, ou aparentemente saindo, do papel de legislador negativo classicamente associado a cortes constitucionais. Na ADI 3510, com quatro votos propondo condicionantes a serem adicionadas à interpretação da Lei de Biossegurança, por dois voto não houve criação normativa por parte do STF. Essas três ações foram as únicas em que criações normativas, foram presentes, ou aparentemente presentes, de maneira intensa¹⁰⁵.

Na ADI 3510, os ministros Menezes Direito, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso defendem uma forma de inovação jurídica (nos termos adotados no presente trabalho). Todos eles consideram que a Lei de Biossegurança é, de alguma forma, deficiente na proteção do embrião humano e estabelecem, ao final de seus votos, condicionantes para a constitucionalidade da permissão de pesquisas com células-tronco que não está presente na Lei de Biossegurança ou na Constituição de maneira expressa.

Não cabe aqui apresentar minuciosamente as propostas de cada um dos ministros, dado que existem diferenças bastante sutis entre uma e outra proposta que não são relevantes para os propósitos deste trabalho. Em linhas gerais, os ministros propõem (i) restrições a métodos de pesquisa com embriões crio-preservados, de maneira a preservar sua existência; (ii) a restrição do conceito jurídico de embrião inviável; (iii) a criação de um

¹⁰⁴ Escolhi tratar separadamente deste papel para deixá-lo em destaque, uma vez que ele está ligado com os casos que possuem o maior número de menções a papéis do STF.

¹⁰⁵ Refiro-me a presença intensa porque existe um caso, o da Marcha da Maconha (ADI 4274 e ADPF 187), em que há uma presença que considero irrelevante da ideia de criação normativa. O ministro Luiz Fux, em seus votos, condiciona a legalidade das manifestações à ausência de participação ativa de crianças e adolescentes.

comitê de fiscalização das pesquisas ou a atribuição de responsabilidade a um órgão já existente vinculado ao ministério da saúde¹⁰⁶.

Na ADPF 132, considero que o STF agiu como legislador positivo, pois dá balizas jurídicas para as uniões estáveis homoafetivas e estas não estavam previstas de maneira expressa em nenhum ponto do ordenamento jurídico. Na ADPF 54, mulheres passam a ter o direito de abortar legalmente fetos anencéfalos, dado que essa autorização não estava expressa como excludente de antijuridicidade do crime de aborto no Código Penal de 1940.

Entendo, contudo, que há uma diferença na ADPF 54 em relação à ADPF 132 no que diz respeito a seus efeitos decisórios, que torna justificável, a meu ver, que alguns ministros invoquem ou subscrevam posições minimalistas ou a ideia de que a corte é um legislador negativo e votem pela procedência do pedido¹⁰⁷. Apesar de criar para mulheres grávidas o direito de abortar legalmente caso o feto seja anencéfalo, é duvidoso se o STF agiu como legislador positivo ou negativo e isso depende basicamente de como se expõe o conteúdo da decisão. Explico. Se digo que o STF decidiu por reconhecer a anencefalia do feto como nova excludente de antijuridicidade do aborto, parece clara uma atuação da corte como legislador positivo. Se, por outro lado, digo que o STF retirou do ordenamento jurídico a criminalização do aborto de anencéfalos por ser inconstitucional, parece ser uma atuação dentro do papel clássico de legislador negativo. Apenas os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso afirmam que a corte estaria, naquele caso, se comportando como legislador positivo: os dois primeiros defendendo a possibilidade dessa intervenção do STF¹⁰⁸ e os dois últimos

¹⁰⁶ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 221-306; 374-448; 448-360, p. 631.

Um ministro, César Peluso, propõe uma condicionante em uma proposta na p. 631, mas não o faz em seu voto. Vale dizer que o ministro apenas acompanhou os demais quanto à condicionante de número três

¹⁰⁷ Os ministros que fizeram isso foram: (i) Luiz Fux com suas confusas referências a Bickel e Sunstein e, ao mesmo tempo, à menção a um dever de corrigir a legislação ultrapassada; (ii) Marco Aurélio, com sua referência nos debates finais à ideia de que o STF não poderia criar método específico de diagnóstico, pois isso seria normatizar (p. 425); (iii) Cármen Lúcia, que expressamente afirma que a corte não poderia produzir norma jurídica nova.

¹⁰⁸ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 302 e p. 356.

criticando a atitude da corte. Inclusive, pelo conceito que adoto nesse trabalho, considero a ADPF 54 um exercício do papel de legislador negativo, pois, apesar de gerar o direito de abortar fetos anencéfalos, entendo que a corte simplesmente considerou incompatível com a Constituição a proibição do aborto nessa situação e a removeu do ordenamento jurídico.

Devemos concluir disso que o STF se divide de maneira coerente entre ministros que acreditam em um papel institucional de legislador negativo e outros que acreditam que a corte pode ir além? Será que somente houve discordância legítima entre ministros que têm visões consistentes sobre o papel da corte na separação de poderes quanto à natureza da declaração de inconstitucionalidade da ADPF 54? A resposta desses questionamentos será melhor explorada no próximo capítulo, especificamente no tópico 2, mas já adianto que é negativa. O primeiro indício disso é o fato de a ADPF 132, que envolveu ação da corte como legislador positivo, foi decidida por unanimidade e, se os ministros que mencionaram que o STF não pode (ou não deve) criar normas fossem ser consistentes com sua visão, não deveriam decidir pela procedência.

É interessante ressaltar agora o contexto que os ministros defendem inovações normativas e fazem as menções nesses três casos em particular, pois estes indicam o outro papel que mencionei no início desse tópico.

2.2 O papel subsidiário

Esse papel surge apenas nesses três casos. O papel de subsidiário diz respeito à noção de que os ministros podem avançar sobre dados temas, gerando inovações normativas ou não, porque o legislador de alguma forma falhou com o que seria seu dever, ou porque foi omissos (ADPF 132), ou porque não atualizou uma norma que deveria ser atualizada (ADPF 54) ou porque regulamentou de maneira insuficiente algum tema (ADI 3510).

Na ADI 3510, todos os ministros que defenderam alguma forma de condicionante afirmaram que o regime jurídico da proteção do embrião era insuficiente por ser demasiado permissivo às pesquisas, protegendo de maneira insuficiente o embrião.

Na ADPF 132, o ministro Fux argumenta que se o Congresso não regulamentou as uniões estáveis homoafetivas, competiria ao STF fazê-lo¹⁰⁹, compete ao tribunal suprir essa lacuna. Gilmar Mendes também afirma em meio à fundamentação de seu voto que a proteção das uniões homoafetivas deveria ser feita pelo Congresso, mas, dada a dificuldade dessa promoção, a corte poderia agir para além do papel tradicional de legislador negativo¹¹⁰. Marco Aurélio também fundamenta que não vê obstáculo para a extensão do instituto das uniões estáveis porque a falta de aprovação de projetos que disciplinem o tema das uniões homoafetivas indica uma falta de vontade coletiva¹¹¹. Por fim, Celso de Mello também apresenta argumento similar, pois afirma que práticas de ativismo judicial, como no caso, são necessárias diante da omissão de outros poderes públicos¹¹².

Por fim, na ADPF 54, mesmo ministros que não consideraram que a corte estaria saindo do papel de legislador negativo, como a ministra Cármen Lúcia, invocam a ideia de que a lei é antiga e não foi atualizada para justificar que o STF descriminalizasse o aborto de fetos anencéfalos.

É interessante notar que em todos os casos em que um ou mais ministros propuseram ações de legislador positivo (nos termos adotados na monografia), ou acreditavam que estavam tomando ações de legislador positivo (como os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, que na ADPF 54 consideraram que a corte estava indubitavelmente se livrando do dogma do legislador negativo), o argumento de que o legislativo deixou de cumprir com um dever esteve presente. É por isso entendo que se verificou uma ideia de legislação subsidiária nos casos.

¹⁰⁹ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 81.

¹¹⁰ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 123-124.

¹¹¹ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 206.

¹¹² STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 261.

Capítulo IV – O argumento de ilegitimidade da corte

Neste capítulo, já apresentados e analisados todos os casos, passo a cruzar algumas informações relacionados às menções expressas ao papel do STF na separação de poderes. Dado que, no capítulo II, já foram apresentados todos os posicionamentos referentes aos tipos de menções expressas e já foi esgotado o que teria para dizer sobre a retórica do guardião entrincheirado, avaliarei, mais especificamente, a coerência dos posicionamentos dos ministros que invocaram argumentos de ilegitimidade do STF para agir fora da atividade de legislador negativo.

1. A coerência do argumento de ilegitimidade do STF

Nesta seção tratarei apenas de um dos dois papéis que identifiquei como relacionados aos limites do STF, qual seja, o papel do STF como legislador negativo. Isto porque o outro papel, de ator minimalista, é mencionado apenas pelo ministro Fux e tudo que poderia ser dito sobre ele já foi tratado no segundo capítulo deste trabalho (seção 2.2.1).

Como já foi descrito no capítulo II o que os ministros disseram sobre o papel da corte, a proposta aqui é analisar se os ministros são coerentes com a visão de que o STF não tem poder de inovar no ordenamento jurídico ou se mudam de opinião a depender do caso¹¹³. Sendo mais específico, compararei a ideia de que o STF não pode criar inovações normativas por ser um legislador negativo com os posicionamentos que os ministros apresentaram nos casos em que considero ter havido (ou quase havido) inovações normativas: a ADI 3510, em que o STF quase aprovou diversas condicionantes e a ADPF 132, em que se estendeu o regime jurídico das uniões estáveis aos casais homoafetivos. Também levarei em conta o posicionamento dos ministros em relação à proposta de modulação de efeitos da ADPF 54, em que se pretendeu que o STF ditasse um método

¹¹³ Faço a ressalva de que isso envolve o uso do conceito adotado de inovação normativa, pois estou sugerindo que algum resultado a que um ministro chegue é incompatível com a visão de legislador negativo.

específico de diagnóstico de anencefalia para condicionar a possibilidade de realizar o aborto. Isso porque, pelos conceitos adotados de inovação normativa e legislador negativo, mesmo que a remoção da norma que proibia aborto de fetos anencéfalos, sem redução de texto, seja um exercício de legislador negativo, a pretensão (rejeitada) de que o STF determinasse um método para que a anencefalia fosse identificada tem traços de uma atividade de criação normativa.

Seis ministros fizeram menções características do papel de legislador negativo: Ellen Gracie (ADI 3510); Ayres Britto (ADPF 130); Cármen Lúcia (ADPF 54); Marco Aurélio (ADI 3510 e ADPF 54); Cezar Peluso (ADI 3510 e ADPF 54) e Ricardo Lewandowski (ADPF 132 e ADPF 54).

Quanto à coerência da ministra Ellen Gracie, não há nada nos votos dela presentes nos demais acórdãos que se mostre incompatível com a visão de que o STF é um legislador negativo¹¹⁴. Quanto aos demais ministros, em maior ou menor medida, considero que eles se contradisseram no que tange a ideia de que o STF não pode criar normas.

Conforme indiquei no capítulo II (2.2.2), Ayres Britto comentou na ADPF 130 que não seria possível descontaminar a lei de imprensa da época da ditadura através de interpretação conforme porque isso faria com que o STF se comportasse como legislador. Contudo, na ADPF 132 ele não apenas votou favoravelmente pela extensão do conceito jurídico de família aos casais homoafetivos e ampliou o regime de união estável às uniões homossexuais, como explicitamente disse que como não há proibição explícita a esse tipo de união estável na Constituição, não existiria nenhum obstáculo para realizar o “salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro”¹¹⁵. Em outras palavras, na ADPF 132 ele afirma que não existe nenhum obstáculo para que o intérprete proclame um direito a algo não

¹¹⁴ Reconheço isso com base no método utilizado para avaliar todos os casos. Há, contudo, um indício de que a ministra pode ter se contradito. Na ADPF 132, a despeito de não haver enviado voto ao acórdão, o estrato de ata indica que a decisão foi tomada por unanimidade e ela estava na sessão.

¹¹⁵ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 34.

previsto em normas desde que a possibilidade dessa proclamação não esteja explicitamente proibida.

Qual seria a inconsistência entre ambas as colocações do ministro? Na ADPF 130, o ministro explicitamente repudia a própria ideia de que o intérprete possa criar normas e, com base nisso, afirma que não seria possível o uso da interpretação conforme no caso da Lei de Imprensa. Já na ADPF 132 ele aceita, sob a condição de ausência de proibição expressa, que o STF proclame um direito não previsto. Isso parece-me contraditório, mas, dado que o caso das uniões estáveis homoafetivas é posterior ao outro e que não foram observados todos os casos de atuação do ministro entre as datas dos dois casos, é possível que em algum ponto o ministro tenha mudado de ideia. Contudo, tendo como base o universo de pesquisa, afirmo que o ministro não foi consistente ao invocar o papel de legislador negativo.

A ministra Cármen Lúcia, conforme indicado no capítulo II (2.2.2) afirma em seu voto na ADPF 54 que a corte não estaria, naquele caso, sendo chamada a criar norma nova, o que não seria de sua alçada. Contudo, na ADPF 132, a ministra não apenas havia votado pela extensão do regime jurídico de uniões estáveis, como não comenta nada sobre a capacidade institucional do STF para fazê-lo. Ela apenas deriva do papel da corte de evitar o preconceito contra minorias que o regime deve ser estendido. A posição da ministra é contraditória a meu ver porque o voto dela na ADPF 132 expressa uma criação normativa e na ADPF 54 ela nega que isso seja possível para o STF.

Em termos de coerência, o ministro Marco Aurélio tem uma situação semelhante com a do ministro Ayres Britto, mas em seu caso a contradição é mais evidente. Conforme indicado no capítulo II, na ADI 3510, ele também afirma que tem receios quanto ao uso da interpretação conforme, pois enxerga nela o risco de que o STF assuma o papel de legislador positivo, contrariando a Constituição ao invés de protegê-la. Na ADPF 132, contudo, Marco Aurélio trava o seguinte diálogo com o ministro Gilmar Mendes¹¹⁶:

¹¹⁶ STF: ADPF 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, p. 122.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – (...)E eu comemoro também essa decisão. Os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – **De qualquer forma, penso que essa proclamação revela visão míope quanto à atuação do Supremo.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – **É. Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo.** Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo. Na verdade, essa própria afirmação já envolve um certo engodo metodológico. Eu dizia que até a fórmula puramente cassatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, essa própria fórmula já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo* contrário à posição que estava a ser...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – **Que é uma consequência natural do sistema.** (p. 122, grifos nossos).

Aqui o ministro Marco Aurélio afirma que seria uma visão míope considerar o STF um mero legislador negativo e considera respostas de caráter positivo consequências naturais do sistema, contradizendo o que disse na ADI 3510 sobre a impossibilidade de o tribunal agir como legislador positivo. Até esse ponto, aplicar-se-ia ao ministro a mesma ressalva feita em relação ao ministro Ayres Britto de que ele poderia ter simplesmente mudado de entendimento em relação ao papel do STF e passado a considerar que esse tipo de ação é possível. Contudo, na ADPF 54, cujo

juízo é posterior ao da ADI 3510 e da ADPF 132, considero que o ministro mais uma vez faz alusão ao papel de legislador negativo para afirmar ser impróprio que o STF estabeleça método de diagnóstico de anencefalia, dado que isso seria legislação, algo do campo normativo em que o STF não poderia entrar¹¹⁷. Portanto, considero que o ministro se contradiz no que tange à sua defesa do papel do STF como legislador negativo.

Por fim, os ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski foram aqueles que mais apresentaram contradições ao longo de seus votos.

Na ADI 3510, conforme expresso no capítulo II, Peluso afirmou em seu voto que o STF não poderia criar órgão novo responsável pela fiscalização das indicações dos comitês de pesquisa, nem atribuir essa responsabilidade a outro órgão dado seu papel de legislador negativo. Contudo, ao final da decisão, propõe que o STF incumba a um órgão do ministério da saúde (CONEP), que possui a responsabilidade genérica por pesquisas com seres humanos, a tarefa de fiscalizar os comitês de ética de pesquisas com embriões por meio de interpretação conforma à Constituição¹¹⁸. Sendo assim, em um ponto do mesmo caso ele afirma que o STF não pode fazer algo em função de seu papel e ao final propõe que se faça exatamente o que disse ser impossível.

Além disso, na ADPF 54 o ministro, que é voto vencido pela improcedência da ação, conforme já indicado no capítulo II, afirma que o STF não poderia descriminalizar o aborto de fetos anencéfalos porque isso seria uma invasão da competência do poder legislativo dado que seria impróprio ao STF agir como legislador positivo. Porém, vota a favor da modulação de efeitos que condicionaria a legalidade do aborto de fetos anencéfalos a um determinado método de diagnóstico¹¹⁹, ou seja, novamente, afirma que o STF não pode agir como legislador positivo, mas defende uma forma de criação normativa.

¹¹⁷ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 425.

¹¹⁸ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 638.

¹¹⁹ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 425.

Já o ministro Lewandowski defende a aplicação de várias condicionantes na ADI 3510 e, ao ser contestado por Ellen Gracie de que aquilo extrapolaria o papel da corte como legislador negativo¹²⁰, ele se justifica afirmando que o STF tem reconhecido condicionantes “quase que entrando no campo do Legislador”¹²¹. Além disso, afirma que o STF está assumindo um papel de protagonista como algo positivo, conforme fica claro no seguinte trecho:

Nós estamos numa nova fase do Supremo Tribunal Federal, em que esta Casa assume um novo protagonismo. Então, pareceu-me adequado, no caso das células-tronco, também estabelecer algumas condicionantes, para o exercício da atividade de pesquisa, realmente importantes para o avanço do conhecimento nesse campo, no Brasil, exatamente por entender que essa lei é extremamente vaga e foi formulada, *data venia*, de forma tecnicamente imprecisa. (p. 533).

Entendo que, na ADI 3510, o ministro reconhece a possibilidade de a corte agir para além do papel de legislador negativo, pois estabelece inovações normativas. Conforme já expresso no capítulo II, na ADPF 132, o ministro invoca a ideia de que o intérprete não pode legislar, pois não pode sair dos limites definidos pela norma, para tomar uma postura mais tímida que a maioria e apenas aplicar por analogia o regime jurídico das uniões estáveis aos casais homoafetivos. Na ADPF 132, ele inclusive demonstra preocupação por estar entrando em uma área que seria do legislador, conforme evidencia esse trecho do acórdão¹²²:

Ministro Gilmar Mendes, assinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e conclui que a nossa comutação desta lacuna é meramente provisória, porque, na

¹²⁰ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 530.

¹²¹ STF: ADI 3.510/ DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 532.

¹²² STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 139.

verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional.

Apenas isso já indica que o ministro contraria na ADPF 132 uma visão que ele apresentou na ADI 3510, pois, enquanto no caso das células-tronco ele defendeu a capacidade do STF de estabelecer condicionantes, ou seja, de inovar juridicamente, aqui ele demonstra preocupação de estar invadindo uma esfera do Poder Legislativo após ter invocado a ideia de que o intérprete não pode sair dos limites da norma. Na ADPF 132 ele justifica uma aplicação apenas analógica do instituto da união estável, no que couber, aos homossexuais, com base no fato de o intérprete não poder sair dos limites da norma. Na ADI 3510, por outro lado, o ministro estabelece condicionantes não presentes na norma.

Além disso, na ADPF 54, o ministro mencionou o papel de legislador negativo, dizendo que a corte não poderia criar norma jurídica nova dado que tal competência pertenceria ao Poder Legislativo para votar contra a legalização do aborto de fetos anencéfalos e afirmar de maneira categórica que a corte não poderia tomar a decisão de permitir que mulheres abortem para além das hipóteses já previstas no Código Penal. Porém, votou a favor da modulação de efeitos que, como já explicitiei no início do capítulo, implica uma forma de criação normativa e, além disso, ressalta, para justificar sua posição, que o STF já tomou outras decisões de perfil aditivo¹²³. Isso também demonstra contradição porque em um determinado ponto do voto ele afirma categoricamente que o STF não pode criar normas e em outro ele não apenas vota por uma criação normativa como também afirma que ela é justificável dado que o STF já tomou decisões de perfil aditivo anteriormente.

¹²³ STF: ADPF 54/ DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, p. 428.

Ao final ele desiste da modulação, mas foi devido ao quórum insuficiente e não porque ele voltou atrás por conta do argumento do papel de legislador negativo que ele havia invocado anteriormente no caso.

Comentários conclusivos

Pretendo aqui apenas sintetizar as principais conclusões deste trabalho.

No início deste trabalho, parecia ser preocupante a questão de conciliar a existência de muitos ministros e da troca de ministros com a definição de uma opinião institucional do STF sobre seu papel na separação de poderes. Contudo, conforme ficou claro ao longo do texto, nas poucas vezes em que papéis do STF foram invocados pelos ministros, muitos destes não foram excludentes entre si. Na verdade, conforme exposto no capítulo II, no que tange à questão da retórica do guardião entrincheirado, o papel mais comumente mencionado foi a ideia genérica de guarda da Constituição e, além disso, os outros papéis mencionados também parecem derivações ou qualificações da ideia de guarda da Constituição, dado que, mesmo em casos em que surgiram os papéis de guardião contramajoritário e de guardião do povo, a ideia de que direitos constitucionais foram violados esteve presente. Além disso, houve só dois tipos de papéis característicos de limites: o de ator minimalista, que é apenas mencionado pelo ministro Fux e o papel de legislador negativo. A única transformação no discurso dos ministros que considero relevante foi o reconhecimento da possibilidade de normatização caso o Poder Legislativo não esteja, aos olhos do tribunal, cumprindo seu dever (papel subsidiário), que se verificou na ADI 3510, na ADPF 132 e na ADPF 54.

O STF não discutiu em muitas ocasiões seu papel na separação de poderes nos casos estudados. Apenas em seis casos (RE 407688, ADI 3510, ADPF 130, ADPF 132, ADPF 187 e ADPF 54) a questão foi diretamente levantada e maioria dos ministros só o fez em três casos (ADI 3510, ADPF 132 e ADPF 54). Isso, somado ao fato de que em nenhum dos casos desprovidos de menções expressas os ministros invocaram incompetência na corte sugere que a legitimidade de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição é, em geral, pressuposta pela corte.

Isso também sugere que o fenômeno da retórica do guardião entrincheirado parece ser menos abrangente, ao menos nos casos de direitos fundamentais de primeira geração estudados, do que inicialmente se supôs, dado que na maioria dos casos não é observável nenhuma expressão do fenômeno e apenas nos três casos desviantes papéis característicos dela são mencionados por mais que três ministros. Além disso, apenas na ADPF 132 e na ADPF 54 papéis característicos da retórica do guardião entrincheirado são mencionados por mais da metade dos ministros que enviaram votos ao acórdão.

Ademais, parece que o argumento de incompetência institucional do STF para legislar de maneira positiva parece ter uma função retórica. Acredito que os ministros que invocaram a incompetência do tribunal, em geral, discordavam da decisão de mérito do caso, mas falaram em incompetência apenas como um argumento complementar, que talvez pudesse dissuadir os demais¹²⁴. Isso porque, apesar de invocarem a incompetência da corte para agir como legislador positivo em seus votos em algum caso, os ministros, em geral, propõem inovações normativas em outros casos¹²⁵. Além disso, os ministros Peluso e Lewandowski, agem como legisladores positivos mesmo no próprio caso em que descartam essa possibilidade (ADPF 54).

Exceto pela já citada posição contraditória dos ministros acerca da impossibilidade de o STF ser mais que um legislador positivo, não são visíveis nos casos limites claros ao que o STF pode fazer.

Entendo que isso talvez implique que se algo limita o poder do STF são muito mais constrangimentos externos¹²⁶ do que a pressão imposta pelo arranjo formal da separação de poderes. Os ministros parecem dar certo um peso retórico a esse arranjo formal quando a maioria da corte toma decisões pouco ortodoxas em relação a ele¹²⁷, mas tampouco isso constituiu

¹²⁴ A única exceção é a ministra Cármen Lúcia, na ADPF 54.

¹²⁵ Exceção disso é a ministra Ellen Gracie, conforme comentado no capítulo anterior.

¹²⁶ Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford Press, 2013, p. 196 –219.

¹²⁷ Digo isso a partir da observação de que a quantidade de menções expressas ao papel do STF foi muito maior nos três casos desviantes, que também são os casos em que a corte, a

um impeditivo para que se mostrem incoerentes dentro de um mesmo caso ou em outros para defender o que consideram a interpretação adequada do tema de direitos fundamentais envolvido.

Sem me adentrar profundamente na questão dos ônus que devem ser impostos a uma corte, faço uma consideração refletindo sobre a jurisprudência estudada: o arranjo formal deve impor no mínimo um dever de coerência.

Este dever não existe necessariamente no plano institucional. Ou seja, uma corte pode mudar seus posicionamentos e até onde entende ser seu papel no tempo. Mas, ao menos, no plano individual, espera-se que os ministros do STF guardem coerência com seus votos e decisões precedentes, ou, caso mudem de entendimento, o façam de forma explícita.

Por fim, enfatizo mais uma vez o caráter exploratório deste trabalho e creio que o tema da separação de poderes demanda mais pesquisa tanto no campo empírico, para precisar mais a seriedade com que os ministros argumentam sobre a separação de poderes, bem como quais constrangimentos externos podem têm influência sobre o resultado de julgamentos, quanto no campo teórico-normativo para precisar quais ônus argumentativos acarretam esse arranjo formal. Além disso, no campo empírico, também seria interessante analisar os casos aqui observados para além do que os ministros disseram explicitamente sobre o papel do STF e analisar quais os limites interpretativos que os ministros creem existir para a corte.

meu ver, saiu (ADPF 132), aparentemente saiu (ADPF 54) ou quase saiu (ADI 3510) do papel de legislador negativo. Essa afirmação, contudo, é apenas especulativa.

Bibliografia:

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>

BELLAMY, Richard. *Democracy as Public Law: The Case of Constitutional Rights*, 14 German Law Journal (2013). Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1542>>

DYEVRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulio; JACAB, András. CONREASON – The Comparative Constitutional Reasoning Project. Methodological Dilemmas and Project Design. *MTA Law Working Papers*, set. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Reasoning in the Brazilian 'Supremo Tribunal Federal' (STF)*. Project CONREASON. No prelo, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da, "A Evolução dos Direitos Fundamentais". *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 6, p. 541-558. 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da, "O Proporcional e o Razoável". *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50. 2002.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-463, jul./dez. 2008.

VOJVODIC, Adriana M.. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012, p. 224-231.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *The Core Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal, v.115, 2006.

Anexo I – Fichamentos de casos

Caso: RE 201.819 – Caso da Eficácia horizontal dos direitos fundamentais (2005).

A) Dados Gerais:

1- Temas relacionados a direitos fundamentais: ampla defesa e contraditório; devido processo legal; liberdade de associação.

2- Autor: União Brasileira de Compositores

3- Objeto:

a) Normas impugnadas: Nenhuma.

4- Inconstitucionalidades apontadas pelos autores: Nenhuma. A autora é sociedade que recorre ao STF após haver sido condenada nas instâncias inferiores com base na aplicabilidade direta dos direitos de ampla defesa e contraditório, que não teriam sido respeitados por ela na exclusão de um de seus sócios. A UBC alega a inaplicabilidade desses direitos por não ser órgão da administração pública.

5- Resultado: Recurso desprovido.

B) Análise:

1- Ementa: Não há menção ao papel da corte na separação de poderes.

2- Voto de Ellen Gracie (relatora originária):

A ministra entende que conflitos envolvendo sócios e sociedades civis resolvem-se por meio das regras do estatuto vigente e da legislação civil, sendo inaplicáveis princípios constitucionais (p.581).

Além disso, a não obrigatoriedade da filiação à associação fez com que a ministra reconfirmasse seu voto diante da divergência aberta por Gilmar Mendes (p. 628).

3- Voto de Gilmar Mendes (relator do acórdão):

Gilmar Mendes começa seu voto com um longo trecho de um livro de sua autoria sobre a eficácia de direitos fundamentais entre particulares. Em seguida, cita jurisprudência do STF que reconheceu aplicabilidade direta dos direitos individuais a particulares e afirma que não está preocupado com qual tese acerca da aplicabilidade de direitos fundamentais a corte segue, mas sim em ressaltar que esta já os aplicou entre particulares diversas vezes (p. 607).

O ministro afirma que como a autora faz parte da estrutura do ECAD, ao negar a possibilidade de defesa ela assume uma posição privilegiada para determinar o “gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado” (p. 609). Por isso, ainda que não seja entidade estatal, a autora faz parte do espaço público.

O relator ao mesmo tempo argumenta pela aplicabilidade do direito de ampla defesa na expulsão de associações, inclusive citando um trabalho doutrinário específico desse tema (p. 612) e considera decisivo para a resolução do caso o fato de a entidade ser integrante do ECAD e, por isso, exerce serviço público por delegação relacionado à cobrança de direitos autorais. Sendo assim, não fica claro se o ministro (i) está decidindo que os direitos do contraditório e da ampla defesa vinculam os particulares e, por isso o recurso deve ter provimento negado ou (ii) se o recurso deve ser indeferido porque trata-se de uma associação que realiza atividade estatal que negou direitos fundamentais.

4- Voto de Joaquim Barbosa:

Acompanha o voto de Gilmar Mendes. O ministro afirma que a aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares deve ser verificada caso a caso.

5- Voto de Carlos Velloso:

O ministro acompanha o voto da relatora. Além do que havia sido exposto por ela, afirma que o caso em questão diz respeito a uma questão

infraconstitucional, pois se o devido processo legal é exercido em conformidade com a lei, se o estatuto não previa direito de defesa e o novo Código Civil não traz essa obrigação não há que se falar em violação do devido processo legal.

6- Voto de Celso de Mello:

Acompanha o voto do relator para o acórdão. Contudo, deixa claro, assim como Joaquim Barbosa, que se trata de uma aplicação de direitos fundamentais entre particulares. O ministro enfatiza que existe uma opção entre interpretar a existência de uma aplicabilidade direta e uma indireta e entende que deve existir a primeira. Ele também cita a peculiaridade da entidade ser ligada ao ECAD, mas não afirma que isso é central para a decisão do caso.

Caso: ADI 3112 – Estatuto do Desarmamento (2007)

A) Dados Gerais:

1- Temas relacionados a direitos fundamentais: propriedade; segurança; devido processo legal

2- Autores: Partido Trabalhista Brasileiro e Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

3- Objeto:

a) Normas impugnadas: A Lei 10.826/03 em sua totalidade.

b) Inconstitucionalidades apontadas pelos autores: violação de competência privativa do Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, §1º, e) do direito à legítima defesa e à segurança individual (CF, art. 5º, caput e art. 20, § 4º), do direito de propriedade (CF, art. 5º, caput), da razoabilidade e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Também se alega usurpação de competência residual dos Estados para legislar e matéria de segurança (CF, art. 144) e desrespeito ao princípio federativo.

4- Resultado: Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos primeiros dos artigos 14 e 15 e 21 da Lei 10.826/03.

B) Análise:

1- Ementa: Não há menção ao papel da corte na separação de poderes.

2- Voto de Ricardo Lewandowski (relator):

Primeiramente, o ministro afirma que a matéria da ação é importante porque diz respeito a direitos fundamentais como vida, propriedade, segurança e a obrigações internacionais do Estado de combate ao crime organizado e ao porte de armas.

No que tange à análise do mérito, Lewandowski afasta o argumento de inconstitucionalidade formal da lei por usurpação de competência, pois entende que esta não cria novos órgãos, cargos, funções ou empregos públicos (o que faria com que a lei obrigatoriamente fosse de iniciativa do Poder Executivo). Afirma que tampouco haveria inconstitucionalidade por invasão de competência residual dos estados, pois há um interesse geral da União de estabelecer uma política criminal de âmbito nacional.

O ministro não menciona diretamente a questão do papel do STF na separação de poderes e na definição do sentido da Constituição. Contudo, é possível entender pelo voto do ministro que o ministro julga que a corte é legítima para discutir direitos fundamentais e o limite do poder do Estado em reação aos indivíduos.

Quanto à análise do direito de propriedade, é visível que o ministro, por mais que concorde com a obrigação de renovação periódica do registro de armas de fogo (art. 5º, §§ 2º e 3º do Estatuto do Desarmamento), não afirma a incompetência da corte em definir esse direito, mas procura justificar porque as restrições impostas pela lei podem ser feitas. Em outras palavras, ele discute no mérito porque essas restrições feitas pela lei não constituiriam o que ele considera ser uma intromissão adequada do direito de propriedade pelo Estado. Nesse sentido, ele afirma, com base em jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, que a propriedade é

uma “liberdade cunhada normativamente” (p. 434) e que todas as vezes em que, em nome do interesse público, o Estado puder intervir na propriedade, esse direito resumir-se-á ao recebimento de indenização pelo proprietário, o que já está previsto no Estatuto do Desarmamento (p.435).

Além disso, ele declara parcialmente procedente o pedido da ação no que diz respeito à vedação do estabelecimento de fiança pelos delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de disparo de arma de fogo por considerar desarrazoado por serem crimes de mera conduta não equiparáveis com outros crimes que vedam fiança, como terrorismo, prática de tortura ou crimes hediondos. Lewandowski também considera inconstitucional a proibição de concessão de liberdade provisória os delitos dos artigos 16 a 18 do Estatuto do Desarmamento (porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo), pois entende que a prisão ex lege, sem apreciação dos requisitos previstos para a prisão provisória no CPP, vulnera os princípios da presunção de inocência e do devido processo penal.

Frase síntese -> Não há.

Com base na argumentação relacionada ao direito de propriedade usada pelo ministro e pela declaração de inconstitucionalidade de partes da lei com base na visão do ministro sobre o princípio da razoabilidade, do devido processo penal e da presunção de inocência, concluo que o voto dá indícios de que, para o ministro, a corte é legítima para discutir o conteúdo dos direitos fundamentais e afrontar outros poderes em sua defesa, apesar de não haver menção direta ao papel que a corte deve ocupar na separação de poderes.

3- Voto de Ayres Britto:

Acompanha o voto do relator.

Discorda, contudo, sobre a questão da inafiançabilidade, pois considera que o legislador ordinário pode estabelecer a inafiançabilidade de crimes, tal qual fez no art. 323 do CPP. Afirma que são figuras distintas a inafiançabilidade e a liberdade provisória.

4- Voto de Marco Aurélio:

O ministro diverge quanto à inconstitucionalidade da inafiançabilidade do §1º do art. 15 do Estatuto, pois considera que a inafiançabilidade é escolha legislativa razoável e que leva em conta o contexto do momento para o crime de disparo de arma de fogo em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela. Em suma, considera que o legislador pode escolher quando um crime é inafiançável ou não desde que seja respeitada a proporcionalidade.

Além disso, considera razoável a vedação de liberdade provisória para o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo para uso restrito.

Frase síntese -> Não há nenhum pequeno trecho no acórdão que traduza a visão do ministro. Por isso, a sintetizarei artificialmente na seguinte sentença: o legislador possui discricionariedade para decidir sobre qualquer matéria penal, desde que respeitada a Constituição e o critério de razoabilidade a ser analisado pelo STF.

5- Voto de Sepúlveda Pertence:

Acompanha o voto do relator, exceto na questão da inafiançabilidade, pois essa seria escolha do legislador. O ministro entende que não cabe ao STF avaliar a todo momento, salvo em casos absurdos, a razoabilidade do Congresso Nacional. Seria apenas a hipótese do art. 14, cuja vedação é claramente desarrazoada.

Porém, o ministro cai em contradição ao julga improcedente a ação em relação aos parágrafos primeiros dos artigos 14 e 15.

Frase síntese -> “Claro que não estou falando em hipóteses absurdas, mas sou restritivo quanto a este ensaio, essa verdadeira febre de transformar-se o Supremo Tribunal numa verdadeira corte de apelação do juízo de razoabilidade do Congresso Nacional” (p. 520-521).

6- Voto de Cármen Lúcia:

Acompanha o voto do relator.

7- Voto de Eros Grau

Acompanha o voto do relator. O ministro entende, contudo, que o STF somente pode decidir de acordo com a Constituição e não de acordo com princípios como proporcionalidade e razoabilidade. Por isso, subscreve a fundamentação do relator exceto quanto ao uso desses princípios.

Frase síntese -> "(...) entendo que não tem sentido essa Corte tomar decisões fora da Constituição, segundo o critério de razoabilidade ou de proporcionalidade. Não é para isso que estamos aqui" (p. 525-526).

8- Voto de Joaquim Barbosa:

Acompanha o voto do relator.

9- Voto de Gilmar Mendes:

Gilmar Mendes invoca inicialmente a ideia de que o Estado não apenas é obrigado a observar os direitos fundamentais em relação a ataques do próprio Estado, mas também a garanti-los contra agressão de terceiros (p. 461). Sendo assim, o Estado não é simples adversário dos direitos fundamentais, mas seu guardião.

É possível observar ao longo do voto que o ministro considera que a corte tem o papel de fiscalizar a adequação da atividade legislativa à proteção de direitos fundamentais. Nesse sentido, o ministro afirma que sendo a legislação penal uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional dessa atividade legislativa deve ser especialmente rigorosa (p.467) e traduz esse postulado de avaliação rigorosa no uso do princípio da proporcionalidade pelo tribunal para avaliar a constitucionalidade das leis. Apesar dessa visão indicar uma ideia de supremacia da Corte Constitucional sobre o Poder Legislativo, Gilmar Mendes afirma que é importante que a corte leve em conta os fatos legislativos na avaliação da constitucionalidade das leis .

O ministro discorda do relator apenas quanto à inconstitucionalidade da inafiançabilidade dos crimes previstos nos artigos 14 e 15 do Estatuto do Desarmamento, pois a inafiançabilidade não veda a concessão de liberdade provisória.

10- Voto de Cezar Peluso:

Acompanha o voto do relator.

11- Voto de Ellen Gracie:

Acompanha o voto do relator.

Caso: RE 511961 – Caso do Diploma de Jornalista (2009)

A) Dados Gerais:

1- Temas relacionados a direitos fundamentais: Liberdade de expressão; liberdade profissional.

2- Autores: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo e Ministério Público Federal

3- Objeto:

a) Normas impugnadas: Art. 4º, inciso V do Decreto-Lei nº 972/69.

4- Inconstitucionalidades apontadas pelos autores: Não recepção da exigência de diploma para exercício da profissão de jornalismo tendo em vista o princípio da liberdade de profissão (CF, art. 5º, inciso XIII), que veda restrições indevidas ou não razoáveis ao exercício de uma profissão. As restrições possibilitadas por esse artigo somente referem-se a certas profissões que demandam conhecimento técnico específico. Alega-se ofensa também aos artigos 5º, inciso IX e do art. 220. Argumenta-se também que tal artigo teria sido revogado pelo art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, aderida pelo Brasil em 1992.

5- Resultado: Provimento dos recursos extraordinários e declaração de não recepção do Art. 4º, inciso V do Decreto-Lei nº972/69.

B) Análise:

1- Ementa: Não há menção ao papel da corte na separação de poderes.

2- Voto de Gilmar Mendes (relator):

Na discussão do mérito, o relator inicia com uma digressão acerca do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e seus pressupostos fáticos. Nenhuma consideração foi feita acerca do papel do STF em relação ao Poder Legislativo, mas foi mencionado um papel do Legislativo na proteção de direitos fundamentais. Segundo o ministro, o Legislativo não apenas restringe o âmbito de direitos fundamentais, mas também, em direitos individuais dotados de "âmbito de proteção estritamente normativo", como propriedade e proteção judiciária, cabe ao legislador definir a amplitude e conformação desses direitos, mas isso tampouco seria uma faculdade ilimitada (p. 737).

O ministro afirma que a Constituição estabeleceu a liberdade profissional e uma reserva legal qualificada, pois abriu ao legislador a possibilidade de estabelecer em lei qualificações profissionais. Contudo, as restrições impostas podem ser submetidas a um exame de razoabilidade e proporcionalidade, sendo vedado ao legislador restringir o exercício da liberdade profissional de modo a ferir seu núcleo essencial (p. 743).

Passando a uma análise mais concreta da ação, Gilmar Mendes afirma que é necessário verificar se o exercício da profissão de jornalista exige qualificações profissionais e técnicas específicas para avaliar se o Estado poderia constitucionalmente regulamentar para a defesa da coletividade (p. 753).

Segundo Gilmar Mendes, o exercício da profissão não demanda conhecimentos específicos e a exigência do diploma de jornalista sequer passa no teste de adequação do princípio da proporcionalidade, porque não é meio eficaz para a prevenção de qualquer dano coletivo advindo do exercício da profissão de jornalista. Além disso, dada a vinculação entre o exercício dessa profissão e o exercício da liberdade de expressão, é necessário levar em conta que apenas em casos excepcionais, em que seja necessária a proteção de outros valores constitucionais, a liberdade de expressão pode ser restringida (p. 760). Sendo assim, o Estado não está legitimado a estabelecer restrições ao acesso à profissão porque seria uma restrição ao "incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística,

expressamente proibido pelo art. 220, § 1º da Constituição” (p. 761), pois esse tipo de controle constitui uma espécie de censura prévia da liberdade de expressão e informação.

O ministro considera que obviamente o exercício abusivo do jornalismo pode causar danos a terceiros, mas estes não podem ser evitados e controlados previamente pelo Estado.

Além disso, o relator subscreve o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo o qual a obrigatoriedade do diploma de jornalista e inscrição em uma ordem profissional para exercer a profissão viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (p. 770).

Por fim, Gilmar Mendes argumenta que o Decreto-Lei foi produzido durante a ditadura para mitigar a liberdade de expressão e que jamais passaria pelo crivo de um Congresso Nacional democrático e dá provimento aos recursos.

Comentários: Durante o voto não foi citado seria o papel do STF, mas diante da afirmação de que o legislador está subordinado aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e diante do resultado de provimento do recurso, é possível concluir que Gilmar Mendes considera que o STF é uma instituição legitimada para fazer a avaliação das ações do legislador com base no princípio da proporcionalidade.

3- Voto de Cármen Lúcia

Acompanha o voto do relator.

4- Voto de Ricardo Lewandowski

Acompanha o voto do relator.

5- Antecipação ao voto de Eros Grau:

Acompanha o voto do relator.

Contudo, Eros Grau fundamenta sua decisão de maneira estritamente legalista e, assim, não contradiz sua repudia pelo uso da avaliação de proporcionalidade em outros casos.

6- Voto de Ayres Britto:

Acompanha o voto do relator.

Para Ayres Britto, a liberdade de Imprensa, no que lhe é essencial, é absoluta. (p. 809).

7- Voto de Cezar Peluso:

Acompanha o voto do relator.

8- Voto de Ellen Gracie:

Acompanha o voto do relator.

9- Voto de Marco Aurélio:

O ministro considera que a lei é plenamente constitucional. Contudo, as razões invocadas por Marco Aurélio não dizem respeito a uma discordância dele sobre os limites dos poderes da corte, mas ao fato de ele considerar que existem competências necessárias à boa prática do jornalismo e que não é desproporcional ou desarrazoado exigir uma formação determinada do jornalista. Em suma, houve uma discordância de interpretação do direito e não uma discordância sobre o papel do STF.

Caso: ADI 3510 – Pesquisas com células-tronco (2008)

A) Dados Gerais:

1- Temas relacionados a direitos fundamentais: Direito à vida; saúde; dignidade da pessoa humana; liberdade de expressão científica

2- Autores: Procurador-Geral da República

3- Objeto:

a) Normas impugnadas: Art. 5º da Lei nº 11.105, que autoriza pesquisa com células-tronco advindas de embriões produzidos in vitro não utilizados para procedimentos reprodutivos desde que (i) sejam inviáveis; (ii) sejam congelados há mais de três anos e (iii) haja consentimento dos genitores. O artigo também determina que as pesquisas devem ser aprovadas pelos comitês de ética das

instituições (parágrafo 2º) e que é vedada a comercialização desse material biológico (parágrafo 3º).

b) Inconstitucionalidades apontadas pelos autores: violação do direito à vida porque o embrião humano seria vida humana (p. 143).

4- Resultado: Ação julgada improcedente.

5- Nota geral: inovações jurídicas levantadas pelos ministros estão destacadas em negrito.

B) Análise:

1- Ementa: Não há menção ao papel da corte na separação de poderes.

2- Voto de Ayres Britto (relator):

O ministro considera o texto de lei parte do pressuposto da dignidade de toda forma a vida humana ou que tenha potencialidade para a vida (p. 159). As normas seriam necessárias, adequadas e proporcionais.

Para Ayres Britto, o conceito de pessoa natural abarca apenas as pessoas que nascem com vida após o parto (p. 161), pois apenas estas possuem personalidade jurídica nos termos do artigo 2º do Código Civil. A Constituição não diz nada sobre o início da vida humana e, por isso, ele afirma que essa concepção de que a personalidade civil ou biográfica é reservada aos nativos em nada se contrapõe a ela (p. 163). Segundo o ministro, quando a Constituição reporta-se aos direitos individuais, refere-se apenas aos indivíduos-pessoa (p. 164), que são aqueles já nascidos¹²⁸.

Para ele, contudo, a dignidade da pessoa humana é um princípio tão relevante que se transborda para outros estágios do desenvolvimento que levarão ao indivíduo-pessoa (p. 169). Por isso, o Código Civil protege os direitos do nascituro e há tutela penal do aborto e da disponibilidade de tecidos da mãe durante a gravidez. Dito isso, o embrião não é pessoa humana para o ministro em virtude do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Ele analisa as disposições da lei e considera que não houve desprezo pelo embrião dado que apenas são autorizadas pesquisas com embriões já

¹²⁸ Faz menção à audiência pública na p. 166.

congelados há mais de 3 anos e inviáveis de se tronarem pessoas naturais (p. 199).

Ação improcedente, não diz nada da separação de poderes.

Confirma seu voto após o voto-vista de Menezes Direito.

3- Voto de Ellen Gracie:

Acompanha o voto do relator.

Para a ministra, não cabe à corte estabelecer princípios que não estejam implícita ou explicitamente presentes na Constituição e nem declarar a vitória de uma ou outra corrente filosófica ou científica sobre as demais (p. 214).

4- Voto de Menezes Direito:

O voto é extenso e confuso. Parece que o ministro tende à inconstitucionalidade. Ele afirma ser intolerável a disposição do decreto regulamentar da lei em questão que classifica como inviável o embrião com alterações morfológicas ou genéticas, pois isso seria eugenia (p. 246).

A argumentação do ministro é cheia de referências a informações e controvérsias da medicina. Afirma, contudo, que a comparação entre a capacidade para pesquisa das células-tronco embrionárias e adultas não é central para a decisão do caso. Ele discorda do ministro Ayres Britto, afirmando que seria arbitrário estabelecer a partir de qual ponto o embrião é protegido (p. 257). Menezes Direito fala dos regulamentos de diversos países.

“Com todo o maior respeito aos que entendem em contrário, na minha compreensão, não é possível declarar-se simplesmente constitucional ou inconstitucional uma lei que desafia a ciência e diz diretamente com o futuro da humanidade. Será razoável acreditar que a ciência tudo pode e que por isso não se há de impor limites, sem falar naqueles limites éticos que são essenciais à convivência social?

Será que devemos pôr no plano mais geral de absoluta liberdade das pesquisas do poder dito incontrastável da ciência ou da proibição

terminante delas, a catalogar os que se alinham na primeira como vanguardistas e os que se encontram na segunda como obscurantistas? Será que devemos fechar nossos olhos para os que na dor, no sofrimento, na angústia, juntam a fé para que um caminho seja descoberto curando os enfermos que estão próximos de nós? Será que devemos, nessa hora, liberar uma paixão sem prover uma razão?" (p. 258);

Em seguida, o ministro afirma que o tema das células tronco põe em evidência a necessidade de criar mecanismos que limitem e controlem o campo das pesquisas que avancem sobre o genoma humano (p. 258). A pesquisa científica deve, para ele, subordinar-se a valores éticos. Isso é necessário para evitar os riscos da manipulação genética e da produção de um ser humano puro, "no fantasma da geração artificial da vida" (p. 268).

Para o ministro, é necessário enfrentar na ação de maneira clara qual seria o início da vida (p. 268). Além disso, o argumento do ministro Ayres Britto sobre potencialidade da vida está equivocado, pois o fato do embrião in vitro não implantado não se desenvolver não lhe tira a potencialidade de vida. A única coisa que ocorre é que o estado atual da ciência não pode fazer o embrião se desenvolver (p. 270). Assim sendo, o embrião, desde a fecundação, é um indivíduo da espécie humana para Menezes Direito, inexistindo diferenças ontológicas entre as fases de desenvolvimento que justifiquem a proteção de uma e não de outra (p. 277). A conclusão de que há vida no embrião não leva, contudo, a uma solução automática do caso. Deve-se apurar o alcance da inviolabilidade do Direito à vida e da dignidade da pessoa humana (p. 281).

O direito à vida cobre, segundo a doutrina invocada pelo ministro, o direito de permanecer vivo. Sendo o embrião vivo como Menezes Direito afirma, ele é protegido. Estabelecido isso, há de se verificar se todo o dispositivo da lei determina formas de obtenção de células tronco embrionárias que atentam contra a vida do embrião (p. 283).

Para o ministro, o congelamento não tira a vida do embrião, nem o congelamento há mais de 3 anos, pois há registro de embriões que nasceram depois de congelados 8 ou 13 anos (p. 284). Portanto, a

destruição de embriões congelados atenta contra a vida do embrião. Contudo, segundo Menezes Direito, existe um método de extração de células-tronco que não destrói o embrião (p. 287). Assim sendo, é possível compatibilizar a lei com a Constituição.

A lei não define o que seria um embrião inviável, talvez deixando que a ciência o faça (p. 290). Porém, Menezes Direito afirma que a ciência não encontra uma definição precisa do que seria um embrião inviável e, em geral esse termo é usado por profissionais de reprodução assistida para se referir a embriões com menos chances de nascer ou como maiores chances de nascer com anomalias.

O decreto que regulamenta a lei, contudo, definiu o que seria um embrião inviável e, para o ministro, deve ser confrontado seu texto com a Constituição. Segundo Menezes Direito, o decreto foi feito tendo em mente justamente os conceitos da reprodução assistida, que não levam em conta o direito à vida do feto e, por isso, o conceito de embrião inviável deve ser corrigido (p. 292). O ministro vê apenas a constitucionalidade da consideração dos embriões que perderam a capacidade de divisão como embriões inviáveis, enquanto considerar inviáveis embriões que possuem anomalias morfológicas ou alterações genéticas como inviáveis atenta contra a inviolabilidade do direito à vida do embrião (p. 294).

Segundo Menezes Direito, também seria necessária a criação de uma fiscalização estatal centralizada dada a relevância do tema e os riscos de atentado contra a vida. Não bastariam comitês universitários de ética (p. 299).

O ministro decide, em suma (i) que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas sejam aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde; (ii) que a fertilização in vitro seja compreendida como técnica terapêutica de cura da infertilidade do casal e deve ser usada apenas na ausência de outras técnicas, sem a possibilidade de escolha de características genéticas como o sexo e com um limite máximo de quatro óvulos por fertilização “com proibição de

redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido a controle e à fiscalização do Ministério da Saúde” (p. 305); (iii) pela redução do conceito de embriões inviáveis para aqueles que pararam de se dividir, não havendo restrição do método de extração quanto a estes; (iv) que **os embriões congelados não podem ter células extraídas de maneira a causar a sua destruição e o consentimento dos gestores deve ser dado por escrito; que os projetos sejam aprovados previamente pelo Ministério da Saúde, “presente o crime do art. 24 da Lei nº 11.105/05 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que estabelece a lei, nos termos da interpretação acolhida” (p. 305) no voto.**

5- Debates:

Há uma discussão se o ministro criou um tipo penal novo ou se na interpretação conforme dada por ele houve a extensão de um tipo penal previsto no art. 27 da Lei de Biossegurança e se isso é possível. Além disso, discute-se se o ministro pode interpretar o art. 27 da Lei de Biosegurança se este não é objeto da ação.

Marco Aurélio: “Mas com consequências penais? Porque, pelo que percebi, o artigo 5º somente contempla um tipo penal, se houver a comercialização. Quer dizer, passaríamos a ter o tipo penal pelo não-respeito à decisão do Tribunal quanto à interpretação conforme. Poderíamos chegar a esse ponto?” (p. 308)

Debate interrompido por Cezar Peluso.

6- Confirmação do voto de Ayres Britto:

O ministro põe-se a uma sentença aditiva porque a Constituição diz que não pode haver nenhuma coerção estatal da liberdade de pesquisa (p. 318).

Além disso, critica a mistura de sentença aditiva e interpretação conforma no caso porque não haveria polissemia, que seria um requisito para o uso da técnica de interpretação conforme (p. 321).

7- Explicação de Gilmar Mendes

Menciona o papel da corte de representação argumentativa dos cidadãos (p. 324) e afirma que a legitimidade da corte está ancorada na reflexão e argumentação a partir de regras.

Tanto ele quanto Cármen Lúcia exaltam a qualidade do debate na corte (p. 325).

8- Voto de Cármen Lúcia:

Antes de passar à análise do mérito, a ministra Cármen Lúcia comenta algo dito por um dos procuradores, de que o STF não teria legitimidade para contrariar uma lei que o Legislador elaborou sem deixar vácuo, o povo quer e a comunidade científica apoia (p. 328-329). Ela afirma que isso não é verdadeiro, pois a corte tem um compromisso com a Constituição e muitas vezes juízos momentâneos da maioria podem gerar maus resultados e usa como exemplo Cristo e Pôncio Pilatos (sic).

A ideia de inviolabilidade da vida, segundo a ministra, não pode ser absoluta, há de ser ponderada com os termos postos no sistema jurídico como qualquer direito (p. 339).

Acompanha o voto do relator.

A ministra trata da questão da insuficiência da fiscalização estatal das pesquisas, que considera ser um déficit de constitucionalidade da lei, mas afirma que isso já está sendo tratado pelo poder competente, que seria o Legislativo (p. 354), pois já existe projeto de lei tramitando sobre o tema.

9- Voto de Ricardo Lewandowski:

Segundo o ministro, há razões fortes para se considerar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a vida se inicia com a concepção (p. 399) dado o fato de o Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, que teria ingressado no ordenamento jurídico com status supralegal e o tratado protegeria a vida humana desde a concepção.

Para o ministro, o direito à vida é um bem coletivo, dados os riscos de manipulação do código genético humano (p.403).

O ministro considera que o texto do art. 5º da Lei de Biossegurança foi mal redigido e não veda, de fato, a criação de embriões exclusivamente para pesquisa (p. 420) e destaca o fato de não haver nenhum limite numérico para sua produção, nem estabelece restrições temporais para o uso destes (p. 421). Ele, em seguida, dá exemplos do Direito comparado em que esses tipos de limites existem (p. 421-426).

Em seguida, o ministro apresenta uma resolução do CFM que estabelece implicitamente um limite temporal¹²⁹ à manipulação da célula (p. 427). Tendo em vista o direito comparado e tal resolução, o *caput* do art. 5º da Lei de Biossegurança precisaria ser harmonizado com o postulado da dignidade da pessoa humana (p. 428).

Lewandowski considera que não há conteúdo determinado para a expressão “embrião inviável” na lei e isso deixa a caracterização ao arbítrio do médico ou pesquisador (p. 430). O ministro demonstra preocupação com a possibilidade de descarte ou uso para pesquisa de embriões com determinados problemas genéticos ou até mesmo por outras preferências subjetivas do casal ou dos médicos, como o sexo (p.434). Ele queixa-se posteriormente de que a regulamentação do conceito de embrião inviável tenha sido relegado a um decreto, mas considera prudente a definição adotada¹³⁰.

O ministro considera que existem problemas com a constitucionalidade da permissão do uso de embriões criopreservados por conta do princípio da isonomia (p.435), pois seria injustificada a discriminação de embriões congelados há mais de três anos dado que não haveria, segundo Lewandowski, explicação lógica para se atribuir tratamento diferenciado aos embriões por conta do distinto estágio de criopreservação (p. 437). O lapso temporal nada diria respeito à viabilidade do embrião, mas apenas para que

¹²⁹ Não está muito claro, mas parece que o limite temporal a que se referia o ministro sempre foi em relação ao estágio de desenvolvimento da célula manipulada.

¹³⁰ Ele interpreta o decreto de maneira diferente do Min. Menezes Direito. Lewandowski considera que o decreto postula que somente é inviável o embrião após a interrupção natural da divisão celular (p. 435).

os genitores tenham certeza de que desejam doar o embrião para pesquisa. Para ele, enquanto for possível implantar o embrião congelado no ventre da mãe ou de outra mulher infértil que queira recebe-lo, não se pode utiliza-lo para pesquisa (p.439). Lewandowski afirma também que, caso sejam eficazes os métodos de extração de células sem que haja danificação ou com risco mínimo de danificação do embrião é possível usá-los para fins médicos (p. 441).

O ministro Lewandowski também considera incompatível com a dignidade da pessoa humana a exigência do mero consentimento dos genitores desacompanhada de informações e formalidades (p. 442). Segundo Lewandowski, deve haver um consentimento livre e informado e os genitores devem ser informados de todas as consequências éticas, jurídicas, sociais e materiais decorrentes dele. Além disso, ele deve poder ser revogável a qualquer momento sem consequências.

Além disso, o ministro afirma não ser “nem conveniente e nem jurídico” (p. 444) que os projetos de pesquisa com células-tronco embrionárias sejam aprovados apenas por comitês de ética das mesmas instituições que realizarão a pesquisa, pois as próprias pessoas interessadas na pesquisa estariam avaliando sua ética.

O ministro conclui o voto, sintetizando uma série de interpretações a serem dadas, sem redução do texto, ao art. 5º da Lei de Biossegurança (p. 447-ss). Sua decisão determina (i) que apenas podem ser utilizados para pesquisa embriões inviáveis ou congelados logo após o início da clivagem celular; (ii) o conceito de embriões inviáveis abarca apenas os que tiveram sua clivagem interrompida; (iii) **pesquisas com embriões congelados somente são permitidas se não houver destruição deste nem comprometimento de seu potencial de desenvolvimento**; (iv) as pesquisas exigem o consentimento livre e informado dos genitores; (v) **as pesquisas devem ser submetidas à autorização prévia e fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105.**

10- Voto de Eros Grau:

O ministro inicia o voto afirmando que o nascituro, definido por ele como embrião fixado no ventre materno é pessoa (sic). Para Eros Grau, o embrião, portanto, faz parte do gênero humano e sua dignidade é protegida pela Constituição. Ele afirma que a pesquisa com embriões viola a vida e a dignidade da pessoa humana. Contudo, isso não leva à conclusão de inconstitucionalidade da lei (p. 454), pois, para ele, embrião é um ser vivente, em processo de desenvolvimento vital, mas pode ter outros significados.

Para Eros Grau, no texto legal, a palavra embrião se referiria não a um ser em desenvolvimento no útero, mas como óvulo fecundado congelado, paralisado/ sem desenvolvimento. Para ele, vida é movimento, logo nesses óvulos fecundados não há vida humana (p. 455). Por isso, aos embriões a que se referem a lei não se poderia atribuir vida ou dignidade da pessoa humana (p. 456).

Para ele, contudo, as pesquisas com células-tronco não podem ser praticadas de maneira irrestrita e a lei foi insuficiente ao deixar em aberto questões que poderiam resultar incompatíveis com a ordem jurídica constitucional (p. 457). Haveria a abertura de espaço para a manipulação genética ou para o aborto

Ele afirma que ao STF não cabe senão o controle das leis e ele se opõe a avaliações de proporcionalidade ou razoabilidade e à censura do legislador. Contudo, a amplitude da permissão dada pelas normas avaliadas na ADI seria incompatível com o bloco de constitucionalidade que tem sido decidido pelo STF, no que diz respeito à concreção normativa da Constituição (p. 457-458). Segundo o ministro, tal incompletude deve ser combatida por meio de decisão aditiva da corte que a supere, harmonizando a norma infraconstitucional com o bloco de constitucionalidade acrescentando algo ao preceito legal (p. 459).

Assim sendo, o ministro declara a constitucionalidade das normas, adicionando requisitos a serem respeitados na aplicação da lei. São estes: **(i) as pesquisas e terapias devem ser previamente autorizadas por comitê de ética do Ministério da Saúde; (ii) a fertilização *in vitro***

somente é permitida para tratamento terapêutico de infertilidade, sendo proibida a seleção genética, sendo permitida apenas a fertilização e transferência para a paciente de quatro óvulos por ciclo; (iii) a extração de células-tronco não pode resultar na destruição do embrião, salvo se este for inviável e entende-se como embrião inviável apenas aquele cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência de divisão em 24 horas.

11- Voto de Joaquim Barbosa:

O ministro afirma que o debate não deve ser onde começa a vida, mas se a exceção à tutela do direito à vida na lei é compatível com a Constituição e ele entende que é. Joaquim Barbosa afirma que a lei foi resultado de debate social feito no foro próprio para isso, que é o Congresso Nacional e se privilegiou uma proteção da vida num sentido mais amplo e coletivo por meio do desenvolvimento científico (p. 463). Em seguida, discorre sobre como a lei cria uma faculdade, não uma obrigação de doar embriões e afirma que a lei veda criação de embriões unicamente com fins de pesquisa, bem como a sua comercialização.

Acompanha o voto do relator.

12- Voto de Cezar Peluso:

Ele inicia o voto rechaçando o emprego de conceitos do direito civil e do direito penal e outros argumentos que considera irrelevantes para o caso.

Para o ministro, a vida é um processo (p. 499) e ele considera que em embriões congelados o processo não continua (p. 500). Assim sendo, eles não teriam direito à vida (p. 504).

Além disso, para Cezar Peluso, o consentimento informado dos genitores implica em renúncia irrevogável do uso do embrião para reprodução (p. 510).

O ministro diverge do relator, pois considera que os embriões ostentam dignidade constitucional, apesar de em grau menor do que ostentam as pessoas humanas vivas. Por força de imposição constitucional, os embriões

deveriam, segundo o ministro, serem tratados com certa dignidade, pois são a matriz da vida humana (p. 515).

O ministro considera que a lei estabelece cuidados eficientes com o manejo dos embriões e que contempla valores constitucionais diversos, como o direito à vida digna de pessoas com saúde debilitada e considera que a causa não envolve conflito de normas constitucionais e não é necessário o recurso à proporcionalidade, pois a lei seria adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (p. 518).

Contudo, diverge do relator e afirma que a lei não poderia ser diferente, pois se a lei não previsse “nos significados emergentes dos textos normativos interpretados à luz da Constituição” (p. 519) estratégias para proteger a dignidade do embrião, seria inconstitucional. Por isso, seria necessário, por interpretação conforme, retirar da lei todas as garantias inerentes “à intangibilidade constitucional do genoma humano” (p. 520).

O ministro, então, afirma que deve-se interpretar a norma de maneira a excluir a possibilidade de engenharia genética e de produção de embriões exclusivamente para pesquisa.

Em seguida, Cezar Peluso afirma que a fiscalização das pesquisas pro comitês das próprias instituições é insuficiente, pois o regulamento do Conselho Nacional de Saúde que disciplina esse tipo de comitê prevê que a própria instituição de pesquisa elege o critério de sua composição. Segundo o ministro, isso não afronta a palavra da Constituição, mas deixa de cumprir uma exigência de tutela eficaz à fiscalização das pesquisas com células tronco, pois está presente a possibilidade de conflito de interesses (p. 521).

Qual seria a solução a isso? Para o ministro, a Corte não pode incumbir essa tarefa ao controle de outros órgãos previstos na lei de Biossegurança, pois suas tarefas são outras e nem criar órgão específico PORQUE NÃO É LEGISLADOR POSITIVO (P. 522). A corte também não poderia criar tipo penal novo ou interpretar tipo penal de maneira extensiva.

Cezar Peluso, por isso, apenas ressalta os dispositivos existentes sobre as tarefas dos membros de comitês e a responsabilidade penal destes. Além disso, sugere que o Congresso Nacional transforme em tipos penais

autônomos as faltas com seus deveres dos responsáveis pela fiscalização das pesquisas (p. 524) e afirma a necessidade de submeter as pesquisas ao Ministério da Saúde e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária na forma em que isso for regulamentado, em prazo estabelecido pela corte.

O ministro muda levemente a última parte do voto numa explicação na p. 529. Ele afirma que está acenando para a necessidade não de que esses órgãos fiscalizem as pesquisas, mas de que se crie um órgão apenas para aprovar as nomeações dos comitês de ética.

P 521-522 -> "Ora, as células-tronco embrionárias não são OGM (art. 3a, §19), donde as pesquisas e experimentos que as tomem por objeto não se sujeitam a controle direto do CNBS, da CTNBio, nem da CIBio. Qual, então, a solução viável, reclamada por injunção constitucional? Não pode ser a de os submeter a essas instituições, porque sua composição e tarefas são outras, nem a de esta Corte criar por si órgão congênere, porque carece da competência de legislador positivo para condicionar a validade da lei."

13- Confirmação do voto de Ellen Gracie:

A ministra registra sua discordância com os votos dos ministros Menezes Direito, Eros Grau e Ricardo Lewandowski, pois considera que a adição de condicionantes extrapola os poderes do STF (p. 530). Além disso, contesta a viabilidade científica do método descrito por Menezes Direito como capaz de extrair células-tronco embrionárias sem destruir o embrião.

p. 530 -> "Entendo, Sr. Presidente, que a proposição final do voto de Sua Excelência, praticamente produz uma adulteração da norma contida no art. 5o, pelo acrescentamento de tais e tantas condicionantes que eliminam a sua força normativa.

Por isso, lamento, não poder acompanhar Sua Excelência na adição destas condicionantes, até porque, segundo entendo, aí, estaríamos excedendo, e muito, ao mandato que é conferido a este Supremo Tribunal Federal."

14- Esclarecimento de Ricardo Lewandowski:

O ministro afirma que não teria adicionado condicionantes, apenas feito uma interpretação conforme da lei, mas, ainda que tivesse feito, a corte tem reconhecido condicionantes “quase que entrando no campo do legislador” (p. 532) e cita como exemplos o caso da fidelidade partidária e o da greve de servidores públicos. Ele afirma que o STF está entrando numa fase de maior protagonismo, então pareceu adequado, para ele, estabelecer algumas condicionantes (p. 533).

P. 533 -> “Nós estamos numa nova fase do Supremo Tribunal Federal, em que esta Casa assume um novo protagonismo. Então, pareceu-me adequado, no caso das células-tronco, também estabelecer algumas condicionantes, para o exercício da atividade de pesquisa, realmente importantes para o avanço do conhecimento nesse campo, no Brasil, exatamente por entender que essa lei é extremamente vaga e foi formulada, *data venia*, de forma tecnicamente imprecisa.”.

15- Esclarecimento de Menezes Direito:

Apenas respondeu à objeção sobre o método de extração de células-tronco.

16- Voto de Marco Aurélio

O ministro inicia seu voto dizendo que vê com ressalvas o uso da interpretação conforme, pois considera que nela existe o risco de redesenhar a norma e, assim, o STF assumiria o papel de legislador positivo, contrariando a Constituição ao invés de protegê-la (p. 538). Para o uso da técnica, devem existir, segundo o ministro, texto normativo ambíguo e “ditame constitucional de alcance incontestável” (p. 538), o que não estaria presente no caso. Além disso, ele diz não caber ao Supremo fazer recomendações ao julgar, apenas sendo possível declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade total ou parcial da norma.

O ministro afirma que a lei é razoável, pois foi aprovada pela grande maioria do poder legislativo (p. 541).

Marco Aurélio afirma que cumpre à corte a guarda da Constituição, e ela o faz julgando improcedente a ação para dar esperança de recuperação das

pessoas (p. 552) e acompanha o voto do relator, afirmando que a lei está em harmonia com a CF e com o princípio da razoabilidade (p. 553).

p. 538 -> "Quanto ao voto de Sua Excelência, sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme à Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo - contrariando e não protegendo a Constituição Federal - o papel de legislador positivo".

(...)

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

p. 552 -> "Cumpra a esta Corte a guarda da Constituição Federal e a estará implementando a todos os títulos, sob as mais diversas ópticas, vindo a julgar improcedente o pleito formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade, mantendo a esperança, sem a qual a vida do homem torna-se inócua".

17- Voto de Celso de Mello:

Acompanha o voto do relator.

18- Voto de Gilmar Mendes:

O ministro Gilmar Mendes inicia seu voto ressaltando a complexidade do tema, que transcenderia do plano do jurídico e envolve argumentos morais, políticos e religiosos já debatidos há séculos. Contudo, ele afirma que a aparente onipotência e caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador não podem ser um subterfúgio para restringir a competência da jurisdição em assuntos socialmente relevantes e carregados de valores opostos (p. 597).

Segundo o ministro, apesar da complexidade desse tema e de outros, como eutanásia e aborto, as cortes constitucionais, quando convocadas a decidir esse tipo de controvérsia dada sua competência de "dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege" (p. 597) têm exercido

bem suas funções sem que isso causasse rupturas institucionais ou democráticas.

Ele prossegue, afirmando que o self restraint teria sido mais prejudicial do que benéfico para a democracia e o STF já vem decidindo questões importantes, como o caso da infidelidade partidária, que Gilmar Mendes considera ter sido melhor decidido pela corte do que por instâncias majoritárias de tomada de decisão (p. 597). Além disso, afirma que o STF mostrou, na ADI 3510, que também pode ser uma casa do povo, comportando diferentes grupos e pensamentos por meio da audiência pública e pela intervenção de *amius curie* e de outros agentes, como o MP. Assim sendo, não seria possível negar a legitimidade democrática da decisão tomada pela corte no caso das células-tronco (p. 600).

Gilmar Mendes analisa se a lei regulou com a prudência adequada o tema moralmente controverso das células-tronco por meio de uma análise de de proporcionalidade. O ministro afirma que a lei a primeira vista parece desrespeitar a proporcionalidade por insuficiência protetiva (p. 607) e apresenta a legislação de diversos países, que são muito mais detalhadas. Do maior rigor de leis estrangeiras, Gilmar Mendes decorre que a lei brasileira é deficiente na regulação do tema.

O ministro considera a lei deficiente por não criar um comitê central de ética para avaliar as pesquisas e não conter uma cláusula de subsidiariedade, que permita a pesquisas com embriões humanos apenas na ausência de outras alternativas e afirma que existem estudos que mostram a possibilidade obter células-tronco totipotentes de cordões umbilicais. Assim sendo, a existência de métodos menos gravosos para pesquisas faz com que tornaria o uso de embriões contrário ao princípio da proporcionalidade (p. 622).

Em seguida, afirma que uma declaração de inconstitucionalidade não seria adequada, pois pode causar um vácuo normativo indesejável e, além disso, seria possível preservar o texto do dispositivo se este for interpretado de maneira conforme a Constituição, ainda que isso gere uma sentença de perfil aditivo (p. 623).

Em seguida, reproduz o mesmo trecho sobre interpretação conforme presente na ADPF 54 e na ADPF 132. A questão da difícil definição de limites do sentido do texto, da corte se livrar do dogma do legislador negativo e admitir poder agir como legislador positivo também estão presentes nesse trecho, com redação idêntica aos votos das outras duas ações.

Ao final, o ministro decide pela improcedência da ação com a condicionante de que **as pesquisas devem ser previamente aprovadas por um comitê central de ética e pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde.**

p. 597 -> “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”.

“Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais”.

19- Proposta de Cezar Peluso

Cezar Peluso levanta algumas normas do Ministério da Saúde que atribuem genericamente a um órgão denominado CONEP a responsabilidade por pesquisas com humanos e propõe que a corte declare por interpretação conforme que a CONEP é responsável última pelo sistema e que tem, entre suas atribuições, aprovar ou rejeitar nomes indicados para comitês de ética

(p. 638), dado que essa é uma competência que ele entende ser implícita à CONEP.

20- Explicação:

Celso de Mello proclama que seis ministros votaram pela constitucionalidade sem nenhuma forma de apelo ou condição e que, portanto, não há o que se discutir e o resultado é meramente declaratório.

Há uma breve discussão com o Cezar Peluso porque ele considera que votou pela improcedência também.

O ministro Celso de Mello fala brevemente sobre desfechos possíveis de uma interpretação conforme, que seriam: (i) escolha de um entre vários sentidos; (ii) correção dos sentidos literais da regra; e (iii) função de revisão da lei.

Caso: ADPF 130 – Lei de Imprensa (2009).

A) Dados Gerais:

1- Temas relacionados a direitos fundamentais: Liberdade de expressão; liberdade de imprensa; dignidade da pessoa humana.

2- Autor: Partido Democrático Trabalhista

3- Objeto:

a) Normas impugnadas: Lei nº 5.250/67.

b) Inconstitucionalidades apontadas pelos autores: Não recepção da lei de imprensa em razão de lesões aos incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do art. 5º da CF/88.

4- Resultado: Procedente.

B) Análise:

1- Ementa: Não há menção ao papel da corte na separação de poderes.

Contudo, expressa uma limitação à técnica de interpretação conforme a Constituição: o intérprete não poderia forçar a descontaminação do diploma sob pena de legislar por conta própria (p. 10).

2- Voto de Ayres Britto (relator):

O ministro inicia seu voto destacando a importância da imprensa como veículo de transmissão de informações e de controle das coisas que dizem respeito à vida do Estado e da sociedade (p. 28). Em seguida, ressalta que a Constituição seguramente consagrou a imprensa como inteiramente livre e plena, com exceção dos períodos de estado de sítio (e, ainda assim, na forma da Lei) e não é sujeita às vontades e caprichos do Poder Executivo ou Judiciário (p. 33).

Para corrigir os desvios da imprensa, o ministro afirma que seria necessária mais liberdade de imprensa e não cabe nenhuma forma de censura prévia (p. 34).

Ayres Britto reconhece inclusive que a imprensa seria uma forma de controle externo eficaz da ação do próprio STF, bem como de todas as manifestações do Poder Público (p. 38-39).

Ele caracteriza a imprensa como uma forma de “irmã siamesa” da democracia e afirma que sua forma de atuação seria ainda mais livre do que a liberdade de expressão e pensamento dos indivíduos, até porque, por meio da divulgação da imprensa é que as manifestações de pensamento ganham visibilidade (p. 40). O Capítulo sobre a comunicação social seria, assim, uma extensão dos preceitos fundamentais da liberdade de expressão e pensamento.

Pela interpretação do art. 220 da Constituição, o ministro afirma que não pode existir restrição ao direito de manifestação do pensamento, não se sujeitando o exercício de tal direito a nada senão ao disposto na própria Constituição (p. 43) – que seriam as disposições do art. 5º (vedação de anonimato, direito de indenização, vida privada, honra, imagem, direito de resguardo de sigilo da fonte, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer). O exercício do direito não escusaria de observar tais disposições. Contudo, os blocos constitucionais de proteção da liberdade de

expressão e de proteção dos direitos da personalidade somente podem incidir em momentos cronológicos distintos (p. 45). Primeiro seriam assegurados os sobredireitos (de expressar o pensamento, veicular informação ou criação) para depois se cobrarem eventuais desrespeitos a outros direitos constitucionais (p. 45).

Em suma, não pode haver controle prévio do exercício da liberdade de imprensa. Ademais, as indenizações decorrentes do abuso do direito não podem ser exacerbantes, pois isso seria por si só um fator de inibição da liberdade de imprensa. As indenizações devem ser, segundo o ministro, proporcionais (p. 48). A “vontade objetiva da Constituição” (p. 49) na matéria de indenizações seria a proporcionalidade entre o dano sofrido e o valor da indenização, sem que o fato de a ofensa ter sido veiculada em órgão de imprensa seja um agravante, pois isso seria fazer com que a liberdade jornalística se tornasse um elemento de contração do exercício da liberdade de expressão (p. 49).

A lei penal também não poderia ser mais severa com jornalistas, pois isso contrariaria o desembaraço da liberdade de imprensa promovido pela Constituição (p. 50).

Todas essas considerações seriam a expressão da primazia de um juízo de sopesamento de valores que a Constituição resolve por meio de um favorecimento temporal das liberdades de pensamento e de expressão (p. 50).

O Estado não poderia, segundo o ministro, atentar contra matéria ontologicamente ou centralmente de imprensa – que seriam o tempo (início e duração do exercício) e o conteúdo da manifestação do pensamento ou criação; tal seria o núcleo duro do direito de imprensa. O Estado pode apenas intervir em matéria periférica à liberdade de imprensa (p. 54-55). Dessa forma, existe uma vedação de matéria legislativa para esses temas.

O ministro também considera autoritário quem tente desqualificar os sobredireitos fundamentais de liberdade de expressão e de imprensa (p. 59). As liberdades de pensamento e de expressão não seriam, de acordo

com o ministro, normas-princípio, porque não são mandados de otimização, vez que se sobreporiam em todas as situações concretas (p. 62).

A Lei de Imprensa seria, para Ayres Britto, tão incompatível com a ordem constitucional atual que a tentativa de expurgar apenas alguns artigos da lei seria impossível, pois a lei foi feita para ser operada em um bloco normativo indivisível (p. 76), e a tentativa de buscar uma interpretação conforme a Constituição seria imprestável (p. 74). Isto porque não pode a interpretação conforme ser artificializada para descontaminar a parte restante da lei, sob pena do intérprete legislar por si próprio (p. 74).

Assim sendo, o ministro vota pela não recepção da lei de imprensa.

3- Voto de Eros Grau

Acompanha o voto do relator.

4- Voto-Vista de Menezes Direito:

O ministro tece considerações sobre a importância da liberdade de expressão para a democracia e afirma que ao balanceamento entre essa liberdade e a dignidade da pessoa humana é um balanceamento que se exige da Suprema Corte em cada momento histórico (p. 90).

Menezes Direito considera que não existe uma vedação pura à regulamentação estatal sobre o tema (p. 92). Sua reserva estaria vinculada às disposições do art. 5º da CF, mas deve existir a mediação estatal do conflito entre liberdade de imprensa e dignidade da pessoa humana. Para ele, o STF, enquanto guardião da Constituição, deve ser chamado a intervir nas situações em que esse conflito ocorre (p. 93).

Para ele, não é possível legislar com conteúdo punitivo e, por decorrência, censura prévia. Contudo, a preservação da dignidade da pessoa humana deve ser assegurada como limite possível para o exercício dessa liberdade (p. 93).

Dito isso, ele reafirma voto que proferiu na cautelar declarando a Lei de Imprensa incompatível com a CF de 1988.

5- Aditamento ao voto de Cármen Lúcia

Acompanha o voto do relator.

6- Voto de Ricardo Lewandowski:

O ministro acompanha o voto do relator.

Lewandowski reafirma na discussão sobre parâmetros indenizatórios que a proporcionalidade deve guiar o julgamento pelos juízes (p. 103). Além disso, afirma que não cabe ao legislador ordinário graduar de maneira abstrata e anterior os parâmetros do direito de indenização.

7- Voto de Joaquim Barbosa:

Joaquim Barbosa ressalta que o Estado não necessariamente é um inimigo da liberdade de expressão (p. 110). Para ele, a liberdade de imprensa precisa ser tratada também sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas dos produtores – apesar de ele mesmo admitir que não está em pauta a questão do acesso aos meios de informação.

O ministro discorda da declaração total de inconstitucionalidade da lei e cita alguns dispositivos que contêm vedação de propaganda de guerra, processos de subversão da ordem política e social e de preconceitos de raça ou classe (art. 1º, parágrafo 1º, 14 e 16, I da Lei de Imprensa). Ele discute a possibilidade de se interpretar a vedação referente à expressão “ordem política e social” conforme o art. 136 da Constituição como propôs a PGR (p. 112).

Ele também concorda com a manutenção do dispositivo sobre a vedação de preconceitos de raça e classe, afirma que a censura proposta na lei seria inconstitucional (art. 2º, parágrafo 2º). Ademais, ele entende que o art. 2º, caput, que se refere à comunicação pública que atente contra a moral e os bons costumes, pode ser reinterpretado como propõe a PGR para o sentido de “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (p. 113), o que seria dar à expressão uma concepção nova, não autoritária, conceitualmente clara e compatível com os valores constitucionais.

O ministro Joaquim Barbosa concorda com o relator quanto à inconstitucionalidade dos artigos que versam sobre a organização das empresas jornalísticas (art. 3º, 4º, 5º, 6º e 65).

Por fim, considera constitucionais os tipos penais específicos relativos à calúnia, à injúria e à difamação na comunicação pública e social, pois o tratamento penal diferenciado seria justificável por conta da maior intensidade dos danos causados à imagem das pessoas, o que faria desses tipos instrumentos de proteção da intimidade (p. 114).

8- Voto de César Peluso:

O ministro afirma que faria ressalvas a matérias constantes na lei que ele entende compatíveis com a Constituição na linha seguida pelo ministro Joaquim Barbosa. Contudo, considera que é inconveniente manter alguns dispositivos da Lei de Imprensa mutilada. Por isso, afirma que até que o Congresso Nacional, se entender necessário, editar uma lei de imprensa (o que ele considera perfeitamente constitucional), cabe ao judiciário a competência de decidir sobre direito de resposta e questões afim (p. 124).

Sendo assim, declara inconstitucional a lei em sua totalidade como o relator, feita a ressalva quanto a fundamentação.

9- Voto de Ellen Gracie:

A ministra segue a linha do voto do ministro do Joaquim Barbosa. Ela afirma que não pode um direito fundamental, o de liberdade de expressão, causar uma “paralisia momentânea” de outros direitos fundamentais –como dignidade e honra – conforme propõe o ministro Ayres Britto (p. 128).

Ela também considera que caberá ao judiciário apreciar se uma disposição legal representou restrição inconstitucional ao direito de livre manifestação do pensamento nas balizas dos artigos 5º e 220 da CF.

10- Voto de Marco Aurélio:

O ministro declara a lei plenamente constitucional. Para Marco Aurélio a ausência da lei faz com que os conflitos de interesse envolvendo a liberdade de imprensa sejam julgados de acordo com um critério arbitrário estabelecido pelos julgadores (p. 134). Ademais, a lei teria sido “purificada” em seus anos de vigência pela aplicação feita pelo Poder Judiciário (p. 135).

Marco Aurélio também afirma que a Lei de Imprensa não contém apenas dispositivos que protegem direitos como privacidade e honra, mas também

preceitos que protegem a atividade jornalística (p. 136). De acordo com o ministro, mesmo com a vigência da lei, a imprensa hoje seria livre (p. 141) e não haveria preceito fundamental violado atualmente pela lei (p. 143).

11- Voto de Celso de Mello:

Acompanha o voto do relator.

O ministro afirma, contudo, que o direito de crítica não assume caráter absoluto porque inexisteriam direitos fundamentais de caráter absoluto (p. 151).

Ao longo de seu voto, o ministro afirma existir uma repulsa constitucional pelas práticas estatais que tendam a "restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento" (p. 153) e inexisteria possibilidade de intervenção estatal a priori no exercício da liberdade de expressão. Contudo, ele entende possível a intervenção normativa para a proteção da intimidade, vida privada e imagem das pessoas (p. 158).

É por essa possibilidade que o ministro considera serem crimes a difamação, a calúnia, a injúria e ser vedada a incitação ao ódio. Essa última não encontraria respaldo na cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão (p. 159).

Celso de Mello considera que a proteção de valores constitucionais como a intimidade contra o abuso da liberdade de imprensa é uma questão de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (p. 166).

Para o ministro, a superação de confrontos entre princípios constitucionais precisa resultar na utilização de critérios de ponderação e avaliação pelo Poder Judiciário (p. 173). Os direitos da personalidade seriam limitações constitucionais à liberdade de expressão (p. 175) e a CF, depois de garantir o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe como parâmetro o respeito aos direitos da personalidade.

Celso de Mello entende que declaração de inconstitucionalidade da lei não retirará o direito do jornalista de não relevar sua fonte, pois tal direito já está positivado na própria CF (art. 5º, XIV). O mesmo ocorreria com o

direito de resposta, que possui previsão constitucional que o ministro julga ter “suficiente densidade normativa”, o que torna desnecessária a ação do legislador para sua incidência apesar desta não ser proibida (p. 186).

12- Explicação (p. 201- 204)

O ministro Ayres Britto considera que existe um dissenso entre ele e Celso de Mello, pois Celso remete que cabe ao magistrado a ponderação de valores constitucionais nos casos concretos enquanto ele afirma que a Constituição escolheu a prevalência da liberdade de imprensa em um primeiro momento (p. 204).

13- Voto de Gilmar Mendes:

O ministro inicia seu voto apresentando uma longa discussão doutrinária sobre o tratamento da liberdade de expressão nas jurisprudências americana e alemã e afirma a importância dessa liberdade para o bom funcionamento da democracia (p. 201-226).

Gilmar Mendes enfatiza que cláusulas constitucionais proibitivas de restrição da liberdade de expressão e de imprensa também obrigam a intervenção legislativa para garantir sua proteção e efetividade (p. 217). Ele também considera fundamental a existência de uma dimensão objetiva/institucional, para além da pretensão subjetiva, da liberdade de imprensa (p. 223). A lei de imprensa constituiria, segundo o ministro, uma exigência constitucional decorrente da face objetiva da liberdade de imprensa, pois é dever do legislador “equacionar, sob os termos exigidos pela Constituição, as dimensões da liberdade de imprensa e os demais valores fundamentais de proteção” (p. 225). A única vedação a leis relacionadas à imprensa seriam aquelas que criem embaraço à liberdade de informação (p. 227). Contudo, não se deve conceder primazia absoluta a um princípio ou direito (a liberdade de expressão) sobre os demais no processo de ponderação para solucionar conflitos de direitos individuais (p. 234).

O ministro também traz exemplos de diversos países democráticos que possuem leis de imprensa para demonstrar que não existe incompatibilidade entre a existência de uma lei de imprensa e a democracia

(p. 236 – 249). Na realidade, o art. 220 da CF não só legitima, como exige intervenção legislativa na liberdade de imprensa para assegurar outros direitos constitucionais (p. 267).

Segundo o ministro, o texto constitucional não seria suficiente para a regulação dos meios de comunicação e temas como o direito de resposta, por exemplo, ficarem sem regulamentação específica poderia ser danoso aos indivíduos e meios de comunicação (p. 249). A despeito de seu espírito autoritário –corrigido, segundo o ministro, pela aplicação dos tribunais –, a Lei de Imprensa é garantia de direitos fundamentais enquanto não for editada nova lei específica para regular o tema da liberdade de imprensa (p. 252).

Gilmar Mendes também considera nesse caso que existe garantia dos direitos fundamentais em face não apenas do Estado, mas de outros indivíduos (p. 255). Seria papel do legislador equacionar os conflitos de direitos nas relações privadas por meio da lei e assegurar a liberdade de imprensa não só contra o Estado, mas também contra o abuso do poder de imprensa (p. 256).

O direito de resposta seria uma forma de equilibrar as forças de indivíduos que se sintam lesados contra os veículos de comunicação em massa (p. 261).

Assim sendo, o ministro conclui que a lei deve ser declarada inconstitucional, mas o capítulo referente ao direito de resposta (art. 29 a 36) deve ser mantido.

14- Debates:

O ministro Menezes Direito enfatiza que não houve vedação na fundamentação da decisão para a edição de outras leis. Ele afirma que o STF não pode estabelecer em julgamento a vedação da atividade legislativa (p. 272).

Gilmar queixa-se da perda de balizas e prazos para o direito de resposta e Lewadowski e Ayres Britto afirmam que a jurisprudência construirá novas balizas (p. 281). Cezar Peluso e Cármen Lúcia enfatizam que a inexistência

de balizas pode ser favorável para a concessão de direito de resposta em casos que a lei de imprensa não previa antes (p. 285).

15- Voto escrito de Cármen Lúcia

Adiciona aos argumentos já levantados que a Lei de Imprensa seria inconstitucional mesmo sob a Constituição de 1967, pois essa apenas determinava que o legislador poderia disciplinar a responsabilidade de "cada um" e a lei foi muito além dessa disciplina (p. 330).

Caso: RE 389808 – Caso do Sigilo Bancário (2010)

A) Dados Gerais:

1- Temas relacionados a direitos fundamentais: direito à privacidade de dados.

2- Autor: GVA Indústria e Comércio SA

3- Objeto: Impedir acesso da Receita Federal a documentos em sigilo bancário (com aparo na Lei Complementar 105/01).

4- Inconstitucionalidades apontadas pelos autores: Quebra de sigilo (art. 5º, inciso XII).

5- Resultado: Recurso provido. Não pode haver acesso a esses dados sem autorização do Judiciário.

B) Análise:

1- Ementa: Não há menção ao papel da corte na separação de poderes.

2- Voto de Marco Aurélio (relator)

De acordo com o ministro, a inviolabilidade das comunicações é princípio consagrado na Carta Maior. Porém, a própria Constituição prevê exceções: "Então, apenas se permite o afastamento do sigilo mediante ato de órgão equidistante, mediante ato do Estado-juiz, que não figura em relação

jurídica a envolver interesses, e, mesmo assim, [apenas] para efeito de persecução penal" (p. 224).

Mandado de Segurança 21.729-4 abre nova exceção, permitindo que o MP requirite informações do Banco do Brasil sobre nomes de beneficiários de empréstimos subsidiados pelo erário federal. O ministro foi contra, argumentando que prevaleceu "não o interesse público primário, mas o secundário" (p. 225)

Petição n. 3898: O ministro da Fazenda e seu assessor de imprensa não figuram dentre os agentes integrantes da cadeira de pessoas autorizadas, em lei ou regulamento, a conhecer, por transferência, dados cobertos pelo sigilo bancário (p. 227).

"Não se pode transferir atuação deste [do judiciário], reservada com exclusividade por cláusula constitucional, a outros órgãos, sejam da administração federal, sejam da estadual, sejam da municipal." (p. 228).

Vota para deferir o recurso.

3- Voto de Dias Toffoli

Dias Toffoli considera que a inviolabilidade está protegida no Art. 5 da CF, mas o art. 145 dispõe que a administração tributária poderá identificar, respeitados os direitos e garantias individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Portanto, sendo nos termos da lei não houve quebra de sigilo, mas sim transferência do dever de manter o sigilo (p. 230).

Além disso, considera que a receita já deteria dados do conjunto maior (de patrimônio) dos cidadãos, que corresponde à declaração do conjunto total dos bens de todos, que se dá por força da lei, e não de decisão judicial e não faria sentido que a Receita pudesse ter acesso ao conjunto e não a uma parte dele.

Voto para negar provimento ao recurso.

4- Voto de Cármen Lúcia:

Segue voto de Toffoli.

5- Voto de Ricardo Lewandowski:

Segue voto de Marco Aurélio.

6- Voto de Ayres Britto:

Para o ministro, a Constituição busca preservar o sigilo da conversa entre pessoas, ou seja, contra uma interceptação clandestina ou desautorizada. Sendo assim, a Constituição proíbe não o acesso a dados, mas a quebra de sigilo, o vazamento do conteúdo de dados. Ao falar das transferências de dados [como no caso em questão], ela impõe ao órgão destinatário desses dados cláusula de confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime (p. 236-237).

Para o ministro, "O que o Direito tem em conta cada vez mais, notadamente o Direito Constitucional, é a preservação dos dados do ser. [...] Os dados do ter, do patrimônio, dos rendimentos, as atividades econômicas, na sua objetividade, tudo isso é vocacionado para uma abertura. O futuro não vai preservar senão os dados do ser. Os dados do ter serão cada vez mais escancarados, porque patrimônio e renda são obtidos da sociedade, e a sociedade precisa saber o modo pelos quais esses bens, conversíveis em pecúnia, foram obtidos e em que eles consistem".

Por isso, vota por negar provimento ao recurso.

7- Voto de Gilmar Mendes:

"Eu entendo que a matéria está sujeita a exame - parece-me que aí é razoável -, mas não exigir que sempre haja uma investigação criminal" (p. 239).

"Portanto, Presidente, eu me manifesto nesse sentido, já com ressalva, quer dizer, entendo que aqui está presente a necessidade de reserva de jurisdição, mas não a necessidade de que haja uma investigação de índole criminal."

Vota por deferir o recurso.

8- DEBATE

LEWANDOWSKI - "Quando o parágrafo 1o do artigo 145 faz alusão ao respeito aos direitos individuais, isso, a meu ver, indica exatamente que deve ser ouvido o Judiciário. Porque o Judiciário é o guardião último dos direitos fundamentais." pg 241

9- Voto de Ellen Gracie:

Ela decide negar provimento ao recurso, nos mesmos termos feitos na AC n 33.

10- Voto de Celso de Mello:

Para Celso de Mello, há um círculo de proteção que o ordenamento constitucional estabeleceu em torno das pessoas, para proteger contra ações eventualmente arbitrárias praticadas pelos órgãos estatais da administração tributária, sendo inafastável a necessidade de autorização judicial. Os órgãos da administração tributária não guardam, em relação ao contribuinte, posição de equidistância (p. 255).

Função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais. (p. 257).

A quebra do sigilo bancário - ato que se reveste de extrema gravidade jurídica - só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias. (p. 267).

Impõe-se o deferimento da quebra de sigilo bancário, sempre que essa medida se qualificar como providência essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação estatal, e desde que não exista nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos (p. 269).

Acompanha voto de Marco Aurélio.

11- Voto de Cezar Peluso

Acompanha o voto do relator.

**Caso: ADI 4274 e ADPF 187 – Caso da “Marcha da Maconha”
(2011).**

A) Dados Gerais:

1- Temas relacionados a direitos fundamentais: Liberdade de expressão; direito de protestar.

2- Autor: Procuradoria Geral da República

3- Objeto:

a) Normas impugnadas: Interpretações do art. 33 da Lei nº11.343/2006 que considere crime a promoção de eventos públicos de defesa da descriminalização das drogas.

4- Inconstitucionalidades apontadas pelos autores: Restrições indevidas aos direitos fundamentais à liberdade de imprensa (art. 5º, incisos IV e IX, e 220, CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF).

5- Resultado: Provimento dos recursos extraordinários e declaração de não recepção do Art. 4º, inciso V do Decreto-Lei nº972/69.

B) Análise:

1- Ementa: Não há menção ao papel da corte na separação de poderes.

2- Voto de Ayres Britto (relator):

No voto, a questão do papel da corte na separação de poderes não surge diretamente. Contudo, é válido ressaltar alguns aspectos que parecem pertinentes. Em primeiro lugar, mais uma vez é observável que apesar da ausência de considerações sobre o papel do STF, o fato de o ministro discutir abertamente o conteúdo jurídico do direito de liberdade de expressão e do direito de reunião, afirmando sua centralidade na democracia, e julgar procedente a ação nos permite concluir que, para ele, definir o conteúdo dos direitos fundamentais é atividade regular da corte.

Em segundo lugar, é importante salientar que na definição do conteúdo jurídico do direito fundamental de liberdade de expressão e de reunião o ministro impõe limites à atividade legislativa. Segundo Ayres Britto, nenhuma lei pode ser blindada da discussão sobre seu conteúdo (p. 10). Ele também afirma que legislador não pode estabelecer restrições prévias ao direito de reunião salvo que estejam em compasso com aquelas já previstas na própria Constituição (p. 10). Como não há nisso nenhuma discussão sobre legitimidade institucional, é possível concluir que o ministro também considera normal que o STF, em nome do conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, estabeleça restrições à atividade de legislar.

Por fim, outro aspecto interessante do voto é o fato de o ministro considerar a técnica de interpretação conforme à Constituição, utilizada no caso, uma forma menos ativa de controle de constitucionalidade por não haver mudança do texto da lei (p. 6) .

3- Voto de Luiz Fux

O ministro acompanha os termos do voto do relator. Contudo, para além de simplesmente considerar procedente a ação e considerar atípica a conduta de protestar pela legalização das drogas, o ministro enumera condições para que se afaste a criminalização da conduta; quais sejam: (i) tratar-se de reunião pacífica; (ii) não haver incitação de consumo de drogas; (iii) não haver consumo de drogas; (iv) não haver a participação de crianças e adolescentes (p. 13).

Tampouco houve no voto dele discussão do papel da corte apesar de tecnicamente o estabelecimento de condições que a lei e a Constituição não estabelece (refiro-me aqui à condição iv, já que todas as outras estão previstas na lei ou na CF) seja uma forma bem explícita de inovação jurídica.

4- Voto de Celso de Melo:

Acompanha o voto do relator.

5- Voto de Gilmar Mendes:

Durante o voto do ministro Gilmar Mendes surgiu um debate acerca da abrangência da liberdade de reunião. O ministro problematizou a questão de fazer esse debate sem se considerar o tema discutido pela manifestação e se afirmar que qualquer lei pode ser publicamente contestada. Segundo ele, considerar que não há crime na realização da marcha da maconha é algo simples porque se trata da discussão de uma política pública, mas para a contestação de leis de racismo e de vedação da pedofilia, por exemplo, talvez a resposta fosse outra.

O ministro preocupa-se com a afirmação da possibilidade de se discutir livremente qualquer coisa em reuniões públicas e o precedente do caso Ellwanger.

Com a ressalva de que nem tudo poderia ser discutido em manifestações, o ministro acompanha o voto do relator.

6- Voto de Cezar Peluso

Acompanha o voto de Gilmar Mendes.

ADPF 187

1- Ementa:

A ementa menciona uma função contramajoritária da Jurisdição Constitucional.

2- Voto de Celso de Mello (relator):

Primeiramente, o ministro reconhece a admissibilidade processual da ADPF e considera que está provada a existência de multiplicidade de interpretações normativas, permitindo o uso da técnica de interpretação conforme à Constituição (p. 30). Celso de Mello também afirma que para a interpretação conforme sempre precisa haver pluralidade de significados para que não aja mero arbítrio do STF em decidir o sentido de uma norma (p. 35).

Celso de Mello, decidindo sobre uma questão processual envolvendo um *amicus curie* (se este poderia expandir o objeto da ação), menciona a

importância desse instrumento para pluralizar o debate e superar a questão da legitimidade democrática das decisões da corte em exercício de controle de constitucionalidade (p. 41). O ministro, contudo, afirma que não é possível ao amicus fazer isso.

O ministro caracteriza a liberdade de reunião como uma liberdade-meio para a concreção da liberdade de expressão. Ele também fala do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais (como expressa na ementa) e afirma que as minorias podem se expressar não importa o quão estranhas às maiorias sejam suas ideias (p. 82) e destaca o papel que o Supremo Tribunal Federal tem como guardião dos direitos fundamentais das minorias contra maiorias hegemônicas ou o poder público (p.84-92).

Ao final, o ministro vota pela procedência da ação, sob o argumento de que a marcha da maconha representa legítimo exercício do direito de reunião.

3- Voto oral de Luiz Fux:

Sobre a preliminar envolvendo a expansão do pedido, Fuz afirma que, além do que foi exposto pelo relator, não se deve aceitar a preliminar porque a corte deve, em face de desacordo moral razoável que paira o tema da marcha da maconha, tomar uma atitude minimalista e não prosseguir além do que foi pedido inicialmente (p. 122-123).

Sobre o mérito, o ministro afirma que o que está em jogo não é apologia ao crime alguma, mas apenas à liberdade de manifestação, pois não se faz apologia pedindo pela descriminalização da conduta (p. 124).

Luiz Fux considera que a função jurisdicional em situações de desacordo moral razoável é fazer uma ponderação de valores (p. 126). Ele entende que é necessária a garantia da liberdade de manifestação, mas também é necessário dar algumas balizas a esse direito tendo em mente outros direitos setoriais da Constituição (p. 127).

4- Voto escrito de Luiz Fux:

O ministro segue o relator quanto à admissibilidade da ADPF. Fux caracteriza o caso como um hard case, que demandaria da corte uma

postura minimalista e cautelosa dada a existência de desacordo moral razoável sobre o tema (p. 138). Ele afirma que cabe primariamente ao legislador a tarefa de definir o regime jurídico acerca da questão do consumo de drogas e que o STF precisa manter a ação nos limites propostos pelo Procurador-Geral da República, agindo de maneira minimalista (p. 139) para ampliar o espaço para a posterior reflexão democrática sobre o tema. Em seguida, diz que é possível avaliar a questão da livre manifestação do pensamento sobre a questão das drogas sem julgar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da legalização em si através da análise do art. 247 do Código Penal (p. 140).

O ministro afirma que a prática de defender a legalização de entorpecentes não pode ser crime de apologia porque objetiva-se justamente que a conduta deixe de ser crime, e não exaltar sua prática (p. 141) e, além disso, há a proteção constitucional à liberdade de expressão, que garantiria livre expressão de opinião.

Para Luiz Fux, o STF, enquanto guardião da Constituição e do regime democrático (deve reconhecer a necessidade e a legitimidade do debate sobre a legalização ou não do consumo de entorpecentes (p.146).

A liberdade de expressão estaria, no caso, conjugada com a liberdade de reunião e, tendo a Marcha da Maconha, em princípio, caráter pacífico, esta seria constitucionalmente protegida (p. 147).

Segundo o ministro, contudo, direitos fundamentais não são absolutos e podem ser objeto de ponderação quando confrontados com outros valores constitucionais importantes (p. 147). Por isso, o tipo penal da apologia é legítimo, pois tutela a paz pública de maneira adequada, restringindo legitimamente a liberdade de expressão (p. 150). Assim sendo, apesar de somente a manifestação pela legalização de entorpecentes não constituir crime em abstrato, é possível que em situações concretas seus participantes cometam o crime de apologia (p. 151).

Além disso, o ministro decorre do pressuposto de que é necessário ter autonomia individual para manifestar ideias políticas, da proteção especial da criança e do adolescente na Constituição (art. 227) e do especial

tratamento dado à criança ou adolescente dependente de entorpecentes, que crianças e adolescentes não podem participar de manifestações pela legalização das drogas. Existiria, segundo o ministro, um princípio constitucional de afastamento da criança ou adolescente do consumo de entorpecentes lícitos ou ilícitos (p. 152). O engajamento de menores na defesa ostensiva da legalização de entorpecentes interferiria na formação de sua autonomia e contrariaria o que é sinalizado pelo art. 227 da Constituição (p. 153). Contudo, segundo o ministro, o menor pode acompanhar ou assistir manifestações, mas o contato deles com o tema seria de controle dos pais.

O ministro, por fim, diz considerar procedente o pedido, dando interpretação conforme ao art. 247 do CP desde que respeitados os parâmetros por ele postos (ver fichamento da ADI 4274).

p. 146 -> "É por essas razões que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição e, destarte, do regime democrático, deve reconhecer a legitimidade e a necessidade do debate."

5- Debates:

Os ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Marco Aurélio discordam do balizamento de exclusão dos menores. Celso de Mello porque isso discrimina crianças e adolescentes, que têm igual direito de cidadania por força da Constituição (especialmente os relativamente incapazes), e ele, Ayres Britto e Cármen Lúcia também argumentam que a corte não pode fazer isso porque seria intromissão estatal na maneira dos pais educarem os filhos (p. 156). Marco Aurélio apenas diz que não é possível entrar nessa questão (p. 156).

6- Aditamento ao voto de Cármen Lúcia:

Acompanha o voto do relator.

7- Voto de Lewandowski:

Acompanha o voto do relator.

8- Voto de Ayres Britto:

Acompanha o voto do relator

9- Voto de Ellen Gracie:

Acompanha o voto do relator.

10- Voto de Marco Aurélio:

Acompanha o voto do relator.

11- Voto de César Peluso:

Acompanha o voto do relator. Menciona o papel do STF como guardião da Constituição (p. 197).

Caso: ADPF 132 – União Estável Homoafetiva (2011)

A) Dados Gerais:

1- Temas relacionados a direitos fundamentais: igualdade perante a lei; dignidade da pessoa humana; vida privada; intimidade.

2- Autores: Governador do Estado do Rio de Janeiro

3- Objeto:

a) Normas impugnadas: Nenhuma. É apontada a violação de preceitos fundamentais por meio da interpretação do Estatuto do Servidores Públicos do Rio de Janeiro (art. 19, II e V e art. 33, I a X, CF) que implica na restrição a direitos de homossexuais e de decisões judiciais em todo o país que negam às uniões homossexuais direitos reconhecidos a casais heterossexuais.

b) Inconstitucionalidades apontadas pelos autores: É alegada a violação dos direitos à igualdade, da segurança jurídica (caput do art. 5º da CF), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º).

4- Resultado: Ação julgada procedente, com reconhecimento da aplicação das mesmas normas sobre uniões estáveis entre heterossexuais aos casais homossexuais.

B) Análise:

1- Ementa:

“Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação do preconceito quanto à orientação sexual das pessoas” (p.4)

2- Voto de Ayres Britto:

Para o ministro, não havendo enunciação constitucional proibindo a união estável homoafetiva, não se pode interpretar o Código Civil de maneira a excluir a existência desse tipo de união (p. 27). Segundo Ayres Britto, a presença da expressão “homem e mulher” no art. 226 da CF não pode ser entendida como uma vedação a outras formas de união já que todos os contextos em que a Constituição faz referência a gêneros é apenas para deixar claro que existe uma paridade de direitos entre homem e mulher (p. 43). Sendo assim, da proteção dos princípios da intimidade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana é possível concluir que é necessário expandir a proteção jurídica das uniões estáveis heterossexuais às homossexuais.

Além disso, é observável que o ministro não vê nenhum obstáculo para realizar o “salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro” (p. 34), dada a já mencionada inexistência de regra proibitiva e a centralidade da proteção da intimidade e da privacidade na Constituição. O ministro afirma, inclusive, que a liberdade de dispor da própria sexualidade seria tão central para a Constituição que qualquer desproteção jurídica por parte do Estado seria ilegítima intromissão em um direito subjetivo (p. 34).

Sendo assim, ele interpreta de maneira expansiva o conceito de entidade familiar para abarcar as uniões homoafetivas e equipara o conceito de entidade familiar ao de família.

Ademais, a visão sobre separação de poderes consolidada na ementa é exatamente a mesma apresentada pelo ministro relator na página 42 do acórdão.

Frase síntese -> "Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico." (p. 42).

3- Voto de Luiz Fux

Acompanha o relator, mas, mesmo assim, constrói um voto com fundamentação própria.

Para ele, o STF, como guardião da Constituição deve operar como instância contramajoritária na guarda de direitos fundamentais em face de ações da maioria ou para impor a ação do poder público na promoção de tais direitos, como no caso (p. 61).

Além disso, entende que a corte pode determinar o sentido do conceito jurídico de família, pois afirma que não pode haver compreensão constitucional de tal conceito que aceite "o amesquinamento de direitos fundamentais" (p. 61).

Aditamento ao voto: "Se o legislador não faz, compete ao tribunal suprir essa lacuna" (p. 81). "(...) a sociedade evoluiu e a Suprema Corte, que é a voz da sociedade, também acompanha essa evolução. " (p. 84).

Frase síntese -> "Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos" (p. 61).

4- Voto de Cármen Lúcia:

Cármen Lúcia vota no mesmo sentido que os dois ministros que a antecedem, afirmando a existência de equivalência de direitos entre casais heterossexuais e homoafetivos tendo em vista que os valores constitucionais não permitem que sejam restritos os direitos fundamentais com base na sexualidade.

Para a ministra, a corte tem a função de guarda precípua de defesa dos Direitos Fundamentais (p. 90).

Frase síntese -> "Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais." (p. 90).

5- Voto de Ricardo Lewandowski:

O ministro apresenta um trecho do debate legislativo sobre a redação do art. 225 da Constituição e afirma que os constituintes de maneira inequívoca quiseram excluir do conceito de união estável a relação de pessoas do mesmo sexo.

Para ele, não se pode realizar interpretação extensiva do dispositivo tendo em vista a posição tribunal na separação de poderes, pois, a despeito do Judiciário não ser mera "boca da lei", a criatividade dos juízes não pode "desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos" (p.106).

Lewandowski, contudo, admite que a união entre pessoas do mesmo sexo constituiria outra forma de entidade familiar, não elencada no art. 226 da CF, que pode ser deduzida de uma leitura sistemática da Constituição. Assim, aplica por analogia as regras da união estável às uniões homoafetivas para resolver a ausência de regulação estatal sobre o tema.

Frase síntese -> "embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o Zeitgeist vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros

normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, in claris cessat interpretativo.” (p.106).

6- Voto de Joaquim Barbosa

Para o ministro, o papel da Corte é impedir “o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas” (p. 117).

Joaquim Barbosa reinvoca a ausência de proibição expressa das uniões homoafetivas na Constituição como argumento para dizer que dos princípios constitucionais é derivado o direito de reconhecimento jurídico desse tipo de relacionamento.

Frase síntese -> “(...) estará esta Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas.” (p. 117).

7- Voto de Gilmar Mendes:

Primeiramente, o ministro mostra-se contrário à interpretação conforme do art. 1723 do Código Civil tendo em vista que este meramente reproduz o conteúdo do art. 225 da CF. Contudo, aceita o argumento de que essa norma tem sido usada para negar reconhecimento das uniões homoafetivas (p. 121).

Gilmar Mendes critica a visão de que a corte seria um mero legislador negativo (p. 122). Para ele, há casos em que existe a produção de normas ou de mecanismos de proteção, o que implica em o tribunal dar uma resposta de caráter positivo em caso de falha do sistema político em apresentar resposta à pretensão de defesa dos direitos. Além disso, considera que mesmo a resposta de caráter negativo implica numa forma de legislação positiva, porque mantém o status quo contrário à norma impugnada.

Tanto ele quanto Marco Aurélio, que faz intervenções nesse trecho do voto, consideram essa atuação uma consequência natural do sistema de jurisdição constitucional (p. 122-123).

Segundo o ministro, a proteção das uniões homoafetivas deveria ser feita pelo Congresso Nacional, mas, em função das controvérsias que envolvem esse tema, é difícil que o legislativo dê uma resposta a essa demanda de proteção de direitos fundamentais (p. 123). De acordo com o ministro, não seria "extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema" (p. 123), mas tem-se um quadro de inércia e existindo uma questão de direitos fundamentais (liberdade) no caso e cabe ao Estado criar mecanismos de proteção (p. 124).

Gilmar Mendes afirma que encontrou outra dificuldade no tema. A legitimação da corte advém, segundo ele, da Constituição e esta, enquanto norma, afirma que a união estável que deve ser protegida pelo Estado é aquela entre homem e mulher (p. 124-125).

O ministro tenta problematizar isso, mas é sucessivamente interrompido por Ayres Britto, Luiz Fux e Marco Aurélio, que consideram inadequada a leitura do ministro (p. 125-127).

Gilmar Mendes concorda com as colocações dos outros ministros e considera que a questão envolve direitos de caráter fundamental (liberdade, igualdade) e disso decorre o dever de proteção. Contudo, diz que é necessário explicitar isso para que não pareça que a corte está exercendo uma espécie de voluntarismo, sob pena de deslegitimar-se (p. 126-127). Marco Aurélio e Ayres Britto concordam que a atuação da corte é vinculada à Constituição (Ayres Britto afirma, ainda, que é objetiva) (p. 127).

O ministro contempla, assim como Lewandowski, uma situação de lacuna e propõe aplicar, no que for possível, as mesmas regras aplicáveis a uniões estáveis entre homem e mulher (p. 128).

Gilmar Mendes concorda com o resultado do relator, mas apresenta divergência na fundamentação. Ele também afirma temer que a equiparação entre uniões heterossexuais e homoeftivas possa ter efeitos inesperados, então limita-se a reconhecer a união por equiparação

análoga, sem estender seu voto a outros desdobramentos (p. 138), mas não diz quais desdobramentos.

Pronunciamento do ministro Lewandowski: “Ministro Gilmar Mendes, assinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e conclui que a nossa comutação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional.” (p. 139).

Para ele, somente afirmar que o CN é obrigado a regulamentar seria insuficiente – Gilmar usa o exemplo do mandato de injunção e sua ineficiência (p. 141-142).

O ministro encerra seu voto ressaltando a importância da atuação da corte em caso de desproteção dos direitos de minorias (p. 142).

Gilmar Mendes além desse voto oral anexou voto escrito, referente à ADI de mesmo tema ajuizada pela Procuradoria Geral da União (ADI 4277).

8- Voto escrito de Gilmar Mendes:

A questão central discutida na ADI seria a interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil, para que se reconheça a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e que os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis sejam estendidos a uniões entre pessoas do mesmo sexo (p. 144).

O ministro começa o voto discutindo os limites da interpretação conforme, dado que o texto do art. 1723 do Código Civil reproduz uma norma constitucional (p. 147). Segundo Gilmar Mendes, a corte reconhece que a interpretação conforme não pode contrariar disposição literal do texto de lei, nem a vontade do legislador (apesar de o Tribunal não se importar muito com a vontade do legislador se a interpretação conforme for possível dentro dos limites do texto) (p. 148).

Gilmar Mendes afirma que a interpretação conforme quase sempre altera o sentido normativo original pretendido pelo legislador (p. 148). Contudo, afirma que cada vez mais tem sido admitida na jurisdição constitucional comparada o uso de técnicas atípicas de decisão, que vão além da declaração total de nulidade ou validade a norma (p. 149) e o STF também passa a usar de maneira regular técnicas como a interpretação conforme.

Gilmar Mendes faz referência ao fato de o tribunal ter aceitado a possibilidade de atuar como legislador positivo na ADPF 54 (julgada procedente em 2012, ano seguinte à decisão da ADPF 132) ao admitir a possibilidade de julgar o caso no mérito (p. 152).

O ministro reafirma que a corte superou o dogma do legislador negativo e já adota, assim como as principais cortes do mundo, decisões interpretativas com eficácia aditiva (p. 153-154). Contudo, cita um trecho de doutrina que problematiza o excesso de poderes interpretativos do tribunal e afirma que o tribunal precisa refletir sobre as possíveis consequências em diversos sistemas normativos brasileiros que podem ser produzidas se o tribunal utilizar a técnica da interpretação conforme da maneira que a PGR propõe (p. 158).

Conforme já dito antes pelo ministro, ele cede ao argumento de que é possível interpretação conforme no caso com base no fato de a expressão do código civil ser entendida como proibição das uniões estáveis homoafetivas.

“Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.” (p. 171-172).

Durante grande parte do voto escrito, o ministro repete muito do que já disse no voto não escrito e apresenta algumas iniciativas do CN, do STF e da Administração Pública para avançar nos direitos de casais homossexuais, além de discorrer sobre o tratamento do tema no direito comparado.

Ao final do voto, realça que a decisão não constituirá óbice para que o legislador regulamente a matéria e em realidade é um estímulo institucional

para que se discipline as diversas situações jurídicas que envolvam uniões de pessoas do mesmo sexo (p. 196). Além disso, realça mais uma vez que não há que se falar em ativismo judicial dado que a corte está apenas protegendo direitos fundamentais e, mais especificamente, direitos de minorias em face da inércia legislativa (p. 19-198).

Frase síntese -> "Então, é dever de proteção do Estado e, ultima ratio, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção [a dos direitos fundamentais de minorias] se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente." (p. 198).

9- Voto de Marco Aurélio

Acompanha o voto do relator.

Marco Aurélio considera que inexistente transgressão dos limites da atividade jurisdicional no reconhecimento de que o regime de uniões estáveis abarca as homoafetivas mesmo com essa situação não tendo sido prevista pelo legislador original. Para o ministro, a ausência da aprovação dos projetos de lei que garantam os direitos dos homossexuais indica uma falta de vontade coletiva de tutela das uniões homoafetivas, mas a solução para essa restrição de direitos independe do legislador, pois a tutela das uniões estáveis decorreria diretamente dos direitos fundamentais (p.206).

O ministro ressalta o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais e afirma que a corte tem o dever de assentar sua prevalência, mesmo contra a maioria (p. 213) e extrai do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas (p. 214).

Frase síntese -> "Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República (...)" (p. 213).

10- Voto de Celso de Mello:

O ministro acompanha o relator. Celso de Mello começa seu voto falando sobre a importância do amicus curie para a legitimidade democrática do STF e afirma que o tribunal é um "mediador entre as diferentes forças com

legitimação no processo constitucional” (p. 217). Dada a natureza eminentemente constitucional da igualdade, da liberdade e da autonomia, cabe à corte velar pela integridade desses direitos (p. 227-229).

Um seção do voto do ministro é dedicada à função do STF (p.238- 248), que seria, de acordo com Celso de Mello, a proteção das minorias contra excessos ou omissões por parte da maioria que ameacem seus direitos (p. 238). Tal proteção das minorias tem fundamento, segundo o ministro, numa legitimação material do Estado Democrático de Direito (p. 242-243).

O ministro inclui em sua fundamentação a proteção do direito à busca da felicidade, que seria um postulado implícito da Constituição derivado da dignidade da pessoa (p. 248).

Além disso, o ministro afirma que não existe ativismo judicial no caso, pois a ação afirmativa da corte deriva da necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição Federal contra a omissão de outros poderes (p. 260). O STF não estaria fazendo nada mais que sua missão de fazer valer a autoridade da Constituição (p. 261).

Em seguida, porém, ele diz que práticas de ativismo são necessárias em momentos excepcionais quando os órgãos do Poder Público se omitem ao cumprimento de imposições do texto constitucional (p. 261).

Para o ministro, o protagonismo é fortalecido pelo STF possuir o monopólio da última palavra em matéria constitucional (p. 263). Celso de Mello reafirma a partir disso a legitimidade jurídica da decisão que o STF está tomando.

Frase síntese -> “Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (...), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.” (p. 263).

11- Voto de Cezar Peluso:

O ministro acompanha o voto do Lewadowski e do Gilmar Mendes no sentido de que existira uma lacuna a ser preenchida.

Cezar Peluso ressalta que o pedido só foi possível porque o art. 1723 do CC tem redação distinta ao da CF, senão a corte seria obrigada a interpretar a Constituição e acordo com a própria Constituição, algo que ele entenderia ser impossível (p. 266).

Caso: ADPF 54 – Aborto de Fetos Anencéfalos (2012)

A) Dados Gerais:

1- Temas relacionados a direitos fundamentais: liberdade e direito à vida; dignidade da pessoa humana

2- Autores: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

3- Objeto:

a) Normas impugnadas: Interpretação dos artigos 124, 126, caput, 128, incisos I e II do Código Penal, segundo os quais seria crime a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia do feto, cuja vida extra-uterina torna-se inviável. Por isso, é pedida a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos legais já citados para se declarar inconstitucional a interpretação de que o aborto de fetos anencéfalos seria crime.

b) Inconstitucionalidades apontadas pelos autores: “Violação aos preceitos dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, cabeça, e 196 – direito à saúde.” (p. 02).

4- Resultado: Ação julgada procedente.

B) Análise:

1- Ementa:

Não há informações sobre a separação de poderes na ementa.

2- Voto de Marco Aurélio (relator):

O ministro considera que não existe um confronto real entre a dignidade da mulher, a liberdade, a autodeterminação, direitos sexuais reprodutivos e o interesse da sociedade em proteger a vida (p. 33).

“Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa.” (p. 34).

Marco Aurélio entende que a laicidade do Estado implica que dogmas de fé não podem orientar o conteúdo de atos estatais (p. 42). Assim sendo, argumentos religiosos não devem ser utilizados para analisar a constitucionalidade do crime de aborto nessa situação. Os argumentos das entidades religiosas deveriam ser traduzidos em termos de razão pública.

O ministro utiliza informações fornecidas pelos amici curiae para definir a condição de anencefalia e afirma que o anencéfalo não se torna pessoa, pois não é vida em potencial (p. 46). Se o feto não é vida em potencial não se aplicam disposições constitucionais de proteção da criança e do deficiente (p. 50).

Não seria possível obrigar a mulher a manter a gravidez para aproveitamento dos órgãos do feto, pois isso seria tratar a mulher como um meio, desumanizando-a e, além disso, os órgãos em geral não são aproveitáveis para transplantes (p. 52).

Tampouco seria possível se falar em direito à vida do feto (p. 54), pois ele é natimorto. Sendo assim, seria conduta atípica abortar um feto anencéfalo, pois não se configura crime contra a vida se não há vida (p. 55).

O ministro também leva em consideração que na época de elaboração do Código Penal (1940) a medicina não tinha condições para identificar previamente anomalias fetais e isso explica a ausência de dispositivo expresso considerando atípica a conduta de anencéfalos (p. 56).

Marco Aurélio considera que o feto anencéfalo não constitui vida juridicamente tutelável, mas argumenta também que, ainda que se considerasse como vida, o direito à vida não é absoluto e ele pondera tal direito com os outros em jogo (dignidade, liberdade, saúde, direitos sexuais e reprodutivos) (p. 58). Sua conclusão é de que não é proporcional a proibição (p. 67).

O ministro ressalta que cabe à mulher, e não ao Estado deliberar pela interrupção ou não da gravidez de feto anencéfalo (p. 66).

Frase síntese -> "Compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero." (p. 68).

Após a conclusão do voto, o ministro exalta a importância das audiências públicas e faz mais uma declaração sobre o papel do supremo no caso:

"Estou certo de que há de prevalecer a Carta da República, a figura do Supremo como guardião maior desse documento básico, que realmente precisa ser mais amado pelos brasileiros, deixando até mesmo de ser um simples periódico, tamanho é o número das emendas constitucionais." (p. 86).

3- Voto de Rosa Weber:

A ministra inicia seu voto indicando três temas que serão enfrentados ao longo do voto: (i) a atipicidade da antecipação terapêutica do parto; (ii) a vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) a ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto (p. 94).

Sobre o primeiro tema, a ministra inicialmente rejeita a ideia de que as informações da medicina e da biologia determinam necessariamente o que

o Direito considera ser vida e a proteção ou não do feto deve decorrer de critérios jurídicos (p. 95).

Dito isso, ela conclui com base no precedente do STF referente à constitucionalidade da lei de biossegurança, no fato de a proteção dada ao nascituro pelo direito civil apenas se confirmar com o nascimento, na interpretação da doutrina penalista e na definição de morte da Lei de Transplantes de Órgãos que para o direito não importa o simples funcionamento orgânico (p. 105-108). Importaria juridicamente como vida a possibilidade mínima de fazer parte do convívio social (p. 10). Apenas a partir do estabelecimento do que é relevante ao universo jurídico a Medicina pode auxiliar o Direito indicando quando estão presentes ou ausentes as capacidades de convivência, emoção, inter-relação, etc. (p. 108-109).

Esse conceito de vida relacionado à complexidade psíquica seria, segundo a ministra, a vida que é constitucionalmente garantida (p. 112).

No que diz respeito à questão da vontade do legislador, a ministra narrou sua versão da história do constitucionalismo (p. 112-119), afirmando que a supremacia da vontade do legislador deu lugar à supremacia da Constituição e, por isso, a lei tem de estar de acordo com os critérios formais e materiais impostos por ela (p. 121). Segundo ela, as Constituições contemporâneas institucionalizam o controle de constitucionalidade para garantir sua supremacia, de maneira que é "inegável que caiba ao Judiciário controlar constitucionalmente as leis criadas pelo Legislativo" (p. 121).

Por fim, ela reafirma que à época da edição da norma não era possível o diagnóstico prévio de anencefalia e, por isso, seria inadequado falar da vontade do legislador em não incluir a anencefalia no rol de excludentes da prática do crime de aborto (p. 122).

Quanto ao último tema, a ministra considera desproporcional a proibição do aborto de anencéfalos, pois a intervenção do Estado viola os direitos da mulher em nome da proteção de um feto cujo direito à vida é, como demonstrado, incerto (p. 133). Prevalece, por isso, o dever do Estado de proteger a mulher em detrimento do direito defensivo do feto (p. 132).

Frase síntese -> "E, na linha do desenvolvimento do constitucionalismo americano, as Constituições contemporâneas determinaram claramente a sua supremacia institucionalizando o controle de constitucionalidade por meio da jurisdição constitucional, de modo que hoje é inegável caber ao Judiciário controlar constitucionalmente as leis criadas pelo Legislativo." (p. 133).

4- Voto de Joaquim Barbosa:

Acompanha o voto do relator. Contudo, não faz menção expressa à questão da legitimidade da corte.

5- Voto de Luiz Fux:

Acompanha o voto do relator.

O ministro reforça que é papel da corte dar uma manifestação definitiva sobre a possibilidade ou impossibilidade do aborto de fetos anencéfalos e que essa supremacia judicial somente se instalou porque o legislativo não assumiu a responsabilidade de discutir o tema enquanto representante do povo (p. 156).

Luiz Fux propõe que, diante do desacordo moral sobre a questão do aborto, a corte deve agir de maneira minimalista e ficar adstrita à questão da criminalização do aborto de fetos anencéfalos (p. 158). Esse seria um caso que exigiria do judiciário passividade virtuosa, mas como não pode haver o *non liquet*, o tribunal deve decidir de maneira minimalista (p. 159).

O ministro afirma que o legislador tem ampla liberdade para definir crimes e penas, mas deve fazê-lo com fundamento nos limites constitucionais e deve respeitar os direitos fundamentais de acusados (p. 165). Ele também considera que se à época fosse possível o diagnóstico de anencefalia, o legislador teria excluído a tipicidade da conduta (p. 166).

Frase síntese -> "As autorizações judiciais para interrupção da gravidez em situações semelhantes se multiplicaram em todo o país, exigindo deste Pretório Excelso - como muito bem destacou Vossa Excelência que é a nossa função - uma manifestação definitiva sobre essa questão, porque a supremacia judicial só se instala quando o legislativo abre esse espaço de

reflexão, porquanto politicamente não assume as suas responsabilidades como representante do povo. (p. 156).”

6- Antecipação ao voto de Cármen Lúcia:

A ministra explica que a antecipação servirá de resumo a seu longo voto escrito anexado no acórdão (p. 172).

Cármen Lúcia afirma que todos estão preocupados com a vida – não importa se defensores ou não da interrupção da gravidez de feto anencéfalos – e que respeita a divergência. Contudo, para ela, o que é relevante para o caso é o que a Constituição determina, ponderando-se seus princípios (p. 172).

7- Voto de Cármen Lúcia:

Acompanha o voto do relator.

A ministra argumenta que o Poder Judiciário não está sendo chamado para produzir uma norma jurídica nova, o que não seria de sua competência, mas apenas para declarar se a prática do aborto de fetos anencéfalos é enquadrada nas normas penais ou e afrontaria preceitos constitucionais (p. 180). A ação não diria respeito à descriminalização do aborto, mas à discussão da possibilidade legal da gestante interromper gravidez de feto anencéfalos sem incorrer em crime (p. 181).

Segundo Cármen Lúcia, “a guarda da Constituição da República garante que o cidadão há de reconhecer o pensamento jurídico em compasso com as evoluções da ciência e da tecnologia, acompanhando o pensamento da sociedade, as necessidades do homem e seus dilemas, alguns dos quais, postos em juízo, devem ser decididos nos termos da norma e da ética jurídicas.” (p. 194).

8- Voto de Ricardo Lewandowski:

O ministro vota em sentido contrário aos que o antecederam. Para ele, o fato de que o Congresso Nacional, legítimo representante da soberania popular, não incluiu no rol de excludentes da punibilidade do crime de aborto o de fetos anencéfalos implica que essa modalidade é penalmente imputável (p. 240-241). Para ele, não seria válido o argumento de que não

existiam técnicas para identificar a degeneração fetal na época da promulgação do Código Penal ou da reforma de 1984, pois tais técnicas já existiriam há muito tempo (p. 241).

Lewandowski inicia seu voto definindo a técnica de interpretação conforme a Constituição e seus limites. Para ele, o intérprete encontra duas barreiras intransponíveis quando utiliza essa técnica: é vedada a interpretação contrária ao texto literal da lei e à vontade manifesta do legislador – a quem o intérprete não pode substituir – (p. 244).

O ministro afirma que é fato conhecido que o STF, como qualquer corte constitucional, somente pode ser legislador negativo e extirpar do ordenamento normas incompatíveis com a Constituição (p. 245). Citando doutrina, o ministro afirma que, ao lado do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, o princípio da independência e harmonia dos poderes seria um mecanismo de autocontenção judicial (p. 244).

Para ele, o princípio de atuação mínima deve pautar a atuação da corte, pois excessos no exercício do poder da corte têm como consequência a usurpação de poderes atribuídos pelo povo e pela Constituição ao Congresso Nacional (p. 244).

O próprio parlamento se encontraria dividido e o ministro procura demonstrar isso apresentando os projetos de lei em tramitação referentes a esse tema (p. 249-251). Lewandowski também demonstra preocupação com o fato de que uma decisão judicial que considere o pedido procedente pode fundamentar o aborto eugênico em outros tipos de enfermidades fetais (p. 247-248).

Ele conclui o voto reafirmando que a corte não pode tomar essa decisão porque ela cabe ao Congresso (p. 252).

Frase síntese -> "(...) não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem." (p. 245).

9- Voto de Ayres Britto:

Acompanha o voto do relator. Não diz nada sobre o papel da corte na separação de poderes.

10- Antecipação ao voto de Gilmar Mendes:

O ministro afirma que a interpretação conforme de perfil aditivo é possível (p. 267) e destaca a relevância do instrumento da ADPF para a proteção de direitos fundamentais (p. 270).

11- Voto de Gilmar Mendes:

O ministro começa seu voto ressaltando a importância das audiências públicas como instrumento de participação democrática e de recebimento de informações pela corte. Estas, além de contribuírem com a qualidade decisória, garantem novas formas de legitimação dos julgamentos do STF em sua tarefa de guardar precipuamente a Constituição (p. 275). Para ele, também é certo que a corte não pode deixar de exercer a sua competência na defesa dos direitos fundamentais sob a alegação de que não possui mecanismos probatórios adequados para analisar uma matéria (p. 275).

O ministro divide os argumentos invocados pela autora em três: (i) atipicidade por inexistência de vida; (ii) a necessidade de se conferir uma interpretação evolutiva ao Código Penal de 1940; (iii) necessidade de prevalência da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde (p. 287).

Gilmar Mendes afirma que se o feto anencéfalo não for vivo existiria atipicidade de seu aborto, pois não haveria bem jurídico tutelado. Contudo, a questão submetida ao tribunal seria delicada justamente porque não é consensual a ideia de que o feto anencéfalo não merece proteção jurídica (p. 288). Dado o pluralismo político e as divergências sobre o tema seria inadequado e ofensivo aos defensores dos direitos do feto que se considerasse o aborto de feto anencéfalos atípico. Como consequência disso, também não se poderia tutelar o direito ao aborto com base no princípio da dignidade da pessoa humana porque o nascituro também é protegido por essa cláusula constitucional.

O ministro ressalta também a inadequação do argumento de que o aborto seria uma questão de saúde pública frente ao desacordo moral razoável sobre o tema (p. 289). Para ele, a ponderação de princípios torna-se difícil em casos complexos como esse e os argumentos levantados pela inicial sobre dignidade e direito à saúde não são aptos para desconstruir a escolha política do legislador em criminalizar a conduta dado que, *prima facie*, tal escolha contempla esses mesmos valores (p. 290).

Quanto à possibilidade de se fazer uma interpretação evolutiva, Gilmar Mendes entende que o dano psíquico e o risco à saúde da mulher já estavam presentes na legislação penal nas figuras do aborto necessário e do aborto sentimental (p. 294) e que o aborto de anencéfalos não está nas excludentes de ilicitude porque era inimaginável ao legislador de 1940 (p. 295). A interpretação que seria dada ao Código seria “consentânea da proteção à integridade física e psíquica da mulher, bem como com a tutela do direito à privacidade e à intimidade aliados à autonomia da vontade” (p. 295).

O ministro afirma que o Estado deverá disciplinar a questão do diagnóstico de anencefalia, dado que ele seria condição para a realização desse tipo de aborto e sugere que a decisão do STF deve impor às autoridades do ministério da saúde a obrigação de editar normas sobre o procedimento de diagnóstico para conferir segurança para que a gestante possa decidir sobre a realização ou não do aborto (p. 295).

Sobre a técnica de interpretação conforme a Constituição, Gilmar Mendes reconhece os mesmos limites que o ministro Lewandowski: a disposição literal da lei e a vontade do legislador, mas afirma que o STF não investiga a chamada vontade do legislador se a interpretação não contrariar a disposição literal do texto (p. 298). Qualquer forma de fixação ou eliminação de sentidos pela corte teria o poder de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original (p. 299).

Aplica-se aqui a fundamentação teórica da interpretação aditiva da ADPF 132, pois ele praticamente copia e cola o que escreveu naquele caso.

O ministro afirma que o STF, em função de um dogma kelseniano de legislador negativo, costuma adotar uma posição de autocontenção em situações em que a interpretação conforme poderia levar a uma interpretação corretiva da lei (p. 300- 301). Contudo, ele também considera que a jurisprudência da corte mostra que o STF não se prende aos limites imprecisos entre interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa de sentido (p. 301).

Segundo o ministro, decisão da ADPF 54 pela procedência invariavelmente será uma decisão com eficácia aditiva (p. 302). Ao rejeitar a questão de ordem levantada pela Procuradoria-Geral da República, o STF teria aceitado a possibilidade de agir como legislador positivo, adicionando mais uma excludente de ilicitude ao crime de aborto e, assim, o tribunal estaria se livrando do dogma do legislador negativo para aliar-se a uma linha jurisprudencial de decisões aditivas já existente nas principais cortes constitucionais europeias. Ele também considera, contudo, que o STF já fazia isso antes, mas agora com uma nova e mais adequada nomenclatura (decisão com efeitos aditivos).

Gilmar Mendes afirma que existem críticas a decisões com efeitos aditivos em matéria criminal. Deve existir cautela e a corte não pode tomar decisões com efeitos aditivos in malam partem. Porém, o fato de o âmbito penal ser a área mais problemática para aplicação de decisões com efeito aditivo não significa que estas não possam existir, pois o controle de constitucionalidade de legislação penal pré-constitucional pode impor à corte a necessidade de realizar interpretações evolutivas para atualizar a legislação penal em face da nova Constituição (p. 304). Não seria incorreto, portanto, considerar a possibilidade de o STF, ante a necessidade de atualizar o conteúdo do art. 128 do Código Penal, tome uma decisão que estabeleça nova causa de exclusão de ilicitude para o aborto de fetos anencéfalos. Contudo, o ministro ressalta que o legislador pode a qualquer momento editar lei sobre o assunto e a decisão da corte deve servir não como um impeditivo de legislação posterior, mas como estímulo à atuação do legislador (p. 306).

Frase síntese -> "Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva (p. 302).

12- Voto de Celso de Mello:

Acompanha o voto do relator.

O ministro afirma que ao STF está garantindo às mulheres o exercício pleno do direito de escolha entre prosseguir com a gestação ou interrompê-la sem a interferência indevida do Estado na autonomia privada (p. 314). O STF estaria garantindo esse direito em razões fundadas nos direitos reprodutivos e nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação e da intimidade (p. 315).

Celso de Mello considera que a missão do judiciário e, mais particularmente, do STF, seria conferir efetividade aos direitos fundados na Constituição e nos tratados internacionais (p. 328). Ele considera, por isso, e por conta da laicidade do Estado, que o tema do aborto de anencéfalos, em hipótese alguma pode ser tratado por uma índole confessional, mas apenas o critério fundamentado na Constituição, tratados internacionais e leis (p. 338).

Dada a controvérsia científica e filosófica sobre o início da vida, caberia ao intérprete, segundo o ministro, a escolha por aquela que mais se ajuste ao interesse público e respeite os direitos fundamentais das pessoas (p. 349). A necessidade de superação de antagonismos entre princípios constitucionais demanda do Poder Judiciário, a utilização de critérios que permitam ponderar qual deve ser o direito a preponderar em cada caso (p. 351).

Celso de Mello também afirma que a conclusão atingida pela corte no caso (reconhecer como excludente de crime de aborto o de feto anencéfalo) implica a superação da noção de que o STF é mero legislador negativo (p. 356). O ministro também destaca a função contramajoritária do STF, que se realiza pelo reconhecimento de proteção de minorias vulneráveis contra excessos da maioria (p. 358-359). Tal aspecto explicaria porque as

correntes majoritárias de opinião representadas pelo Poder Legislativo se opõem à inclusão do aborto de anencéfalos no rol de exceções ao crime de aborto e, assim, adaptar a lei nacional ao que seria uma realidade emergente nas práticas sociais (p. 360). Essa situação culmina na submissão de grupos minoritários, o que reduz o coeficiente de legitimidade democrática do parlamento dado que o regime democrático não tolera a opressão de uma minoria (social, econômica ou jurídica) vulnerável.

Nesse quadro, o STF adotaria decisões de caráter contramajoritário para assegurar a intangibilidade direitos fundamentais, velando assim pela supremacia da Constituição e pelo respeito dos direitos legitimados pelo próprio texto constitucional (p. 362).

O ministro conclui pela procedência do pedido, mas afirma que o diagnóstico de anencefalia deve ser feito por médico legalmente habilitado.

Frase síntese -> "Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos dos grupos vulneráveis deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de mencionados grupos, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional" (p. 362).

13- Explicação:

Lewandowski levanta o problema de existirem diferentes graus de anencefalia e que a autoridade competente deveria determinar o tratamento jurídico desses graus (p. 370).

14- Debates:

Marco Aurélio considera que a corte não pode estabelecer o mecanismo de comprovação da gravidez. Fux afirma que a corte não possui competência técnica para isso e repete o pedido para que os outros poderes estabeleçam esses meios (p. 372).

15- Voto de Cezar Peluso:

O ministro afirma que os fetos anencéfalos –salvo os já mortos, são dotados de vida (p. 378). Se o feto anencéfalos morre, só pode morrer se

antes estava vivo. Ele considera que a audiência pública apresentou dados contraditórios sobre a presença ou não de ondas cerebrais no anencéfalos (p. 381).

Cezar Peluso rejeita argumentos a favor da interpretação conforme baseados na autonomia e na liberdade, pois estes não seriam invocáveis contra conduta tipificada como crime (p. 382) e o aborto de anencéfalos é claramente criminalizado pelo Código Penal. Para ele, basta a eliminação da vida intrauterina para que exista crime de aborto e não deve ser considerada qualquer especulação sobre a viabilidade extrauterina do feto (p. 383).

Não se poderia alegar direito subjetivo à escolha contra lei que seja danoso à vida alheia. E ele considera que impor ao feto a morte por conta de sua inviabilidade é “forma odiosa de discriminação” (p. 384), que transforma o feto em coisa e lhe despe de dignidade humana que gozaria simplesmente por ser humano.

Ele afirma que na hipótese de crime típico, o STF não pode aboli-lo ou atenuá-lo, especialmente com um fundamento “tão débil” (p. 384).

A liberdade religiosa também não poderia ser invocada dessa forma, porque, no limite, poderia justificar o afastamento de crimes em outras situações absurdas, como o sacrifício em rituais satânicos (p. 385).

O ministro considera “falsidade lógico-jurídica” o argumento de que outros princípios constitucionais afastariam ao crime e falacioso retirar o aborto de anencéfalos do gênero delitivo no ordenamento vigente. Contudo, considera possível a positivação da antecipação do parto como excludente de ilicitude ou punibilidade (p. 385). Não haveria malabarismo hermenêutico que permitira que tal conduta não seja considerada típica no ordenamento (p. 386).

Para Cezar Peluso, se é absurdo que a mãe mate o feto anencéfalo recém-nascido em nome de um princípio “pseudojurídico” como evitar frustração ou sofrimento é igualmente absurdo conceber o aborto. Isso porque a Constituição guardaria com idêntico nível de dignidade a vida intra e extrauterina (p. 387).

Para o ministro, o reconhecimento dessa hipótese gera possibilidade para outros pleitos semelhantes com gravidez de fetos com doenças menos graves, abrindo margem para eugenia (p. 397). A dificuldade de diagnóstico aumentaria mais o risco de eugenia (p. 298).

Cezar Peluso também nega o argumento de que forçar a mãe a carregar o feto anencéfalos até o fim da gravidez seria tortura, pois a situação de sofrimento não pode ser legalmente evitada e não há sofrimento injusto e intencional imposto à gestante (p. 404). Ele indaga quem seria o causador do sofrimento injusto nesse caso: o feto, o Estado, representado pelo Poder Legislativo, que não previu excludente de ilicitude ou o Judiciário que, se recusando a usurpar a competência de criar leis, não reconhece a atipicidade ou a excludente de antijuridicidade (p. 404). Para ele, o sofrimento foi imposto pela natureza e não pelo aparato do Estado e a natureza não tortura (p. 405).

O intérprete não teria escolha em equacionar a liberdade e a proteção à vida de forma distinta da lei e justificar o sacrifício de uma vida em nome da proteção de um sentimento pessoal da gestante. Isso porque, para ele, os valores em questão têm peso jurídico muito diferente (p. 407).

Ele também afasta a analogia com a gravidez causada por estupro, que legitima o aborto. Para o ministro, a situação é diferente justamente porque nela se verifica uma agressão injusta contra a mulher, que é engravidada à força (p. 408).

Cezar Peluso também dedica uma seção de seu voto à discutir a exclusividade da competência do Congresso Nacional para criar normas e caracterizar a impropriedade da ação do STF como legislador positivo (p. 411). Para ele, cabe apenas ao legislador descaracterizar tipicidades ou criar excludentes de punibilidade (p. 411). Reconhecida a impossibilidade de analogia ou de interpretação extensiva de excludentes e considerando que a proteção dada pela corte há de ser generosa com o valor supremo do ordenamento (a vida, segundo o ministro), o STF não pode autorizar o aborto de fetos anencéfalos (p. 412). O ministro considera que o Supremo

não possui legitimidade para criar judicialmente uma nova hipótese legal. Isso cabe ao CN como representante da vontade da maioria (p. 413).

O ministro vota pela improcedência da ação, portanto.

Frase síntese -> "Competência exclusiva do Congresso Nacional para normatizar a situação-problema. Impropriedade da atuação do STF como "legislador positivo" " (p. 411).

16- Explicação:

Fux reafirma que a corte não tem competência técnica para determinar a forma de diagnóstico (p. 416).

17- Debates:

A discussão presente nesse debate e na explicação é a modulação da decisão para incluir um determinado meio de diagnosticar anencefalia.

Marco Aurélio afirma que determinar meios de diagnóstico é algo de campo normativo, próprio de legislação e o STF não estaria atuando no campo normativo. Gilmar Mendes afirma precisamente que o STF está atuando no campo normativo (p. 425).

Em outras palavras, Marco Aurélio diz que incluir no dispositivo os critérios para o diagnóstico seria legislar e isso não seria possível e Gilmar concorda que é criar norma, mas acha possível de qualquer forma.

Celso de Mello, Gilmar Mendes querem que haja modulação e são acompanhados pelos dois ministros vencidos (Lewandowski e Cezar Peluso). Fux se queixa de que os dois últimos não poderiam votar, pois não existe voto condicional (p. 425).

Para Fux, a ratio decidendi do voto do Marco Aurélio é suficiente para proibir abuso em diagnósticos de anencefalia (p. 426).

Lewandowski afirma que o STF já fez sentenças aditivas em outros casos, como o Raposa Serra do Sol e o da Greve de Servidores (p. 428).

Ao final, não foram aprovadas as condições de diagnóstico propostas pelo ministro Celso de Mello e apoiadas pelo ministro Gilmar Mendes conforme indica o extrato de ata (p. 433).